



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JÁN MAZÁK
föredraget den 13 september 2012¹

Mål C-282/11

Concepción Salgado González
mot
Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) och
Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)

(begäran om förhandsavgörande från Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Spanien))

”Begäran om förhandsavgörande — Förordning (EEG) nr 1408/71 — Ålderspension — Beräkning av förmåner”

I – Inledning

1. Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Spanien) har – genom beslut av den 9 maj 2011, vilket inkom till domstolen den 6 juni 2011 – begärt att domstolen ska meddela förhandsavgörande i fyra frågor om tolkningen av rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971², i dess lydelse enligt rådets förordning (EG) nr 1791/2006 av den 20 november 2006³ (nedan kallad förordning nr 1408/71), och av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 883/2004 av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen⁴, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets förordning nr 988/2009 av den 16 september 2009⁵ (nedan kallad förordning nr 883/2004).

2. Frågorna har uppkommit i en tvist mellan å ena sidan Concepción Salgado González och å andra sidan Instituto Nacional de la Seguridad Social (det nationella institutet för social trygghet) (nedan kallat INSS) och Tesorería General de la Seguridad Social (den allmänna sociala trygghetsfonden) (nedan kallad TGSS) rörande beräkningen av Concepción Salgado González ålderspension. Den nationella domstolen önskar ett klargörande av huruvida tillämpningen av vissa bestämmelser i förordning nr 1408/71 eller förordning nr 883/2004 i förening med artikel 162.1 i den spanska allmänna lagen om social trygghet (Ley General de la Seguridad Social) leder till en otillbörlig nedsättning av en migrerande egenföretagares pension.

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Förordning nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen (EGT L 149, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 57, samt rättelse i EGT L 323, 1996, s. 38).

3 — Förordning nr 1791/2006 av den 20 november 2006 om anpassning av vissa förordningar och beslut när det gäller fri rörlighet för varor, fri rörlighet för personer, bolagsrätt, konkurrenspolitik, jordbruk (även veterinär och fytosanitär lagstiftning), transportpolitik, beskattning, statistik, energi, miljö, samarbete i rättsliga och inrikes frågor, tullunion, yttre förbindelser, den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken och institutioner, med anledning av Bulgariens och Rumäniens anslutning (EUT L 363, s. 1).

4 — EUT L 166, 2004, s. 1.

5 — Förordning nr 988/2009 av den 16 september 2009 om ändring av förordning (EG) nr 883/2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen och om fastställande av innehållet i bilagorna (EUT L 284, s. 43).

II – Tillämpliga bestämmelser

A – Unionsrätten

3. I artikel 45.1 i förordning nr 1408/71 föreskrivs följande:

”Om en medlemsstats lagstiftning för förvärv, bibehållande eller återfående av rätten till förmåner enligt ett system ... kräver att försäkrings- eller bosättningsperioder har fullgjorts, skall den behöriga institutionen i den medlemsstaten, i förekommande fall, beakta försäkrings- eller bosättningsperioder som har fullgjorts enligt andra medlemsstaters lagstiftning oavsett om sådana perioder har fullgjorts enligt ett allmänt system eller enligt ett särskilt system och oavsett om så skett som anställd eller som egenföretagare. Dessa perioder skall därvid beaktas som om de hade fullgjorts enligt den lagstiftning som institutionen tillämpar.”

4. I artikel 46.2 i förordning nr 1408/71 föreskrivs följande:

”Om villkoren i en medlemsstats lagstiftning för rätt till förmåner uppfylls endast efter tillämpning av artikel 45 och/eller artikel 40.3 skall följande regler tillämpas:

- a) Den behöriga institutionen skall beräkna det teoretiska beloppet för den förmån som personen skulle kunna göra anspråk på om alla försäkrings- och/eller bosättningsperioder som har fullgjorts enligt lagstiftningen i de medlemsstater som den anställde eller egenföretagaren har omfattats av hade fullgjorts i den medlemsstaten och enligt den lagstiftning som institutionen tillämpar den dag då förmånen beviljas. Om förmånens belopp enligt den lagstiftningen inte är beroende av de fullgjorda periodernas längd, skall detta belopp anses utgöra det teoretiska belopp som avses i detta stycke.
- b) Den behöriga institutionen skall sedan fastställa förmånens faktiska belopp på grundval av det teoretiska belopp som avses i föregående stycke enligt proportionen mellan längden av de försäkrings- eller bosättningsperioder som har fullgjorts innan försäkringsfallet inträffar enligt den lagstiftning som denna institution tillämpar och den totala längden av de försäkrings- och bosättningsperioder som har fullgjorts enligt alla de berörda medlemsstaternas lagstiftningar innan försäkringsfallet inträffade.”

5. I artikel 47.1 i förordning nr 1408/71 föreskrivs följande:

”Vid beräkningen av det teoretiska belopp och det prorata-belopp som avses i artikel 46.2 skall följande regler gälla:

...

g) Om förmåner enligt en medlemsstats lagstiftning beräknas på grundval av genomsnittsavgifter, skall den behöriga institutionen fastställa detta genomsnitt med åberopande enbart av de försäkringsperioder som har fullgjorts enligt denna stats lagstiftning.”

6. Enligt artikel 89 i förordning nr 1408/71 finns särskilda regler för tillämpningen av vissa medlemsstaters lagstiftning i bilaga VI.

7. I punkt 4, rubrik H (Spanien) i bilaga VI till förordning nr 1408/71 föreskrivs följande:

- ”a) Enligt förordningens artikel 47 skall beräkningen av den teoretiska spanska förmånen ske på grundval av den försäkrades faktiska avgifter under åren närmast före betalningen av den sista avgiften till den spanska socialförsäkringen.

- b) Det fastställda pensionsbeloppet skall ökas med beloppet på de uppräknningar och ökningar som beräknas för varje påföljande år för pensioner av samma slag.”

8. Förordning nr 1408/71 upphävdes genom förordning nr 883/2004 per den 1 maj 2010, då sistnämnda förordning trädde i kraft.

B – Nationell rätt

9. Enligt artikel 161.1 b i den allmänna lagen om social trygghet är rätten till ålderspension bland annat villkorad av att avgifter har betalats i minst 15 år. I artikel 162.1 i lagen föreskrivs att ”beräkningsunderlaget för ålderspensionen, enligt den avgiftsbaserade metoden, är den kvot som uppstår när den berörda personens avgifter för de 180 månaderna som föregår försäkringsfallet divideras med 210”.

III – Tvisten i målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

10. Concepción Salgado González har betalat pensionsavgifter i Spanien inom ramen för det särskilda systemet för egenföretagare (Régimen Especial de Trabajadores Autónomos) under sammanlagt 3 711 dagar (1 februari 1989–31 mars 1999). Hon har därefter betalat pensionsavgifter i Portugal under sammanlagt 2 100 dagar (1 mars 2000–31 december 2005).

11. Concepción Salgado González ansökte om ålderspension i Spanien, vilket hon beviljades från och med den 1 januari 2006. Vid beräkningen av Concepción Salgado González pension sammanräknade INSS de spanska avgifter hon betalat under perioden 1 april 1984–31 mars 1999, det vill säga de 15 år som närmast föregick betalningen av hennes sista avgift till den spanska socialförsäkringen. INSS dividerade därefter det sammanräknade beloppet med 210 (vilket motsvarar antalet ordinarie månatliga avgifter och årliga tilläggsavgifter under 180 månader eller 15 år) i enlighet med vad som anges i artikel 162.1 i den allmänna lagen om social trygghet. Detta resulterade i en *base reguladora*, det vill säga ett beräkningsunderlag. Eftersom Concepción Salgado González inte började betala avgifter till det spanska sociala trygghetssystemet förrän den 1 februari 1989, uppgick avgifterna för perioden 1 april 1984–31 januari 1989 enligt INSS beräkning till 0⁶, vilket ledde till en nedsättning av hennes beräkningsunderlag (*base reguladora*).

12. Concepción Salgado González beräkningsunderlag fastställdes slutligen till 336,83 euro per månad.⁷

13. Beräkningsunderlaget (*base reguladora*) för perioden 1 april 1984– 31 mars 1999 nedsattes häfter genom att det multiplicerades med 53 procent⁸, motsvarande de år för vilka Concepción Salgado González betalat avgifter⁹, och även med 63.86 procent, motsvarande den period som tidsproportionellt avsåg Spanien.¹⁰

6 — Den nationella domstolen har anfört att det enligt spansk rätt finns en metod för att fylla luckorna i artikel 162.2 i den allmänna lagen om social trygghet. Enligt den metoden kan en minimiavgift användas för de perioder för vilka den försäkrade inte var skyldig att betala avgift. Denna metod är emellertid inte tillämplig på egenföretagare som Concepción Salgado González, vilket framgår av den kompletterande bestämmelsen i artikel 8.4 i den allmänna lagen om social trygghet.

7 — Concepción Salgado González begärde den 8 januari 2007 att beräkningsunderlaget (*base reguladora*) för hennes pension skulle fastställas till 864.14 euro per månad. Enligt vad som framgår av beslutet om hänskjutande och de uppgifter INSS och TGSS lämnat vid domstolen synes Concepción Salgado González begäran bland annat ha grundat sig på de avgifter hon betalat i Portugal under perioden 1 januari 1991–31 december 2005. Detta bör dock prövas av den nationella domstolen.

8 — Vilket resulterade i förmånens teoretiska belopp.

9 — Enligt vad som framgår av handlingarna i målet vid domstolen beräknades procentsatsen 53 utifrån de 16 år som Concepción Salgado González arbetade i Spanien och Portugal. Procentsatsen 50 motsvarar de första 15 åren då avgift betalades, och procentsatsen 3 motsvarar det sextonde året då sådan avgift erlades. Detta bör dock prövas av den nationella domstolen.

10 — Enligt vad som framgår av handlingarna i målet vid domstolen motsvarar procentsatsen 63,86 de 3 711 dagar (1 februari 1989–31 mars 1999) som Concepción Salgado González arbetade i Spanien av de sammanlagt 5 811 dagar (3 711 + 2 100) som hon arbetade i Spanien och Portugal under perioden 1 februari 1989–31 december 2005. Se artikel 46.2 b i förordning nr 1408/71.

14. Efter att inledningsvis ha uttömt alla medel att få saken prövad förvaltningsrättsligt väckte Concepción Salgado González talan vid Juzgado de lo Social nr 3 i Ourense, med åberopande av avvikelser vad gäller ålderspension. Juzgado de lo Social lämnade hennes talan utan bifall. Concepción Salgado González överklagade detta avgörande till Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

15. I beslutet om hänskjutande har Tribunal Superior de Justicia de Galicia anfört att INSS vid fastställandet av beräkningsunderlaget (*base reguladora*) hänfört sig till punkt 4, rubrik H (Spanien) i bilaga VI till förordning nr 1408/71 i förening med artikel 162.1 i den allmänna lagen om social trygghet. Det är tillämpningen av dessa bestämmelser i förening som har gett upphov till tvivel hos den nationella domstolen.

16. Enligt den nationella domstolen står det klart att de avgifter Concepción Salgado González betalat i Portugal inte kan tas med vid fastställandet av beräkningsunderlaget för den spanska pensionen.¹¹ Fråga är emellertid om den beräkning som INSS gjort är korrekt eller om den har lett till en otillbörlig nedsättning av Concepción Salgado González rätt till ålderspension. Denna otillbörliga nedsättning har av Concepción Salgado González kallats en dubbel proportion.

17. Genom att tillämpa både punkt 4, rubrik H (Spanien) i bilaga VI till förordning nr 1408/71 och artikel 162.1 i den allmänna lagen om social trygghet, har INSS lagt ihop de avgifter som den försäkrade faktiskt erlagt under de 15 år som närmast föregick betalningen av den sista avgiften till den spanska socialförsäkringen och dividerat beloppet med 210.

18. Den nationella domstolen har emellertid anfört att det i punkt 4, rubrik H (Spanien) i bilaga VI till förordning nr 1408/71 inte hänvisas till någon 15-årsperiod och inte heller till någon nämnare på 210, vilka härrör från artikel 162.1 i den allmänna lagen om social trygghet.

19. Den nationella domstolen anser att tre olika tolkningar är möjliga i en sådan situation.

20. Den första tolkningsmöjligheten, vilken har åberopats av INSS, är enligt den nationella domstolen inte förenlig med de krav som ställs i artikel 48 FEUF avseende säkerställande av fri rörlighet för arbetstagare när det gäller sociala förmåner och inte heller med bestämmelsen i artikel 3 i förordning nr 1408/71 om likabehandling av icke migrerande och migrerande arbetstagare. Den nationella domstolen har angett tre skäl för sitt ställningstagande.

21. Den nationella domstolen anser att en tillämpning av nämnaren 210 på migrerande arbetstagare innebär att de, även i de fall då avgiftsperioden understiger 15 år, behandlas mindre förmånligt än icke-migrerande arbetstagare som betalar avgifter i Spanien. Denna olikabehandling uppstår eftersom en migrerande arbetstagare som har betalat avgifter i samma omfattning som en icke-migrerande arbetstagare som betalar avgifter i Spanien, genom att hans eller hennes avgifter fördelas mellan Spanien och en annan medlemsstat, tilldelas ett beräkningsunderlag (*base reguladora*) som blir lägre ju mindre del av avgifterna som betalats i Spanien (och dessutom får vidkännas en motsvarande tidsproportionell nedsättning).

22. Den nationella domstolen anser att detta inte säkerställer målet att ”den migrerande arbetstagaren inte skall drabbas av en minskning av det förmånsbelopp som han skulle ha uppburit, om han inte hade varit en migrerande arbetstagare”.¹²

11 — Se domstolens dom av den 12 september 1996 i mål C-251/94, Lafuente Nieto (REG 1996, s. I-4187), av den 9 oktober 1997 i de förenade målen C-31/96-C-33/96, Naranjo Arjona m.fl. (REG 1997, s. I-5501), och av den 17 december 1998 i mål C-153/97, Grajera Rodríguez (REG 1998, s. I -8645).

12 — Se domen i målet Lafuente Nieto (ovan fotnot 11), punkt 38.

23. Den nationella domstolen har även anfört att ju längre tid som en arbetstagare gör pensionsavgiftsinbetalningar i en annan medlemsstat i Europeiska unionen, desto mindre möjlighet har vederbörande att under sitt arbetsliv öka de spanska inbetalningarna, vilka är de enda som ska beaktas enligt punkt 4, rubrik H (Spanien) i bilaga VI till förordning nr 1408/71. Den 15-årsperiod som det hänvisas till i artikel 162.1 i den allmänna lagen om social trygghet innebär således att det sker ytterligare olikabehandling i förhållande till en icke-migrerande arbetstagare som betalar avgifter i Spanien, eftersom sistnämnda arbetstagare har hela arbetslivet på sig att uppfylla 15-årsperioden. Sammanfattningsvis försvåras en migrerande gemenskapsarbetstagares möjligheter att få en ålderspension på en nivå som motsvarar den tid han betalat in pensionsavgifter, jämfört med en icke-migrerande arbetstagare i Spanien.

24. Dessutom kan, enligt den nationella domstolen, den nämnare som för migrerande arbetstagare ska tillämpas på summan av de spanska inbetalningarna bli ännu större och deras pensioner därmed ännu mindre, eftersom en viktig faktor för arbetstagarnas fria rörlighet har lämnats i den spanska lagstiftarens händer genom att denne kan utsträcka den tidsperiod som anges i artikel 162.1 i den allmänna lagen om social trygghet.¹³

25. Den nationella domstolen anser att det finns en annan möjlig tolkning som är mer i linje med gemenskapsmålen. När det i punkt 4 a, rubrik H (Spanien) i bilaga VI till förordning nr 1408/71 anges att ”beräkningen av den teoretiska spanska förmånen [ska] ske på grundval av den försäkrades faktiska avgifter under åren närmast före betalningen av den sista avgiften till den spanska socialförsäkringen”, ska detta tolkas så att det härmed fastställs en särskild beräkningsmetod. Enligt denna metod summeras den försäkrades faktiska avgifter under de år som föregick den sista inbetalningen till den spanska socialförsäkringen, varefter summan divideras med antalet år som inbetalningarna gjorts.

26. Den nationella domstolen har anfört att om den tolkning som angetts i punkt 25 ovan anammades i detta fall skulle de avgifter som Concepción Salgado González betalat i Spanien inte divideras med 210, utan med det antal år hon betalade avgifter i Spanien, det vill säga de år som ingår i perioden 1 februari 1989–31 mars 1999.

27. Ännu en tolkningsmöjlighet har nämnts av den nationella domstolen, vilken skulle leda till ett beräkningsunderlag (*base reguladora*) som är lägre än det som följer av den tolkning som angetts i punkterna 25 och 26 ovan. Härvid skulle det avgiftsunderlag i Spanien som tidsmässigt ligger närmast den period då avgifter betalats i Portugal användas för sistnämnda period, med beaktande av utvecklingen av konsumentpriserna, enligt vad som anges i punkt 2 a (Spanien) i bilaga XI till förordning nr 883/2004, i vilken det föreskrivs en ny regel som inte fanns i punkt 4, rubrik H (Spanien) i bilaga VI till förordning nr 1408/71. Den nationella domstolen anser att det i detta fall skulle vara fråga om en analog tillämpning. För det första är punkt 2 a (Spanien) i bilaga XI till förordning nr 883/2004 i tidsmässigt hänseende (*ratione temporis*) inte tillämplig i detta fall. För det andra anges i denna bestämmelse, såsom i den tidigare gällande punkt 4, rubrik H (Spanien) i bilaga VI till förordning nr 1408/71, att ”den teoretiska spanska förmånen ... ska beräknas på grundval av personens faktiska avgifter under åren närmast före betalningen av den sista avgiften till den spanska socialförsäkringen”. I detta fall ligger de perioder under vilka avgifter betalats i Portugal tidsmässigt närmast efter, och inte närmast före, den sista avgiften som betalats i Spanien.

28. Det är mot bakgrund av dessa omständigheter som den nationella domstolen beslutade att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1. Är det i överensstämmelse med de gemenskapsmål som anges i [artikel 48 FEUF och artikel 3 i förordning nr 1408/71] och med ordalydelsen i [punkt 4, rubrik H (Spanien) i bilaga VI till förordning nr 1408/71] att tolka [sistnämnda bestämmelse] så, att den summa som uppnåtts vid

13 — Vilket denne lagstiftare faktiskt gjorde år 1985, när perioden utsträcktes från 2 till 8 år, och år 1997, när den utsträcktes från 8 till 15 år.

beräkningen av den teoretiska spanska förmånen på grundval av den försäkrades faktiska avgifter under åren närmast före betalningen av den sista avgiften till den spanska socialförsäkringen, ska divideras med 210, en nämnare som tagits fram för att fastställa beräkningsunderlaget för ålderspension i enlighet med artikel 162.1 i den allmänna lagen om social trygghet?

2. (För det fall fråga 1 besvaras nekande:) Är det i överensstämmelse med de gemenskapsmål som anges i [artikel 48 FEUF och artikel 3 i förordning nr 1408/71] och med ordalydelsen i [punkt 4, rubrik H (Spanien) i bilaga VI till förordning nr 1408/71] att tolka [sistnämnda bestämmelse] så, att den summa som uppnåtts vid beräkningen av den teoretiska spanska förmånen, på grundval av den försäkrades faktiska avgifter under åren närmast före betalningen av den sista avgiften till den spanska socialförsäkringen, ska divideras med det antal år inbetalningar gjorts i Spanien?
3. (För det fall svaret på fråga 2 är nekande, oavsett om svaret på fråga 1 är jakande eller nekande:) Är [punkt 2 a (Spanien) i bilaga XI] till ... förordning nr 883/2004 analogt tillämplig i detta fall, i syfte att uppnå de gemenskapsmål som anges i [artikel 48 FEUF och artikel 3 i förordning nr 1408/71], och är det därmed möjligt att för den period då avgifter betalats i Portugal använda det avgiftsunderlag i Spanien som tidsmässigt ligger närmast denna period, med beaktande av utvecklingen av konsumentpriserna?
4. (För de fall fråga 1, fråga 2 och fråga 3 alla besvaras nekande:) Om ingen av de tolkningar som nämnts är helt eller delvis korrekt, vilken tolkning av [punkt 4, rubrik H (Spanien) i bilaga VI till förordning nr 1408/71] är användbar vid lösningen av förevarande tvist samt mest i överensstämmelse med de gemenskapsmål som anges i [artikel 48 FEUF och artikel 3 i förordning nr 1408/71] och med den faktiska ordalydelsen i [punkt 4, rubrik H (Spanien) i bilaga VI till förordning nr 1408/71]?"

IV – Förfarandet vid domstolen

29. INSS och TGSS har inget ett gemensamt skriftligt yttrande. Skriftliga yttranden har även inletts av Konungariket Spanien och kommissionen. Dessa parter yttrade sig även muntligen vid förhandlingen den 24 maj 2012.

V – Bedömning

30. Det ska inledningsvis avgöras huruvida förordning nr 1408/71 eller förordning nr 883/2004 är tillämplig på Concepción Salgado González rätt till spansk pension. Det framgår av de handlingar som getts in till domstolen att Concepción Salgado González hade rätt att kräva ålderspension från Spanien från och med den 1 januari 2006.¹⁴ Med hänsyn till att förordning nr 883/2004 inte trädde i kraft förrän den 1 maj 2010¹⁵ och att det inte finns något i handlingarna i målet som talar för att Concepción Salgado González har begärt omprövning av sin rätt till spansk pension i enlighet med övergångsbestämmelserna i bland annat artikel 87.5 i förordning nr 883/2004, anser jag att det är

14 — Se punkt 11 ovan.

15 — Vid ikraftträdandet av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 987/2009 av den 16 september 2009 om tillämpningsbestämmelser till förordning (EG) nr 883/2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen (EUT L 284, s. 1). Se artikel 91 i förordning nr 883/2004. Förordning nr 1408/71 upphävdes samma dag. Se artikel 90.1 i förordning nr 883/2004.

förordning nr 1408/71 som i tidsmässigt hänseende är tillämplig på omständigheterna i det nationella målet. Mot bakgrund av det datum då Concepción Salgado González beviljades spansk pension anser jag dessutom, även om de fyra frågor som ställts avser artikel 48 FEUF, att artikel 42 EG är tillämplig på omständigheterna i det nationella målet.¹⁶

31. Inledningsvis ska det noteras att förordning nr 1408/71 inte innebär att det inrättas ett gemensamt system för social trygghet. De skilda nationella systemen får bestå, då förordningen har till enda syfte att säkerställa samordning mellan de nationella systemen. I avsaknad av harmonisering på gemenskapsnivå ankommer det följaktligen på lagstiftaren i varje medlemsstat att bestämma dels villkoren för rätten eller skyldigheten att ansluta sig till ett system för social trygghet, dels villkoren som ger rätt till förmåner. Vid utövandet av denna befogenhet måste medlemsstaterna dock iakttä gemenskapsrätten och i synnerhet bestämmelserna i EG-fördraget om att alla unionsmedborgare har rätt att röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier.¹⁷

32. I enlighet med bland annat artikel 45 i förordning nr 1408/71 kan Concepción Salgado González utnyttja möjligheten till sammanläggning av sina försäkringsperioder i Spanien och Portugal och har således rätt till pension i Spanien.¹⁸ Tvisten i det nationella målet avser beräkningsmetoden och således storleken av Concepción Salgado González pension i Spanien.

33. Storleken på Concepción Salgado González pension enligt spansk rätt beror för det första, enligt artikel 162.1 i den allmänna lagen om social trygghet, på hennes beräkningsunderlag (*base reguladora*), vilken är medelnivån på hennes avgiftsinbetalningar under en referensperiod på 180 månader eller 15 år och för det andra, enligt artikel 163 i den allmänna lagen om social trygghet, på längden av den period under vilken avgifter har betalats.

34. När det gäller längden på den period under vilken avgifter har betalats nedsattes Concepción Salgado González beräkningsunderlag, enligt vad som framgår av beslutet om hänskjutande, genom att det multiplicerades med 53 procent, motsvarande den period på 16 år under vilken hon betalat avgifter i Spanien och Portugal, i förhållande till ett potentiellt maximum på 35 år enligt spansk rätt. Denna nedsättning förefaller inte ha bestritts i det nationella målet.

16 — Ordalydelsen i artikel 48 FEUF skiljer sig en aning från ordalydelsen i artikel 42 EG (tidigare artikel 51 EEG). Det ska noteras att parlamentet och rådet enligt artikel 48 FEUF har uttrycklig befogenhet att besluta om åtgärder inom den sociala trygghetens område när det gäller egenföretagare. Enligt artikel 42 EG skulle sådana åtgärder beslutas av rådet när det gällde arbetstagare. Ordalydelsen i förordning nr 1408/71 ändrades emellertid, genom rådets förordning (EEG) nr 1390/81 av den 12 maj 1981 om utvidgning av förordning (EEG) nr 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda och deras familjer flyttar inom gemenskapen, till att omfatta även egenföretagare och deras familjer (EGT L 143, s. 1; svensk specialutgåva, område 5, volym 2, s. 132), så att den därefter även gällde egenföretagare. I domstolens praxis när det gäller arbetstagare hänvisas ofta till att förordning nr 1408/71 ska tolkas mot bakgrund av artikel 42 EG och målen med denna bestämmelse. Efter antagandet av förordning nr 1390/81, enligt vilken en bestämmelse i förordning nr 1408/71 är tillämplig på såväl arbetstagare som egenföretagare, måste hänvisningar i domstolens praxis till nödvändigheten av att tolka en sådan bestämmelse mot bakgrund av artikel 42 EG och dess mål enligt min mening i tillämpliga delar även gälla migrerande egenföretagare.

17 — Se, analogt, dom av den 21 juli 2011 i mål C-503/09, Stewart (REU 2011, s. I-6497), punkterna 75–77 och där angiven rättspraxis.

18 — Se i punkt 9 ovan ordalydelsen i artikel 161.1 b i den allmänna lagen om social trygghet, vilken kräver att det betalats avgifter i minst 15 år för att rätt till ålderspension enligt spansk rätt ska uppnås. En medlemsstat har rätt att föreskriva att en viss försäkringsperiod ska ha fullgjorts som ett villkor för beviljande av ålderspension enligt nationell lagstiftning och att fastställa vilka försäkringsperioder som ska beaktas i det avseendet och gränserna för dessa, under förutsättning att de försäkringsperioder som har fullgjorts enligt en annan medlemsstats lagstiftning beaktas på samma villkor som om de vore perioder som har fullgjorts enligt den nationella lagstiftningen, i överensstämmelse med artikel 45 i förordning nr 1408/71. Se dom av den 3 mars 2011 i mål C-440/09, Tomaszewska (REU 2011, s. I-1033), punkt 31.

35. Det är det sätt på vilket medelnivån på Concepción Salgado González avgiftsinbetalningar under en referensperiod på 18 månader eller 15 år beräknades som har ifrågasatts i det nationella målet.¹⁹ Den nationella domstolen har ställt ett antal frågor avseende det förhållandet att Concepción Salgado González avgiftsinbetalningar under åren närmast före betalningen av den sista avgiften till den spanska socialförsäkringen (1 april 1984–31 mars 1999) dividerats med 210, i synnerhet mot bakgrund av att hon inte betalade några avgifter under perioden 1 april 1984–31 januari 1989.

36. Enligt min uppfattning är artikel 46.2 i förordning nr 1408/71 tillämplig, eftersom Concepción Salgado González har förvärvat rätt till ålderspension i Spanien genom sammanläggningen av hennes försäkringsperioder i Spanien och Portugal.²⁰ I artikel 46.2 i förordning nr 1408/71 anges metoden för beräkning av det teoretiska beloppet för Concepción Salgado González förmån och storleken på den förmån hon i realiteten kan kräva. Detta kallas systemet med sammanläggning och proportionell beräkning.²¹

37. Enligt artikel 46.2 a i förordning nr 1408/71 ska den behöriga institutionen beräkna det teoretiska beloppet för den förmån som en person skulle kunna göra anspråk på om alla försäkringsperioder som han eller hon har fullgjort i olika medlemsstater hade fullgjorts i den ifrågavarande medlemsstaten. Institutionen ska sedan, i enlighet med artikel 46.2 b i förordning nr 1408/71, fastställa förmånens faktiska belopp på grundval av det teoretiska beloppet och proportionen mellan längden av de försäkringsperioder som har fullgjorts innan försäkringsfallet inträffar enligt den lagstiftning som denna institution tillämpar och den totala längden på de försäkringsperioder som har fullgjorts enligt alla de berörda medlemsstaternas lagstiftningar innan försäkringsfallet inträffade.²²

38. När det gäller tillämpningen av artikel 46.2 b i förordning nr 1408/71 med avseende på fördelningen av ansvaret för Concepción Salgado González teoretiska förmån mellan Spanien och Portugal, förefaller det i det nationella målet vara ostridigt att Concepción Salgado González beräkningsunderlag (*base reguladora*) nedsatts med 63,86 procent, för att ta hänsyn till proportionen på²³ eller varaktigheten av den period då hon arbetat i Spanien under den sammanlagda försäkringsperioden i Spanien och Portugal från och med den 1 februari 1989 till och med den 31 december 2005.

39. Det framgår av beslutet om hänskjutande och de fyra tolkningsfrågorna, vilka kommer att behandlas i ett sammanhang, att den nationella domstolen huvudsakligen önskar ett klagörande av hur det tekniska beloppet för Concepción Salgado González pension ska beräknas enligt artikel 46.2 a i förordning nr 1408/71.

40. Det teoretiska beloppet för Concepción Salgado González pension ska, enligt artikel 46.2 a i förordning nr 1408/71, beräknas som om hon endast hade arbetat i Spanien.²⁴ Syftet med denna bestämmelse är att Concepción Salgado González ska få det maximala teoretiska belopp som hon hade kunnat göra anspråk på om alla försäkringsperioder hade fullgjorts i Spanien.²⁵

19 — I sina inlagor till domstolen har INSS och TGSS anfört att den period som ska beaktas vid fastställandet av beräkningsunderlaget (*base reguladora*) gradvis kommer att förlängas under perioden 2013–2027 i och med antagandet av lag 27/2011 av den 1 augusti 2011 om uppdatering, anpassning och modernisering av det sociala trygghetssystemet. År 2027 ska beräkningsunderlaget (*base reguladora*) fastställas genom att en den försäkrades avgiftsinbetalningar under de 300 månader som föregår försäkringsfallet divideras med 350. Enligt INSS och TGSS införs förlängningen av referensperioden för att säkerställa ekonomisk stabilitet i systemet och för att uppfylla kraven på skälighet, enligt vilka beloppet av en avgiftsbaserad pension bör återspegla de avgifter som arbetstagaren har inbetalat.

20 — Det följer av fast rättspraxis att frågan om förvärv av rätt till ålderspension faller under artikel 45.1 i förordning nr 1408/71, medan reglerna för beräkning av storleken av förmånen återfinns i artikel 46 och följande artiklar i förordningen. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 december 1993 i de förenade målen C-45/92 och C-46/92, Lepore och Scamuffa (REG 1993, s. I-6497), punkt 13, och domen i målet Lafuente Nieto (ovan fotnot 11), punkt 49.

21 — Se dom av den 21 mars 1990 i mål C-199/88, Cabras (REG 1990, s. I-1023), punkt 5.

22 — Se dom av den 18 februari 1992 i mål C-5/91, Di Prinzio, REG 1992, s. I-897, punkterna 41 och 49.

23 — Se domen i målet Di Prinzio (ovan fotnot 22), punkt 51 och följande punkter.

24 — Se, analogt, dom av den 3 oktober 2002 i mål C-347/00, Barreira Pérez (REG 2002, s. I-8191), punkt 28.

25 — Dom av den 21 juli 2005 i mål C-30/04, Koschitzki (REG 2005, s. I-7389), punkt 28. Se även dom av den 26 juni 1980 i mål 793/79, Menzies (REG 1980, s. 2085), punkterna 10 och 11.

41. I artikel 47.1 g i förordning nr 1408/71 finns ytterligare bestämmelser om beräkningen av det teoretiska belopp som det hänvisas till i artikel 46.2 a i förordningen, vilka täcker ett sådant system för beräkning av ålderspensionsförmåner utifrån genomsnittsavgifter som det som föreskrivs i spansk rätt.²⁶ Dessutom ska, såsom den nationella domstolen har anfört, det teoretiska beloppet för Concepción Salgado González pension – enligt punkt 4, rubrik H (Spanien) i bilaga VI till förordning nr 1408/71²⁷, där det ges förklaringar till de detaljerade reglerna i artikel 47.1 g i förordning nr 1408/71 och enligt fast rättspraxis i sådana mål som det som den nationella domstolen har att pröva – fastställas uteslutande utifrån de avgifter som hon faktiskt inbetalat enligt spansk lag, med förbehåll för aktualisering och ökning, så att det motsvarar vad hon skulle ha betalat om hon hade fortsatt att arbeta under samma villkor i Spanien.²⁸ Dessutom ska beräkningen av genomsnittsavgifterna enligt artikel 47.1 g i förordning nr 1408/71, såsom preciserats i punkt 4, rubrik H (Spanien) i bilaga VI till förordning nr 1408/71, ske enbart utifrån de försäkringsperioder som fullgjorts enligt den aktuella lagstiftningen²⁹, i detta fall den spanska lagstiftningen.

42. Det följer av fast rättspraxis att artikel 47.1 g i förordning nr 1408/71 ska tolkas mot bakgrund av artikel 46.2 a i samma förordning och syftet med den bestämmelsen, vilket innebär att migrerande arbetstagare inte ska drabbas av en försämring av de sociala trygghetsförmånerna därför att de har utövat sin rätt till fri rörlighet.³⁰

43. När det gäller omständigheterna i det nationella målet ska följande framhållas. Det faktum att Concepción Salgado González genomsnittliga avgiftsinbetalningar beräknades på så sätt att perioden 1 april 1984–31 mars 1999 inkluderades i den referensperiod som fastställdes för henne – trots att hon har betalat avgifter under en period på 16 år³¹, en period som rent faktiskt överstiger den 180 månader långa referensperiod som föreskrivs i artikel 162.1 i den allmänna lagen om social trygghet – innebär att det teoretiska förmånsbeloppet enligt artikel 46.2 a i förordning nr 1408/71 och således hennes faktiska pension nedsattes betydligt. Skälet för denna nedsättning var att Concepción Salgado González under perioden 1 april 1984–31 januari 1989³² inte betalade några avgifter till den spanska socialförsäkringen.³³

44. Mot bakgrund av artiklarna 46.2 a och 47.1 g i förordning nr 1408/71 samt punkt 4, rubrik H (Spanien) i bilaga VI till förordning nr 1408/71 och för att säkerställa att Concepción Salgado González inte får en nedsatt pension av det skälet att hon har utnyttjat sin rätt till fri rörlighet, anser jag att hennes beräkningsunderlag (*base reguladora*) ska beräknas till genomsnittet av hennes faktiska avgiftsinbetalningar i Spanien under perioden 1 februari 1989–31 mars 1999, eftersom hon har betalat försäkringsavgifter i Spanien och Portugal under en period som är längre än den 180-månadersperiod som föreskrivs i artikel 162.1 i den allmänna lagen om social trygghet. Nämnaren 210 måste emellertid justeras på så sätt att det beaktas att Concepción Salgado González utövade sin rätt till fri rörlighet. Den bör således ge uttryck för antalet ordinarie månadsavgifter och antalet årliga tilläggsavgifter som Concepción Salgado González betalat i Spanien under perioden 1 februari 1989–31 mars 1999.

26 — Se domen i målet Naranjo Arjona m.fl. (ovan fotnot 11), punkt 19. Se även, analogt, dom av den 29 november 1984 i mål 181/83, Weber (REG 1984, s. 4007), punkt 14.

27 — Denna bestämmelse ändrar inte innehållet i artikel 47.1 g i förordning nr 1408/71 och syftar endast till att säkerställa att den är förenlig med principerna i artikel 42 EG. Se domen i målet Grajera Rodríguez (ovan fotnot 11), punkt 20.

28 — Se domarna i målet Naranjo Arjona m.fl. (ovan fotnot 11), punkterna 21 och 22, och Grajera Rodríguez (ovan fotnot 11), punkt 19.

29 — I domen i målet Grajera Rodríguez (ovan fotnot 11) fann domstolen att det inte var förenligt med artikel 47.1 g i förordning nr 1408/71 att beakta en period under vilken en migrerande arbetstagare rent faktiskt inte gjorde avgiftsinbetalningar till något visst nationellt socialt trygghetssystem och som dessutom redan hade beaktats enligt lagstiftningen i en annan medlemsstat i vilken den migrerande arbetstagaren hade arbetat. Domstolen godtog inte Grajera Rodríguez argument att de belopp som han uppburit i en annan medlemsstat under de åtta år som omedelbart föregick försäkringsfallet skulle beaktas.

30 — Domen i målet Lafuente Nieto (ovan fotnot 11), punkt 33. Detta innebär att de genomsnittliga avgiftsinbetalningarna enligt artikel 47.1 g måste beräknas så att de för den migrerande arbetstagaren är desamma som de skulle ha varit om arbetstagaren inte hade utövat sin rätt till fri rörlighet. Se domen i målet Naranjo Arjona m.fl. (ovan fotnot 11), punkt 21.

31 — Se punkterna 10 och 11 ovan.

32 — Motsvarande fyra år och tio månader.

33 — Se punkt 11 ovan, där det anges att Concepción Salgado González inte började att betala avgifter till den spanska socialförsäkringen förrän den 1 februari 1989.

45. INSS och TGSS har anfört att möjligheten att beräkna en migrerande arbetstagares pension genom att utgå från det datum då den sista inbetalningen till Spanien gjordes i stället för det datum då försäkringsfallet inträffade, utan ändring av det antal månader som ska beaktas (180), är både icke-diskriminerande och rättvis, eftersom den avgiftsperiod som ska beaktas annars skulle bli mycket begränsad. De har i sitt skriftliga yttrande framhållit den stora flexibilitet sådana arbetstagare har när det gäller att välja hur stora försäkringsavgifter de ska betala enligt spansk rätt och möjligheten för dessa arbetstagare att skjuta upp avgiftsinbetalningen. När en egenföretagare inte betalar avgifter uppstår således en lucka där avgifterna beräknas till noll.³⁴ INSS och TGSS har vidare anfört att räckvidden av den fria rörligheten inte är densamma för arbetstagare och egenföretagare. En medlemsstats lagstiftning på området social trygghet kan vara ett av de skäl som leder en egenföretagare till att etablera sig i en annan medlemsstat. Utövandet av rätten till fri rörlighet kan således påverka storleken på en egenföretagares pension när det i en medlemsstats lagstiftning föreskrivs att perioder under vilka det inte görs några avgiftsinbetalningar inte ska beaktas. Detta står inte i strid med skälighetsprincipen och med den fria rörligheten för arbetstagare. Vid förhandlingen den 24 maj 2012 nämnde INSS och TGSS att det är möjligt för egenföretagare att manipulera det spanska sociala trygghetssystemet genom att utöva sin rätt till fri rörlighet.

46. Syftet med artikel 162.1 i den allmänna lagen om social trygghet synes vara att det ska räknas fram ett genomsnittligt eller representativt belopp när det gäller en arbetstagares avgiftsinbetalningar i Spanien under en referensperiod. Även om en sådan tillämpning av bestämmelserna i artiklarna 46.2 a och 47.1 g i förordning nr 1408/71 samt i punkt 4, rubrik H (Spanien) i bilaga VI till förordning nr 1408/71 om beräkningen av det teoretiska förmånsbeloppet som jag har redogjort för i punkt 44 ovan i vissa fall, men inte alltid³⁵, leder till att endast en begränsad avgiftsperiod i Spanien beaktas vid fastställandet av en migrerande arbetstagares beräkningsunderlag, kan jag inte se att arbetstagaren skulle dra någon uppenbar eller oundviklig nackdel härav. I detta hänseende ska det framhållas att det teoretiska beloppet för Concepción Salgado González pension nedsattes proportionellt i enlighet med artikel 46.2 b i förordning nr 1408/71, så att det återspeglade det faktum att hon hade utövat sin rätt till fri rörlighet och inte hade betalat avgifter i Spanien efter den 31 mars 1999.³⁶

47. Enligt min mening skulle en egenföretagares rätt till fri rörlighet i hög grad inskränkas om nämnamnaren inte justerades enligt vad som angetts ovan.³⁷ I motsats till vad Konungariket Spanien har anfört kan det faktum att Concepción Salgado González teoretiska belopp nedsatts enligt spansk lagstiftning och att det tillämpats en nämnamnare som motsvarar antalet ordinarie månatliga avgifter och årliga tilläggsavgifter under referensperioden, varvid det inte beaktats att hon utnyttjat sin rätt till fri rörlighet, inte kompenseras av att hon kommer att uppbära pension i en annan medlemsstat. Enligt min mening innebär en sådan inställning att det inte tas hänsyn till att bestämmelserna i såväl punkt 2 a som punkt 2 b i artikel 46 i förordning nr 1408/71 ska tillämpas vid beräkningen av pension i alla berörda medlemsstater och att det i dessa bestämmelser görs en klar distinktion mellan metoden för beräkningen av det teoretiska förmånsbeloppet och metoden för beräkningen av det verkliga förmånsbeloppet.

34 — När det gäller arbetstagare "fylls" sådana luckor genom att den försäkrade tillskrivs ett belopp motsvarande minimiavgiften.

35 — Detta beror i praktiken på de omständigheter som gör sig gällande för den enskilde migrerande arbetstagare. När det gäller de specifika omständigheter som ligger till grund för det nationella målet har Concepción Salgado González under alla omständigheter betalat avgifter i Spanien från och med den 1 februari 1989 till och med den 31 mars 1999, det vill säga under en period på mer än 10 år. Denna period är enligt min mening tillräckligt lång för att man ska kunna räkna fram ett representativt genomsnittligt avgiftsbelopp.

36 — Se punkt 13 ovan. Se även punkt 38 ovan.

37 — Det är även utrett att det enligt spansk rätt förhåller sig så att ju längre den tidsperiod är under vilken en egenföretagare utnyttjar sin rätt till fri rörlighet desto mer uttalad blir inskränkningen. Inskränkningen kommer dessutom med tiden att bli mer allvarlig i och med att referensperioden förlängs till de 300 månader som närmast föregår försäkringsfallet och att nämnamnaren 350 antas enligt den spanska lagen 27/2011 (se fotnot 19 ovan).

48. Mot bakgrund av de lagbestämmelser som är tillämpliga på de omständigheter som föreligger i det nationella målet kan INSS och TGSS, såsom den nationella domstolen anför, inte vinna framgång med sitt argument att räckvidden av den fria rörligheten inte är densamma för arbetstagare och egenföretagare. I detta hänseende är bestämmelserna i artiklarna 46.2 a och 47.1 g i förordning nr 1408/71 samt i punkt 4, rubrik H (Spanien) i bilaga VI till förordning nr 1408/71 om beräkningen av det teoretiska förmånsbeloppet tillämpliga på såväl arbetstagare som egenföretagare³⁸.

49. Det förefaller som om storleken på en egenföretagares pension enligt det spanska sociala trygghetssystemet direkt återspeglar storleken på de avgiftsinbetalningar som han eller hon har gjort till detta system. Detta bör dock prövas av den nationella domstolen. Enligt min mening uppnår man en situation där nämnda avgiftsinbetalningar på ett korrekt sätt motsvarar arbetstagarens verkliga pension – och där man ändå iakttar arbetstagarens rätt till fri rörlighet och åstadkommer ekonomisk stabilitet i det nationella pensionssystemet – om man justerar den nämnare på 210 som anges i artikel 162.1 i den allmänna lagen om social trygghet, till en sådan grad att det beaktas att en egenföretagare har utnyttjat sin rätt till fri rörlighet, och samtidigt gör den proportionella beräkning³⁹ som framgår av artikel 46.2 b i förordning nr 1408/71.

VI – Förslag till avgörande

50. Mot bakgrund av vad som angetts ovan föreslår jag att domstolen besvarar de frågor som ställts av Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Spanien) på följande sätt:

När en migrerande egenföretagare har betalat försäkringsavgifter i en eller flera medlemsstater under en period som är lika lång som eller längre än en referensperiod som fastställts i spansk rätt är det inte förenligt med artiklarna 46.2 a och 47.1 g i förordning nr (EEG) 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen och punkt 4, rubrik H (Spanien) i bilaga VI till förordning nr 1408/71 att det teoretiska beloppet för egenföretagarens spanska förmån beräknas på grundval av hans eller hennes faktiska avgiftsinbetalningar i Spanien under åren närmast före betalningen av den sista avgiften till det spanska sociala trygghetssystemet, varvid den summa som således räknats fram divideras med en nämnare som motsvarar antalet ordinarie månadsavgifter och antalet årliga tilläggsavgifter under referensperioden och inte tar hänsyn till att egenföretagaren har utnyttjat sin rätt till fri rörlighet.

38 — I artikel 46.2 a i förordning nr 1408/71 hänvisas uttryckligen till egenföretagare. Se även domen i målet Barreira Pérez (ovan fotnot 24), punkt 28. Jag anser att eftersom artikel 47.1 g i förordning nr 1408/71 innehåller kompletterande bestämmelser för beräkningen av det teoretiska belopp som det hänvisas till i artikel 46.2 a och eftersom punkt 4, rubrik H (Spanien) i bilaga VI till förordning nr 1408/71 innehåller preciseringar av bestämmelserna i artikel 47.1 g så är alla de ovannämnda bestämmelserna tillämpliga på såväl arbetstagare som egenföretagare.

39 — Se punkterna 13, 38 och 46 ovan. Den proportionella beräkningen nämns även i det nationella målet såsom en tidsproportionell nedsättning.