FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. FEDERICO MANCINI

fremsat den 5. maj 1988 *

Høje Domstol.

1. Ved kendelse af 21. januar 1987 har Bundessozialgericht forelagt et præjudicielt spørgsmål om, hvorvidt det er bopælsstatens kompetente institution, der ved beregningen af en grænsearbejders pension skal medregne de perioder, hvor han har oppebåret ydelser ved fuld arbejdsløshed, eller om det er den tilsvarende institution i den stat, hvor den pensionerede har udøvet sin erhvervsmæssige aktivitet.

De faktiske forhold. Josef Rebmann er tysk statsborger og har altid boet i Tyskland. I tidsrummet 1. august 1959-30. juni 1972 arbejdede han i Frankrig som grænsearbejder og betalte bidrag til den franske sociale sikringsordning. I juni 1972 blev Rebmann arbejdsløs. Han blev derefter registreret på arbejdsformidlingen i Saarbrücken og oppebar mellem den 13. juli 1972 og den 31. juli 1974 de ydelser ved arbejdsløshed, som er hjemlet i den tyske lovgivning.

I 1980 blev Rebmann pensioneret og har siden modtaget en pension, udbetalt af den franske pensionskasse. Dernæst fik han ved afgørelse af 10. december 1980 fra Bundesversicherungsanstalt für Angestellte i Berlin (herefter benævnt »BfA«) tildelt en invalidepension på grundlag af de år (1974-1980), hvor han har arbejdet i Tyskland. BfA har imidlertid ikke ved beregningen af dette pensionsbeløb medregnet den periode, hvor den pensionsberettigede var arbejdsløs. I henhold til §36, stk. 1, første punktum, nr. 3 og 3a, i Angestelltenversicherungsgesetz (»AVG«) kan arbejdsløshedsperioder nemlig kun medregnes i en pensionsberegning, såfremt de afbryder udøvelsen af en erhvervsmæssig aktivitet, der er forsikringspligtig i henhold til den tyske lovgivning. De kan ganske vist erstattes af tyske bidragsperioder, såfremt dette er aftalt i internationale aftaler eller konventioner, som Forbundsrepublikken Tyskland har tiltrådt. Men i dette tilfælde fremgår denne mulighed hverken af den eksisterende fransk-tyske konvention på området eller af de fællesskabsretlige bestemmelser.

Rebmann anfægtede afgørelsen såvel administrativt som judicielt, men fik ikke medhold. Under revisionsanken har han gjort gældende, at den nævnte bestemmelse i AVG er i strid med artikel 71, stk. 1, litra a), ii), i forordning 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 (seneste offentliggjorte version i EFT L 230 af 22.8.1983, s. 8). I medfør af denne bestemmelse kan en arbejdsløs grænsearbejder kun stille krav om ydelser ved arbejdsløshed hos bopælsstatens kompetente institution.

* Oversat fra italiensk.

Det er ubestrideligt — hvilket sagsøgeren har indrømmet — at bestemmelsen ikke direkte omfatter det foreliggende tilfælde. Og — har han tilføjet — også sikkert, at kun anvendelsen af *bopælsstatens lovgivning* indebærer, at grænsearbejdere ikke bliver diskrimineret i forhold til andre vandrende arbejdstagere i det omfang, de hverken i bopælsstaten eller dér, hvor de har været erhvervsmæssigt aktive, kan opfylde de betingelser, som den nationale lovgivning opstiller for anerkendelse af arbejdsløshedsperioder. Når det nemlig drejer sig om den franske lovgivning, kan Rebmann ikke bevise, at han ikke har modtaget arbejdsløshedsunderstøttelse, medens det i henhold til tysk lovgivning ikke fremgår, at hans forsikringspligtige erhvervsmæssige aktivitet er blevet afbrudt.

Under disse omstændigheder har Bundessozialgericht fundet det nyttigt at spørge Domstolen, hvilken institution der i henhold til fællesskabsretten er kompetent til i beregningen af pensionsperioderne at medregne de arbejdsløshedsperioder, hvor en grænsearbejder i henhold til artikel 71, stk. 1, litra a), ii), i forordning nr. 1408/71 har oppebåret ydelser ved arbejdsløshed. Den forelæggende ret har især ønsket at få oplyst:

a) om arbejdsløshedsperioderne på baggrund af de nævnte fællesskabsbestemmelser skal medregnes af bopælsstaten, som om grænsearbejderen under sin seneste beskæftigelse havde været omfattet af denne stats lovgivning, eller

b) om perioderne derimod skal medregnes i henhold til pensionsbestemmelserne i beskæftigelsesstaten, som om han i arbejdsløshedsperioderne havde været omfattet af denne stats lovgivning, eller

c) om de pågældende arbejdstagere har ret til at vælge hvilken institution, de vil anmode om at medregne arbejdsløshedsperioderne.

I forbindelse med Domstolens behandling af sagen er der indgivet skriftlige indlæg af BfA, regeringerne i Rom og Haag samt af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber. Bortset fra Nederlandene har alle deltaget i den mundtlige forhandling.

2. BfA og den italienske regering har indledningsvis anført, at grænsearbejdernes interesser skal tilgodeses, selv om der mangler en *passende* fællesskabsbestemmelse, og at problemet må løses på grundlag af principperne i forordning nr. 1408/71. De mener, at artikel 71 ved at pålægge bopælsstaten at erlægge ydelser ved arbejdsløshed har indført en undtagelse fra reglen om, at det påhviler det land, hvor den vandrende arbejdstager er erhvervsmæssig aktiv, at træffe alle foranstaltninger af social karakter, der falder ind under den sociale sikringsordning.

Når bestemmelsen således er en undtagelse, kan den ikke anvendes analogt eller udvides til andre sociale ydelser, hvilken opfattelse den nederlandske regering deler. Og det gælder også det relativt begrænsede øjemed at beregne de perioder, hvori den pensionsberettigede har været arbejdsløs. I modsat fald, understreger BfA, kommer man til et selvmodsigende resultat, nemlig at bopælsstaten skal indrømme grænsearbejderen, som aldrig har arbejdet på dens område, en selvstændig pensionsret, alene fordi der er udbetalt ydelser ved arbejdsløshed. Det af den forelæggende ret rejste problem kan til syvende og sidst kun løses ved at anvende det almindelige bopælsstatskriterium.

Kommissionen har den modsatte holdning. Bopælsstatskriteriet er ganske vist mere i overensstemmelse med forordningens opbygning. Men det medfører alvorlige koordinationsproblemer mellem forsikringsordningerne i medlemsstaterne, og især i forhold til de ordninger, der som den franske, udelukker muligheden for ved pensionsberegninger at medregne arbejdsløshedsperioder, hvor der ikke er blevet udbetalt ydelser. I den situation, hvor en grænsearbejder aldrig har arbejdet i bopælsstaten, men har tilbagelagt arbejdsløshedsperioder dér og fået udbetalt ydelser ved arbejdsløshed, bør princippet om sammenlægning af de pågældende perioder anvendes. Analogt med artikel 48 er bopælsstatens institutioner forpligtet til at medregne de pågældende perioder.

3. Bundessozialgerichts spørgsmål har bragt en alvorlig lakune i forordning nr. 1408/71 frem i lyset, og det er klart, at interesserne hos en vigtig kategori arbejdstagere i Fællesskabet, som grænsearbejderne er, gør det nødvendigt at afhjælpe den.

Først en mere generel bemærkning. Ved afgørelsen af »spørgsmålet om, hvilken lovgivning der skal anvendes« har Rådet bestemt, at de lønnede arbejdstagere, der ikke bor i beskæftigelsesstaten (herunder falder naturligvis grænsearbejderne), er omfattet af denne stats lovgivning [artikel 13, stk. 2, litra a)]. Det således fastslåede princip er i øvrigt ikke uden undtagelser. Specielt er bopælskriteriet anvendt i a) artikel 25, stk. 2 og 3, om ydelser ved sygdom og moderskab, som en arbejdsløs grænsearbejder har ret til, b) artikel 39, stk. 5, om invaliditet, og c) artikel 71, stk. 1, litra a), ii). Sidstnævnte bestemmer nemlig, at »grænsearbejdere, der er helt arbejdsløse, modtager ydelser efter lovgivningen i den medlemsstat, på hvis område de er bosat, som om de under deres seneste beskæftigelse havde været omfattet af denne lovgivning«.

Meningen med denne bestemmelse er åbenbar. En grænsearbejder uden beskæftigelse — har fællesskabslovgiveren ment — kan hjælpes bedre og lettere af myndighederne i bopælsstaten, hvortil han åbenbart har mere stabile familiemæssige og sociale forbindelser. Dette aspekt er kommet klart frem i Domstolens retspraksis. »Bestemmelserne i artikel 71«, fastslår Domstolen i dom afsagt den 12. juni 1986 i sag 1/85 (Miethe, Sml. s. 1837), »... har til formål at sikre, at vandrende arbejdstagere kan opnå arbejdsløshedsydelser på sådanne betingelser, at de bedst muligt sættes i stand til at søge nyt arbejde. Begrebet ydelser i denne forbindelse omfatter ikke alene pengeydelser, men også den bistand i forbindelse med faglig genindslusning, som arbejdsformidlingen yder de tilmeldte arbejdstagere« (se dommens præmis 16 samt den deri omtalte retspraksis).

Når dette er sagt, så lad mig gennemgå de løsningsmuligheder, som den forelæggende ret har foreslået, for at se hvilket forslag der er mest overensstemmende med den ånd, som var grundlaget for Rådets udstedelse af bestemmelser om grænsearbejderes status.

Bundessozialgerichts sidste forslag kan afvises uden videre. At give grænsearbejderne en valgmulighed vil være i strid med ordlyden af artikel 71, der, som jeg har nævnt, udelukkende giver arbejdstagerne mulighed for at henvende sig til bopælsstatens myndigheder, og vil være en underkendelse af »rækkevidden af forordning nr. 1408/71, der... har til formål at gennemføre en samordning af de nationale lovgivninger om so-

cial sikkerhed i forbindelse med gennemførelsen af den fri bevægelighed for arbejdstagere, der er statsborgere i medlemsstaterne« (den tidligere omtalte Miethe-dom, præmis 11).

Det andet løsningsforslag giver derimod to fordele, nemlig at være i overensstemmelse med reglen i artikel 13 og de formål, som Traktatens artikel 51 forfølger, og at indebære, at arbejdsløshedsperioder uden afbrydelser føjer sig til bidragsperioder, som grænsearbejderen har tilbagelagt i henhold til beskæftigelsesstatens pensionsbestemmelser. Når arbejdstageren igen bliver beskæftiget i denne stat, er det myndighederne dér, der ved beregning af hans pensionsrettigheder medregner også de år, hvor han ikke har haft beskæftigelse.

Denne løsning giver imidlertid, som Kommissionen har påvist, en række koordinationsproblemer mellem beskæftigelsesstatens bestemmelser om pensionsberegning og bestemmelser i bopælsstaten, der skal udstede regler om betaling af ydelser ved arbejdsløshed. Og dette er ikke det hele. Løsningen taber enhver praktisk betydning, når grænsearbejderen finder beskæftigelse på hjemstedet takket være en indsats fra den arbejdsformidling, som han har henvendt sig til i medfør af artikel 71. I det tilfælde og af de grunde, som jeg har anført ved gennemgangen af den modsatte løsning, synes det nemlig mere logisk at pålægge bopælsstatens myndigheder at medregne arbejdsløshedsperioder, når de beregner pensionen. Lad mig tilføje, at den selvmodsigelse, som BfA henviser til, næppe er sandsynlig; den grænsearbejder, som aldrig har arbejdet i bopælsstaten, kan nemlig netop af den grund ikke dér erhverve pensionsrettigheder på grundlag af sin beskæftigelse.

Sammenfattende er den holdning, som BfA og den italieneske regering har, ikke mere fordelagtig for grænsearbejderen end Nederlandenes holdning. Som enhver undtagelsesbestemmelse skal artikel 71 ganske vist forstås i den sammenhæng, hvor den er udstedt. Jeg er imidlertid overbevist om, at denne bestemmelse ikke er begrænset til at indføre en undtagelse fra hovedreglen om *beskæftigelsesstatens lovgivning*, men udgør sammen med artikel 25, stk. 2, et regelsæt, der er specielt bestemt for grænsearbejdere og forskelligt fra de regler, der gælder andre arbejdstagere. Der er nemlig tale om, at kriteriet om *bopælsstatens lovgivning* i dette tilfælde har et væsentligt formål, nemlig at den grænsearbejder, som dagligt overskrider en landegrænse for at arbejde »på den anden side«, har mulighed for efter en arbejdsløshedsperiode at finde beskæftigelse dér, hvor han bor.

I henhold til forordning nr. 1408/71 er en grænsearbejders arbejdsløshed — som en situation med krav om retlig beskyttelse — således undergivet en særlig ordning, knyttet til kriteriet om *bopælsstatens lovgivning* og parallel med kriteriet om *beskæftigelsesstatens lovgivning*, der regulerer en grænsearbejders samtlige (og kun) rettigheder og pligter fra den dag, hvor han er uden beskæftigelse, til den dag, hvor han igen er i arbejde. Derimod falder perioderne forud herfor og de efterfølgende perioder helt åbenbart under den almindelige ordning, dvs. den ordning hvorefter det udelukkende påhviler beskæftigelsesstaten at bære byrden ved sociale ydelser til en arbejdstager, der ikke har bopæl dér. På den anden side har dette fortolkningskriterium netop ført Domstolen til i overensstemmelse med artikel 13, stk. 2, litra a), at fastslå, at »en arbejdstager, der ophører med den virksomhed, han har udøvet på en medlemsstats område, og som ikke har taget beskæftigelse på en anden medlemsstats område, fortsat er omfattet af lovgivningen i den medlemsstat, hvor han

senest var beskæftiget, uanset hvor lang tid der er forløbet siden beskæftigelsens og arbejdsforholdets ophør«. Herefter er han »alene... omfattet af denne medlemsstats lovgivning« (dom afsagt den 12. juni 1986 i sag 302/84, Ten Holder, Sml. s. 1827, domskonklusionens punkt 1 og 2).

Samordningsproblemerne, som Kommissionen henviser til, kan ret beset løses ved at anvende beskæftigelsesstatskriteriet. I virkeligheden indebærer det forhold, at en grænsearbejder fratages anvendelsen af *beskæftigelsesstatens lovgivning*, en hindring for den uafbrudte sammenlægning af pensionsrettigheder, og det er uforenelig med formålene i Traktaten. Lad mig her minde om, at artikel 51 fastslår, at det skal være muligt »at sikre vandrende arbejdstagere og deres ydelsesberettigede pårørende: ... sammenlægning af alle tidsrum, der i de forskellige nationale lovgivninger tages i betragtning med henblik på at indrømme og opretholde retten til ydelser og *på beregning af disse*« (min understregning).

4. Sammenfattende skal jeg foreslå, at Domstolen besvarer det spørgsmål, som Bundessozialgericht har forelagt ved kendelse af 21. januar 1987 i den for denne ret verserende sag mellem Josef Rebmann og Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, på følgende måde:

»Ved anvendelsen af artikel 13, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1408/71 skal — i mangel af en særlig fællesskabsretlig bestemmelse herom — de perioder med fuld arbejdsløshed, som en grænsearbejder har tilbagelagt i bopælsstaten, medregnes ved pensionsopgørelsen efter lovgivningen i den stat, hvor han senest var beskæftiget.«