FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT H. MAYRAS FREMSAT DEN 24. JANUAR 1980 [1]

Høje Ret.

Den tyske statsborger Fellinger er gipser. Han boede på de for denne sag relevante tidspunkter i Rehlingen, ikke langt fra Saarbrücken, og arbejdede indtil den 10. oktober 1974 for forskellige arbejdsgivere i Forbundsrepublikken, navnlig fra den 1. juli til den 10. oktober 1974 for virksomheden Siebenhaar i Mainz-Amöneberg. Hans bruttoløn var i september måned 1974 3 872 DM.

Fra den 11. oktober til den 10. november 1974 var Fellinger arbejdsløs. Derefter arbejdede han med forskellige afbrydelser: i Luxembourg fik han beskæftigelse fra den 11. november til den 19. december 1974; han blev på ny arbejdsløs fra den 20. december 1974 til den 12. januar 1975; han arbejdede atter fra den 13. januar til den 2. august 1975; han blev endnu engang arbejdsløs fra den 3. til den 19. august 1975; han arbejdede igen fra den 20. august til den 20. november 1975. Herefter har han, så vidt vides, ikke været beskæftiget i Luxembourg, men det blev under retsmødet oplyst, at han da havde lønnet beskæftigelse i Belgien.

I arbejdsløshedsperioderne modtog sagsøgeren ydelser fra arbejdsformidlingskontoret (Arbeitsamt) i Saarlouis. Først var de ugentlige ydelser 264,60 DM, derefter fra den 1. januar 1975 319,80 DM. Dog udgjorde ydelserne for perioden fra den 3. til den 19. august 1975 kun 199,20 DM. Tvisten har sin oprindelse i arbejdsformidlingskontorets afgørelse af 5. december 1975 om at udbetale samme beløb for den periode, der begyndte den 21. november 1975.

Det er uomtvistet, at det er artikel 71, stk. 1, litra a), nr. ii), og artikel 68, stk. 1, i forordning nr. 1408/71, som er grundlaget for Fellingers ret til arbejdsløshedsydelser for den pågældende periode. De relevante tyske bestemmelser findes i § 112 i loven om arbejdsfremmende foranstaltninger (Arbeitsförderungsgesetz), hvorefter ydelserne beregnes på grundlag af den sidste løn, den arbejdsløse har modtaget.

Artikel 71, stk. 1, litra a), nr. ii), i forordning nr. 1408/71 bestemmer, 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; disse ydelser udbetales af bopælsstedets institution for denne institutions regning.«

Artikel 68, stk. 1, har følgende indhold:

»Den kompetente indstitution i en medlemsstat, hvor lovgivningen bestemmer, at ydelserne beregnes på grundlag af størrelsen af den tidligere løn, skal som grundlag for beregningen kun benytte den løn, som den pågældende har modtaget under sin seneste beskæftigelse på denne stats område. Hvis den pågældendes seneste beskæftigelse på denne stats område ikke har varet i mindst 4 uger, beregnes ydelserne dog på grundlag af den løn, der på den

1 — Oversat fra fransk.

arbejdsløses bopæls- eller opholdssted sædvanligt ydes for en beskæftigelse, der svarer til eller kan sammenlignes med den, han senest har udøvet på en anden medlemsstats område.«

Arbejdsformidlingskontoret synes at have truffet sine afgørelser om arbejdsløshedsydelser til Fellinger på grundlag af følgende ræsonnement.

I de to første arbejdsløshedsperioder tog arbejdsformidlingskontoret overhovedet ikke hensyn til artikel 68, stk. 1, i forordning nr. 1408/71, men lagde alene loven om arbejdsfremmende foranstaltninger til grund og beregnede ydelsen på grundlag af lønnen fra virksomheden Siebenhaar. Denne fremgangsmåde var utvivlsomt den rette for perioden fra den 11. oktober til den 10. november 1974, idet Fellinger på daværende tidspunkt ikke var grænsearbejder; men den forekommer mere tvivlsom for den periode fra den 20. december 1974 til den 12. januar 1975, som lå efter hans første beskæftigelsesperiode i Luxembourg. Dette forhold er dog ikke fremdraget under sagen.

I øvrigt var grundlaget for den lavere ydelse, der blev udbetalt i de to senere arbejdsløshedsperioder, at artikel 68, stk. 1, 2. pkt., blev bragt i anvendelse over for Fellinger. Arbejdsformidlingskontoret anvendte kriteriet »den løn, der på den arbejdsløses bopæls- eller opholdssted sædvanligt ydes for en beskæftigelse, der svarer til eller kan sammenlignes med den, han senest har udøvet på en anden medlemsstats område«, idet det i henhold til artikel 112, stk. 7, i loven om arbejdsfremmende foranstaltninger beregnede ydelsen på grundlag af den sædvanlige overenskomstmæssige løn på 9,93 DM i timen for gipsere for en 40-timers arbejdsuge.

Denne opfattelse beror på to postulater vedrørende fortolkningen af artikel 68, stk. 1. Det første er, at arbejdsløshedsydelsen ifølge bestemmelsens første punktum kun kan beregnes på grundlag af lønnen for den seneste beskæftigelse i den medlemsstat, hvor den kompetente institution er beliggende, hvis denne beskæftigelse er den sidste, der er udøvet før arbejdsløsheden. Sagsøgeren opfyldte naturligvis ikke denne betingelse.

Det andet postulat er, at den situation, at der før arbejdsløshedens indtræden ikke er udøvet en beskæftigelse på den medlemsstats område, hvor den kompetente institution er beliggende, må betragtes som et tilfælde, hvor der er udøvet en beskæftigelse i mindre end fire uger på dette område, hvilket gør det muligt at anvende bestemmelsens andet punktum.

Sagsøgeren klagede til Forbundsanstalten for Arbejdsforhold (Bundesanstalt für Arbeit) over afgørelsen af 5. december 1975, idet han henviste til, at den beroede på en urigtig fortolkning af artikel 68, stk. 1. Han gjorde på daværende tidspunkt gældende, at artikel 68, stk. 1, 1. pkt., skulle fortolkes efter sin ordlyd, dvs. at grundlaget for beregningen af arbejdsløshedsydelsen skulle være den løn, der var modtaget for den seneste beskæftigelse i den medlemsstat, hvor den kompetente institution er beliggende, *uden hensyn til det tidspunkt hvor denne beskæftigelse blev udøvet.* Denne regel skulle herefter kun vige for reglen i andet punktum, hvis den seneste beskæftigelse har været af mindre end 4 ugers varighed. Efter denne fortolkning skulle grundlaget for den ydelse, som sagsøgeren havde haft ret til, have været den løn, han modtog i virksomheden Siebenhaar.

Efter at klagen var blevet forkastet, anlagde sagsøgeren sag ved Sozialgericht

für das Saarland, der ved dom af 17. februar 1977 imidlertid ikke gav ham medhold. Han appellerede derefter til Landessozialgericht, som ved dom af 26. oktober 1977 gav ham medhold i sin påstand.

Sagsøgte (arbejdsformidlingskontoret) indankede sagen til revision for Bundessozialgericht, der ved kendelse af 15. februar 1979 har forelagt Domstolen følgende spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 68, stk. 1:

»1. Skal den kompetente institution på bopælsstedet ifølge artikel 68, stk. 1, 1. pkt., i Rådets forordning nr. 1408/71 af 14. juni 1971 i tilfælde af en grænsearbejders arbejdsløshed kun tage hensyn til lønnen for den 'seneste beskæftigelse' på institutionens område, hvis denne beskæftigelse var den seneste, før den pågældende blev meldt ledig?

2. Såfremt spørgsmål 1 besvares benægtende: skal der også tages hensyn til lønnen for den 'seneste beskæftigelse' i bopælsstaten, når denne beskæftigelse — som i det foreliggende tilfælde — er ophørt 14 måneder før den pågældende blev meldt ledig?

3. Foreligger der også (eller fortsat) en beskæftigelse, som har varet i mindre end 4 uger som nævnt i forordningens artikel 68, stk. 1, 2. pkt., når der overhovedet ikke på bopælsstatens område har været udøvet beskæftigelse eller i hvert fald ikke en beskæftigelse, der efter svarene på spørgsmål 1 eller 2 kan tages i betragtning?«

Spørgsmålene er klart affattet på baggrund af de to forskellige fortolkninger af artikel 68, stk. 1, som parterne for Bundessozialgericht har anført. Kommissionen har imidlertid i sit skriftlige indlæg foreslået en tredje fortolkning, hvorefter den seneste beskæftigelse som nævnt i artikel 68, stk. 1, skal forstås som den i tid seneste beskæftigelse og ikke blot den seneste beskæftigelse på den kompetente stats område. Bestemmelsen skal ifølge Kommissionen fortolkes som en anvendelse af princippet om, at arbejdsløshedsydelser skal beregnes på grundlag af den seneste løn, der faktisk er modtaget før arbejdsløsheden. Sagsøgerens advokat har under retsmødet erklæret, at han ikke længere anser den rent sproglige fortolkning af artikel 68, stk. 1, som den rigtige, men tilslutter sig Kommissionens fortolkning.

Besvarelsen af de af Bundessozialgericht forelagte spørgsmål afhænger af, hvilken af disse tre fortolkninger der er den korrekte.

Jeg vil begynde med den rent sproglige fortolkning.

De vil erindre, at det i første punktum af artikel 68, stk. 1, bestemmes, at den kompetente institution i den medlemsstat, hvis lovgivning er af betydning, »kun [skal] benytte den løn, som den pågældende har modtaget under sin seneste beskæftigelse på denne stats område«.

Denne bestemmelse hviler i sig selv ud fra et grammatisk og syntaktisk synspunkt. Som den foreliggende ret bemærker i sin kendelse er det efter bestemmelsens ordlyd »... mere nærliggende at fortolke den således, at det afgørende altid skal være lønnen for den seneste beskæftigelse i indlandet før arbejdsløshedens indtræden, uanset den tidsmæssige afstand herfra«. Retten finder det imidlertid tvivlsomt, om der kan anlægges en fortolkning, som ikke fastlægger nogen grænse for tidsrummet mellem den seneste beskæftigelse i den kompetente stat og begyndelsen af arbejdsløshedsperioden.

Når en sproglig fortolkning af en retsregel fører til et urimeligt eller uretfærdigt resultat, er det da tilladeligt, at Domstolen søger en anden fortolkning, som undgår dette resultat? Almindelige fortolkningsprincipper og Domstolens egen retspraksis kan efter min opfattelse være vejledende for afgørelsen af dette spørgsmål.

Lovgiverens og dommerens forskellige roller i et retssystem er elegant beskrevet af Portalis:

»Der er én videnskab for lovgivere, ligesom der er én for dommere; og den ene ligner ikke den anden. Lovgiverens videnskab ligger i for hvert område at finde de principper, der tjener almenvellet bedst, hvorimod dommerens videnskab er at sætte disse principper i værk, at forgrene dem, at udstrække dem, ved en vis og begrundet anvendelse på private retstilfælde; at søge lovens ånd, når dens ord dræber; og ikke at udsætte sig for skiftevis at være slave og rebel og at undsige loven af følgagtighed.«

Ifølge den sondring, der opstilles af denne fremragende jurist, kan Domstolen ikke sætte sit eget skøn i stedet for lovgiverens; når lovens mening er klar, må man anvende loven i overensstemmelse med dens mening, selv om man anser den foreskrevne løsning for utilfredsstillende. Det betyder imidlertid ikke, at den rent sproglige fortolkning af en bestemmelse altid skal accepteres. Hvis en sådan fortolkning fører til et meningsløst resultat i et tilfælde, som bestemmelsen efter Domstolens overbevisning skal omfatte, kan man med rette nære tvivl om rigtigheden af denne fortolkning. Med andre ord er en klar betydning og en rent sproglig betydning ikke altid det samme.

Der har været talrige sager, hvor Domstolen har undladt at anlægge en sproglig fortolkning, men i stedet har anlagt en anden fortolkning, som den har fundet bedre i overensstemmelse med de pågældende bestemmelsers formål og opbygning. Et velkendt eksempel er de tre sager vedrørende artikel 4, stk. 2, i Rådets beslutning af 13. maj 1965 forbudet mod ved siden af det fælles system for omsætningsafgifter at anvende særlige afgifter, som opkræves i stedet for omsætningsafgifter. Det drejer sig om sag 9/70, *Franz Grad* mod *Finanzamt Traunstein* (Sml. 1970, s. 157), sag 20/70, *Lesage* mod *Hauptzollamt Freiburg* (Sml. 1970, s. 177) og sag 23/70, *Haselhorst* mod *Finanzamt Düsseldorf* (Sml. 1970, s. 179). I en identisk del af de tre domme har Domstolen erklæret:

»Efter en sproglig fortolkning af beslutningens artikel 4 kunne det antages, at denne bestemmelse omhandler det tidspunkt, hvor den pågældende stat skal have iværksat det fælles system på sit eget territorium.

En sådan fortolkning ville imidlertid ikke være i overensstemmelse med de nævnte direktivers formål; disse direktiver har nemlig til formål at sikre, at det fælles merværdiafgiftssystem anvendes i hele fællesmarkedet fra en given dato; så længe dette tidspunkt ikke er kommet, har medlemsstaterne fuld handlefrihed i den her omhandlede henseende.« (Sml. 1970, s. 162 og org.ref. Recuil 1970, s. 877 og 896-897).

I samme retning kan også nævnes sag 6/72, *Europemballage og Continental Can Company* mod *Kommissionen* (Sml. 1973, s. 215), sag 6/74, *Moulijn* mod

Kommissionen (Sml. 1974, s. 1287) og på den sociale sikrings område sag 2/67, *de Moor* mod *Caisse de pension des employés privés* (Sml. 1965-1968, s. 375).

Efter min opfattelse er det problem, som den tyske ret har henledt opmærksomheden på, tilstrækkeligt alvorligt til, at Domstolen kan undlade at anvende artikel 68, stk. 1, i overensstemmelse med en rent sproglig fortolkning. Derfor vil jeg nu gå over til de andre fortolkninger, der er foreslået af Forbundsanstalten for Arbejdsforhold og af Kommissionen.

Forbundsanstaltens løsning indebærer, at visse udtryk både i artikel 68, stk. 1, første og andet punktum, undergives en fortolkning. På den ene side må udtrykket »den seneste beskæftigelse« i den kompetente medlemsstat i begge punktummer forstås som den absolut seneste beskæftigelse, før den pågældende bliver arbejdsløs. På den anden side må i bestemmelsens andet punktum en beskæftigelse af mindre end fire ugers varighed på den kompetente medlemsstats område forstås som omfattende det tilfælde, at den seneste beskæftigelse ikke er udøvet i denne stat, men i en anden medlemsstat.

Den vigtigste indvending mod denne fortolkning er, at grænsearbejdere pr. definition ikke kan opfylde betingelsen i første sætning i artikel 68, stk. 1, 1. pkt. Det ville følge af denne fortolkning, at en grænsearbejder, når arbejdsløshedsydelsen efter bopælsstatens lovgivning beregnes på grundlag af størrelsen af den tidligere løn, aldrig kunne få sin ydelse beregnet på grundlag af den løn, han rent faktisk har modtaget, men alene på grundlag af en »fiktiv« løn. Da grundlaget for beregningen af denne løn, som De ved, er »den sædvanlige løn« på bopælsstedet for en beskæftigelse, der svarer til den, der er udøvet i beskæftigelsesmedlemsstaten, og da det er klart, at grænsearbejdernes daglige rejser normalt sker fra lavtlønsområder til højtlønsområder, ville størrelsen af de ydelser, som skulle udbetales til grænsearbejdere, kun sjældent stå i forhold til, hvad de har tjent før arbejdsløsheden.

Det forekommer imidlertid usandsynligt, at Rådet skulle have haft til hensigt at behandle grænsearbejderne på så ugunstig en måde i forhold til arbejdstagere, som tager ophold i en anden medlemsstat. Jeg anser derfor Forbundsanstaltens fortolkning for urigtig.

Den fortolkning, som først er foreslået af Kommissionen, og som derefter under retsmødet er antaget af sagsøgerens advokat, er den vanskeligste at bringe i overensstemmelse med ordlyden af artikel 68, stk. 1. Hvis, som Kommissionen hævder, det afgørende er den sidste løn, som en arbejdsløs faktisk har modtaget, hvordan skal det da forklares, at det i artikel 68, stk. 1, 1. pkt., hedder, at det drejer sig om lønnen for den seneste beskæftigelse på den medlemsstats område, hvor den kompetente institution er beliggende?

Kommissionen har forsøgt at overvinde denne vanskelighed ved at påberåbe sig det, som den kalder »fiktionen« i artikel 71, stk. 1, litra a), nr. ii), nemlig at helt arbejdsløse grænsearbejdere er omfattet af lovgivningen i bopælsmedlemsstaten, »som om de under deres seneste beskæftigelse havde været omfattet af denne lovgivning«. Kommissionen har anført, at den kompetente stats »område« som

nævnt i artikel 68, stk. 1, for grænsearbejdernes vedkommende udstrækkes til det område, hvor denne stats lovgivning antages at være anvendelig, dvs. den stats område, hvor den seneste beskæftigelse er udøvet.

Denne analyse forekommer mig, sandt at sige, unødvendigt kompliceret. Jeg er imidlertid enig med Kommissionen for så vidt angår det princip, som artikel 68, stk. 1, er udtryk for, nemlig at grundlaget for beregningen af arbejdsløshedsydelsen skal være den seneste løn, der faktisk er modtaget af den pågældende.

Dette princip kan bringes i anvendelse på grundlag af bestemmelsens første punktum i det almindelige tilfælde, hvor den kompetente medlemsstat efter artikel 13, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1408/71 er beskæftigelsesstaten. Denne bestemmelses formål er netop klart at angive, at kun den seneste løn i denne stat må tages i betragtning, og ikke nogen som helst anden løn for en tidligere beskæftigelse i andre medlemsstater.

At artikel 68 ikke er udformet specielt under hensyn til grænsearbejdere betyder ikke, at bestemmelsen ikke er udformet således, at princippet finder anvendelse på dem. Hvis dette ikke var tilfældet, og hvis deres arbejdsløshedsydelser skulle beregnes på grundlag af den løn, som de måtte have modtaget flere år tidligere i deres bopælsmedlemsstat, ville det klart være en bremse på arbejdskraftens frie bevægelighed. Efter min opfattelse skal artikel 68, stk. 1, 1. pkt., fortolkes, som om den bestemte, at beregningen af ydelserne for alle helt arbejdsløse grænsearbejdere skal foretages på grundlag af den løn, den pågældende har modtaget i den medlemsstat, hvor han sidst har arbejdet. Med Portalis vil jeg sige, at enhver anden fortolkning ville føre til en undsigelse af forordningens ånd og til at være slave af dens bogstav.

Til støtte for denne opfattelse kan også anføres, at fortolkningen stemmer overens med artikel 81 i forordning nr. 574/72, i det mindste i lige så høj grad som den fortolkning, der er foreslået af Forbundsanstalten for Arbejdsforhold.

Endelig er jeg — tilsyneladende i modstrid med Kommissionens opfattelse — ikke overbevist om, at denne løsning er i strid med princippet om, at der ikke må tages hensyn til den løn, der er modtaget i udlandet. Dette princip finder nemlig kun anvendelse i de tilfælde, hvor hensyn til løn modtaget i udlandet kan begrænse den frie bevægelighed, hvilket er den modsatte situation af den foreliggende.

Jeg mener derfor, at det ville være en fejltagelse at bevare de spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet, direkte, idet de har til formål at tjene som kriterium for valget mellem to fortolkninger af artikel 68, stk. 1, i forordning nr. 1408/71, som begge efter min opfattelse har vist sig at være fejlagtige.

Sammenfattende vil jeg derfor foreslå, at Domstolen kender for ret, at den kompetente institution på bopælsstedet, for så vidt angår en helt arbejdsløs grænsearbejder, i henhold til artikel 68, stk. 1, 1. pkt., som grundlag for beregningen skal benytte den løn, den pågældende har modtaget i den medlemsstat, hvor han har arbejdet i den periode, der ligger umiddelbart forud for arbejdsløsheden.