GÓMEZ RODRÍGUEZ

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

fremsat den 25. september 1997 *

I — Indledende bemærkninger

1. I den foreliggende sag anmodes Domstolen om at besvare tre præjudicielle spørgsmål, som Bundessozialgericht har forelagt i medfør af EF-traktatens artikel 177. Spørgsmålene vedrører fortolkningen og anvendelsen af fællesskabsretten, nærmere bestemt artikel 48 og 51 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (herefter »traktaten«) samt artikel 6 og 78 i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 [1] (herefter »forordningen«).

II — Retsforskrifter

2. Forordningens artikel 6 bestemmer:

»Medmindre andet er bestemt i artikel 7, 8 og artikel 46, stk. 4, træder denne forordning, både hvad angår dens personkreds og saglige anvendelsesområde, i stedet for følgende overenskomster om social sikring

a) overenskomster afsluttet alene mellem to eller flere medlemsstater

b) overenskomster afsluttet mellem mindst to medlemsstater og én eller flere andre stater, for så vidt det drejer sig om tilfælde, hvis ordning ikke kræver medvirken af nogen institution i en af de sidstnævnte stater.«

3. Forordningens artikel 78 lyder:

»1. Ved udtrykket 'ydelser' forstås i denne artikel børnetilskud og i givet fald supplerende eller særlige tilskud til børn, der har mistet begge forældre eller en af dem, samt pensioner eller renter til sådanne børn, med undtagelse af renter, der ydes de nævnte børn i henhold til forsikringen mod arbejdsulykker og erhvervssygdomme.

* Originalsprog: græsk.

1 — Forordning af 14.6.1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger for arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet (EFT 1971 II, s. 366), som ændret og ajourført ved Rådets forordning (EØF) nr. 2001/83 af 2.6.1983 (EFT L 230, s. 6).

2. Ydelser til sådanne børn skal udredes efter følgende regler, uanset i hvilken medlemsstat barnet eller den fysiske eller juridiske person, som faktisk forsørger det, er bosat:

a) for så vidt angår et barn af en afdød arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende, som kun har været omfattet af lovgivningen i én medlemsstat, efter denne stats lovgivning

b) for så vidt angår et barn af en afdød arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende, som har været omfattet af lovgivningen i flere medlemsstater:

i) efter lovgivningen i den af disse stater, på hvis område barnet er bosat, såfremt der dér er erhvervet ret til en af de i stk. 1 nævnte ydelser i medfør af denne stats lovgivning, i givet fald under iagttagelse af bestemmelserne i artikel 79, stk. 1, litra a), eller

ii) i andre tilfælde efter den af disse medlemsstaters lovgivning, hvoraf den afdøde har været omfattet længst, såfremt der er erhvervet ret til en af de i stk. 1 nævnte ydelser i medfør af den nævnte lovgivning, i givet fald under iagttagelse af bestemmelserne i artikel 79, stk. 1, litra a); såfremt der ikke er erhvervet nogen ret efter denne lovgivning, undersøges det, om betingelserne for erhvervelse af ret efter lovgivningen i de øvrige berørte medlemsstater er til stede, idet de forsikrings- eller bopælsperioder, der er tilbagelagt efter disse medlemsstaters lovgivning, lægges til grund i rækkefølge efter aftagende længde.

Den medlemsstats lovgivning, hvorefter de i artikel 77 omhandlede ydelser til børn af en pensionist eller en rentemodtager skal udredes, finder dog fortsat anvendelse efter den pågældende pensionists eller rentemodtagers død, for så vidt angår udredelse af ydelser til hans efterladte børn.«

4. Forordningens artikel 79, stk. 1, bestemmer:

»1. Ydelserne efter artikel 77 og 78 skal udredes efter den på grundlag af reglerne i de nævnte artikler bestemte lovgivning af den institution, som det påhviler at anvende nævnte lovgivning, og for denne institutions regning, som om pensionisten (rentemodtageren) eller den afdøde kun havde været omfattet af lovgivningen i den kompetente stat.

Herved skal dog følgende iagttages:

a) såfremt erhvervelse, bevarelse eller generhvervelse af ret til ydelser efter denne lovgivning er afhængig af længden af forsikrings-, beskæftigelses- eller bopælsperioderne eller af perioderne med selvstændig virksomhed, fastsættes denne længde i givet fald under iagttagelse af bestemmelserne i artikel 45 eller 72, alt efter omstændighederne

b) ...«

III — Faktiske omstændigheder

5. Faderen til sagsøgerne i hovedsagen (herefter »sagsøgerne«), Gregorio Gómez Perez, som var spansk statsborger, tilbagelagde forsikringsperioder såvel i Tyskland som i Spanien, nemlig 56 måneder i Tyskland og 80 måneder i Spanien. Han afgik ved døden i Spanien i februar 1985 uden forinden at have oppebåret nogen pension. Som det fremgår af forelæggelseskendelsen, tildelte den kompetente socialsikringsinstitution i Tyskland (Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz) ved afgørelse af 23. august 1988 afdødes børn, Manuela Gómez Rodríguez og Gregorio Gómez Rodríguez, i disses egenskab af familiemedlemmer til forsikrede, en efterladtepension for perioden mellem den 7. februar og den 31. december 1985 i medfør af bestemmelserne i overenskomsten om social sikring, der var indgået den 4. december 1973 mellem Forbundsrepublikken Tyskland og Kongeriget Spanien, som ændret ved tillæg af 17. december 1975. Samtidig meddelte den nævnte sociale sikringsinstitution de efterladte, at den spanske socialsikringsinstitution i medfør af forordningens artikel 77 og 78 var den kompetente institution til at udbetale efterladtepension fra den 1. januar 1986. Den spanske institution udbetalte da også sagsøgerne en efterladtepension, indtil hver af dem fyldte 18 år (dvs. indtil henholdsvis den 31.7.1987 og den 31.3.1986), idet der efter den gældende lovgivning i Spanien på det sociale sikringsområde gælder en aldersgrænse på 18 år for udbetalingen af efterladtepension. Herefter forsøgte Manuela og Gregorio Gómez Rodríguez under henvisning til, at de stadig var under uddannelse, at få udbetalt en efterladtepension fra den tyske socialsikringsinstitution. De påberåbte sig til støtte herfor den tyske lovgivning om social sikring, hvorefter der kan udbetales sociale sikringsydelser til efterladte børn indtil det fyldte 25. år, navnlig når disse er under uddannelse (jf. §§ 1263 og 1267 i Reichsversicherungsordnung (herefter »RVO«)). Deres ansøgning blev imidlertid afslået med den begrundelse, at der ikke efter de gældende fællesskabsbestemmelser bestod noget krav på en efterladtepension fra den tyske socialsikringsinstitution, efter at den spanske socialsikringsinstitution havde indstillet udbetalingen af ydelserne, fordi betingelserne for at erhverve ret til ydelserne ikke var opfyldt alene i medfør af tysk ret. Ifølge RVO's § 1263, stk. 2, udbetales der nemlig kun efterladtepension, såfremt afdøde på tidspunktet for dødsfaldet oppebar en pension, såfremt han havde tilbagelagt den nødvendige forsikringsperiode for at erhverve ret til en pension på grund af uarbejdsdygtighed, eller såfremt denne forsikringsperiode ansås for tilbagelagt i medfør af RVO's § 1252 (såsom ved uarbejdsdygtighed eller dødsfald som følge af en arbejdsulykke). Da afdøde i denne sag ikke havde tilbagelagt den nødvendige forsikringsperiode efter tysk ret på mindst 60 måneder (RVO's § 1246, stk. 2), og der ikke forelå nogen af de øvrige omstændigheder, som er nævnt i det foregående, kunne de efterladte børn ikke få udbe-

talt nogen pension i henhold til tysk ret. Gregorio og Manuela Gómez Rodríguez fik hverken medhold i deres klage eller i den sag, med efterfølgende appel, som de anlagde til omstødelse af afslaget på deres ansøgning, hvorefter de indbragte tvisten med den kompetente tyske socialsikringsinstitution for Bundessozialgericht. Denne domstol rejste det spørgsmål, om sagsøgernes ansøgning om en pension fra den tyske socialsikringsinstitution kunne støttes på forordningens artikel 78 og 79 eller på den ovenfor nævnte tysk-spanske overenskomst. Den forelagde derfor Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

IV — Præjudicielle spørgsmål

»1) Skal artikel 78, stk. 2, litra b), i forordning (EØF) nr. 1408/71 fortolkes således, at den heri indeholdte bestemmelse vedrørende den lovgivning, som skal finde anvendelse på tildelingen af ydelser, fortsat gælder, når børn, der har mistet en eller begge forældre, oprindelig har erhvervet ret til en sådan pension i den medlemsstat, som er kompetent efter bestemmelsen (i denne sag bopælsstaten), men retten hertil senere er bortfaldet som følge af, at børnene har nået en bestemt alder, hvorimod de også efter dette tidspunkt ville have været berettiget til en sådan pension i en anden medlemsstat, af hvis lovgivning den forsikrede ligeledes var omfattet, såfremt artikel 79 i forordning (EØF) nr. 1408/71 bringes i anvendelse, eller skal i en sådan situation de pågældende lovgivninger anvendes som bestemt i forordningens artikel 78, stk. 2, litra b), nr. ii)?

2) Må det anses for en social rettighed — som børn, der har mistet en eller begge forældre, ikke må fratages som følge af, at en overenskomst mellem to medlemsstater, der er inkorporeret i national lovgivning, ikke finder anvendelse på grund af ikrafttrædelsen af forordning (EØF) nr. 1408/71 — at de nævnte børn efter overenskomsten har udsigt til at oppebære en pension, som en medlemsstat allerede tidligere har ydet under anvendelse af en sådan overenskomst, for en længere periode (f.eks. under en skole- eller erhvervsuddannelse ud over det fyldte 18. år), end det gælder for den pension til sådanne børn, som skal tildeles efter den lovgivning i en anden medlemsstat, som skal finde anvendelse ifølge artikel 78, stk. 2, litra b), i forordning (EØF) nr. 1408/71?

3) Såfremt spørgsmål 2 besvares bekræftende: Kan børn, der har mistet en eller begge forældre, og som allerede før ikrafttrædelsen af forordning (EØF) nr. 1408/71 havde ret til en pension efter lovgivningen i en medlemsstat i medfør af en overenskomst om social sikring mellem to medlemsstater, på ny støtte ret på denne overenskomst, såfremt de ikke længere har det krav på ydelser,

som de oprindelig havde efter den lovgivning i en anden medlemsstat, som skal finde anvendelse ifølge artikel 78, stk. 2, litra b), i forordning (EØF) nr. 1408/71?«

V — Realiteten

6. Som det fremgår af min redegørelse nedenfor (se punkt 42 ff.), fortsætter de bilaterale overenskomster om socialsikring, som er indgået før forordningens vedtagelse, på visse betingelser med at have retsvirkning, selv efter at forordningen er trådt i kraft, hvis bestemmelserne heri er *gunstigere* for arbejdstageren og dem, der indtræder i dennes rettigheder, end efter forordningen. Jeg skal derfor først undersøge det første præjudicielle spørgsmål, der drejer sig om, hvorvidt sagsøgernes krav kan støttes på forordningens bestemmelser, og dernæst undersøge det andet og tredje præjudicielle spørgsmål, der drejer sig om, hvorvidt det i den foreliggende sag er muligt at anvende den ovenfor nævnte tysk-spanske overenskomst.

A — *Første spørgsmål*

7. Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt at få oplyst, om forpligtelsen for det efterladte barns bopælsstat til at udbetale en efterladtepension til børn efter vandrende arbejdstagere, når forpligtelsen er ophørt, kan overføres til en anden medlemsstat, hvor de pågældende børns afdøde far har tilbagelagt visse forsikringsperioder — uden at disse perioder har været tilstrækkelige til at tildele vedkommende en pension udelukkende i medfør af denne stats lovgivning — alene på basis af sammenlægningsreglerne i forordningens artikel 78, stk. 2, litra b), nr. ii), og artikel 79, stk. 1, litra a).

8. Den tyske og østrigske regering har i deres indlæg til Domstolen gjort gældende, at forordningens artikel 78, stk. 2, litra b), skal fortolkes således, at den definitivt bestemmer, hvilken national lovgivning der finder anvendelse, hvorfor det er udelukket, at den forsikrede omfattes af en anden national lovgivning, når retten til ydelser i henhold til den førstnævnte lovgivning bortfalder. Efter den tyske regerings opfattelse er den modsatte fortolkning i strid med fællesskabslovgivers hensigt, således som denne kommer til udtryk i Rådets protokol vedrørende forhandlingerne om det udkast, som lå til grund for de omtvistede bestemmelser i forordningen. Den tyske regering fremhæver endvidere, at den af den foreslåede løsning er den eneste brugbare i praksis. I modsat fald ville Forbundsrepublikken nemlig ofte være forpligtet til at udbetale ubegrundede socialsikringsydelser, blot fordi den efterladte ikke længere har noget krav på ydelser efter den sociale sikringslovgivning i bopælsstaten. Forbundsrepublikken Tyskland ville i så fald som hovedregel være forpligtet til at betale supplerende og endog større ydelser end

dem, der betales af bopælsstaten. Efter den tyske regerings opfattelse er det fællesskabslovgivers hensigt, at der for at undgå sådanne problemer ikke sker nogen ændringer i kompetencen til at udbetale nationale socialsikringsydelser fra det tidspunkt, da sikringsinstitutionen i bopælsstaten ophører med at betale de pågældende socialsikringsydelser. I modsat fald ville undtagelsen nemlig blive gjort til hovedregel.

9. Den østrigske regering er af samme opfattelse. Den anfører for det første, at den samordning af bestemmelserne, som er sket ved forordningen, ikke blot er inspireret af integrationsprincippet, men også skal sikre anvendelsen af dette princip, hvorefter alene bopælsstaten har kompetence til at udbetale pensionsydelser til efterladte børn. Enhver anden fortolkning af de omtvistede bestemmelser i forordningen vil være i direkte modstrid med dette princip. Hvis man anerkendte, at en medlemsstat var forpligtet til at betale ydelser til efterladte børn selv efter ophøret af pensionskravet på den medlemsstat, som oprindelig i kraft af integrationsprincippet blev anset for kompetent til at udbetale ydelserne, ville dette efter den østrigske regerings opfattelse navnlig have til følge, at de medlemsstater, som har fastsat den højeste aldersgrænse for efterladte børns pensionsrettigheder, altid i sidste ende ville være kompetente til at udrede ydelserne uanset de efterladte børns bopælssted og varigheden af de forsikringsperioder, som den forsikrede har tilbagelagt i forskellige medlemsstater. Derimod ville de medlemsstater, som har fastsat lavere aldersgrænser, i praksis blive fritaget for betalingsforpligtelsen. Med andre ord ville såvel kriteriet vedrørende den berettigedes bopælssted som vedrørende varigheden af de forsikringsperioder, den forsikrede har tilbagelagt — hvilke kriterier systemet i forordningen principielt er baseret på — blive draget i tvivl.

10. Den spanske, græske og svenske regering samt Kommissionen har anlagt præcis den modsatte fortolkning. Ifølge denne fortolkning følger det af forordningens artikel 78, stk. 2, litra b), nr. ii), at det ikke kan udelukkes, at den sociale sikringsinstitution i den medlemsstat, hvor afdøde tilbagelagde forsikringsperioder, og hvori de efterladte børn ikke er bosat, har kompetencen, blot fordi sikringsinstitutionen i en anden medlemsstat — dvs. i den foreliggende sag den medlemsstat, hvor de efterladte børn er bosat — oprindelig var kompetent og udbetalte ydelserne. I modsat fald ville princippet om den frie bevægelighed for personer og ligebehandlingsprincippet blive tilsidesat alene derved, at den periode, hvorunder et efterladt barn, som er bosat i Spanien, var berettiget til ydelser, ville være kortere end den periode, hvorunder vedkommende var berettiget, hvis han havde valgt at være bosat i Tyskland.

11. Jeg skal herom for det første bemærke, at artikel 78 har til formål »at angive den lovgivning, i henhold til hvilken der skal tildeles ydelser til børn, der har mistet begge forældre eller én af dem« [2], dvs. at den bestemmer, hvilken lovgivning der finder anvendelse på de pågældende ydelser, og

2 — Dom af 16.3.1978, sag 115/77, Laumann, Sml. s. 805, præmis 7.

denne lovgivning er ifølge artikel 79, stk. 1, den eneste, som finder anvendelse (princippet om, at der kun gælder én lovgivning).

12. Det kriterium, som skal anvendes ved bestemmelsen af den lovgivning, som finder anvendelse, når arbejdstageren har været omfattet af flere medlemsstaters lovgivning — således som det er tilfældet her i sagen — er de efterladte børns bopælssted, hvis der efter dette lands lovgivning er erhvervet ret til en af de ydelser, som er omhandlet i artikel 78, stk. 1, der bl.a. omfatter efterladtepension. Hvis der ikke er erhvervet ret til en af disse ydelser efter det pågældende lands lovgivning, fordi arbejdstageren ikke har tilbagelagt de forsikringsperioder, som er nødvendige for at erhverve ret til ydelser, skal der i givet fald ifølge artikel 79, stk. 1, litra a) — som artikel 78, stk. 2, litra b), nr. i), udtrykkeligt henviser til — også tages hensyn til de forsikringsperioder, som arbejdstageren har tilbagelagt i henhold til en anden medlemsstats lovgivning under iagttagelse af de særlige bestemmelser i forordningens artikel 45 eller artikel 72, som artikel 79, stk. 1, litra a), henviser til.

13. For det tilfælde, at der ikke er erhvervet ret til nogen ydelser på dette grundlag, bestemmes det i første led af artikel 78, stk. 2, litra b), nr. ii), at lovgivningen i den medlemsstat skal anvendes, som den afdøde har været omfattet længst af, i givet fald ved sammenlægning [3] af de forsikringsperioder, som afdøde har tilbagelagt i en anden medlemsstat.

14. Hvis der heller ikke erhverves ret til ydelser efter denne sidste bestemmelse, skal det endelig ifølge andet led af artikel 78, stk. 2, litra b), nr. ii), undersøges, om betingelserne for at erhverve ret til ydelser efter lovgivningen i de øvrige berørte medlemsstater er til stede, idet de forsikrings- eller bopælsperioder, der er tilbagelagt efter disse staters lovgivning, lægges til grund i rækkefølge efter aftagende længde.

15. Ganske vist henviser nævnte bestemmelses andet led ikke udtrykkeligt til bestemmelserne i artikel 79, stk. 1, litra a), om sammenlægning af forsikringsperioder. Som Kommissionen imidlertid med rette har fremhævet, må dette skyldes ønsket om at være kortfattet og undgå gentagelser. Der henvises nemlig i forvejen to gange til den nævnte bestemmelse i forbindelse med fastlæggelsen af metoden for bestemmelsen af, hvilken lovgivning der finder anvendelse, hvorfor en tredje henvisning er overflødig, da den må underforstås. I øvrigt findes der ikke nogen saglig grund til at tillade sammenlægningen af perioder, når der er tale om det efterladte barns bopælsstat, eller den stat, hvor arbejdstageren har tilbagelagt de længste forsikringsperioder, og at udelukke sammenlægningen, når der er tale om den stat, hvor arbejdstageren har tilbagelagt de korteste forsikringsperioder.

3 — Dvs. som anført i det foregående afsnit, såfremt arbejdstageren ikke har tilbagelagt det minimum af forsikringsperioder, som kræves efter denne stats lovgivning for at erhverve ret til ydelser.

Dette ville i øvrigt være i strid med det af fællesskabslovgiver tilstræbte formål. Det fremgår nemlig klart af artikel 78, stk. 2, litra b), som denne er affattet, at fællesskabslovgiver har ønsket, at der anvendes alle de efter fællesskabsretten til rådighed stående midler for at undgå, at efterladte børn berøves nogen ydelser, fordi den afdøde arbejdstager ikke har tilbagelagt de forsikringsperioder, som kræves for at blive omfattet af én enkelt medlemsstats lovgivning [4].

16. Det må imidlertid tages i betragtning, at bestemmelserne i artikel 78 efter deres karakter er præceptive og skal anvendes ensartet i Fællesskabet. Med udstedelsen af disse bestemmelser har fællesskabslovgiver berøvet medlemsstaterne muligheden for at fastsætte de nationale retsforskrifter i det enkelte tilfælde, som de måtte ønske [5]. Det samme gælder så meget mere for de ydelsesberettigede, der som følge af omstændighederne ikke selv kan vælge den lovgivning, som de bliver omfattet af.

17. Desuden fremgår det af sammenhængen mellem bestemmelserne i artikel 78, stk. 2, litra b), at hver enkelt af de tre nævnte situationer har en selvstændig karakter og ikke må sammenblandes med den foregående eller den efterfølgende situation, samt at den rækkefølge, der skal iagttages ved anvendelsen i disse tre situationer, er bindende. Det er derfor en betingelse for at henføre omstændighederne til det andet eller tredje tilfælde, at der er gjort et forsøg på at anvende det umiddelbart foregående tilfælde, og at dette har vist sig umuligt. De kriterier, som er fastsat for anvendelsen i hvert enkelt tilfælde, skal derfor følges for hvert af disse tilfældes vedkommende og i den angivne rækkefølge, og kriterierne må ikke sammenblandes med de kriterier, som gælder for andre tilfælde.

18. Jeg skal herefter gennemgå det spørgsmål, om bestemmelsen af den lovgivning, der finder anvendelse i medfør af artikel 78, stk. 2, er definitiv, eller om den kan ændres, og da på hvilke betingelser.

19. Den omstændighed, at der kun må anvendes én bestemt lovgivning, er ikke ensbetydende med, at bestemmelsen heraf er endelig og uforanderlig. De omhandlede retsforskrifter vedrører tildeling af ydelser til efterladte børn, for hvilke der gælder visse retlige og faktiske betingelser. De retlige betingelser er dels fastsat i den nationale lovgivning, dels i EF's retsforskrifter, mens de faktiske betingelser har forbindelse med den pågældende personlige situation og generelt med de konkrete omstændigheder i hver enkelt sag.

Spørgsmålet om, hvilken lovgivning der finder anvendelse, opstår således hver gang, der skal udbetales en social sikringsydelse, i

4 — Det er i så henseende betegnende, at det ifølge artikel 78, stk. 2, litra b), nr. ii), andet led, er tilstrækkeligt, at der er tilbagelagt »bopælsperioder«, hvis ikke der er tilbagelagt forsikringsperioder. Fællesskabslovgiver udviser en tilsvarende velvilje i de modsvarende bestemmelser i artikel 77, stk. 2, litra b), vedrørende ydelser til børn, der forsørges af pensionister.

5 — Jf. dom af 23.9.1982, sag 276/81, Kuijpers, Sml. s. 3027, præmis 14.

hvilken forbindelse der endvidere må tages hensyn til det generelle princip, hvorefter det afgørende tidspunkt for bestemmelsen af de faktiske og retlige betingelser for tildelingen af ydelserne er tidspunktet for tildelingen.

Hvis de retlige og faktiske betingelser for tildelingen af en ydelse ikke ændrer sig, opstår der ikke noget spørgsmål om at ændre den lovgivning, som finder anvendelse ifølge artikel 78, stk. 2. Hvis de retlige og faktiske betingelser for tildelingen af en ydelse derimod har ændret sig i mellemtiden, kan der opstå et spørgsmål om, hvilken lovgivning der finder anvendelse i medfør af artikel 78, stk. 2. Med andre ord er det den samme lovgivning, som fortsætter med at finde anvendelse i medfør af forordningens artikel 78, stk. 2, hvis de afgørende retlige faktiske betingelser for ydelsens tildeling forbliver uændret.

20. Som eksempel på en ændring af retsstillingen, der medfører en ændring af den lovgivning, som finder anvendelse, kan nævnes ændringen af artikel 42 i forordning nr. 3 [6], som blev foretaget ved artikel 1 i forordning nr. 1/64/EØF [7], og hvorefter forpligtelsen til betaling af efterladtepensionen påhvilede den stat, hvor afdøde var beskæftiget.

Den ændrede version af den nævnte artikel indeholder tilsvarende bestemmelser i stk. 6, litra b), som bestemmelserne i artikel 78, stk. 2, litra b), i forordning nr. 1408/71, dvs. bestemmelser, hvorefter de efterladtes bopælsstat har kompetence til at tildele ydelserne. Som det er sædvane i sådanne tilfælde var de problemer om, hvilken lovgivning der gælder i overgangsperioden, og som var fremkaldt af den foretagne ændring, reguleret af overgangsbestemmelsen i artikel 4 i forordning nr. 1/64.

21. Det er det samme, der sker, når hele den ordning, som er indført ved en forordning, erstattes af en ny forordning, idet der også i så tilfælde udstedes overgangsbestemmelser til regulering af de retlige problemer, som dette medfører i overgangsperioden, i hvilken forbindelse de rettigheder, som er erhvervet i henhold til den tidligere ordning, som hovedregel skal beskyttes. Således bestemmes det eksempelvis i forordningens artikel 94, stk. 5 — som fællesskabslovgiver udtrykkeligt har foreskrevet, skal finde tilsvarende anvendelse på de i artikel 78 omhandlede ydelser — at de rettigheder, der tilkommer personer, som før den 1. oktober 1972, dvs. datoen for forordningens ikrafttræden, eller som før forordningen kom til anvendelse i den pågældende medlemsstat (hvilket i den foreliggende sag skete den 1.1.1986 på datoen for Kongeriget Spaniens tiltrædelse) har fået tillagt en pension eller en rente, efter den pågældendes anmodning kan tages op til revision i overensstemmelse med forskrifterne i den nye forordning [8].

6 — Rådets forordning af 25.9.1958 om social sikring af vandrende arbejdstagere (JO 1958, nr. 30, s. 561).

7 — Rådets forordning af 18.12.1963 om ændring af artikel 42 i forordning nr. 3 samt af artikel 5 og 69-72 i forordning nr. 4 (børnetilskud til børn, der forsørges af pensionister eller rentemodtagere, samt til børn, der har mistet begge forældre eller én af dem) (JO 1964, nr. 1, s. 1).

8 — En ny faktisk omstændighed, der er indtruffet, mens den nye forordning har været gældende, og som påvirker retten til ydelser, såsom en ændring i den berettigedes individuelle situation, skal dog vurderes i henhold til bestemmelserne i den nye forordning, jf. dom af 4.5.1988, sag 83/87, Viva, Sml. s. 2521.

22. Det må antages, at den samme løsning finder anvendelse, når de bestemmelser i en bilateral overenskomst om social sikring, som gjaldt tidligere, er blevet afløst af forordningens bestemmelser, hvilket har særlig interesse i denne sag. I modsætning til, hvad der gjaldt efter den tidligere forordning nr. 3 — hvori de retlige overgangsproblemer, som var opstået ved, at bestemmelserne i tidligere bilaterale overenskomster var blevet ophævet, var omhandlet i artikel 41 — indeholder forordning nr. 1408/71 ikke nogen særskilt og udtømmende regulering heraf. Da artikel 94 er formuleret i generelle vendinger, må det dog antages, at denne bestemmelse også vedrører rettigheder, som er erhvervet på grundlag af bilaterale overenskomster.

Denne fortolkning har støtte i den måde, artikel 94, stk. 7, er affattet på, der særlig vedrører de rettigheder, som de pågældende kan støtte på de bilaterale overenskomster, der er indgået med Den Franske Republik. Det kan heraf modsætningsvis sluttes, at rettigheder som følge af bilaterale overenskomster, som er indgået med andre medlemsstater, i fremtiden er reguleret af de generelle bestemmelser i artikel 94, sammenholdt — hvad angår ydelser til efterladte — med artikel 78.

23. Dette synes at være grunden til, at den tyske sociale sikringsinstitution — der som tidligere anført (se ovenfor, punkt 5) oprindelig havde kompetence efter den tyskspanske overenskomst til at tildele sagsøgerne pension — blev frigjort fra denne forpligtelse fra datoen for Kongeriget Spaniens tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber (og dermed fra at anvende forordningen i Spanien), hvorefter den sociale sikringsinstitution i Spanien fik kompetence hertil. I dette tilfælde kan en ændring af den retlige ordning for den sociale sikring altså medføre en ændring af den lovgivning, som finder anvendelse på tildelingen af ydelserne [9].

24. Hvad angår de faktiske betingelser for tildelingen af ydelserne, og hvoraf en ændring kan medføre en ændring af de efterladte børns krav på ydelser, bør der henvises til artikel 92 i Rådets forordning (EØF)

9 — Hvis de retlige problemer i overgangsperioden i dette tilfælde er reguleret af forordningens artikel 94, som jeg tidligere har anført, har Kommissionen med føje rejst det spørgsmål i sit skriftlige indlæg, på hvilket retsgrundlag ændringen af kompetencen til at tildele sagsøgerne efterladtepension er sket. Som jeg har anført i det foregående afsnit, kan de rettigheder, såsom de her i sagen foreliggende, der allerede var blevet fastslået før forordningens ikrafttrædelse, ifølge artikel 94, stk. 5, *alene* tages op til revision efter de pågældendes egen anmodning. Ved sin fortolkning af denne bestemmelse har Domstolen fastslået, at det princippielt kun er den pågældende selv, som kan udnytte denne ret til sin fordel, og at en medlemsstats kompetente institution ikke kan udøve disse rettigheder i sikredes sted (jf. dom af 13.10.1976, sag 32/76, Saieva, Sml. s. 1523, præmis 18, samt Viva-dommen, som er nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 10). I den sidste dom tilføjede Domstolen dog, at dette princip ikke gælder i situationer, der i *sig selv* indebærer en ny fastsættelse af retten til ydelser såsom i det tilfælde, hvor den pågældendes individuelle situation ændrer sig som følge af, at en tidligere forordning ophæves (som omhandlet i artikel 100 i forordning nr. 1408/71), i henhold til hvilken ydelseskravet er blevet fastsat (jf. Viva-dommens præmis 11). Jeg finder derfor ud fra en analogislutning, at den omstændighed, at en bilateral overenskomst erstattes af en forordning, er et forhold, som kan begrunde, at de sociale sikringsinstitutioner ex officio reviderer ydelseskravet i overensstemmelse med de nye bestemmelser i artikel 78 om socialsikringsinstitutionernes kompetence og den lovgivning, der finder anvendelse, uanset om den pågældende har anmodet herom eller ej. Den tyske socialsikringsinstitution har derfor med rette udbetalt pensionen for den periode, hvorunder den var kompetent i henhold til bestemmelserne i den tysk-spanske overenskomst og med rette henvist sagen til den spanske socialsikringsinstitution, som var kompetent for den efterfølgende periode.

nr. 574/72 af 21. marts 1972 om regler til gennemførelse af forordning nr. 1408/71 [10], der har følgende ordlyd:

»Enhver, der modtager ydelser i medfør af forordningens artikel 77 eller 78 for børn af en pensions- eller rentemodtager eller for børn, der har mistet begge forældre eller én af dem, skal underrette den institution, der udbetaler disse ydelser:

— om enhver forandring i børnenes forhold, der kan medføre ændringer af retten til ydelserne

— om enhver ændring i antallet af børn, for hvem der udbetales ydelser

— om enhver bopælsforandring for børnene

— om enhver erhvervsudøvelse, der begrunder ret til familieydelser eller børnetilskud for disse børn.«

25. Ændringer i de nævnte betingelser kan medføre en ændring af retten til ydelser efter den lovgivning, som finder anvendelse, og i givet fald endog medføre en ændring af den anvendelige lovgivning. Hvis det efterladte barn skifter bopæl, medfører dette også en ændring af den anvendelige lovgivning, såfremt arbejdstageren har været omfattet af lovgivningen i mindst to medlemsstater [11].

26. For det første skal ændringen af den berettigedes individuelle situation (første led) medføre en ændring af afgørelsen om tildelingen af ydelserne inden for rammerne af den anvendte lovgivning [12].

27. Den omstændighed, at det efterladte barn når myndighedsalderen, udgør utvivlsomt en ændring af dennes individuelle situa-

10 — Som kodificeret ved forordning nr. 2001/83.

11 — Dette tages for givet i alle de tilfælde, hvor de familier eller de efterladte børn, som er vendt tilbage til deres oprindelsessted, ansøger om en *tillægsydelse* fra den stat, af hvis lovgivning arbejdstageren har været omfattet, og som tildeler større ydelser. Selve udtrykket »tillægsydelse«, som ifølge Domstolens praksis udgør forskellen mellem de ydelser, der faktisk er betalt i bopælsstaten, og dem, som de pågældende ville have krav på efter lovgivningen i den stat, der tildeler de største ydelser, forudsætter, at lovgivningen i bopælsstaten fremover finder anvendelse som følge af flytningen.

12 — Således som det f.eks. er tilfældet, når en ægtefælle på grund af den anden ægtefælles død får status som »ugift« efter at have været »gift«, jf. Viva dommen, som er nævnt ovenfor i fodnote 8.

tion, som påvirker retten til ydelser. I Spanien medfører myndighedsalderens indtræden ved det fyldte 18. år således, at pensionen indstilles. Også i Tyskland indstilles udbetalingen af efterladtepensionen principielt ved denne aldersgrænse. I samme land indebærer den omstændighed, at vedkommende fortsætter sin uddannelse, dog en fornyet ændring af det efterladte barns individuelle situation, som begrunder, at retten til ydelser bevares eller generhverves. Efter tysk ret bliver pensionen nemlig udbetalt indtil det fyldte 25. år, såfremt det efterladte barn fortsætter sin uddannelse [13].

Spørgsmålet er altså, om kombinationen af myndighedsalderens indtræden og fortsættelsen af uddannelsen — som efter spansk lov automatisk medfører, at udbetalingen af pensionen afbrydes — kan føre til en ændring af den anvendelige lovgivning i henhold til forordningens artikel 78, stk. 2.

28. Sagsøgerne, den spanske, græske og svenske regering samt Kommissionen henviser i generelle formuleringer til Domstolens velkendte praksis (dommene i sagerne Laterza [14], Gravina m.fl. [15], D'Amario [16] og Athanasopoulos [17]), og gør gældende, at dette spørgsmål bør besvares bekræftende i henhold til forordningens artikel 78, stk. 2, litra b), nr. ii).

29. Jeg skal først bemærke, at Domstolen i de nævnte domme åbnede en breche i princippet efter forordningens artikel 77 og 78 om, at der kun er én lovgivning, som kan finde anvendelse. I disse domme fastslog Domstolen — i hvilken forbindelse den fortolkede forordningen på baggrund af traktatens artikel 51, som har til formål at sikre den frie bevægelighed for vandrende arbejdstagere — at forordningens artikel 78, stk. 2, litra b), nr. ii), og artikel 77, stk. 2, litra b), nr. ii), ikke kan medføre bortfald eller indskrænkning i bopælsstaten af de rettigheder i henseende til social sikring, som er erhvervet tidligere i en anden medlemsstat, og at den berettigede i det tilfælde, hvor de ydelser, han faktisk har oppebåret i bopælsstaten, er mindre fordelagtige end dem, han ville oppebære i den anden medlemsstat — hvor de er mere fordelagtige — har den pågældende ret til en tillægsydelse fra den anden medlemsstat, som svarer til forskellen i beløbet på de to ydelser.

Som den tyske regering imidlertid med rette har gjort gældende, vedrører disse domme tillægsydelser, dvs. tilfælde, hvor modtageren har ret til ydelser såvel i bopælsstaten som i den anden medlemsstat, hvor ydelserne er mere fordelagtige — og som det efter fællesskabsretten er forbudt at lade bortfalde eller begrænse — således at den pågældende har krav på en tillægsydelse, som svarer til forskellen mellem de to beløb.

13 — Jeg taler her om bevarelse eller generhvervelse af retten til ydelser, fordi det er rimeligt at antage, at det efterladte barn vil have ret til en pension fra det fyldte 18. år, hvis det er under uddannelse på dette tidspunkt og indtil det fyldte 25. år, så længe uddannelsen varer (bevarelse af retten). Hvis den pågældende imidlertid først påbegynder uddannelsen i 20-årsalderen, vil udbetalingen af pensionen formentlig blive genoptaget fra dette tidspunkt (generhvervelse af retten).

14 — Dom af 12.6.1980, sag 733/79, Sml. s. 1915.

15 — Dom af 9.7.1980, sag 807/79, Sml. s. 2205.

16 — Dom af 24.11.1983, sag 320/82, Sml. s. 3811.

17 — Dom af 11.6.1991, sag C-251/89, Sml. I, s. 2797.

Den pågældende har derfor ikke krav på en tillægsydelse, hvis den arbejdstager, hvoraf han udleder sin ret til ydelser [18], ikke havde et selvstændigt krav på ydelser i den anden medlemsstat.

30. Desuden kan et sådant krav ikke erhverves alene på grundlag af sammenlægningsreglerne i forordningens artikel 79, stk. 1, litra). Dette fremgår klart af Domstolens dom af 27. februar 1997 i sagen Bastos Moriana m.fl. [19]. I denne sag havde nogle personer, som fik udbetalt ydelser i henhold til forordningens artikel 77 og 78, og som var bosat i Spanien, ansøgt om udbetaling af en tillægsydelse fra den sociale sikringsinstitution i Tyskland, men deres ret til sociale sikringsydelser var alene baseret på sammenlægningsreglerne i forordningens artikel 45 og havde ikke noget selvstændigt grundlag i tysk ret. Domstolen præciserede dommene i sagerne Athanasopoulos (præmis 21) og Durighello (præmis 22) nærmere og fastslog, at de ydelser, som modtagerne ikke kunne fratages ved anvendelsen af artikel 77 og 78, var dem, som blev udbetalt *alene* i medfør af den anden medlemsstats lovgivning og på grundlag af de forsikringsperioder, som er tilbagelagt i denne medlemsstat, og ikke de ydelser, som er erhvervet i den pågældende medlemsstat på grundlag af en sammenlægning (dommens præmis 17, 18 og 19). Domstolen kendte således for ret, at »forordningens artikel 77, stk. 2, litra b), nr. i), og artikel 78, stk. 2, litra b), nr. i), skal fortolkes således, at en medlemsstats kompetente institution ikke er forpligtet til at udrede en tillægsydelse til børnetilskud til pensionister eller rentemodtagere eller til efterladte børn, der er bosat i en anden medlemsstat, når de børnetilskud, der udbetales af bopælsmedlemsstaten, er lavere end de ydelser, der er fastsat i den første medlemsstats lovgivning, såfremt retten til pension eller rente eller det efterladte barns ret ikke udelukkende er erhvervet på grundlag af forsikringsperioder tilbagelagt i denne stat« (præmis 23 og domskonklusionen).

31. Med denne dom blev der tilvejebragt en løsning af et spørgsmål, som længe havde været omstridt — nemlig om »erhvervede rettigheder« udelukkende skal forstås som den fulde ret til ydelser, der er erhvervet i en anden medlemsstat, eller om dette udtryk også omfatter forventede rettigheder (eller betingede rettigheder) — hvilken løsning efter min mening faldt klart ud til fordel for den førstnævnte opfattelse [20].

32. Jeg mener, at den samme løsning må anvendes i denne sag, da de faktiske omstændigheder og de pågældendes ansøgninger i de to sager i vidt omfang svarer til hinanden. Den omstændighed, at der i sagen Bastos Moriana m.fl. blev anmodet om en tillægsydelse, mens der i denne sag anmodes om udbetaling af selve ydelsen fra den tyske institution, er uden betydning i betragtning af Domstolens klare angivelse af, at den pågældende kun kan gøre krav på en ydelse fra en anden medlemsstat, som er erhvervet i denne stat på grundlag af dens lovgivning.

18 — Jf. ovennævnte dom i Athanasopoulos-sagen (præmis 32).

19 — Sag C-59/95, Sml. I, s. 1071.

20 — Jeg skal i den forbindelse bemærke, at generaladvokat Fennelly indtog den modsatte opfattelse i sit forslag til afgørelse i nævnte sag (se forslagets punkt 31). Også generaladvokat Van Gerven havde tidligere indtaget samme modsatte opfattelse (se dennes forslag til afgørelse i Athanasopoulos-sagen).

33. Endvidere viser den omstændighed, at Domstolen i sagen Bastos Moriana m.fl. begrænsede sig til at fortolke nr. i) i artikel 77, stk. 2, litra b), og i artikel 78, stk. 2, litra b) — hvortil Domstolen alene henviste [21] — indirekte, men klart, at det ikke er muligt at anvende de alternative løsninger, som er omhandlet i de samme bestemmelsers nr. ii).

Denne løsning er en logisk følge af Domstolens afgørelse i nævnte sag, da de pågældendes ansøgninger såvel i sagen Bastos Moriana m.fl. som i den foreliggende sag alene kunne imødekommes under anvendelse af bestemmelsen i nr. ii), såfremt de forsikringsperioder, arbejdstageren havde tilbagelagt i Tyskland (som ikke i sig selv var tilstrækkelige til at begrunde et krav efter tysk ret) blev lagt sammen med forsikringsperioderne i Spanien, hvilken mulighed Domstolen afviste.

Af denne grund mener jeg ikke, at man i den foreliggende sag kan anvende bestemmelsen i nr. ii) til sagsøgernes fordel.

34. Modargumenterne er ikke overbevisende. For det første må det fastslås, at artikel 79, stk. 1, litra a) — som den forelæggende ret, hvis jeg har forstået det korrekt, mener kan anvendes selvstændigt — ikke kan anvendes alene til at bestemme den lovgivning, der finder anvendelse, men kun i kombination med bestemmelserne i artikel 78, stk. 2, litra b), og i det omfang, disse bestemmelser henviser til den pågældende artikel. Dette fremgår klart såvel af den måde, artikel 79, stk. 1, er affattet på — som forudsætter, at det allerede er fastslået i medfør af artikel 78, hvilken lovgivning der finder anvendelse — som af indledningen til artikel 79, stk. 1, litra a) [22]. Følgelig henviser artikel 78, stk. 2, reelt ikke til artikel 79, stk. 1, litra a), men til den *mekanisme* for sammenlægning, som er omhandlet i denne bestemmelse, og som er nærmere fastlagt i forordningens artikel 45 og 72.

I betragtning heraf skal »erhvervelse«, »bevarelse« eller »generhvervelse« af ret til ydelser, som lettes af sammenlægningen i henhold til artikel 79, stk. 1, litra a), forstås *inden for rammerne af* den lovgivning, som finder anvendelse, og som *allerede* er bestemt i medfør af artikel 77, stk. 2, og artikel 78, stk. 2. Med andre ord er det med urette, når sagsøgerne har forsøgt »at generhverve« den pensionsret, som den tyske socialsikringsinstitution tidligere havde indrømmet dem, og grunden hertil er hovedsagelig, at de anså det forhold for givet, som de skulle godtgøre, nemlig at det i den foreliggende sag var den tyske lovgivning, som fandt anvendelse [23].

21 — Se præmis 8 og 9.

22 — »a) såfremt erhvervelse ... efter denne lovgivning (dvs. den lovgivning, som er fastlagt i artikel 77 og 78) er afhængige af ...«.

23 — Som anført i de foregående afsnit, kan en »erhvervelse« af retten til ydelser ikke komme på tale i denne sag. Heller ikke nogen »bevarelse« af retten til ydelser efter den spanske lovgivning kan dog komme på tale, da de spanske lovbestemmelser som tidligere nævnt udelukkede en fortsat udbetaling af pensionsydelsen.

35. Jeg er derfor af den opfattelse, at bestemmelserne i forordningens artikel 78, stk. 2, litra b), nr. ii), ikke kan anvendes under de omstændigheder, som foreligger i denne sag, hvorfor kompetencen til at tilkende pensionsydelsen ikke kan overgå til den tyske socialsikringsinstitution.

36. Det betyder naturligvis ikke, at den lovgivning, som finder anvendelse, og som skal bestemmes på grundlag af artikel 78, stk. 2, litra b), nr. ii), ikke under nogen omstændigheder kan ændre sig. Jeg er overbevist om, at *hvis* sagsøgernes far *havde* tilbagelagt den periode i Tyskland, som er nødvendig for at erhverve pensionsret, kunne sagsøgerne i overensstemmelse med Domstolens praksis, herunder dommen i sagen Bastos Moriana m.fl., have rettet henvendelse til den sociale sikringsinstitution i Tyskland med krav om fortsat at få udbetalt pensionsydelsen under hensyn til, at de fortsatte med at være under uddannelse, idet det er uden betydning, om der består et tilsvarende krav efter spansk lovgivning. I så tilfælde ville der nemlig være tale om en forskel eller en rettighed, som udgør en del af eller et supplement til den grundlæggende pensionsret, som forsikrede ville have erhvervet i henhold til tysk ret, og som sagsøgerne ikke kunne miste ved anvendelsen af artikel 78 [24].

37. Hvis denne antagelse er korrekt, må det konkluderes, at den væsentligste grund til, at sagsøgerne ikke kan få forlænget deres pensionsydelse i henhold til tysk ret ikke beror på, at deres afdøde far flyttede med familien til Spanien og på, at de selv var bosat dér, men derimod på den omstændighed (som det desværre ikke længere var muligt at ændre), at arbejdstageren ikke havde tilbagelagt den nødvendige forsikringsperiode efter tysk ret.

38. Sagsøgerne har gjort gældende, at den af mig foreslåede fortolkning af artikel 78, strider mod ligebehandlingsprincippet og mod traktatens artikel 51, og at den fører til absurde resultater, da — som den forelæggende ret selv har anført — et efterladt barn *ville bevare* sin pensionsret, såfremt det under lignende omstændigheder forlod Tyskland kort tid efter, at det var fyldt 18 år, hvorimod det *ville miste* pensionsretten, som i det foreliggende tilfælde, såfremt det forlod landet kort tid før myndighedsalderen.

39. Dette argument er baseret på en fejlagtig forudsætning, fordi det første led i sammenligningen ikke holder stik. Hvis sagsøgerne nemlig var blevet i Tyskland nogle måneder efter deres fyldte 18. år for at studere, ville de fortsat have modtaget ydelser fra den sociale sikringsinstitution i Tyskland inden for denne periode. Såvel disse ydelser som dem, de ville have modtaget i Tyskland før myndighedsalderen som følge af deres bopæl ville de imidlertid have fået udbetalt på grundlag af en *sammenlægning* af faderens forsikringsperioder, herunder dem, han

24 — I så tilfælde ville sagsøgerne naturligvis også have ret til en tillægsydelse fra den sociale sikringsinstitution i Tyskland indtil myndighedsalderen, såfremt den tyske ydelse var større end den spanske.

havde tilbagelagt i Spanien, i overensstemmelse med forordningens artikel 78, stk. 2, litra b), nr. ii), artikel 79, stk. 1, litra a), og artikel 45, da de forsikringsperioder, afdøde havde tilbagelagt i Spanien, som tidligere anført ikke var tilstrækkelige til at begrunde et selvstændigt krav efter tysk ret. Følgelig ville sagsøgerne i overensstemmelse med dommen i sagen Bastos Moriana m.fl. ved at flytte til Spanien have mistet deres pensionskrav over for den sociale sikringsinstitution i Tyskland.

40. Indsigelsen om, at der er sket en ulige behandling, ville måske være mere overbevisende, hvis den var baseret på en sammenligning mellem sagsøgernes aktuelle situation i Spanien og den situation, som de ville befinde sig i, hvis de var flyttet og var blevet i Tyskland, efter at de havde nået myndighedsalderen, eller med den situation, som andre efterladte børn af vandrende arbejdstagere ville befinde sig i, som under tilsvarende forhold fra begyndelsen af har været bosat i Tyskland.

Hvad angår det første led af denne indsigelse, skal jeg bemærke, at sagsøgernes beslutning om at forblive i Spanien eller i givet fald at flytte til Tyskland beror på deres egen frie vilje. En sådan beslutning afhænger af en afvejning af mange faktorer, som for det meste er subjektive, og som ikke udelukkende eller ikke i det væsentlige er bestemt af udsigten til at oppebære en efterladtepension i modtagerstaten. Jeg tror derfor ikke, at en sådan situation udviser en tilstrækkelig grad af objektivitet til, at man kan sige, at lighedsprincippet er tilsidesat.

Hvad angår det andet led af denne indsigelse føler jeg mig af de samme principielle grunde ikke helt overbevist om, at de to situationer er sammenlignelige. Ligesom det gælder for sagsøgerne, beror forældres eller en families beslutning om at blive boende på samme sted eller at ændre bopæl på en afvejning af mange forskellige faktorer og ikke udelukkende på udsigten til at oppebære sociale sikringsydelser i fremtiden.

41. I denne forbindelse, men i relation til den anden indsigelse — som sagsøgerne har formuleret mere vagt — om, at forordningens artikel 78 er uforenelig med traktatens artikel 51, skal der måske tages hensyn til, som det fremgår af forelæggelseskendelsen, at sagsøgernes far afgik ved døden, før Kongeriget Spanien tiltrådte Det Europæiske Fællesskab, hvorfor han ikke var arbejdstager i traktatens artikel 48's forstand [25] og dermed heller ikke i artikel 51's forstand. Da sagsøgernes rettigheder er afledt af den afdøde arbejdstagers rettigheder [26], tvivler jeg på, at det under de foreliggende omstændigheder er muligt for sagsøgerne at påberåbe sig traktatens artikel 51.

25 — Jf. dom af 25.6.1997, sag C-131/96, Mora Romero, Sml. I, s. 3659, præmis 17.

26 — Jf. Athanasopoulos-dommen, som er nævnt ovenfor i punkt 32.

B — *Andet og tredje spørgsmål*

42. Da forordningens artikel 78, stk. 2, altså som anført ikke indeholder grundlag for at efterkomme sagsøgernes krav, må herefter det andet og tredje spørgsmål gennemgås, hvorved den forelæggende ret spørger, om bestemmelserne i den tyske-spanske overenskomst fra 1973, som ændret i 1975, kan anvendes i sagen.

43. Den tyske og østrigske regering har foreslået en benægtende besvarelse af disse spørgsmål, mens de øvrige procesdeltagere har foreslået en bekræftende besvarelse.

44. Som bekendt fastslog Domstolen i Walder-dommen af 7. juni 1973 [27], som de to nævnte regeringer har påberåbt sig, at forordning nr. 1408/71 træder i stedet for de bilaterale overenskomster om social sikring, som er afsluttet på et tidligere tidspunkt, selv om de ikke er nævnt i det pågældende bilag til forordningen, og selv om anvendelsen af overenskomsterne medfører større fordele for den ydelsesberettigede end dem, der følger af forordningen (jf. dommens præmis 8 og 9).

45. I dommen af 7. februar 1991 i Rönfeldt-sagen [28] kendte Domstolen dog for ret — efter at have fastslået, at en lovgivning om tildeling af ydelser også omfatter bestemmelserne i en international overenskomst om social sikring, som indebærer, at vedkommende arbejdstager opnår en gunstigere stilling end den, han har i henhold til fællesskabsbestemmelserne (præmis 27) — at »traktatens artikel 48, stk. 2, og artikel 51 skal fortolkes således, at arbejdstagere ikke må miste sociale rettigheder som følge af, at overenskomster mellem to eller flere medlemsstater, der er inkorporeret i national lovgivning, ikke finder anvendelse efter ikrafttrædelsen af Rådets forordning nr. 1408/71 ...« (præmis 29).

46. I sin dom af 9. november 1995 i Thévenon-sagen [29] fastslog Domstolen, at Jean Louis Thévenon — en fransk arbejdstager, som havde været beskæftiget i Frankrig og Tyskland, og som havde anmodet om, at den fransk-tyske overenskomst om social sikring fra 1950 blev bragt i anvendelse på ham med de heraf for ham følgende fordele — havde udnyttet sin ret til fri bevægelighed *efter* ikrafttrædelsen af forordning nr. 1408/71, dvs. på et tidspunkt, hvor overenskomsten var blevet afløst af forordningen. Herved adskilte Thévenon-sagen sig fra Rönfeldt-sagen, hvor den pågældende

27 — Sag 82/72, Sml. s. 599.

28 — Sag C 227/89, Sml. I, s. 323.

29 — Sag C-475/93, Sml. I, s. 3813.

arbejdstager havde været beskæftiget i Tyskland og også i Danmark, *før* Danmark tiltrådte De Europæiske Fællesskaber, og dermed også inden forordningen trådte i kraft i Danmark. Under hensyn hertil fastslog Domstolen, at Thévenon ikke med rette kunne hævde, at han i henseende til sin sociale sikring havde mistet nogle fordele, der tilkom ham i medfør af den fransk-tyske overenskomst, hvorfor overenskomsten ikke kunne anvendes på ham (præmis 22-26).

Af disse grunde fastslog Domstolen, at »traktatens artikel 48, stk. 2, og artikel 51 skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for, at forordning nr. 1408/71 i medfør af sin artikel 6 træder i stedet for overenskomster, der alene er afsluttet mellem to medlemsstater, i et tilfælde hvor den forsikrede før ikrafttrædelsen af forordning nr. 1408/71 kun har tilbagelagt forsikringsperioder i én af de stater, der er parter i overenskomsten, og selv om det havde været fordelagtigere for den forsikrede, at den bilaterale aftale om social sikring fandt anvendelse«.

47. I den foreliggende sag afgik sagsøgernes fader, Rodriguez, ved døden, før Kongeriget Spanien tiltrådte De Europæiske Fællesskaber, efter at han havde arbejdet i Tyskland (dvs. en EF-medlemsstat) og i Spanien (som endnu ikke var en EF-medlemsstat), og Rodriguez' børn, som afleder deres rettigheder fra ham, havde erhvervet ret til en pensionsydelse i medfør af den tysk-spanske overenskomst, som den tyske socialsikringsinstitution havde udbetalt dem fra februar til december 1985. Desuden var den omhandlede overenskomst blevet inkorporeret i de to nævnte landes lovgivning.

48. Efter min opfattelse er en sådan pensionsret beskyttet, når den én gang er erhvervet, ikke blot hvad angår pensionsbeløbets størrelse, men også hvad angår de øvrige materielle og tidsmæssige betingelser for tildelingen heraf, såfremt de er fordelagtigere for den forsikrede og — af samme grund — for dem, der afleder deres rettigheder af forsikrede.

49. Det er ubestridt, at sagsøgerne ville have krav på, at den tyske socialsikringsinstitution fortsat udbetalte dem pensionsydelsen, såfremt man anvendte den tysk-spanske overenskomst på sagen.

Som følge af det anførte er det min opfattelse, at traktatens artikel 48 og 51 under de her i sagen foreliggende omstændigheder kræver, at bestemmelserne i den tysk-spanske overenskomst bringes i anvendelse, som er fordelagtigere for sagsøgerne end fællesskabsreglerne, dvs. forordningens artikel 78, stk. 2, litra b), nr. i).

VI — Forslag til afgørelse

På grundlag af de anførte betragtninger skal jeg foreslå Domstolen at besvare de forelagte præjudicielle spørgsmål på følgende måde:

»1) Artikel 78, stk. 2, litra b), nr. i), i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, skal fortolkes således, at i tilfælde, hvor de efterladte børn ikke længere er berettiget til en efterladtepension i den medlemsstat, hvor de er bosat, fordi de har nået myndighedsalderen, er den kompetente institution i en anden medlemsstat, efter hvis lovgivning pensionen fortsat skal udbetales, såfremt de pågældende er under uddannelse, ikke forpligtet til at udbetale den, hvis den efterladtes ret ikke er erhvervet udelukkende på grundlag af forsikringsperioder tilbagelagt i den sidstnævnte stat.

2) Traktatens artikel 48, stk. 2, og artikel 51 skal fortolkes således, at de er til hinder for, at arbejdstagere og deres efterladte børn fortaber sociale rettigheder som følge af, at det efter ikrafttrædelsen af forordning nr. 1408/71 er udelukket at anvende de overenskomster, som gjaldt i forholdet mellem to eller flere medlemsstater, og som var blevet inkorporeret i disses nationale lovgivning, såfremt de pågældende allerede før forordningens ikrafttræden havde erhvervet ret til en pension efter overenskomstens bestemmelser. Den fortsatte udbetaling af en pension til efterladte børn, efter at disse har nået myndighedsalderen, såfremt de er under uddannelse, er en sådan social rettighed.«