

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ANTONIO SAGGIO

föredraget den 13 april 2000 *

1. Genom beslut av den 19 april 1999 har Bundessozialgericht (Tyskland) — inom ramen för en tvist som inletts av en migrerande arbetstagare mot den tyska socialförsäkringsmyndigheten — underställt domstolen en begäran om förhandsavgörande beträffande frågan huruvida, för beviljande av pensionsförmåner, den tid under vilken en löneanställd arbetstagare har vårdat barn i en annat medlemsstat än Tyskland skall beaktas vid beräkning av den verkliga "tid för vård av barn" (Kindererziehungszeit) för vilken obligatoriska avgifter för pensionsförsäkring enligt den tyska sociallagstiftningen skall anses ha erlagts.

avdelning VI i lagen om social trygghet av den 18 december 1989 (nedan kallad SGB VI) anses de obligatoriska avgifterna för pensionsförsäkring som hänför sig till "tid som en förälder vårdar sitt barn" (Kindererziehungszeit) inbetalda under barnets första tre år om barnet är fött efter den 1 januari 1992 eller under dess första år om barnet är fött före detta datum. Dessutom skall tid för vård av barn som infaller innan barnet har fyllt 10 år anses som "tid som skall beaktas" under förutsättning att villkoren för "tid för vård av barn" är uppfyllda även beträffande denna tidsperiod. Det bör framhåvas att de ifrågavarande avgifterna är av abstrakt natur så till vida att de kan beaktas före eller efter den tidsperiod som ägnats åt vård av barn oavsett om de faktiskt har erlagts. Sålunda är det möjligt att förvärva rätt till ålderspension genom sammanräkning enbart av de avgifter som anses ha betalats in avseende tidsperioder för vård av barn utan att dessa har föregåtts eller följts av någon förvärvsverksamhet.

Tillämplig nationell lag

2. Det tyska pensionssystemet medger att man beträffande pensionsförsäkringsförmåner beaktar tidsperioder som en arbetstagare har ägnat uteslutande åt vård¹ av barn. Enligt 56 § första stycket och 249 §

3. De socialförmåner som avses med den tyska lagstiftningen motsvarar familjepolitiska valmöjligheter som tillåter en arbets-

* Originalspråk: italienska.

1 — Begreppet "vård" avser, såvitt är i fråga i förevarande mål, den omvårdnad som föräldrar ger sina barn under uppväxten.

tagare att ägna sig åt vård av sina barn utan att rätten till pension äventyras. I detta avseende jämsställs vård av barn med en verksamhet av allmänt intresse och den tid som ägnas däråt är en självständig källa till pensionsrätt, just för att garantera likabehandling av sysselsättning inom familjen² och utanför.

Tillämplig gemenskapsrätt

5. Låt mig först erinra om att enligt artikel 48.1 och 48.2 i EG-fördraget (nu artikel 39.1 EG och 39.2 EG i ändrad lydelse) garanteras fri rörlighet för arbetstagare inom gemenskapen. Denna frihet ”skall innebära att all diskriminering av arbetstagare från medlemsstaterna på grund av nationalitet skall avskaffas vad gäller anställning, lön och övriga arbets- och anställningsvillkor”. Vidare föreskrivs i artikel 51 i EG-fördraget (nu artikel 42 EG i ändrad lydelse) att rådet skall besluta om ”sådana åtgärder inom den sociala trygghetens område som är nödvändiga för att genomföra fri rörlighet för arbetstagare”.

4. Beaktandet av tidsperioder som ägnas vård av barn är för övrigt underkastat ett villkor av territoriell natur i den tyska lagstiftningen. Enligt 56 § första stycket i ovan nämnda SGB VI krävs det att vården av barnet skall ha utövats på tyskt territorium eller att den åtminstone skall vara jämsställd med sådan vård. Vården har utövats i Tyskland om föräldern stadigvarande bor där med barnet. I tredje stycket i nämnda paragraf preciseras att vård av barn är jämsställd med vård av barn på tyskt territorium när ”den vårdande föräldern tillsammans med barnet bor i utlandet och under vårdnadstiden eller omedelbart innan barnets födelse erlagt lagstadgade avgifter på grund av att föräldern är anställd eller egenföretagare där”.

6. Som bekant är rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare och deras familjer flyttar inom gemenskapen³ den grundläggande gemenskapsrättsakten på den sociala trygghetens område. Denna förordning har givits i ändrad och uppdaterad lydelse i rådets förordning nr 2001/83 av den 2 juni 1983⁴ samt

3 — EGT L 149, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 57.

4 — EGT L 230, s. 8; svensk specialutgåva, område 5, volym 3, s. 13.

2 — Se den tyska regeringens skriftliga yttrande, punkt 6.

ändrats och utökats vid flera tillfällen. Av de aktuella ändringarna berör rådets förordning (EEG) nr 2195/91 av den 25 juni 1991⁵ indirekt det föreliggande målet.

7. Enligt artikel 2.1 i förordning nr 1408/71 gäller förordningen "anställda som omfattas eller har omfattats av lagstiftningen i en eller flera medlemsstater", liksom gränssarbetare som i artikel 1 b definieras som en anställd som utövar förvärvsverksamhet inom en medlemsstats territorium och som är bosatt inom en annan medlemsstats territorium dit han som regel återvänder "dagligen eller åtminstone en gång i veckan". Beträffande det materiella tillämpningsområdet preciseras i artikel 4 att förordning nr 1408/71 är tillämplig på lagstiftningen om grenar av social trygghet som avser "förmåner vid ålderdom" och "familjeförmåner", vilka sistnämnda avser förmåner in natura eller kontantförmåner för att täcka en familjs utgifter. Principen om likabehandling uttalas i artikel 3.1 i förordning nr 1408/71: "Om något annat inte följer av de särskilda bestämmelserna i denna förordning har personer, som är bosatta inom en medlemsstats territorium och för vilka denna förordning gäller, samma skyldigheter och rättigheter enligt en medlemsstats lagstiftning som denna medlemsstats egna medborgare." Beträffande bosättningskravets olaglighet sägs klart och tydligt i artikel 10.1: "Om något annat inte föreskrivs i denna förordning får kontantförmåner vid invaliditet, ålderdom

eller till efterlevande, pensioner vid olycksfall i arbetet eller arbetssjukdomar samt förmåner vid dödsfall vilka förvärvats enligt en eller flera medlemsstaters lagstiftning inte minskas, ändras, innehållas, dras in eller konfiskeras med anledning av att mottagaren är bosatt inom en annan medlemsstat än den där institutionen med ansvar för betalningen finns." Jag erinrar slutligen om att enligt artikel 13.1 och 13.2 a i förordning nr 1408/71 skall "personer för vilka denna förordning gäller omfattas av lagstiftningen i endast en medlemsstat" och att "den som är anställd för arbete inom en medlemsstats territorium skall omfattas av denna medlemsstats lagstiftning, även om han är bosatt inom en annan medlemsstats territorium".

8. Bilaga VI till förordning nr 1408/71 (i ändrad och uppdaterad lydelse) innehåller särskilda tillämpningsföreskrifter för lagstiftningen i vissa medlemsstater. Beträffande Förbundsrepubliken Tyskland har bilagan ändrats genom artikel 1.12 b, punkt V i förordning nr 2195/91, varvid följande har tillagts: "Som en försäkringsperiod för barnuppfostran enligt tysk lagstiftning gäller även en period under vilken den anställde har uppfostrat barn i en annan medlemsstat, om personen i fråga inte kunde utöva förvärvsverksamhet enligt 6.1 § i lagen om skydd för mödrar (Mutterschutzgesetz) eller åtnjöt föräldraledighet enligt 15 [§] i den federala lagen om

5 — EGT L 206, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 5, s. 46.

förmåner vid barnuppfostran (Bundeserziehungsgeldgesetz) och inte utövade någon mindre (geringfölig) anställning i den mening som avses i 8 § i SGB IV.”

rungsanstalt), med säte i Berlin, att denna skulle beakta ”tiden för vård av barn” mellan den 1 september 1984 och den 31 augusti 1985 som försäkringsperioder vad avser rätt till ålderspension ävensom den ”tid som skall beaktas” för vård av barn från och med den 22 augusti 1984 till och med den 31 augusti 1994. Den behöriga försäkringsmyndigheten avlog denna begäran i beslut av den 12 september 1995 och bekräftade detta beslut i form av ”Wiederspruchsbescheid” av den 21 augusti 1996.

Bakgrund till tvisten

9. Den tyska medborgaren Ursula Elsen flyttade i maj 1981 från Tyskland till Frankrike där hon sedan är stadigvarande bosatt med sin make och sin son, som föddes i Tyskland i augusti 1984. Fram till mars 1985 hade hon en anställning i Tyskland som medförde försäkringsskyldighet, och efter att ha flyttat till Frankrike (i maj 1981) behandlades hon som gränsarbetare. Ursula Elsens förvärvsverksamhet avbröts under tiden juli 1984—februari 1985 på grund av mammaledighet i samband med sonens födelse. Sedan mars 1985 har Ursula Elsen inte haft någon försäkringspliktig anställning vare sig i Tyskland eller Frankrike.

10. I september 1994 begärde Ursula Elsen vid Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (den tyska federala försäkringskassan för anställda, nedan kallad Bundesversiche-

11. Sozialgericht Berlin ogillade sökandens talan mot det slutgiltiga beslutet om avslag genom dom av den 11 augusti 1997. Sökanden har därefter överklagat denna dom direkt till Bundessozialgericht med yrkande om att domen i första instans skall ogillas och att det skall fastställas att tiden för vård av barn skall beaktas.

Tolkningsfrågan

12. I beslut om förhandsavgörande, vilket inkom till domstolens kansli den 19 april 1999, begär Bundessozialgericht i huvudsak att domstolen skall avge ett förhandsavgörande huruvida Europarätten medför ett krav på att tid som en förälder vårdar

sitt barn (Kindererziehungszeit), i den mening som avses i tysk rätt i dess lydelse den 1 januari 1986, skall tillgodoräknas även när vården har ägt rum i en annan medlemsstat (i detta fall i Frankrike), men den vårdande föräldern i egenskap av gränsarbetare hade en försäkringspliktig anställning i Tyskland fram till moderskapsskyddets inträde och även till slutet av mammaledigheten.

13. Den hänskjutande domstolen har förklarat varför dess tolkningsfråga är nödvändig för att målet i den nationella domstolen skall kunna avgöras. I det avseendet skall noteras att den tyska försäkringsmyndigheten hade avslagit sökandens begäran att man vid beräkningen av försäkringsperioder skulle beakta den tid av ett år som hon hade ägnat åt vård av sin son och den tid av tio år som gällde för sådan vård, eftersom det i den tillämpliga tyska lagstiftningen vid den tiden ställdes krav på att vård av barn skulle äga rum på tyskt territorium eller att den berörda föräldern skulle vara bosatt i Tyskland, medan i det aktuella fallet den berörda föräldern (Ursula Elsen) var bosatt i Frankrike med sin make sedan maj 1981 och hade vårdat sin son där och vården därför inte kunde jämföras med vård i Tyskland. Följaktligen var ett grundläggande villkor för att erhålla den ifrågakvarande socialförmånen, som odiskutabelt var av *territoriell* karaktär, inte uppfyllt. Om detta villkor var förenligt med gemenskapsrätten var det

berättigat att avvisa sökandens talan, medan det däremot måste betraktas som lagstridigt om sökanden hade rätt att åtnjuta den socialförmån som tillkom henne.

14. Från den hänskjutande domstolens synvinkel har föreskrifterna i punkt 19 i avsnitt C i bilaga VI till förordning nr 1408/71, vilken infördes genom förordning nr 2195/91 och gäller från och med den 1 januari 1986, ingen som helst betydelse för bedömningen av målet i den nationella domstolen. Sökandens tid för vård av barn inföll ju under de två år som föregår detta datum (från den 1 september 1984 till den 31 augusti 1995) och den tioårsperiod som skall beaktas för denna vård började den 22 augusti 1984, det vill säga även den långt innan den nya regeringen trädde i kraft. Vidare kan sökandens talan inte tas upp i sin helhet enligt denna reglering, inte ens med bortseende från dessa synpunkter. Den hänskjutande domstolen har själv förklarat att "6 [§] i Mutterschutzgesetz (lag om skydd för mödrar som yrkesarbetar)... endast är tillämplig... på personer som har ett anställningsförhållande (vilket sökanden endast hade fram till mars 1985)". För övrigt "är det inte möjligt att vara föräldraledig i enlighet med 15 [§] i Bundeserziehungsgeldgesetz (den federala lagen om beviljande av föräldrabidrag och föräldraledighet) förrän från den 1 januari 1986 eftersom lagen inte trädde i kraft förrän den dagen".

Svar på frågan

Tillämpliga bestämmelser rörande den hänskjutande domstolens fråga

15. För att fastställa vilka gemenskapsregler domstolen har ombetts att tolka måste man först av allt fastställa vilken tidsperiod som skall beaktas för att karakterisera situationen, beträffande den omtvistade försäkringen, för en arbetstagare som befinner sig i samma situation som sökanden. Jag konstaterar därför att enligt begäran om förhandsavgörande har Ursula Elsen varit yrkesverksam i Tyskland till mars 1985 och denna verksamhet avbröts mellan juli 1984 och februari 1985, det vill säga den period under vilken hon, sedan hennes barn hade fötts, åtnjöt mammalighet i enlighet med den tyska lagstiftningen. Barnets födelse och det därav följande behovet att vårda honom utgör grunden för den ansökan som sökanden anhängiggjorde i september 1994 hos den behöriga försäkringsmyndigheten, att den skall beakta "tid för vård av barn" mellan den 1 september 1984 och den 31 augusti 1985 som försäkringsperioder, liksom den "tid som skall beaktas" för vård av barn från den 22 augusti 1984 till den 31 augusti 1994. Det framgår att den tid som skall beaktas för att fastställa de tillämpliga reglerna för den situation som föreligger i målet vid den nationella domstolen, liksom

för alla jämförbara situationer, är den som löper från Ursula Elsens barns födelse i augusti 1984 eftersom det är från den tidpunkten som arbetstagarens krav gentemot de tyska socialmyndigheterna uppstår.

16. Härefter måste man vidare fastställa vilken status en arbetstagare har som befinner sig i samma situation som sökanden i augusti 1984. Sedan hennes son hade fötts var Ursula Elsen utan tvivel "gränsarbetare", såsom avses i artikel 1 b i förordning nr 1408/71. Hon arbetade faktiskt på tyskt territorium och var bosatt på franskt territorium dit hon återvände "dagligen eller åtminstone en gång i veckan". Detta faktum har inte ifrågasatts varken av kommissionen eller av de regeringar som har inkommit med yttranden i förevarande mål. I augusti 1984 omfattades alltså Ursula Elsen av Förbundsrepubliken Tysklands sociallagstiftning och var tysk medborgare och eftersom de två villkoren för tillämpning var uppfyllda, ingick hon i den personkrets (*ratione personae*) beträffande vilken förordning nr 1408/71 är tillämplig enligt artikel 2.1 (omfattas av lagstiftningen i en medlemsstat och är medborgare i en medlemsstat).⁶ Den bestämmelse i artikel 13.2 a i förordning nr 1408/71 som har nämnts här ovan och enligt vilken "[d]en som är anställd för arbete inom en medlemsstats territorium skall omfattas av denna medlemsstats lagstiftning" är alltså tillämplig på henne. Det datum som skall beaktas, det vill säga augusti 1984, omfat-

⁶ — Domstolen har i sin dom av den 12 maj 1998 i mål C-85/96, Martínez Sala (REG 1998, s. I-2691), punkt 36 slagit fast att en person är att betrakta som arbetstagare i den mening som avses i förordning nr 1408/71 "då han är obligatoriskt eller frivilligt försäkrad, om så bara mot en enda risk, enligt ett allmänt eller särskilt system för social trygghet... oavsett om ett anställningsförhållande föreligger".

tades följaktligen en arbetstagare i Ulrika Elsens situation enbart av det tyska socialsystemet, fastän hon var bosatt i en annan medlemsstat.

17. Det är viktigt att på detta stadium undersöka om beaktande av de obligatoriska avgifter som skall anses ha betalats in vilka föreskrivs i 56 §, 57 § och 249 § SGB VI för de tider som en förälder ägnar åt vård av barn i den mening som avses i artikel 4.1 i förordning nr 1408/71 omfattar "förmåner vid ålderdom" eller "familjeförmåner", varvid de sistnämnda avser förmåner in natura eller kontant för att täcka en familjs utgifter. Genom att inte godta varken den ena eller den andra tolkningen lämnar den hänskjutande domstolen denna fråga öppen. Jag för min del anser att den aktuella socialförmånen kan anses som såväl förmån vid ålderdom som familjeförmån. Det faktum att den tyska lagstiftaren har förutsett att man skall beakta avgifter som skall anses inbetalda inom ramen för det obligatoriska systemet för pensionsförsäkring utesluter enligt min mening faktiskt inte att också ett sådant beaktande kan betraktas som en social förmån som skall täcka en familjs utgifter, eftersom förmånen i fråga å ena sidan innefattas inom ramen för den obligatoriska pensionsförsäkringen och innebär att avgifter anses ha betalats in för perioder då den försäkrade uteslutande har ägnat sig åt vård av barn och å andra sidan utgör ett slags finansiellt stöd som staten beviljar arbetstagaren för att täcka en familjs utgifter. Visserligen skiljer sig denna förmån från det vårdbidrag som utgår och administreras med stöd av Bundeserziehungsgeldgesetz, eftersom den, som domstolen redan har funnit, utgör en penningprestation som

inte är av bidragsnatur och betalas till arbetstagare som ägnar sig åt vård och uppfostran av ett underhållsberättigat barn och av det skälet inte utövar någon förvärvsverksamhet på heltid.⁷ Den eftersträvar emellertid samma familjepolitiska mål, det vill säga just föräldrabidrag, och gör det möjligt för en arbetstagare att ägna sig helt åt vård av barn, utan att behöva få alltför stora ekonomiska problem och även behålla en rimlig ersättning och en oförändrad försäkringsmässig situation, byggd på att avgifter anses ha betalats in.⁸ Under alla omständigheter faller den aktuella sociala förmånen, såväl genom sitt syfte som genom villkoren för dess beviljande, inom det materiella tillämpningsområdet för förordning nr 1408/71.⁹

18. Det är odiskutabelt att för arbetstagare i sökandens situation begränsas rätten till den aktuella socialförmånen på grund av

7 — Den federala lagen om beviljande av föräldrabidrag och föräldraledighet (Bundeserziehungsgeldgesetz) av den 6 december 1985, 1 § första stycket. Domstolen ansåg i sin dom av den 10 oktober 1996 i de förenade målen C-245/94 och C-312/94, Hoever och Zachow (REG 1996, s. I-4895), punkt 27, att en sådan förmån som det föräldrabidrag som föreskrivs i den nämnda lagen skall jämställas med en familjeförmån i den mening som avses i artikel 4.1 i förordning nr 1408/71.

8 — Se punkt 6 i den tyska regeringens skriftliga yttrande i föreliggande mål och punkt 26 i generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i målet Hoever och Zachow (ovan fotnot 7).

9 — Det bör påpekas att domstolen i sin dom av den 16 juli 1992 i mål C-78/91, Hughes (REG 1992, s. I-4839), punkt 15, med hänvisning till sin tidigare rättspraxis har klargjort att en förmån kan "anses som en social trygghetsförmån när den — utan att i det enskilda fallet vara beroende av en skönsmässig bedömning av vederbörandes personliga behov — tillerkänns mottagaren enligt bestämmelser som har utfärdats på grund av lag och uttryckligen hänförs till en av de i artikel 4.1 i förordning nr 1408/71 uppräknade förmånerna".

ett villkor av territoriell art enligt 56 § första stycket SGB VI. Detta villkor gör nämligen åtnjutandet av socialförmånen beroende av att vård av barn skall ha ägt rum på tyskt territorium eller vara jämställd med sådan vård. Det innebär att den förälder som vårdar barnet skall bo tillsammans med barnet i Tyskland eller i utlandet och där — under vårdnadstiden eller före barnets födelse — ha försäkringspliktig anställning (56 § tredje stycket SGB VI). I förevarande fall medförde det nämnda villkoret att det var omöjligt för en arbetstagarare som Ursula Elsen att under tiden för vård av barn få tillgodoräkna sig vårdnadstiden för pensionsförsäkring, i enlighet med det tyska socialsystem som var tillämpligt på henne. Ursula Elsen bodde faktiskt inte med sin son i Tyskland, utan i Frankrike, där hon emellertid inte utövade någon sådan förvärvsverksamhet. Man kan alltså hävda att ett sådant territorialvillkor medför förlust av en socialförmån för vederbörande eftersom den tid som hon har ägnat åt vård av sin son i Frankrike inte kan beaktas vid uträkning av den ålderspension som hon har rätt till med stöd av den tyska lagstiftningen.

19. Vad jag har anfört här ovan kan sammanfattas på följande sätt: i augusti 1984 kunde en gränsarbetare som var bosatt i Frankrike och arbetade i Tyskland, där hon enligt reglerna var ansluten till den obligatoriska pensionsförsäkringen, inte

åtnjuta ett förmånsanspråk, vilket kan betecknas som en socialförmån och som föreskrivs i det tyska systemet för pensionsförsäkring, endast av den anledningen att hon inte var bosatt på tyskt territorium.

Här kan man fråga sig om en dylik situation är förenlig med gemenskapsrätten.

De uppfattningar som framförts under det skriftliga förfarandet

20. Kommissionen och den tyska regeringen anser att den beskrivna situationen inte är oförenlig med gemenskapsrätten. Möjligheten att uppställa villkor av territoriell natur för åtnjutandet av vissa förmåner omfattas nämligen av staternas behörighet när det gäller att uppnå de sociala och ekonomiska mål som de nationella trygghetssystemen eftersträvar på den sociala trygghetens område. Kommissionen påpekar vidare att förevarande fall är av rent intern karaktär eftersom sökanden är en tysk medborgare som vill åtnjuta en socialförmån som föreskrivs och regleras genom sociallagstiftningen i den stat där hon är medborgare.

21. Den spanska regeringen är däremot benägen att anse att en situation som

Ulrika Elsens strider mot gemenskapsrätten. Denna situation skulle nämligen strida mot villkoren för åtnjutande av de sociala förmåner som föreskrivs i förordning nr 1409/71, och särskilt mot principen att alla villkor som, på grund av bostadsort, begränsar dessa förmåner är olagliga. Den spanska regeringen har mera allmänt påpekat att en sådan situation, med hänsyn till den gemenskapsrättsliga — och inte endast nationella — synvinkel som den erbjuder, är oförenlig med principen om fri rörlighet för migrerande arbetstagare enligt artikel 48 i EG-fördraget.

varigenom såväl fördragets bestämmelser beträffande fri rörlighet för personer som bestämmelserna i förordning nr 1408/71 är tillämpliga i detta fall. Man kan alltså inte åberopa den rättspraxis enligt vilken "föreskrifterna i fördraget rörande den fria rörligheten för personer inte tillämpas på verksamheter där alla omständigheter är begränsade till en enda medlemsstats inre förhållanden".¹⁰

Min uppfattning

23. Vidare delar jag inte den uppfattning som förfäktas av kommissionen och den tyska regeringen, enligt vilken möjligheten att göra vissa sociala förmåner beroende av territoriella villkor helt och hållet faller under medlemsstaternas socialrättsliga behörighet. Jag vill i detta sammanhang påminna om att enligt gällande gemenskapsrätt "[behåller medlemsstaterna] sin behörighet att utforma egna socialförsäkringssystem"¹¹ och de kan alltså bestämma sättet för att finansiera dessa system.¹² Man måste dock beakta att enligt domstolens fasta praxis skall medlemsstaterna likafullt beakta gemenskapsrätten vid utövandet av denna behörighet och framför

22. Som den hänskjutande domstolen mycket riktigt har påpekat är förevarande fall inte av fullständigt intern natur. Det rör faktiskt situationen för en gränsarbetare som i den stat där hon arbetar nekats en socialförmån med anledning av att hon bor i en annan medlemsstat. Det föreligger alltså en sambandsfaktor med en situation (gränsarbetarens) som av gemenskapsrätten anses ge den migrerande arbetstagaren en rätt enligt det sociala trygghetssystemet i den medlemsstat som han lyder under,

10 — Dom av den 16 februari 1995 i de förenade målen C-29/94—C-35/94, Aubertin m.fl. (REG 1995, s. I-301), punkt 9. Kommissionen åberopar denna dom och den rättspraxis som där åberopas i punkt 43 i dess skriftliga yttranden. Den situation som där var i fråga företer emellertid inga likheter med situationen för gränsarbetare. Domen behandlar nämligen huruvida fransk lagstiftning, som vad gäller innehavare av frisørsalong ställer upp strängare krav för de egna medborgarna (framför allt vid innehav av examen) än för medborgare i andra medlemsstater och därmed skapar en "omvänd diskriminering", är förenlig med gemenskapsförbudet.

11 — Dom av den 26 mars 1996 i mål C-238/94, García m.fl. (REG 1996, s. I-1673), punkt 15.

12 — Dom av den 26 januari 1999 i mål C-18/95, Terhoeve (REG 1999, s. I-345), punkt 33.

allt fördragets bestämmelser om fri rörlighet för arbetstagare.¹³ Det absoluta kravet att respektera gemenskapsrätten har domstolen för övrigt erinrat om särskilt i samband med andra mål beträffande behörighet som tillkommer medlemsstaterna.¹⁴ Jag anser alltså i detta fall att det genom en nationell lagstiftning, som den tyska lagstiftning som jag har bedömt ovan, inte ens av ekonomiska skäl får införas avvikelser från förordning nr 1408/71 eller från principen om fri rörlighet för arbetstagare.¹⁵

24. Låt mig i detta sammanhang påpeka att domstolen i sin rättspraxis har tolkat artikel 13.2 a i förordning nr 1408/71, enligt vilken en person som är anställd för arbete inom en medlemsstats territorium omfattas av denna stats lagstiftning "även om han är bosatt inom en annan medlemsstats territorium", så att denna bestämmelse skulle berövas all sin ändamålsenliga verkan "om det i en medlemsstats lagstiftning uppställs ett krav på bosättning i den

staten, för att en person som är anställd för arbete inom den medlemsstats territorium skall få tillgång till det försäkrings-system som föreskrivs i denna lagstiftning".¹⁶ Nämda föreskrift som åsyftas i artikel 10.1 i förordning nr 1408/71 beträffande "[b]ortseende från krav på bosättning" är också betydelsefull. Där föreskrivs att de sociala förmånerna i princip inte skall påverkas "... av att mottagaren är bosatt inom en annan medlemsstat än den där institutionen med ansvar för betalningen finns". Det förefaller mig emellertid som om sökanden omfattas fullt ut av tillämpningsområdet för artiklarna 10.1 och 13.2 a i förordning nr 1408/71, då kravet på bosättning som uppställs för henne hindrar henne från att erhålla en social förmån som hon annars säkerligen skulle ha åtnjutit.

25. Jag anser rent generellt att det ifrågasvarande villkoret strider mot principen om fri rörlighet för arbetstagare, som finns intagen i artikel 48.1 i fördraget i den mån den tyska lagstiftningen medför en sämre situation för migrerande arbetstagare beträffande här aktuella sociala förmåner än vad som gäller för dem som inte begagnar sig av den fria rörligheten. Jag erinrar om att det faktum att Ursula Elsen är tysk medborgare inte har någon betydelse för det svar som skall ges på tolkningsfrågan. Redan i det förslag som jag

13 — Jag hänvisar särskilt till domarna av den 28 april 1998 i mål C-120/95, Decker (REG 1998, s. I-1831), punkt 23, och mål C-158/96, Kohll (REG 1998, s. I-1931), punkt 19.

14 — Till exempel på området för direkta skatter. I sin dom av den 14 februari 1995 i mål C-279/93, Schumacker (REG 1995, s. I-225), punkt 21, påpekade domstolen att "om, som gemenskapsrätten ser ut för närvarande, frågor om direkta skatter i och för sig inte faller inom gemenskapens behörighetsområde, är medlemsstaterna inte desto mindre skyldiga att respektera gemenskapsrätten vid utövandet av de befogenheter som är dem förbehållna".

15 — Som stöd för sin uppfattning åberopar kommissionen även dom av den 11 juni 1998 i mål C-275/96, Kuusijärvi (REG 1998, s. I-3419) och hävdar att den skulle bekräfta att en person som inte utövar någon avlönad verksamhet generellt omfattas av lagstiftningen i den medlemsstat där han bor. Det förefaller inte som om denna hänvisning skulle vara relevant. I augusti 1984 skulle Ursula Elsen säkerligen ha ansetts som en gränsarbetare vilken enligt tysk lagstiftning åtnjöt mammaledighet. Hon omfattades alltså av lagstiftningen i Förbundsrepubliken Tyskland där hon arbetade och hade där rätt till allmän (obligatorisk) ålderspension, medan hon inte hade denna rätt i Frankrike, där hon bodde.

16 — Dom av den 3 maj 1990 i mål C-2/89, Kits van Heijningen (REG 1990, s. I-1755), punkt 21. Se även domen i det ovannämnda målet Kuusijärvi (ovan fotnot 15), punkt 31.

föredrog den 29 september 1998 i mål C-90/97, Swaddling,¹⁷ hade jag tillfälle att anmärka att man kan härleda principen om likabehandling av migrerande arbetstagare och dem som inte utnyttjar den fria rörligheten i enlighet med artikel 48 i fördraget, och denna likabehandling skall uppfattas på så sätt att förutom undantag som uttryckligen grundas på nationalitet och som följaktligen är förbjudna under alla omständigheter är den förenlig med särbehandling, om denna motiveras av krav som överensstämmer med gemenskapsrätten och fullt ut beaktar proportionalitetsprincipen.¹⁸ Domstolen har för övrigt vid upprepade tillfällen uttalat att genom nämnda artikel 48 införs en grundläggande princip som bekräftas genom artikel 3 c i EG-fördraget (nu artikel 3.1 c EG i ändrad lydelse), enligt vilken "gemenskapens verksamhet [skall] innefatta avskaffandet mellan medlemsstaterna av hindren för fri rörlighet för personer".¹⁹ I detta sammanhang utgör EG-fördraget verkligen hinder för de nationella lagstiftningar som särbehandlar gemenskapsmedborgarna när de önskar utöva förvärvsverksamhet på en medlemsstats territorium. Följaktligen medför de eventuella nationella bestämmelser som avskräcker en arbetstagare från att fritt utöva sin rätt till fri rörlighet "hinder för denna frihet, även om de tillämpas oberoende av de berörda arbetstagarnas nationalitet".²⁰ Med tillämpning av dessa principer måste man betänka att i det här fallet får en arbetstagare som befinner sig i samma situation

som sökanden en av sina grundläggande rättigheter, nämligen rätten till fri rörlighet, begränsad i den mån den tyska lagstiftningen, för att uppmuntra vård av barn, före den 1 januari 1986 gjorde åtnjutandet av vissa sociala förmåner beroende av att vården ägde rum på tyskt territorium och följaktligen av att den berörda arbetstagaren med barn bodde på tyskt territorium.

26. Den ståndpunkt som jag har redovisat står inte i strid med bestämmelsen i punkt 19 i avsnitt C i bilaga VI till förordning nr 1408/71, vilken har införts genom förordning nr 2195/91 och trätt i kraft den 1 januari 1986. Denna bestämmelse medger faktiskt att man — för att beräkna de abstrakta obligatoriska avgifterna för pensionsförsäkring — även beaktar den tid under vilken den aktuella arbetstagaren har vårdat barn i en annan medlemsstat, dock under vissa bestämda villkor: arbetstagaren skall vara mammaledig eller föräldraledig och får inte ha haft någon så kallad mindre anställning enligt den tyska lagstiftningen. Nu förefaller det mig emellertid inte som om den nya bestämmelse som har införts i förordning nr 1408 syftar till att införa förändringar i förhållande till vad som tidigare gällt, genom att det därigenom införs en socialförmån som inte tidigare funnits, utan den reglerar snarare i detalj det system som är tillämpligt i en situation som dessförinnan gav upphov till viss tolkningsosäkerhet (som för övrigt framgår av den tolkningsfråga som jag nu behandlar). Ur denna synvinkel står det svar som jag tänker ge på frågan inte i strid med det lagstiftningspolitiska val som rådet

17 — Dom av den 25 februari 1999 i mål C-90/97 (REG 1999, s. I-1077).

18 — I den dom som avkunnades den 25 februari 1999 i detta mål (se ovan fotnot 17), har domstolen fastställt att en lagstiftning som gör rätten att erhålla ett tilläggsbidrag villkorad av bosättning i en medlemsstat strider mot artiklarna 1 h och 10 a i förordning nr 1408/71. Domstolen har för övrigt inte prövat den eventuella inverkan av artikel 48 i fördraget.

19 — Domen i målet Terhoeve (ovan fotnot 12), punkt 36.

20 — Domen i målet Terhoeve (ovan fotnot 12), punkt 39. Se även dom av den 7 mars 1991 i mål C-10/90, Masgio (REG 1991, s. I-1119), punkterna 18 och 19.

gjorde år 1991, ett val som varken på grund av tilläggets ordalydelse eller på grund av dess ikraftträdande direkt berör sökandens situation.

Förslag till avgörande

27. Mot bakgrund av vad som anförts ovan föreslår jag att domstolen besvarar den hänskjutande domstolens fråga på följande sätt:

Artikel 48.1 i EG-fördraget (nu artikel 39.1 EG i ändrad lydelse) och artiklarna 10.1 och 13.2 a i rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare och deras familjer flyttar inom gemenskapen skall tolkas på så sätt att de står i strid med en nationell lagstiftning, som den som gällde i Tyskland före den 1 januari 1986, enligt vilken tid som en gränsarbetare har ägnat åt vård av barn beaktas för pensionsförsäkringsändamål endast under villkor att vården har ägt rum i Tyskland eller kan jämföras med sådan vård.