

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

JULIANE KOKOTT

fremsat den 28. oktober 2004¹**I — Indledning**

1. Sagsøger i hovedsagen, Cristalina Salgado Alonso, modtog på et tidspunkt en særlig form for arbejdsløshedsunderstøttelse i Spanien. I denne periode indbetalte *Instituto Nacional de Empleo* (det nationale institut for beskæftigelse, herefter »INEM«) på vegne af sagsøger bidrag til den lovbestemte pensionsforsikring. Da hun fyldte 65 år, ansøgte Cristalina Salgado Alonso om at få udbetalt den lovbestemte alderspension. Stridspunktet i hovedsagen drejer sig om, hvorvidt de bidrag der blev indbetalt af INEM i den periode, hvor Cristalina Salgado Alonso modtog den særlige form for arbejdsløshedsunderstøttelse, skal medregnes ved beregningen af karenperioden for den lovbestemte pensionsforsikring, henholdsvis hvorvidt der foreligger en tilsidesættelse af forbuddet mod forskelsbehandling af vandrede arbejdstagere på grundlag af nationalitet, såfremt disse bidrag ikke medregnes.

2. Det er på den baggrund, at Juzgado de lo Social n° 3 i Orense (herefter »den forelæggende ret«) har anmodet Domstolen om at besvare to spørgsmål vedrørende fortolkningen af Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstæn-

dige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet (herefter »forordning nr. 1408/71«)². Der er indholdsmæssig overensstemmelse mellem spørgsmålene i denne sag og spørgsmålene, som den forelæggende ret forelagde Domstolen i sag C-225/02 (Rosa García Blanco)³.

II — Relevante retsregler**A — Fællesskabsretten**

3. Den fællesskabsretlige ramme for den foreliggende sag er artikel 39 EF og forordning nr. 1408/71.

2 — EFT L 149, s. 2. Artikel 90 og 91 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 883/2004 af 29.4.2004 om koordinering af de sociale sikringsordninger (EUT L 166, s. 1, berigtiget i EUT L 200, s. 1) indeholder bestemmelser om ophævelse og erstatning af forordning nr. 1408/71. Af tidsmæssige årsager finder forordning nr. 1408/71 fortsat anvendelse på den foreliggende sag. Den for denne sag relevante ordlyd af artikel 1, litra r), fremgår af Rådets forordning (EF) nr. 1606/98 af 29.6.1998 (EFT L 209, s. 1). Alle øvrige nævnte bestemmelser findes i forordning nr. 1408/71, som ændret og ajourført ved Rådets forordning (EF) nr. 118/97 af 2.12.1996 (EFT 1997 L 28, s. 1).

3 — Jf. mit forslag til afgørelse af samme dato i sag C-225/02, dom af 20.1.2005, Sml. I, s. 523, på s. 525.

1 — Originalsprog: tysk.

4. Artikel 1, litra r), i forordning nr. 1408/71 definerer begrebet »karensperioder« således:

»Bidrags- eller beskæftigelsesperioder, der i den lovgivning, efter hvilken de er tilbagelagt eller anses for at være tilbagelagt, betegnes eller anerkendes som karensperioder, samt alle dermed ligestillede perioder, for så vidt der efter denne lovgivning tillægges dem gyldighed som karensperioder. Perioder, der er tilbagelagt efter en særlig ordning for tjenestemænd, anses også for karensperioder«.

5. Artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 1408/71 har følgende ordlyd:

»Personer, der er bosat på en medlemsstats område, og som er omfattet af denne forordning, har de samme pligter og rettigheder i henhold til en medlemsstats lovgivning som denne medlemsstats egne statsborgere, medmindre andet følger af særlige bestemmelser i denne forordning.«

6. Med hensyn til sammenlægningen af forsikrings- og bopælsperioder bestemmer artikel 45, stk. 1, i forordning nr. 1408/71 følgende:

»Såfremt erhvervelse, bevarelse eller generhvervelse af ret til ydelser efter en ordning, som ikke er en særordning i den i stk. 2 eller 3 omhandlede forstand, i henhold til en medlemsstats lovgivning er betinget af, at der er tilbagelagt forsikrings- eller bopælsperioder, skal den kompetente institution i fornødent omfang medregne forsikrings- eller bopælsperioder, der er tilbagelagt efter enhver anden medlemsstats lovgivning, uden hensyn til om de er tilbagelagt efter en almindelig ordning eller en særordning, og ligeledes uden hensyn til om de er tilbagelagt efter en ordning for arbejdstagere eller en ordning for selvstændige erhvervsdrivende. Med henblik herpå medregnes disse perioder, som om det drejede sig om perioder, der var tilbagelagt efter den for institutionen gældende lovgivning.«

7. Artikel 46, stk. 2, i forordning nr. 1408/71 bestemmer følgende:

»Såfremt de foreskrevne betingelser i en medlemsstats lovgivning for erhvervelse af ret til ydelser kun opfyldes ved anvendelse af artikel 45 og/eller artikel 40, stk. 3, gælder følgende regler:

- a) Den kompetente institution beregner det teoretiske beløb for den ydelse, som den pågældende ville kunne gøre krav på, hvis samtlige forsikrings- og/eller bopælsperioder, der er tilbagelagt i de medlemsstater, hvis lovgivning arbejdstageren eller den selvstændige erhvervsdrivende har været omfattet af,

havde været tilbagelagt i den omhandlede medlemsstat og efter den lovgivning, der gælder for den pågældende institution på det tidspunkt, da ydelsen skal fastsættes. Såfremt ydelsesbeløbet efter nævnte lovgivning er uafhængig af længden af de tilbagelagte perioder, anses dette beløb for at være det i nærværende litra omhandlede teoretiske beløb.

gældende lovgivning, og som skal tages i betragtning ved forsikringsbegivenhedens indtræden, såfremt

— de nævnte perioder sammenlagt er på under ét år

b) Den kompetente institution fastsætter derefter det faktiske beløb for ydelsen på grundlag af det i litra a) nævnte teoretiske beløb efter forholdet mellem længden af de forsikrings- eller bopælsperioder, der er tilbagelagt efter den for institutionen gældende lovgivning forud for forsikringsbegivenhedens indtræden, og den samlede længde af de forsikrings- og bopælsperioder, der er tilbagelagt efter lovgivningen i alle de berørte medlemsstater forud for forsikringsbegivenhedens indtræden.«

og

— der ikke alene på grundlag af disse perioder består ret til ydelser i medfør af bestemmelserne i denne lovgivning.

8. Med hensyn til forsikrings- og bopælsperioder på mindre end ét år bestemmer artikel 48 i forordning nr. 1408/71 følgende:

2. Den kompetente institution i hver af de øvrige berørte medlemsstater skal medregne de i stk. 1 nævnte perioder ved anvendelsen af artikel 46, stk. 2, med undtagelse af litra b).

»1. Uanset artikel 46, stk. 2, er en medlemsstats institution ikke forpligtet til at tilkende ydelser på grundlag af perioder, der er tilbagelagt efter den for denne institution

3. Såfremt anvendelsen af stk. 1 ville medføre, at samtlige institutioner i de pågældende stater blev fritaget for pligten til at udrede ydelser, skal ydelserne udredes alene efter lovgivningen i den stat, hvis betingelser den pågældende senest har opfyldt, som om samtlige forsikrings- og bopælsperioder, der

er tilbagelagt og medregnet efter artikel 45, stk. 1 til 4, havde været tilbagelagt efter den pågældende stats lovgivning.«

B — De nationale bestemmelser

9. Artikel 161, stk. 1, litra b), i den nye affattelse af *Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social*⁴ (den spanske almindelige lov om social sikring, herefter »TRLGSS«), foreskriver som betingelse for tildeling af en alderspension, at den pågældende har tilbagelagt:

— en bidragsperiode på mindst femten år

og

— en særlig periode på mindst to år inden for de sidste femten år, der ligger umiddelbart forud for pensionsbegivenhedens indtræden.

10. I henhold til artikel 215, stk. 1, nr. 3, i TRLGSS modtager arbejdsløse personer over 52 år en særlig form for arbejdsløshedsydelse (*subsídio por desempleo*, herefter »den særlige arbejdsløshedsydelse«), allerede inden de har opnået den lovbestemte pensionsalder. Forudsætningen for tildeling af den særlige ydelse er bl.a., at de pågældende kan godtgøre, at de i mindst seks år har indbetalt bidrag til den lovbestemte arbejdsløshedsforsikring, og at de opfylder alle betingelserne — bortset fra aldersbetingelsen — for at opnå en lovbestemt alderspension.

11. Som et tillæg til den særlige arbejdsløshedsydelse, som arbejdsløshedsforsikringsorganet (*Organismo Gestor del Seguro de Desempleo*) udbetaler til den forsikrede for hver kalendermåned, hvor den pågældende har haft krav herpå, skal dette organ i henhold til artikel 218, stk. 2, i TRLGSS på vegne af modtageren indbetale bidrag til den lovbestemte alderspension inden for rammerne af den almindelige sociale sikringsordning.

12. Virkningen af bidraget til den lovbestemte alderspension på vegne af personer, der modtager den særlige ydelse, begrænses i den 28. tillægsbestemmelse til TRLGSS⁵ således:

4 — I den affattelse, som er kodificeret ved kongeligt dekret nr. 1/1994 af 20.6.1994 (*Boletín Oficial del Estado* (BOE) nr. 154 af 29.6.1994), som ændret ved lov nr. 50/1998 af 30.12.1998 (BOE af 31.12.1998, der trådte i kraft den 1.1.1999).

5 — Indført ved den 21. tillægsbestemmelse til lov nr. 50/1998, nævnt i fodnote 4.

»De bidrag, der er indbetalt af arbejdsløshedsforsikringsorganet i medfør af artikel 218, stk. 2, [i TRLGSS] medregnes ved beregningen af alderspensionens grundbeløb og af den procentsats, der finder anvendelse herpå. Gyldigheden og retsvirkningerne af disse bidrag kan i intet tilfælde påberåbes som dokumentation for den minimumsbidragsperiode, der kræves efter artikel 161, stk. 1, litra b), [i TRLGSS] hvilken periode den forsikrede i medfør af artikel 215, stk. 1, nr. 3, skal godtgøre, når han ansøger om den ydelse [ved arbejdsløshed], der er foreskrevet for [arbejdsløse] personer over 52 år.«

III — De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne

Baggrund

13. Ifølge administrativ praksis bliver de bidrag, som INEM på vegne af modtageren af den særlige ydelse har indbetalt til den lovbestemte aldersforsikring imidlertid medregnet i overensstemmelse med artikel 48, stk. 1, i forordning nr. 1408/71. Dette fremgår af et administrativt cirkulære fra *Instituto Nacional de la Seguridad Social* (det nationale institut for social sikring, herefter »INSS«) og INEM fra 1999⁶.

14. Cristalina Salgado Alonso, født 30. maj 1936, indgav den 7. august 1992 en ansøgning til INEM om tildeling af den særlige ydelse ved arbejdsløshed til arbejdstagere over 52 år. På dette tidspunkt kunne hun godtgøre, at hun i 74 måneder (godt seks år, fra 1964 til 1970) havde indbetalt bidrag til den lovbestemte pensionsforsikring i Tyskland, i 26 måneder (godt to år, mellem 1971 og 1975) frivilligt havde indbetalt bidrag til den lovbestemte pensionsforsikring i Schweiz, og i 182 dage (ca. seks måneder i 1992) havde indbetalt bidrag til den lovbestemte socialforsikring i Spanien.

15. I første omgang fik Cristalina Salgado Alonso afslag på sin ansøgning om tildeling af den særlige ydelse med den begrundelse, at hun ikke havde indbetalt bidrag i Spanien i den krævede karenperiode på mindst 15 år. Efter at have anlagt sag til prøvelse af denne beslutning, tilkendte en spansk domstol hende imidlertid denne særlige arbejdsløshedsydelse den 30. juni 1993. Den spanske regering og de sagsøgte har i det væsentlige forklaret denne dom med, at selv karen-

6 — Cirkulære nr. 3/99 af 16.4.1999 (*Circular conjunta sobre modificación de los criterios de reconocimiento del subsidio por desempleo establecido en el artículo 215.1.3 del TRLGSS para mayores de 52 años, que afectan a trabajadores emigrantes retornados de la Unión Europea/Espacio Económico Europeo*). I cirkulærets tredje tjenestebefaling hedder det: »Las cotizaciones efectuadas por el INEM durante la percepción del subsidio para mayores de 52 años por la contingencia de jubilación [...] deberán tenerse en cuenta, a efectos de lo dispuesto en el artículo 48.1 del Reglamento CEE 1408/71 cuando el interesado solicite la pensión contributiva de jubilación española que le corresponda.«

perioder af kortere varighed — eksempelvis den i Tyskland gældende karenperiode på fem år — tilbagelagt i udlandet i henhold til spansk retspraksis på dette tidspunkt blev anerkendt som ligeværdige med den karenperiode på 15 år, der kræves i Spanien. Denne retspraksis er i mellemtiden blevet ændret for at efterkomme Domstolens domme i sagerne Martínez Losada m.fl. og Ferreiro Alvite⁷.

Mens hun blev tildelt pension i Tyskland og Schweiz, afslog INSS ved afgørelse af 21. marts 2002 hendes ansøgning med den begrundelse, at hun i Spanien ikke havde tilbagelagt den minimumsbidragsperiode, der kræves for at erhverve ret til pension, og at artikel 46, stk. 2, i forordning nr. 1408/71 ikke fandt anvendelse, da den karenperiode, der var blevet tilbagelagt i Spanien, var på under ét år.

16. I den periode, hvor Cristalina Salgado Alonso modtog den særlige ydelse, indbetalte INEM i 3 219 dage (godt otte år og ni måneder) på hendes vegne bidrag til den lovbestemte spanske aldersforsikring i henhold til artikel 218, stk. 2, i TRLGSS.

Ansøgning om lovbestemt alderspension

17. I 2001, da Cristalina Salgado Alonso fyldte 65 år, ansøgte hun de tyske, schweiziske og spanske sociale sikringsinstitutioner om at få tilkendt den lovbestemte alderspen-

18. Som følge af afslaget på ansøgningen om tilkendelse af den lovbestemte alderspension anlagde Cristalina Salgado Alonso sag ved den forelæggende ret mod INSS og *Tesorería General de la Seguridad Social* (socialsikringshovedkassen, herefter »TGSS«), idet hun i det væsentlige har anført, at ikke blot den oprindelige bidragsperiode på 182 dage, som hun har tilbagelagt i Spanien, skal medregnes, men ligeledes enhver periode, hvorunder INEM på hendes vegne har indbetalt bidrag til den lovbestemte aldersforsikring, mens hun oppebar den særlige ydelse ved arbejdsløshed, således at hun nu samlet i Spanien kan gøre 3 401 bidragsdage gældende (godt ni år og tre måneder).

19. Tvisten i hovedsagen drejer sig om, hvorvidt netop de bidrag som INEM har indbetalt til den lovbestemte aldersforsikring i den periode, hvor Cristalina Salgado Alonso oppebar den særlige ydelse ved arbejdsløs-

⁷ — Jf. dom af 20.2.1997, forenede sager C-88/95, C-102/95 og C-103/95, Martínez Losada m.fl., Sml. I, s. 869, og af 25.2.1999, sag C-320/95, Ferreiro Alvite, Sml. I, s. 951.

hed, skal medregnes ved beregningen af den karenperiode, der kræves tilbagelagt for at få ret til den lovbestemte alderspension, henholdsvis hvorvidt der foreligger en tilside-sættelse af forbuddet mod forskelsbehandling af vandrende arbejdstagere på grundlag af nationalitet, såfremt disse bidrag ikke medregnes.

bidrag til pensionsforsikringen end dem, der ved lov er kendt ugyldige, med den virkning, at det kun er arbejdstagere, der har gjort brug af deres ret til fri bevægelighed, der berøres af den nationale bestemmelse, således at de ikke kan opnå ret til national alderspension på trods af, at disse karenperioder i medfør af den nævnte forordnings artikel 45 skulle betragtes som tilbagelagt?

Den præjudicielle forelæggelse

20. Juzgado de lo Social n° 3 i Orense har ved kendelse af 24. juni 2003 besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er artikel 12 EF og artikel 39 EF til 42 EF samt artikel 45 i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971 til hinder for en national bestemmelse, hvorefter bidrag til pensionsforsikringen, som arbejdsløshedsforsikringsorganet har indbetalt på vegne af en arbejdstager i en periode, hvor den pågældende oppebar en bestemt form for ydelser ved arbejdsløshed, ikke kan medregnes med henblik på at opfylde de forskellige karenperioder, der er fastsat efter national lovgivning som betingelse for at opnå ret til alderspension, når der henses til den omstændighed, at det som følge af den lange arbejdsløshedsperiode, som disse ydelser har til formål at afbøde, er materielt umuligt for denne arbejdstager at få indbetalt andre

2) Er artikel 12 EF og artikel 39 EF til 42 EF samt artikel 48, stk. 1, i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971 til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter bidrag til pensionsforsikringen, som arbejdsløshedsforsikringsorganet har indbetalt på vegne af en arbejdstager i en periode, hvor den pågældende oppebar en bestemt form for ydelser ved arbejdsløshed, ikke kan medregnes med henblik på at opnå, at »de forsikrings- eller bopælsperioder, der er tilbagelagt efter denne stats lovgivning, sammenlagt når op på et år«, når det som følge af den lange arbejdsløshedsperiode, som disse ydelser har til formål at afbøde er materielt umuligt for denne arbejdstager at få indbetalt andre bidrag til pensionsforsikringen end dem, der forfaldt og blev indbetalt i arbejdsløshedsperioden, med den virkning, at det kun er arbejdstagere, der har gjort brug af deres ret til fri bevægelighed, der berøres af den nationale bestemmelse, således at de ikke kan opnå ret til national alderspension på trods af, at arbejdsløsheds-

forsikringsorganet ikke kan fritages for forpligtelsen til at tildele nationale ydelser i medfør af forordningens artikel 48, stk. 1?»

missionen samt — i forening — INSS og TGSS afgivet skriftlige og mundtlige indlæg.

Retsforhandlingerne efter iværksættelsen af den præjudicielle procedure

IV — Bemærkninger

21. Ved skrivelse af 29. september 2003 meddelte de sagsøgte i hovedsagen Domstolen, at INSS den 10. september 2003 traf en ny afgørelse til ugunst for Cristalina Salgado Alonso. Denne afgørelse, ved hvilken der igen gives afslag på ansøgningen om tilkendelse af den lovbestemte alderspension, erstatter den oprindelige afgørelse af 21. marts 2003. Afslaget støttes nu på den omstændighed, at Cristalina Salgado Alonso ikke har tilbagelagt de lovbestemte karenperioder i henhold til artikel 161, stk. 1, litra b), i TRLGSS, eftersom de pensionsforsikringsbidrag, som blev indbetalt i den periode, hvor hun modtog den særlige arbejdsløshedsydelse i henhold til den 28. tillægsbestemmelse til TRLGSS, ikke kan medregnes. Afslaget støttes imidlertid ikke længere på artikel 48 i forordning nr. 1408/71, dvs. på den omstændighed, at den periode, hvori Cristalina Salgado Alonso har indbetalt bidrag til den lovbestemte alderspension i Spanien, er mindre end ét år.

22. I sagen for Domstolen har Cristalina Salgado Alonso, den spanske regering, Kom-

23. Kernen i det problem, der ligger til grund for tvisten i hovedsagen er, at de bidrag, som INEM indbetaler til den lovbestemte aldersforsikring i den periode, hvor den arbejdsløse oppebærer den særlige arbejdsløshedsydelse, i henhold til spansk lovgivning ikke afføder et retskrav på tilkendelse af pension, men udelukkende medfører et øget pensionsbeløb. Dette følger af den 28. tillægsbestemmelse til TRLGSS, der ifølge de sagsøgte og den spanske regering har til formål at præcisere den gældende retstilstand.

24. Som de sagsøgte og den spanske regering har understreget under retsforhandlingerne ved Domstolen, skal modtagere af den særlige ydelse nemlig under alle omstændigheder allerede i henhold til artikel 215, stk. 1, nr. 3, i TRLGSS opfylde alle betingelserne — bortset fra aldersbetingelsen — for at opnå ret til en lovbestemt alderspension. De skal navnlig godtgøre, at de har tilbagelagt de i artikel 161, stk. 1, litra b), i TRLGSS fastsatte karenperioder. De bidrag, som INEM *fortsætter* med at indbetale i den periode, hvor

de arbejdsløse oppebærer den særlige arbejdsløshedsydelse, har således ikke til formål at *begrunde* en ret til pension — de pågældende personer skal under alle omstændigheder opfylde alle betingelserne — men derimod løbende at *forhøje* pensionsbeløbet⁸. Hensigten med denne forhøjelse er altså at give de pågældende personer mulighed for at øge deres pensionsrettigheder til trods for, at de er arbejdsløse, således at pensionsrettighederne ikke »fastfrys« på det niveau, der var gældende på det tidspunkt, hvor arbejdsløsheden indtrådte.

A — Vedrørende det første præjudicielle spørgsmål

25. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 45 i forordning nr. 1408/71 samt artikel 12 EF og 39 EF er til hinder for en national bestemmelse, såsom den 28. til lægsbestemmelse til TRLGSS, som foreskriver, at visse karenperioder udelukkende medfører en pensionsforhøjelse, men ikke danner grundlag for et retskrav på pension.

1) Vedrørende artikel 45 i forordning nr. 1408/71

26. I overensstemmelse med bestemmelsen i artikel 42, litra a), EF pålægger artikel 45 i forordning nr. 1408/71 pensionskasserne ved beregning af forsikrings- og bopælsperioder at medregne perioder, som ansøgeren har tilbagelagt i andre medlemsstater. Dette skal forhindre, at vandrende arbejdstagere mister sociale sikringsrettigheder eller sociale sikringsfordele som følge af, at de har været erhvervsaktive i mere end én medlemsstat. En eventuel risiko for at miste rettigheder eller fordele kan nemlig afholde en arbejdstager fra at udøve sin ret til fri bevægelighed⁹.

27. Som det imidlertid bl.a. fremgår af den fjerde betragtning til forordning nr. 1408/71 indebærer denne ordning ikke en *harmonisering* af medlemsstaternes sociallovgivning, men udelukkende en *koordinering*, der tager højde for de enkelte medlemsstaters lovgivning om social sikkerhed¹⁰. I en sag som den foreliggende har dette navnlig betydning i to henseender:

8 — Under den mundtlige forhandling har Cristalina Salgado Alonsos repræsentant imidlertid ytret tvivl om, at der i betragtning af de lave beløb, som INEM har indbetalt, kan være tale om en reel forhøjelse af pensionsbeløbet.

9 — Jf. eksempelvis dom af 10.3.1983, sag 232/82, Baccini, Sml. s. 583, præmis 17, af 4.10.1991, sag C-349/87, Paraschi, Sml. I, s. 4501, præmis 22, og af 3.10.2002, sag C-347/00, Barreira Pérez, Sml. I, s. 8191, præmis 41.

10 — Jf. ligeledes dom af 19.3.2002, forenede sager C-393/99 og C-394/99, Hervein m.fl., Sml. I, s. 2829, præmis 50.

28. For det første reguleres det ikke i forordning nr. 1408/71, *om og i hvilket omfang* der kan fastsættes *karensperioder* som en forudsætning for at opnå en ret til pension. Medlemsstaterne har fortsat kompetence til selv at fastsætte betingelserne for tilkendelse af sociale sikringsydelse og i givet fald skærpe disse, så længe de fastsatte betingelser ikke medfører en åbenlys eller skjult forskelsbehandling af Fællesskabets arbejdstagere¹¹.

30. Der er i den foreliggende sag intet, der peger på, at INSS ikke har medregnet forsikrings- eller bopælsperioder, der er tilbagelagt i andre medlemsstater. Hvis Cristalina Salgado Alonso ikke har tilbagelagt karensperioden i henhold til artikel 161, stk. 1, litra b), i TRLGSS, selv om man medregner de i Tyskland og tredjelandet Schweiz tilbagelagte alderspensionsforsikringsperioder, er afslaget på hendes ansøgning om lovbestemt alderspension for så vidt ikke i strid med artikel 45 i forordning nr. 1408/71, hvilket Cristalina Salgado Alonsos repræsentant også bekræftede under retsmødet.

29. Den spanske lovgiver kan altså som forudsætning for at opnå en lovbestemt alderspension frit foreskrive en generel karensperiode på minimum femten år og en særlig karensperiode på to år inden for de sidste 15 år, der ligger umiddelbart forud for pensionsbegivenhedens indtræden [artikel 161, stk. 1, litra b), TRLGSS]. Forordning nr. 1408/71 bestemmer udelukkende, at karensperioder, der er tilbagelagt efter lovgivningen i enhver anden medlemsstat, skal medregnes som om der var tale om perioder, der var tilbagelagt efter den førstnævnte stats lovgivning (jf. navnlig artikel 45, stk. 1, andet punktum)¹².

31. Dertil kommer, at forordning nr. 1408/71 ikke — heller ikke i den juridiske definition i artikel 1, litra r) — fastlægger, *hvilke perioder* der præcist udgør forsikringsperioder. Også dette fastlægges udelukkede i henhold til retsforskrifterne i den medlemsstat, hvor der ansøges om ydelserne. En medlemsstat har derfor ret til at bestemme, at ansøgere skal have tilbagelagt sådanne perioder, som i henhold til national ret kvalificeres som »forsikringsperioder«, som en forudsætning for at opnå en ydelse¹³. Forordningen foreskriver udelukkende sammenlægning af forsikringsperioder, som er

11 — Jf. dom i Ferreiro Alvite-sagen, præmis 22-24, og sagen Martínez Losada m.fl., præmis 43, begge nævnt ovenfor i fodnote 7. Se endvidere dom af 20.9.1994, sag C-12/93, Drake, Sml. I, s. 4337, præmis 27.

12 — Jf. i denne retning Ferreiro Alvite-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 26, der vedrører de samme karensperioder som nærværende sag, og som blot anskuer disse ud fra en anden synsvinkel (krav på særlig arbejdsløshedsydelse og ikke — som i den foreliggende sag — krav på lovbestemt alderspension).

13 — Jf. dommen i sagen Martínez Losada m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 34 og 35, og dom af 12.5.1989, sag 388/87, Warmerdam-Steggerda, Sml. s. 1203, præmis 10, 17 og 19.

tilbagelagt i forskellige medlemsstater; den regulerer ikke betingelserne for frembringelsen af disse forsikringsperioder ¹⁴.

32. Den spanske lovgiver kan således frit bestemme, at bidrag, der er indbetalt i visse perioder, begrunder såvel en ret til alderspension som en forhøjelse af alderspensionen, og at andre perioder kun begrunder en forhøjelse af alderspensionen, men ikke en ret dertil (sidstnævnte er eksempelvis tilfældet i forbindelse med den 28. tillægsbestemmelse til TRLGSS). Artikel 45 i forordning nr. 1408/71 kræver blot, at perioder, der er tilbagelagt i udlandet, medregnes som om der var tale om perioder tilbagelagt efter spansk lovgivning.

33. Heller ikke i denne henseende er der i nærværende sag noget, der peger på, at INSS ikke har taget højde for de forsikrings- eller bopælsperioder, som er tilbagelagt i andre medlemsstater. Parterne i hovedsagen er ikke uenige om de udenlandske bidragsperioder, men derimod om de *spanske* bidragsperioder. Hvis det kompetente organ afviser at godkende perioder, som er tilbagelagt i henhold til de retsforskrifter, som organet selv skal anvende, dvs. dens egen ordning, er dette ikke et problem i forhold til artikel 45 i forordning nr. 1408/71.

34. Den omstændighed at en spansk domstol tidligere har tilkendt Cristalina Salgado Alonso den særlige arbejdsløshedsydelse til trods for, at hun — så vidt ses — ikke havde tilbagelagt de i henhold til spansk ret nødvendige karensperioder ¹⁵ i medfør af artikel 215, stk. 1, nr. 3, i TRLGSS, sammenholdt med artikel 161, stk. 1, litra b), i TRLGSS, er et spørgsmål, der udelukkende skal afgøres efter national ret. Det er ligeledes efter national ret, at det skal vurderes, om og i hvilken form den forelæggende ret er bundet af den tidligere retsafgørelse, hvis de samme karensperioder [artikel 161, stk. 1, litra b), i TRLGSS] nu er relevante i forbindelse med en sag, der verserer ved denne, denne gang dog i forbindelse med ansøgningen om tilkendelse af alderspension.

2) Vedrørende artikel 39 EF

35. Ligesom Cristalina Salgado Alonso har den forelæggende ret i sin forelæggelseskendelse anført, at en bestemmelse som den 28. tillægsbestemmelse til TRLGSS kun berører arbejdstagere, der gør brug af deres ret til fri bevægelighed. Som følge heraf har den forelæggende ret i sit første spørgsmål lige-

¹⁴ — Jf. i denne retning også Drake-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 26.

¹⁵ — Som allerede nævnt, har Cristalina Salgado Alonsos repræsentant bekræftet dette under retsmodel.

ledes anmodet Domstolen om en fortolkning af artikel 39 EF.

at der på sammenlignelige situationer anvendes forskellige bestemmelser, eller at den samme bestemmelse anvendes på forskellige situationer¹⁸.

36. Den omstændighed, at den foreliggende sag vedrører en tvist mellem Cristalina Salgado Alonso som spansk statsborger og de spanske myndigheder, udelukker ikke anvendelsen af artikel 39 EF, eftersom enhver statsborger i en medlemsstat, som har gjort brug af sin ret til fri bevægelighed, og som har haft beskæftigelse i en anden medlemsstat, nemlig er omfattet af artikel 39 EF uanset sin bopæl og sit statsborgerskab¹⁶. Dette gælder også Cristalina Salgado Alonso, som har været beskæftiget i Tyskland.

37. Ifølge Domstolens faste praksis¹⁷ forbyder artikel 39 EF ikke alene åbenlys forskelsbehandling begrundet i nationalitet, men enhver form for skjult forskelsbehandling, som ved anvendelse af andre kriterier reelt fører til samme resultat.

38. I denne forbindelse bemærkes, at forskelsbehandling efter fast retspraksis består i,

39. I henhold til de foreliggende oplysninger finder de lovbestemte karensperioder (artikel 161, stk. 1, litra b), i TRLGSS) anvendelse *uden forskel* på alle arbejdstagere, dvs. både på arbejdstagere, som udelukkende har været erhvervsaktive i Spanien, og på vandrede arbejdstagere, der i perioder har været erhvervsaktive i andre medlemsstater. Også reglen i den 28. tillægsbestemmelse til TRLGSS, ifølge hvilken bidragsperioder, der er tilbagelagt i den periode, hvor den pågældende person har modtaget den særlige arbejdsløshedsydelse, ikke danner grundlag for et retskrav på pension, finder anvendelse *uden forskel*. De pensionsbidrag, som INEM har indbetalt i den periode, hvor der blev udbetalt en særlig arbejdsløshedsydelse, kan således i forbindelse med beregningen af karensperioder hverken medregnes til fordel for vandrede arbejdstagere eller arbejdstagere, som er forblevet i Spanien.

40. Med hensyn til karensperioderne efter artikel 161, stk. 1, litra b), i TRLGSS, og virkningerne af den 28. tillægsbestemmelse

16 — Jf. eksempelvis dom af 23.2.1994, sag C-419/92, Scholz, Sml. s. 505, præmis 9, dom af 26.1.1999, sag C-18/95, Terhoeve, Sml. I, s. 345, præmis 27, og af 13.11.2003, sag C-209/01, Schilling og Fleck-Schilling, Sml. I, s. 13389, præmis 23. Se også dom af 31.3.1993, sag C-19/92, Kraus, Sml. I, s. 1663, præmis 15-17.

17 — Jf. eksempelvis dom af 12.2.1974, sag 152/73, Sotgiu, Sml. s. 153, præmis 11, af 23.5.1996, sag C-237/94, O'Flynn, Sml. I, s. 2617, præmis 17, og af 16.9.2004, sag C-400/02, Merida, Sml. I, s. 8471, præmis 21.

18 — Jf. blot dom af 14.2.1995, sag C-279/93, Schumacker, Sml. I, s. 225, præmis 30, af 13.2.1996, sag C-342/93, Gillespie m.fl., Sml. I, s. 475, præmis 16, samt Merida-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 17, præmis 22.

til TRLGSS befinder vandrende arbejdstagere sig i en situation, som er sammenlignelig med situationen for de arbejdstagere, der er forblevet i Spanien. Arbejdstagere, som er forblevet i Spanien, og som grundet langvarig arbejdsløshed ikke har været i stand til at tilbagelægge en bidragsperiode på 15 år eller den særlige periode på mindst to år inden for de sidste 15 år, opfylder heller ikke disse karensperioder. Som følge af den 28. tillægsbestemmelse til TRLGSS har sådanne arbejdstagere heller ikke senere mulighed for at opfylde kravet om tilbagelagte karensperioder.

41. Under disse omstændigheder er der intet, der tyder på, at der foreligger en direkte (åbenlys) forskelsbehandling af vandrende arbejdstagere i den i artikel 39 EF anvendte betydning.

42. En indirekte (skjult) forskelsbehandling af vandrende arbejdstagere forudsætter, at der i det mindste foreligger en risiko for, at den 28. tillægsbestemmelse til TRLGSS (faktisk) indebærer en særlig ulempe for de vandrende arbejdstagere, som er vendt tilbage til Spanien¹⁹. Kun hvis man kan påvise et sådant misforhold mellem vandrende arbejdstagere og arbejdstagere, som er forblevet i Spanien — i givet fald ved inddra-

gelse af statistikker — kan artikel 39 EF være til hinder for en bestemmelse som den 28. tillægsbestemmelse til TRLGSS.

43. En direkte forskelsbehandling ville eksempelvis foreligge, hvis vandrende arbejdstagere, som vender tilbage til Spanien, var betydeligt mere udsatte for risikoen for langvarig arbejdsløshed end arbejdstagere, der kun har været erhvervsaktive i Spanien. I så fald ville det nemlig være vanskeligere at tilbagelægge eventuelle nødvendige bidragsperioder, og den 28. tillægsbestemmelse til TRLGSS ville således have større virkning på vandrende arbejdstagere end på arbejdstagere, der er forblevet i Spanien.

44. Hverken den forelæggende ret²⁰ eller sagens parter²¹ har anført konkrete argu-

20 — Retten forudsætter i sin formulering af de præjudicielle spørgsmål i forelæggelseskendelsen, at der foreligger forskelsbehandling: »[...] således at det kun er arbejdstagere, der har gjort brug af deres ret til fri bevægelighed, der berøres af den nationale bestemmelse [...]«.

21 — Kommissionen har henvist til dom af 18.4.2002, sag C-290/00, Duchon, Sml. I, s. 3567, præmis 37 og 38, og til Paraschi-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 24. Begge sager vedrørte imidlertid udtrykkelig den omstændighed, at der ikke blev taget højde for faktiske omstændigheder og forhold, der var indtruffet i en anden medlemsstat. Der findes intet, der tyder på noget tilsvarende med hensyn til den her relevante spanske lovgivning, jf. punkt 39 og 40 i nærværende forslag til afgørelse. Ud fra disse domme er det således ikke muligt at drage konklusioner, der kan overføres til den foreliggende sag.

19 — Jf. Merida-dommen, præmis 23, og O'Flynn-dommen, præmis 20, begge nævnt ovenfor i fodnote 17.

menter til støtte for påstanden om, at den spanske lovgivning medfører større ulemper for vandrende arbejdstagere end for personer, der ikke har udøvet deres ret til fri bevægelighed. Såfremt dette var tilfældet, ville der være tale om et spørgsmål, der skulle afgøres i henhold til national ret.

3) Vedrørende artikel 12 EF

46. Eftersom artikel 39 EF allerede finder anvendelse på hovedsagen er det almindelige forbud mod forskelsbehandling i artikel 12 EF ikke relevant for sagen²³.

4). Foreløbig konklusion

45. Periferisk skal det nævnes, at der ikke er tale om en ulovlig *begrænsning* af arbejdstagernes ret til fri bevægelighed, når en medlemsstat kræver længere karensperioder end andre medlemsstater, eller når visse bidragsperioder kun medfører en forøgelse af pensionen, men ikke danner grundlag for et retskrav på pension. Traktaten sikrer ikke en arbejdstager den samme grad af social sikkerhed i alle medlemsstater. Eftersom artikel 42 EF og forordning nr. 1408/71 udelukkende koordinerer og ikke harmoniserer medlemsstaternes lovgivninger vedrørende social sikkerhed, kan der fortsat eksistere materielle og formelle forskelle mellem de sociale sikringsordninger²². Med henblik på sådanne forskelle sikrer princippet om sammenlægning af bidragsperioder, at vandrende arbejdstagere ikke mister sociale sikringsrettigheder eller sociale sikringsfordele.

47. Af ovenstående grunde er hverken artikel 45 i forordning nr. 1408/71 eller artikel 39 EF og 12 EF til hinder for en national bestemmelse, såsom den 28. tillægsbestemmelse til TRLGSS, der foreskriver, at visse pensionsbidragsperioder udelukkende medfører en forøgelse af pensionen, men ikke danner grundlag for et retskrav på pension.

B — Vedrørende det andet spørgsmål

48. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst,

22 — Jf. i denne retning ligeledes dommen i sagen Hervein m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 50 og 51. Se endvidere — i forbindelse med skatteretten — dom af 29.4.2004, sag C-387/01, Weigel, Sml. I, s. 4981, præmis 55.

23 — Jf. Weigel-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 57-59. Se endvidere dom af 1.7.2004, sag C-65/03, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 6427, præmis 26 og 27.

om der ved fastlæggelsen af forsikrings- og bopælsperioder i henhold til artikel 48 i forordning nr. 1408/71 kun skal tages højde for de perioder, der danner grundlag for et retskrav på pension, eller om de perioder, der kun medfører en forhøjelse af pensionen, også skal medregnes.

1) Hvorvidt besvarelsen er nødvendig for sagens afgørelse

49. I princippet er det ganske vist udelukkende op til den nationale ret at vurdere, om det er nødvendigt at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål. Domstolen kan imidlertid undtagelsesvist undersøge de omstændigheder, som har ført til sagens forelæggelse for Domstolen. Ånden i det samarbejde, hvorunder den præjudicielle forelæggelse skal gennemføres, kræver nemlig, at den forelæggende ret tager hensyn til, at det er Domstolens opgave at bidrage til retsplejen i medlemsstaterne, men ikke at udøve responderende virksomhed vedrørende generelle eller hypotetiske spørgsmål²⁴.

50. Oprindeligt var en fortolkning af artikel 48 i forordning nr. 1408/71 nødvendig for sagens afgørelse, eftersom afslaget fra INSS på Cristalina Salgado Alonsos ansøgning bl.a.

var støttet på denne bestemmelse. I mellemtiden er begrundelsen for denne afgørelse imidlertid blevet ændret. I den nye afgørelse støttes afslaget på Cristalina Salgado Alonsos pensionsansøgning i overensstemmelse med den administrative praksis, som er fælles for INSS og INEM²⁵, ikke længere på artikel 48 i forordning nr. 1408/71. Spørgsmålet om fortolkningen af denne bestemmelse er således kun af hypotetisk karakter og svaret er derfor ikke længere relevant for hovedsagen. *I denne henseende* er den præjudicielle forelæggelse altså løst, og det er således ufnødent at besvare det andet spørgsmål²⁶.

2) Realitetsvurdering

51. Subsidiært og for fuldstændighedens skyld skal der blot kort redegøres for de retlige problemer, som den forelæggende ret rejser med sit andet spørgsmål.

52. Artikel 48 i forordning nr. 1408/71 har til formål at regulere de tilfælde, hvor forsikrede ganske vist opfylder de gældende karenperioder (som følge af anerkendelse af perioder, der er tilbagelagt i en anden medlemsstat²⁷), men hvor det optjente pen-

24 — Jf. hertil punkt 26 og 27 i mit forslag til afgørelse af dags dato i sag C-225/02, nævnt ovenfor i fodnote 3, med yderligere henvisninger.

25 — Jf. i denne henseende punkt 13 i nærværende forslag til afgørelse.

26 — Med hensyn til vurderingen af, hvorvidt det er nødvendigt at besvare den præjudicielle forelæggelse som følge af, at svaret i mellemtiden er blevet irrelevant for sagens afgørelse, henvises til punkt 28-38 i mit forslag til afgørelse i sag C-225/02, nævnt ovenfor i fodnote 3.

27 — Jf. artikel 45 i forordning nr. 1408/71.

sionsbeløb er så lavt (på grund af pro rata-princippet²⁸), at det kun ville føre til udbetaling af en såkaldt »minimumspension«. For at undgå de administrative omkostninger, der er forbundet med fastsættelsen og udbetalingen af sådanne pensioner, fritages den pågældende sikringsinstitution for sin forpligtelse (artikel 48, stk. 1), og de relevante bidragsperioder medregnes i stedet af andre institutioner (artikel 48, stk. 2 og 3).

53. Hvis man skulle fortolke artikel 48, stk. 1, i forordning nr. 1408/71 på en sådan måde, at bestemmelsen ikke omfatter alle bidragsperioder, men derimod kun visse perioder, nemlig de perioder, som danner grundlag for et retskrav på pension, ville dette øge sandsynligheden for, at beregningen kun ville føre til udbetaling af en minimumspension, og at forsikringsinstitutionen dermed ville blive fritaget for sine bidragsforpligtelser. Hvis man i Cristalina Salgado Alonsos tilfælde kun medregner den i 1992 tilbagelagte bidragsperiode på 182 dage, med henblik på at erhverve et pensionskrav, ville dette indebære udbetaling af en sådan minimumspension. Medregner man derimod også bidragsperioden på 3 219 dage, hvor INEM overtog bidragsindbetalingerne, ville Cristalina Salgado Alonso ikke længere blot få udbetalt en minimumspension.

54. Det er imidlertid kun i absolutte undtagelsestilfælde, at en kompetent institution kan fritages for sin forpligtelse til at udbetale minimumspensioner og dermed pålægge de

kompetente institutioner i andre medlemsstater en tilsvarende belastning (artikel 48, stk. 2 og 3, i forordning nr. 1408/71). Det ville således ikke være rimeligt, hvis en kompetent institution i en medlemsstat på bekostning af kompetente institutioner i andre medlemsstater fritages for forpligtelsen til at udrede sine ydelser som følge af, at visse bidragsperioder ikke medregnes. Med henblik på at belaste de kompetente institutioner i andre medlemsstater mindst muligt, bør artikel 48 i forordning nr. 1408/71 altså fortolkes på en sådan måde, at *alle* bidragsperioder skal medregnes, inklusive de perioder, der udelukkende medfører en forhøjelse af pensionen, men ikke danner grundlag for et retskrav på pension.

55. Formålet med artikel 48 i forordning nr. 1408/71 taler ligeledes for, at *samtlige bidragsperioder* medregnes, også sådanne perioder, som udelukkende medfører en forhøjelse af pensionen. Artikel 48 i forordning nr. 1408/71 indeholder nemlig også en undtagelsesbestemmelse til forordningens artikel 46, stk. 2. Artikel 48 skal derfor fortolkes i sammenhæng med artikel 46, stk. 2, der vedrører beregningen af det faktiske pensionsbeløb²⁹, men ikke de grundlæggende forudsætninger for at opnå ret til pension³⁰. Ved beregningen af den konkrete størrelse på pensionsbeløbet skal perioder, der udelukkende medfører en

28 — Jf. artikel 46, stk. 2, i forordning nr. 1408/71.

29 — Det drejer sig om beregningen af *det teoretiske ydelsesbeløb og det faktiske beløb for ydelsen*.

30 — Hvorvidt der overhovedet foreligger en ret til ydelser, bestemmes ud fra artikel 45 i forordning nr. 1408/71, som artikel 46, stk. 2, udtrykkeligt henviser til. I overensstemmelse dermed kan det kun afgøres inden for rammerne af artikel 45, om en bidragsperiode (udelukkende) medfører en forhøjelse af pensionen eller (også) danner grundlag for et retskrav på pension.

forhøjelse af pensionen, men ikke danner grundlag for et retskrav på pension, i sagens natur også medregnes.

artikel 48 i forordning nr. 1408/71 tages højde for *alle bidragsperioder*, også sådanne perioder, der ikke danner grundlag for et retskrav på pension, men kun medfører en forhøjelse af pensionen.

56. Følgelig skal der ved fastlæggelsen af forsikrings- og bopælsperioder i henhold til

V — Forslag til afgørelse

57. Af ovenstående grunde foreslår jeg derfor, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Juzgado de lo Social n° 3 i Orense således:

»Hverken artikel 45 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, eller artikel 39 EF og 12 EF skal fortolkes således, at de er til hinder for en national bestemmelse, såsom den 28. tillægsbestemmelse til Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, hvorefter bestemte perioder, hvori der er indbetalt pensionsbidrag, udelukkende medfører en forhøjelse af pensionen, men ikke danner grundlag for et retskrav på pension.«

I øvrigt er det ufornuddent at besvare den resterende del af den præjudicielle forelæggelse.