



Capacity Building of  
Social Security Institution  
Project

Sosyal Güvenlik Kurumunun  
Kapasitesinin Artırılması  
Projesi



Bu proje Avrupa Birliği ve Türkiye Cumhuriyeti tarafından finanse edilmektedir.  
This project is co-financed by the European Union and the Republic of Turkey.

# Handbook on European Social Security Law Avrupa Birliği'nde Sosyal Güvenlik Hukuku El Kitabı

Re  
employe  
eem  
unemployment  
Coordination Regulations  
National Social Law  
Mutatis m  
ability Koordinasyon Tüzükleri  
ve population  
şsizlik Free Movement of Workers  
çilerin Serbest Dolaşımı Ulusal Sosyal Hukuk





**Sosyal Güvenlik Kurumunun Kapasitesinin Artırılması için  
Teknik Destek, Türkiye**

**Avrupa Birliği ve Türkiye Cumhuriyeti tarafından  
ortaklaşa finanse edilmektedir,**

**EuropeAid/126747/D/SV/TR**

**Avrupa Birliği'nde Sosyal Güvenlik Hukuku El Kitabı**

**Handbook on European Social Security Law**

**Technical Assistance for Capacity Building of  
Social Security Institution, Turkey**

**Funded by European Union and Turkish Republic,  
EuropeAid/126747/D/SV/TR**

## İçindekiler

<b>Bölüm 1. Avrupa Hukuku – Ulusal Sosyal Hukuk: Avrupa'nın Ulusal Sosyal Hukuk Üzerindeki Avrupa Etkisi.....</b>	<b>1</b>
I. Avrupa Birliği'nde Avrupa Sosyal Politikasının Etkisi.....	2
II. İkincil Mevzuat: Koordinasyon Tüzüklerinden Bağımsız Olarak Bireysel İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanındaki Bazı AB Önlemlerine Genel Bakış .....	10
A. Uygulanabilir iş hukuku: Roma I-Tüzüğünden 96/71 sayılı Görevlendirme Direktifi .....	10
B. İstihdam şartları: 91/533 sayılı Direktif .....	22
C. Ebeveyn izni: 96/34 sayılı Direktif.....	24
D. Gebe işçilerin korunması: 92/85 sayılı Direktif .....	24
E. Genç İşçiler: 94/33 sayılı Direktif .....	26
F. Yarı Zamanlı İş: 97/81 sayılı Direktif .....	28
G. Sabit süreli istihdam: 99/70 sayılı Direktif.....	30
H. Geçici istihdam: 2008/104 sayılı Direktif .....	32
I. Çalışma saatleri: 2003/88 sayılı Direktif .....	32
J. Kadınlar ve erkekler arasında eşit muamele .....	36
K. İşletme veya İşletmenin Bir Bölümünün Devri Halinde İşçi Haklarının Korunmasına İlişkin 2001/23 sayılı Direktif .....	40
L. Toplu İşten Çıkarma: 98/59 sayılı Direktif .....	48
M. İşverenin İflası: 2008/94 sayılı Direktif.....	50
<b>Bölüm 2. AB Sosyal Güvenlik Hukukunun Gelişiminde Kilit Bir ilke Olarak İşçilerin Serbest Dolaşımı .....</b>	<b>54</b>
I. İşçilerin Serbest Dolaşımı: Temel Konular .....	54
A. AB'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın (ABİA) 45 ve 48. Maddeleri Arasındaki Bağlantılar..	54
B. "İşçi" Kavramı: ABİA Madde 45 .....	56
C. "Uyruk" Kavramı .....	60
1. Uyruklar .....	60
2. Yabancılık Unsuru.....	62
3. Tersine ayrımcılık.....	64
D. Bölgesel Kapsam.....	64
E. Ayrımcılık Yapmama Kavramı .....	66
F. Sosyal avantaj ve vergi avantajı kavramı: 1612/68 sayılı Tüzük.....	70
G. Ayrımcılık İçermeyen Engeller.....	74
H. İşçilerin serbest dolaşımına ilişkin istisnalar .....	76
II. İşçilerin serbest dolaşımı: ikamet hakkı .....	82
A. Kısa süreli kalış .....	82
B. Üç ay ile beş yıl arasında ikamet.....	82

## Table of Contents

<b>Chapter 1. European v. national social law: the impact of Europe on national social law</b> .....	<b>3</b>
I. The influence of European social policy in the European Union.....	3
II. Secondary legislation: an overview of some EU measures in the field of individual labour law and social security law outside the coordination regulations: .....	11
A. Applicable labour law: from Rome I-Regulation and Posting Directive 96/71 .....	11
B. Terms of employment: Dir. 91/533 .....	23
C. Parental leave: Dir. 96/34 .....	25
D. Protection of pregnant workers: Dir. 92/85.....	25
E. Young workers: Dir. 94/33 .....	27
F. Part-time work: Dir. 97/81 .....	29
G. Fixed-term employment: Dir. 99/70 .....	31
H. Temporary employment: Dir. 2008/104.....	33
I. Working time: Dir. 2003/88 .....	33
J. Equal treatment between men and women.....	37
K. Transfer of undertakings: Directive 2001/23 .....	41
L. Collective redundancy: Dir. 98/59 .....	49
M. Insolvency of the employer: Dir. 2008/94 .....	51
<b>Chapter 2. Free movement of workers as a key principle in the development of EU social law</b> .....	<b>55</b>
I. Free movement of workers: Basic issues.....	55
A. Links between Art. 45 and Art. 48 TFEU.....	55
B. Concept of “worker”: Art. 45 TFEU .....	57
C. Concept of “nationality” .....	61
1. Nationalities involved .....	61
2. Element of extraneity .....	63
3. Reversed discrimination.....	65
D. Territorial scope .....	65
E. Concept of non-discrimination .....	67
F. Concept of social and tax advantage: Regulation 1612/68.....	71
G. Non-discriminatory obstacles .....	75
H. Exceptions to free movement of workers .....	77
II. Free movement of workers: right of residence .....	83
A. Short-term stay .....	83
B. Residence between three months and five years .....	83

C.	İkamet hakkının kaybedilmesi – artık işçi veya kendi hesabına çalışan olmayan AB vatandaşı .....	84
D.	Sürekli ikamet hakkı .....	86
E.	İşçinin aile fertlerinin durumu.....	86
<b>Bölüm 3. Uluslararası Hukuk ve Avrupa Sosyal Hukukuna Giriş .....</b>		<b>90</b>
I.	Koordinasyon Tüzüklerinin Kökeni.....	90
A.	Neden koordinasyon?.....	90
B.	Uyumlaştırma-Koordinasyon .....	92
C.	Genel Koordinasyon İlkeleri.....	94
D.	Koordinasyon tüzüklerinin kökeni.....	94
1.	Tüzüklerin ikili antlaşmalardaki kökeni.....	94
2.	3/58 sayılı Tüzük .....	98
3.	1408/71 sayılı Tüzük .....	100
4.	883/2004 sayılı Tüzük.....	102
E.	Avrupa Birliği dışındaki koordinasyon araçları .....	104
F.	Gelecekteki olası zorluklar ve gelişmeler: Dinamik koordinasyonun gerekliliği .....	110
II.	Koordinasyon Kuralları ve Üyeliğin Genişletilmesi .....	114
A.	Farklı sosyal güvenlik rejim türlerinin bütünleştirilmesi.....	114
B.	Yeni üye devletlerin katılımı: Başvuru süreci.....	116
III.	Türkiye ile Ortaklık Antlaşması.....	120
<b>Bölüm 4. Uluslararası Araçların ve Avrupa Sosyal Güvenlik Araçlarının Kişisel ve Maddi Uygulama Alanları .....</b>		<b>124</b>
I.	Kişisel Kapsam .....	124
A.	İşçilerden tüm sigortalı kişilere doğru aşamalı genişleme .....	124
B.	Kapsama Giren Kişiler .....	126
1.	Uyruk.....	126
2.	Vatansız Kişiler ve Mülteciler .....	128
3.	Aile Fertleri .....	130
4.	Devlet Memurları .....	132
5.	Sigortalı Kişiler .....	134
II.	Maddi Kapsam.....	140
A.	Sırasıyla yardımların listesi.....	140
1.	Sosyal Güvenlik Riskleri Kavramı .....	140
2.	Farklı yardım türleri .....	142
3.	(Özel) Primsiz yardımlar .....	144
4.	Hariç tutulan yardımlar: Sosyal yardım ve savaş mağdurlarına verilen yardımlar .....	148
5.	Bazı yeni yardım türleri .....	150
a.	Ön emeklilik yardımları .....	150
b.	Yeni sosyal riskler.....	152
c.	Ek emeklilik aylıkları: İşletme içi ve bireysel emeklilik.....	152

C.	Loss of right of residence - EU citizens who are no longer workers or self-employed.....	85
D.	Right of permanent residence .....	87
E.	Status of workers' family members .....	87
<b>Chapter 3.</b>	<b>International and European social law: an introduction.....</b>	<b>91</b>
I.	The origin of the coordination regulations .....	91
A.	Why coordination? .....	91
B.	Harmonisation versus coordination .....	93
C.	General principles of coordination .....	95
D.	The origin of the coordination regulations .....	95
1.	Origins in bilateral agreements .....	95
2.	Regulation 3/58 .....	99
3.	Regulation 1408/71 .....	101
4.	Regulation 883/2004 .....	103
E.	Coordination instruments outside the European Union.....	105
F.	Future challenges and developments: Coordination is dynamic.....	111
II.	Coordination rules and expanding membership .....	115
A.	The integration of different types of social security schemes.....	115
B.	The enlargement to new Member States: the application process .....	117
III.	Association Agreement with Turkey .....	121
<b>Chapter 4.</b>	<b>Personal and material field of application of international and European social security instruments.....</b>	<b>125</b>
I.	Personal scope .....	125
A.	The gradual extension from worker to every insured person .....	125
B.	The covered persons .....	127
1.	Nationality .....	127
2.	Stateless persons and refugees .....	129
3.	Members of the family.....	131
4.	Civil servants .....	133
5.	Insured persons .....	135
II.	Material scope .....	141
A.	The enumerative list of benefits.....	141
1.	Concept of social security risks.....	141
2.	Different types of benefits .....	143
3.	(SPECIAL) Non-contributory benefits .....	145
4.	Excluded benefits: social assistance and benefits for victims of war .....	149
5.	Some new kinds of benefits .....	151
a.	Pre-retirement benefits .....	151
b.	New social risks.....	153
c.	Pensions: 2nd and 3rd pillar pensions .....	153

<b>Bölüm 5. Avrupa Sosyal Güvenlik Hukukunda Uygulanabilir Mevzuat .....</b>	<b>158</b>
I.    İhtilaf Kuralları ve Temel İlkeler .....	158
II.   Tüzüklerde Yer Alan İhtilaf Kuralları .....	164
A.   Mevcut kurallar öncesinde durum .....	164
B.   İhtilaf kuralları: Ortak çıkış noktası .....	168
III.  Faal Kişiler İçin Temel İhtilaf Kuralı İstisnaları .....	174
A.   Hizmet akdiyle çalışan kişilerin görevlendirilmesi .....	174
B.   Kendi hesabına çalışan kişilerin görevlendirilmesi .....	184
C.   İdari formaliteler ve görevlendirme .....	186
D.   16. Madde Anlaşması .....	188
E.   Görevlendirmeye karşı diğer istihdam biçimleri .....	190
F.   Farklı ülkelerde çalışma .....	190
<b>Bölüm 6. Temel Koordinasyon İlkeleri .....</b>	<b>200</b>
I.    Eşit Muamele .....	200
A.   Geçmiş ve amaç .....	200
B.   Çerçeve .....	202
1.   Faydalanıcılar .....	202
2.   Bölgesel Kapsam .....	206
C.   Ayrımcılık Kavramı .....	208
1.   Doğrudan ayrımcılık .....	208
2.   Dolaylı Ayrımcılık .....	208
II.   İhraç (Kazanılmış hakların korunması) .....	212
A.   Amaçlar ve geçmiş .....	212
B.   Uygulamalar .....	214
C.   İstisnalar .....	216
1.   Nakdi yardımlar .....	216
2.   Aynı yardımlar .....	218
III.  Elde etme sürecinde hakların korunması .....	220
A.   Sürelerin birleştirilmesi .....	220
1.   Hedefler ve gerekçe .....	220
2.   Uygulama .....	220
B.   Yardımların, gelirin, olayların veya durumların eşit muameleye tabi olması .....	224
1.   Geçmiş ve gerekçe .....	224
2.   883/2004 sayılı Tüzükte durumların eş değer kabul edilmesi .....	226
<b>Bölüm 7. Katılım Zorlukları: Tüzükleri Anlama Ve Uygulamaya Hazır Olmak Uzun Bir Süreç .....</b>	<b>230</b>
I.    Topluluk Müktesebatı .....	230
II.   Tüzükleri Anlamak ve Uygulamadaki zorluklar .....	236
A.   Düşünsel Zorluklar .....	236



<b>Chapter 5. The applicable legislation in European social security law .....</b>	<b>159</b>
I. The rules of conflict and basic principles .....	159
II. The set of conflict rules in the Regulations .....	165
A. Up to the actual conflict rules .....	165
B. The conflict rules: basic point of departure.....	169
III. Exceptions to the basic conflict rules for active persons.....	175
A. Posting for employees .....	175
B. Posting of self-employed people .....	185
C. Administrative formalities and posting.....	187
D. Article 16 Agreement.....	189
E. Posting versus other forms of employment .....	191
F. Working in different countries .....	191
<b>Chapter 6. The fundamental principles of coordination.....</b>	<b>201</b>
I. Equality of treatment.....	201
A. Background and objective .....	201
B. Framework.....	203
1. Beneficiaries.....	203
2. Territorial scope .....	207
C. Concept of discrimination .....	209
1. Direct discrimination.....	209
2. Indirect discrimination .....	209
II. Export (maintenance of acquired rights).....	213
A. Objectives and background .....	213
B. Implementations .....	215
C. Exceptions .....	217
1. Benefits in cash.....	217
2. Benefits in kind.....	219
III. Maintenance of rights in the course of acquisition.....	221
A. Aggregation of periods .....	221
1. Objectives and rationale .....	221
2. Implementation.....	221
B. Equal treatment of benefits, income, facts or events .....	225
1. Background and rationale .....	225
2. Assimilation of facts in Regulation 883/2004 .....	227
<b>Chapter 7. Challenges of accession: getting ready to understand and apply the Regulations – a long process.....</b>	<b>231</b>
I. The Acquis Communautaire.....	231
II. Understand and apply the Regulations: a raft of challenges.....	237
A. Intellectual challenges .....	237

1. Tüzükler sadece “Tüzük” değildirler.....	236
2. “Ulusal” Anlayış – “Avrupa” Anlayışı .....	238
3. AB Tüzükleri AB hukukuna dahil edilmiştir .....	244
4. Birincil ve İkincil Hukuk Bir Arada İşlev Gösterir .....	248
B. Siyasi zorluklar.....	254
1. Üye devletlerin sosyal güvenlik rejimlerini yapılandırma ve düzenleme konusundaki özerkliklerinin üzerinde Tüzüklerin etkisi .....	254
2. Olası Ekonomik ve Mali Etki .....	258
C. İdari zorluklar .....	260
1. Örgütlenmeye İlişkin Sorular .....	260
2. Personele İlişkin Gereklilikler .....	262
D. Son Söz .....	264
<b>Bölüm 8. Hastalık, Analık ve Eşdeğeri Olan Babalık Yardımları .....</b>	<b>266</b>
I. Ayni ve Nakdi Hastalık Yardımlarının Ortak İlkeleri .....	266
A. Benzeştirme ve birleştirme ilkeleri .....	266
B. İçtihat hukuku.....	266
II. Nakdi Yardımlar .....	270
A. İkamet/Kalma yeri .....	270
B. Hesaplama.....	270
III. Ayni Yardımlar .....	274
A. “Ayni yardım”ın tanımı .....	274
B. Yetkili devletin dışında başka bir devlette ikamet etmek .....	276
1. İlkeler.....	276
2. Aile fertleri: Öncelik kuralları .....	278
3. İkamet yeri başka bir devlette iken yetkili devlette kalma .....	280
C. Yetkili devlet dışında başka bir devlette alınan acil bakım hizmeti.....	282
1. Prosedür: Avrupa Sağlık Sigortası Kartı .....	282
2. Geri Ödeme Prosedürleri .....	284
D. Yetkili devlet dışında başka bir devlette planlı bakım hizmeti .....	286
1. Prosedür.....	286
2. Yolculuk ve kalış masrafları .....	292
E. Emekliler .....	292
1. Aylık hakkına sahip olan kişiler .....	292
2. Emekliler ve aile fertleri .....	294
3. Emekliler ve aile bireyleri için belirlenmiş diğer kurallar.....	296
4. Primler .....	300
IV. Kurumlar arası geri ödeme.....	302
A. Geri ödeme yöntemleri .....	302
B. Hak prosedürleri .....	304

1.	The Regulations are more... than the Regulations.....	237
2.	“National versus European” understanding .....	239
3.	The EU Regulations are embedded in the EU law .....	245
4.	Primary and Secondary Law exist side by side .....	249
B.	Political challenges .....	255
1.	The impact of the Regulations on the autonomy of the Member States to structure and organise social security regimes .....	255
2.	Possible economic and financial impact .....	259
C.	Administrative challenges .....	261
1.	Organisational questions .....	261
2.	Staff requirements .....	263
D.	Concluding Remarks .....	265
<b>Chapter 8. Sickness, maternity and equivalent paternity benefits.....</b>		<b>267</b>
I.	Common principles to sickness benefits in cash and in kind .....	267
A.	Principles of assimilation and of aggregation .....	267
B.	Caselaw .....	267
II.	Benefits in cash .....	271
A.	Place of residence/stay .....	271
B.	Calculation .....	271
III.	Benefits in kind .....	275
A.	Definition of “benefit in kind” .....	275
B.	Residence in a Member State other than the competent Member State .....	277
1.	Principles.....	277
2.	Family members: rules of priority .....	279
3.	Stay in the competent Member State when residence is in another Member State.....	281
C.	Occasional care in a Member State other than the competent State.....	283
1.	Procedure : European Health Insurance Card.....	283
2.	Reimbursement procedures.....	285
D.	Scheduled care in a Member State other than the competent State .....	287
1.	Procedure.....	287
2.	Travel and stay costs .....	293
E.	Pensioners.....	293
1.	Pension claimants .....	293
2.	Pensioners and members of their families.....	295
3.	Other specific rules for pensioners and members of family.....	297
4.	Contributions .....	301
IV.	Reimbursement between institutions .....	303
A.	Methods of reimbursement.....	303
B.	Procedures of claims .....	305

## **Bölüm 9. Aylıklar: Yaşlılık, Dul ve Yetim, Malullük, Ölüm ve Ön Emeklilik..... 306**

I. Yaşlılık Aylıkları .....	306
A. Genel ifadeler: Ulusal aylık ve tüzük aylığı kavramları.....	306
1. Dolaşım halindeki işçiler ve vatandaşların karşılaştıkları sorunlar .....	306
2. Koordinasyon tarafından sağlanan çözümler .....	308
B. Sigorta sürelerinin birleştirilmesi.....	312
1. Genel ilkeler.....	312
2. 1 yıldan kısa sigorta süreleri .....	314
3. Çocuk yetiştirme süreleri.....	314
4. 883/04 sayılı Tüzüğün yürürlüğe girişinden önceki süreler .....	314
C. Aylıkların hesaplanması .....	316
1. Teorik ve oransal aylık .....	316
2. Oransal hesaplamadan feragat edilmesi .....	320
D. Yardımların çakışması ve birleştirmenin engellenmesine ilişkin hükümler .....	320
1. Genel ilkeler.....	320
2. Aynı türden yardımların çakışması .....	322
3. Farklı türden ödemelerin çakışması.....	324
E. Geçici yardım ödemeleri.....	326
F. Aylık hesabının gözden geçirilmesi .....	326
G. İkamet kurallarından feragat edilmesi .....	328
H. Aylık hesaplama sürecinin hızlandırılması için alınan idari önlemler .....	328
II. Dul ve Yetim Aylığı.....	330
III. Malullük Aylığı.....	332
A. Malullük kavramı .....	332
B. Malullüğün tespiti.....	332
1. Tıbbi muayene ve idari denetimler.....	334
C. İkili Koordinasyon Sistemi: A ve B sistemleri.....	336
1. Koordinasyonun farklı ulusal rejim türlerinin yarattığı sorunu çözme zorunluluğu .....	338
2. Koordinasyonun getirdiği çözümler .....	340
D. Malullüğün ağırlaşması.....	340
E. Malullüğün yaşlılık aylığına dönüştürülmesi .....	342
IV. Ölüm Yardımları.....	344
V. Ön Emeklilik Yardımları .....	346

## **Bölüm 10. İşsizlik Bölümü ..... 348**

I. İşsizlik Yardımı Kavramı .....	348
II. Özel Kurallar ve Sigorta, Hizmet Akdiyle Çalışma veya Kendi Hesabına Çalışma Sürelerinin Birleştirilmesi .....	352
III. İşsizlik Yardımlarının Hesaplanması .....	356
IV. İşsizlik Yardımlarının İhracı .....	360

<b>Chapter 9. Pensions: old-age, invalidity, death and pre-retirement.....</b>	<b>307</b>
I. Old age pensions.....	307
A. General remarks: concept of national and regulation pension.....	307
1. The problems that confront mobile workers and citizens.....	307
2. Solutions provided by coordination.....	309
B. Aggregation of periods of insurance.....	313
1. General principles.....	313
2. Periods of insurance of less than 1 year.....	315
3. Child-raising periods.....	315
4. Treatment of periods prior to Regulation 883/04 coming into force.....	315
C. Calculation of pensions.....	317
1. Theoretical and pro-rata pension.....	317
2. Waiving of pro-rata calculation.....	321
D. Overlapping of benefits and anti-cumulation provisions.....	321
1. General principles.....	321
2. Overlapping benefits of the same kind.....	323
3. Overlapping of benefits of a different kind.....	325
E. Provisional payment of benefits.....	327
F. Review of pension calculation.....	327
G. Waiving of residence rules.....	329
H. Administrative measures intended to accelerate the pension calculation process.....	329
II. Survivors' pensions.....	331
III. Invalidity benefits.....	333
A. The concept of invalidity.....	333
B. Determination of invalidity.....	333
1. Medical examination and administrative checks.....	335
C. Dual coordination system: A and B systems.....	337
1. The problem created by the different types of national scheme that coordination must solve.....	339
2. The solutions provided by coordination.....	341
D. Aggravation of invalidity.....	341
E. Conversion of invalidity into old-age pension.....	343
IV. Death Benefits.....	345
V. Pre-retirement Benefits.....	347
<b>Chapter 10. The unemployment chapter.....</b>	<b>349</b>
I. Concept of unemployment benefit.....	349
II. Special rules and aggregation of periods of insurance, employment or self-employment.....	353
III. Calculation of unemployment benefits.....	357
IV. Export of unemployment benefits.....	361

A.	İlke .....	360
B.	Tüzük kapsamında işsizlik yardımlarının ihraç edilemezliğine ilişkin istisnalar .....	364
1.	İşgücü dolaşımının artırılması: İşsizlik yardımlarının geçici ihracı .....	364
a.	Yerine Getirilmesi Gereken Koşullar .....	364
2.	Yetkili üye devlet dışında bir üye devlette ikamet eden işsiz kişiler.....	372
a.	İlkeler .....	372
b.	Tamamen işsiz olan sınır işçisi.....	376
c.	Atipik sınır işçisi .....	378
d.	Kısmen ve kesintili olarak işsiz olan sınır işçileri .....	380
e.	Sınır işçilerinin dışındaki işçiler .....	382
f.	Yetkili devlet dışında başka bir devlette ikamet eden işçiler açısından yetkili devlet .....	382
<b>Bölüm 11. Aile Yardımları .....</b>		<b>384</b>
I.	Aile yardımları kavramı .....	384
A.	Maddi Kapsam: Aile Yardımları Nedir? .....	384
B.	Aile Yardımlarının Maddi Kapsamına İlişkin Avrupa Adalet Divanı Kararları .....	386
II.	Aile Yardımlarının Koordinasyonu İlkeleri.....	390
III.	Yardıma Alma Hakkının Belirlenmesi.....	392
A.	Hizmet Akdiyle Çalışanlar.....	392
B.	Emekliler .....	396
C.	Görevlendirme .....	396
D.	Yalnızca ulusal yasa temelinde hak kazanma (C-352/06 sayılı <i>Bosmann Davası</i> ) .....	398
IV.	Yardımların Çakışması: Öncelik Kuralları.....	400
A.	Aile Yardımları Konusunda Öncelik Kuralları Neden Gereklidir? .....	400
B.	Farklı Temellere Dayanarak Birden Fazla Üye Devlet Tarafından Ödenebilen Yardımlar .....	400
C.	Aynı temele dayanarak birden fazla üye devlet tarafından ödenebilen yardımlar .....	402
D.	Fark Ödemesi .....	402
E.	Miktarın Hesaplanması .....	404
V.	Usul .....	406
VI.	Yetimler İçin Ek ve Özel Aile Yardımları.....	410
<b>Bölüm 12. AB Koordinasyon Hukuku Alanında İdari İşbirliği .....</b>		<b>412</b>
I.	Koordinasyon alanında yasama süreci.....	412
A.	Asli Yasal Hükümler .....	412
B.	Yasal Sürece Dahil Olan Taraflar .....	416
II.	Tüzükler Tarafından Oluşturulmuş Olan Farklı Organlar .....	420
A.	CASSTM : İdari Komisyon.....	420
B.	İdari Komisyona Bağlı Özel Organlar .....	426
C.	Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Koordinasyonuna İlişkin Danışma Komitesi.....	430
D.	Özel Uzlaşma Mekanizmaları .....	432

A.	The principle .....	361
B.	Exceptions under the Regulation to the non-export of unemployment benefits.....	365
1.	Promoting the mobility of the worker: temporary export of unemployment benefits.....	365
a.	Conditions to be fulfilled .....	365
2.	Unemployed persons who resided in a Member State other than the competent state .	373
a.	The principles .....	373
b.	The wholly unemployed frontier worker.....	377
c.	The atypical frontier worker .....	379
d.	The partially and intermittently unemployed frontier worker.....	381
e.	Workers other than frontier workers .....	383
f.	Competent state for workers who resided in another state than the competent state ....	383
	.....	383
	<b>Chapter 11. Family benefits .....</b>	<b>385</b>
I.	Concept of family benefits.....	385
A.	Material scope: What are the family benefits? .....	385
B.	The rulings of the European Court of Justice on the material scope of family benefits ....	387
II.	Principles of coordination of family benefits .....	391
III.	Determination of entitlement to benefits .....	393
A.	Employed persons .....	393
B.	Pensioners.....	397
C.	Posting.....	397
D.	Entitlement on the basis of national law alone (Case C-352/06, <i>Bosmann</i> ) .....	399
IV.	Overlapping of benefits: priority rules.....	401
A.	Why priority rules are necessary for family benefits.....	401
B.	Payable by more than one Member State on a different basis .....	401
C.	Payable by more than one Member State on the same basis .....	403
D.	Differential supplement.....	403
E.	Calculation of amounts .....	405
V.	Procedures .....	407
VI.	Additional and special family benefits for orphans.....	411
	<b>Chapter 12. Administrative cooperation in the field of EC coordination law ..</b>	<b>413</b>
I.	The legislative process in the field of coordination .....	413
A.	Legal substantive provisions .....	413
B.	Actors involved in the legal process .....	417
II.	The different bodies established by the Regulations .....	421
A.	CASSTM: Administrative Commission .....	421
B.	Special bodies attached to the Administrative Commission.....	427
C.	Advisory Committee for the Coordination of Social Security Systems.....	431
D.	Special conciliation mechanisms.....	433

III. Elektronik ortamda sosyal güvenlik bilgi değişim ağı.....	440
IV. Tüzük'te yer alan iyi yönetim ve işbirliği ilkesi.....	444
<b>Bölüm 13. Avrupa Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Koordinasyon Kavramı: AB Tüzükleri / İkili Ve Çok Taraflı Antlaşmalar / Katılım Antlaşmaları / Aralarındaki İlişkiler .....</b>	<b>448</b>
I. İç ve Dış Koordinasyon .....	452
II. Üçüncü Ülke Vatandaşlarının Ab Sınırları İçerisindeki Durumu: İç Koordinasyon Meselesi .....	456
III. Tüzük ve Uluslararası Sözleşmeler.....	462
A. Tüzük ile İki veya Daha Fazla Üye Devlet Arasında Yapılan Anlaşmalar Arasındaki İlişki	462
B. Bir Üye Devlet ile Üçüncü Bir Ülke Arasında Yapılan Anlaşmalar ve Tüzük Arasındaki İlişki .....	466
C. Tüzük Ve Diğer Çok Taraflı Anlaşmalar Arasındaki İlişki.....	470
D. Üçüncü Ülkeler İle İmzalanan Ortaklık Anlaşmaları .....	470
1. Uluslararası Anlaşmaların Etkisi Nedir?.....	470
2. Ortaklık Anlaşmalarındaki Koordinasyon İlkeleri .....	474
3. Türkiye'nin Özel Durumu .....	478
E. Türk İşçilerle İlgili Farklı Koordinasyon Araçlarına Şematik Genel Bir Bakış .....	484
<b>Bölüm 14. Tüzüklerin Ötesinde: Diğer AB Araçlarıyla İlişki.....</b>	<b>488</b>
I. Koordinasyon Tüzüklerinin Hariç Koordinasyon .....	488
A. İşçilerin Serbest Dolaşımı .....	488
B. Avrupa Vatandaşlığı ve İkamet Direktifi .....	492
1. Avrupa Vatandaşının Statüsü .....	492
2. İkamet Direktifi .....	494
C. Malların ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı ve Yerleşme Özgürlüğü .....	498
1. Koordinasyon kurallarıyla etkileşim.....	498
2. Sınır Ötesi Sağlık Bakımında Aynı Hastalık Yardımlarının Koordinasyonu.....	500
a. "Antlaşma'nın çizdiği yol" planlanmış hastane bakımına uygulanır mı? .....	504
b. "Anlaşma yöntemi " tedavi sağlayan ancak geri ödeme olanağı vermeyen düzenlemelere uygulanır mı?.....	504
c. Ön izin sisteminin hizmetlerin serbest dolaşımı ile uyumlu olması için nasıl yapılandırılması gerekir? .....	504
d. Serbest dolaşım ilkeleri ve koordinasyon kuralları arasındaki etkileşim .....	508
e. Sınır ötesi tedaviye ilişkin ulaşım ve barınma masrafları .....	510
II. Tamamlayıcı Emeklilik Aylıklarının Koordinasyonu .....	516
A. Direktifler Zemininde Emeklilik Haklarının Koordinasyonu.....	516
1. Tamamlayıcı Emeklilik Haklarının Korunmasına İlişkin 98/49 Sayılı Direktif.....	516
2. Taşınabilirlikle İlgili Direktif Önerisi .....	518
B. İşçilerin Serbest Dolaşımına İlişkin Anlaşma İlkesi .....	522



III. Electronic exchange of social security information .....	441
IV. Principle of good administration and cooperation in the Regulation .....	445
<b>Chapter 13. The concept of coordination in European and international law: EU regulations / bilateral and multilateral treaties / Accession agreements / the relationship between them .....</b>	<b>449</b>
I. About internal and external coordination .....	453
II. The situation of third country nationals within the EU: a question of internal coordination.....	457
III. The Regulation and international conventions.....	463
A. Relation between the Regulation and conventions between two and more Member States .....	463
B. Relation Regulation and Conventions concluded between a Member State and a third State .....	467
C. Relation between Regulation and other multilateral agreements.....	471
D. Association agreements with certain third States.....	471
1. What is the impact of these international agreements?.....	471
2. The coordination principles in the association agreements .....	475
3. Special situation of Turkey .....	479
E. Schematic overview of the different coordination instruments with respect to Turkish workers .....	485
<b>Chapter 14. Beyond the Regulations: interface with other EU instruments....</b>	<b>489</b>
I. Coordination outside the coordination Regulations .....	489
A. Free movement of workers.....	489
B. European citizenship and the Residence Directive .....	493
1. The status of European citizen .....	493
2. The Residence directive .....	495
C. Free movement of goods and services and freedom of establishment.....	499
1. Interactions with coordination rules.....	499
2. Coordination of sickness benefits in kind for cross-border healthcare .....	501
a. Does the “way of the Treaty” apply to scheduled hospital care? .....	505
b. Does the “way of the Treaty” apply to schemes providing care and not reimbursement? .....	505
c. How should the system of prior authorisation for scheduled care be built in order to be compatible with the free movement of services? .....	505
d. Interactions between the free movement principles and the coordination rules .....	509
e. Transportation and accommodation costs related to the cross-border treatment.....	511
II. Coordination of supplementary pensions .....	517
A. Coordination of pension rights on the grounds of Directives.....	517
1. Directive 98/49 on safeguarding the supplementary pension rights .....	517
2. Proposal for a Directive on portability .....	519
B. The Treaty principle on free movement of workers .....	523

## Teşekkür

Bu el kitabı Avrupa Birliği ve Türk hükümeti tarafından finanse edilen, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun<sup>1</sup> ve kilit paydaşların serbest dolaşım ve göçmen işçilerin sosyal güvenliğinin koordinasyonu alanında kapasitelerinin artırılması için tasarlanmış bir proje kapsamında hazırlanmıştır<sup>2</sup>.

Bu el kitabı Profesör Yves Jorens (Gent Üniversitesi, Belçika), Profesör Jean Philippe Lhernould (Poitiers Üniversitesi, Fransa) ve Dr. Simon Roberts (Nottingham Üniversitesi, İngiltere) tarafından yazılmıştır.

El kitabının çevirisi kıdemli mütercim tercüman Sn. Damla Ergüven tarafından gerçekleştirilmiştir. Profesör Osman Can Ünver ek danışmanlık sağlamıştır.

Bu el kitabı tarafından ele alınan konular karmaşık ve tekniktir ve çoğu kavram zorunlu olarak hukuk diliyle sunulmaktadır. İngilizce ve Türkçe metinler kelimelerin karşılaştırılabilmesi için yan yana sunulmaktadır.

Sosyal Güvenlik Kurumu dahilindeki Proje Uygulama Birimine (PUB), özellikle algısal geribildirim ve yorumlarıyla katkıda bulunan Sn. Ömer Faruk Furat, Sn. Birsen Benli ve Sn. Demet Özkan'a teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Gerry Fitzpatrick,

Proje Takım Lideri

---

<sup>1</sup> [www.sgk.gov.tr/](http://www.sgk.gov.tr/)

Projenin (EuropeAid/126747/D/SER/TR) sözleşme makamı Türkiye Cumhuriyeti Maliye Bakanlığı'na bağlı Merkezi Finans ve İhale Birimi'dir (MFİB). Projenin Yararlanıcısı ve Ortağı Sosyal Güvenlik Kurumu'dur. Proje liderliği Bernard Brunhes International (FR) ([www.bb-international.eu](http://www.bb-international.eu)) tarafından yapılan aynı zamanda Gent Üniversitesi (B), HIFAB (SV) ve G&G'den (TR) oluşan Konsorsiyum tarafından Ocak 2010 ve Nisan 2011 tarihleri arasında uygulanmıştır.

## Acknowledgements

This Handbook has been produced within a project financed by the European Union and the Turkish government designed to build the capacity of the Social Security Institution<sup>1</sup> and key stakeholders in the field of free movement and social security co-ordination for migrant workers<sup>2</sup>.

The Handbook was written by Professor Yves Jorens (Ghent University, Belgium), Professor Jean Philippe Lhernould (University of Poitiers, France) and Dr. Simon Roberts (Nottingham University, United Kingdom).

Translation of the handbook was carried out by senior translator/interpreter, Ms. Damla Ergüven. Professor Osman Can Unver provided additional guidance.

The areas covered by this Handbook are complex and technical and many of the concepts are necessarily presented in legal language. The English and Turkish texts are presented side by side to enable comparison of wording.

Our thanks go to members of the Project Implementation Unit (PIU) at the Social Security Institution and in particular to Mr. Ömer Faruk Furat, Ms. Birsen Benli and Ms. Demet Özkan who contributed perceptive feedback and comments throughout.

Gerry Fitzpatrick,

Project Team Leader

---

<sup>1</sup> [www.sgk.gov.tr/](http://www.sgk.gov.tr/)

<sup>2</sup> The project (EuropeAid/126747/D/SER/TR) was contracted by the Central Finance and Contracts Unit (CFCU) of the Turkish Ministry of Finance. The Project Beneficiary and Partner was the Social Security Institution. The contract was implemented by a Consortium led by Bernard Brunhes International (FR) ([www.bb-international.eu](http://www.bb-international.eu)) and further composed of the University of Gent (B), HIFAB (SV) and G&G (TR) between January 2010 and April 2011.

## Önsöz

50 sene önce, Avrupa Birliği'nin başlangıcından bu yana kişilerin serbest dolaşımı temel bir ilke ve 'Avrupa'nın en somut manifestolarından biri olmuştur. Göçmen işçilerin sosyal güvenliğinin koordinasyonuna ilişkin Tüzükler, Avrupa vatandaşlarının günlük yaşantıları üzerinde AB hukukunun somut etkisini oluşturan vatandaşlar Avrupa'sının kilit bileşenlerini oluşturur ve koordinasyon Tüzüklerinin ana odak noktasını oluşturan da yine bu Avrupa vatandaşı kavramıdır.

Bir üye devletten diğerine giden kişilerin, bu hareketlerinin bir sonucu olarak sosyal güvenlik hakları açısından cezalandırılmamasını sağlamak için koordinasyon Tüzükleri ayrımcılık yapmama, uygulanabilir mevzuatın belirlenmesi; sigorta, çalışma veya ikamet sürelerinin birleştirilmesi ve nakdi yardımların ödenmesinde ikamet hükümlerinden feragat edilmesinden oluşan kilit ilkeler çerçevesinde tasarlanmıştır. Bunların yanı sıra önemli ilkelerden beşincisi olan idari işbirliği ilkesini de unutmamak gerekmektedir. Üye devletler arasında iyi bir işbirliği sağlanmadan (aynı zamanda üye devletlerin kendi içlerinde) 27 AB üye devleti arasında sosyal güvenlik sistemlerinin etkin koordinasyonunun sağlanması mümkün olamazdı. Bu ilke 883/2004 ve 987/2009 sayılı yeni Tüzüklerde daha da güçlendirilmiştir. Fakat bu Tüzüklerin amacının üye devletlerin sosyal güvenlik sistemlerini uyumlaştırmak değil, koordine etmek olduğunu ve ulusal sistemler arasındaki önemli ve yöntemsel farklılıkları olduğu gibi bıraktıklarını anlamak gerekmektedir.

Tüzükler sosyal değişikliğe duyarlı olan karmaşık ulusal sistemleri koordine etmektedirler. Bu nedenle Avrupa genelinde görülen yeni sosyal gelişmeleri karşılamak durumundadırlar. Sonuç olarak koordinasyon Tüzükleri sürekli değişikliklere tabi tutulmuştur ve 1 Mayıs 2010 tarihinde 1408/71 ve 574/72 sayılı Tüzüklerin yerini 883/2004 ve 987/2009 sayılı Tüzüklerin almasıyla birlikte yeni bir çerçevenin getirilmesi üzerine iki kere geniş çapta revize edilmişlerdir.

Rolleri 27 karmaşık sistemi koordine etmek olan bu koordinasyon Tüzüklerinin kendi içlerinde de teknik ve karmaşık olmaları pek de şaşırtıcı değildir. Bu el kitabının amacı sosyal güvenlik kurumlarına, göçmen işçiler ve vatandaşlar ile çalışan diğer kurumlara Avrupa entegrasyonunun önemli bir itici gücü olan Avrupa Adalet Divanı'nın çeşitli hükümleri ve içtihat hukuku aracılığıyla rehberlik etmektir. Aynı zamanda Tüzükleri daha geniş olan Sosyal Avrupa bağlamına da yerleştirdik. Avrupa Birliği ve Türkiye arasında imzalanan Antlaşmanın üzerinde ise özellikle durulmuştur.

Bu el kitabı okuyucunun sosyal güvenlik koordinasyonunun hedeflerini ve mekanizmalarını anlamasını sağlayan pratik bir kılavuz olarak hazırlanmıştır. Bu nedenle dipnotlara ve literatüre referanslarına yer verilmemiştir.

Mart 2011

Yves Jorens  
Hukuk Fakültesi  
Gent Üniversitesi

Jean-Philippe Lhernould  
Hukuk Fakültesi  
Poitiers Üniversitesi

Simon Roberts  
Sosyoloji ve Sosyal Hukuk Fakültesi  
Nottingham Üniversitesi

## Foreword

Since the beginning of the European Union over 50 years ago, the free movement of persons has been a fundamental principle and one of the most tangible manifestations of 'Europe'. The coordination Regulations on social security for migrant persons are key components of a citizens' Europe that demonstrate the concrete impact of EU law on the daily lives of Europe's citizens, and it is the European citizen who is the main focus of the coordination Regulations.

In order to ensure that people who move from one Member State to another are not penalised in terms of their social security rights as a consequence, the coordination Regulations are designed around the key principles of non-discrimination, determination of the legislation applicable, aggregation of periods of insurance, employment or residence and the waiving of residence clauses for the payment of cash benefits. In addition we should not forget an important fifth principle - administrative cooperation. Without good cooperation between Member States (as well as within the Member States themselves) effective coordination of social security schemes across the 27 EU member countries would not be possible. This principle is further strengthened in the new Regulations 883/2004 and 987/2009. However, it is important to understand that the Regulations coordinate and do not seek to harmonize the Member States' social security systems leaving the substantive and procedural differences between the national schemes untouched.

The Regulations coordinate complex national systems that are responsive to social change and therefore must themselves be responsive to new social developments that are taking place across Europe. As a consequence the coordination Regulations have been constantly modified and on two occasions extensively revised with a new framework being introduced as recently as 1 May 2010 through the replacement of the former Regulations 1408/71 and 574/72 by Regulations 883/2004 and 987/2009.

Perhaps not surprisingly given that their role is to coordinate 27 complex systems, the coordination Regulations are themselves technical and complex. The objective of this manual is to guide the social security institutions and other organisations working with migrant workers and citizens through the various provisions and case law – the Court of Justice being an important motor of European Integration- of the coordination Regulations. We have also placed the Regulations in the broader context of Social Europe. Special attention is paid to the Agreement concluded between the European Union and Turkey.

This handbook was written as a practical manual allowing the reader to understand the objectives and mechanisms of social security coordination. For that reason we have not included any footnotes or references to literature.

March 2011

Yves Jorens  
Faculty of Law  
Ghent University

Jean-Philippe Lhernould  
Faculty of Law  
University of Poitiers

Simon Roberts  
School of Sociology and Social law  
University of Nottingham

## **Bölüm 1.**

# **Avrupa Hukuku – Ulusal Sosyal Hukuk: Avrupa'nın Ulusal Sosyal Hukuk Üzerindeki Avrupa Etkisi**

## **I. Avrupa Birliği'nde Avrupa Sosyal Politikasının Etkisi**

Avrupa sosyal hedeflerinin varlığı ve Avrupa sosyal politikasının olası gelişimi her zaman oldukça hassas bir konu olarak karşımıza çıkmıştır. Avrupa Topluluğu'nun kuruluş aşamasından bu yana Avrupa Topluluğu'nun (şu anki Avrupa Birliği) sosyal alanda yetki sahibi olup olmaması gerektiği sürekli bir tartışma konusu olmuştur.

Avrupa Topluluğu'nun kuruluş aşamasında Antlaşmaya asgari sosyal standartların dahil edilip edilmemesi konusunda tartışmalar yaşanmış, ancak bu sorunun yanıtı olumsuz olmuştur. Üretkenlik arttıkça ve ortak bir pazar oluşturuldukça işçilerin yaşam standartlarının da iyileşeceğine inanılmıştır. Yüksek sosyal standartların, etkinliğin ödülü ve işlevsel bir ortak pazarın sonucu olacağı için Avrupa düzeyinde bir sosyal boyuta ihtiyaç görülmemiştir.

Dolayısıyla sosyal konuların başlangıçta piyasa entegrasyonuna hizmet ettiği düşünülüyordu ve ekonomik amaçlarla eşit düzeyde değerlendirilmeyordu. Sosyal politikanın uyumlaştırılmasına yönelik genel yaklaşım açıkça reddedilmekteydi. Sosyal politika ve özellikle de sosyal güvenlik ve iş hukuku milli bağımsızlığın temelinde yatmaktaydı ve ancak ortak pazarın hayata geçirilmesinin gerekliliği düşünüldüğünde Avrupa Birliği bu alanda faal hale gelmesi için gerekliydi.

Sosyal standartların kabul edilmemesinin bir istisnası ise, ücretler konusunda kadın ve erkekler için eşit muameleydi. Erkek çalışanlara kıyasla geleneksel olarak daha düşük ücretler alan kadın çalışanların ücretlerinde görülen farklılıkların üretim maliyetlerinde bozulmaya yol açabileceği düşünülmüştür.

Yıllar boyunca Avrupa Topluluğu'na/Birliği'ne kendi sosyal politikasını geliştirme konusunda daha fazla yetki verilmemiştir. Avrupa Topluluğu'nun/Birliği'nin daha fazla yetki kazanması farklı aşamalarda ve tedrici olmuştur.

Bugün sosyal politikanın ve istihdam politikasının Avrupa Birliği'nin hedeflerinde, ilkelerinde ve politika alanlarında daha fazla yer edindiği göz ardı edilemez bir gerçektir. ABİA Madde 9'da şunlar belirtilmiştir: "Politikalarını ve faaliyetlerini tanımlarken ve uygularken Birlik yüksek düzeyde istihdam, yeterli düzeyde sosyal korumanın sağlanması, sosyal dışlanma ile mücadele, yüksek eğitim düzeyi ve insan sağlığının korunmasına ilişkin gereklilikleri de göz önünde bulundurur". Bunun yanı sıra Antlaşmaya şu da eklenmiştir: "Birlik, Politikalarını ve faaliyetlerini tanımlarken cinsiyete, ırksal ve etnik kökene, din ve inanca, yaşa veya cinsel eğilime dayalı ayrımcılıkla mücadeleyi amaçlar" (ABİA Madde 10).

## **Chapter 1.**

### **European v. national social law: the impact of Europe on national social law**

#### **I. The influence of European social policy in the European Union**

The existence of European social goals and the possible development of a European social policy has always been a very sensitive issue. From the beginning of the existence of the European Community on, there has been a constant debate whether or not the European Community (and now European Union) should have competence in the social field.

At the start of the European Community, debates took place whether or not minimum social standards should be inserted in the Treaty. This question was, however, answered in a negative way. It was fundamentally believed that the workers' living standards would improve as productivity would rise and a common market would be established. There was as such no need for a social dimension on European level, as high social standards would be the reward for efficiency and result from the functioning of the common market.

Social matters were therefore certainly in the beginning considered as servant to market integration and not put on an equal level with economic aims. The general option for a harmonisation of the social policy was clearly rejected. Social policy and more in particular, social security and labour law would lay at the very heart of national sovereignty and it is only when it was considered necessary for realising a common market, that the European Union would become active in this field.

There was only one exception to this non-taking up of social standards, namely with respect to equal treatment between men and women concerning wages. It was considered that differences in the sphere of payment of wages for female labour, which were traditionally paid at a lower rate than that of male labour, could lead to a distortion in production costs.

During many years and decades, no further competence would be given to the European Community/Union to develop their own social policy. It will only be at different phases and in a piecemeal manner that the European Community/Union would gain more competence.

Today, it cannot, however, be ignored that social, but also employment policy is more and more prominently present in the objectives, principles and policy domains of the European Union. Art. 9 of the TFEU determines that "In defining and implementing its policies and activities, the Union shall take into account requirements linked to the promotion of a high level of employment, the guarantee of adequate social protection, the fight against social exclusion, and a high level of education, training and protection of human health". Furthermore, the Treaty provides that "In defining and implementing its policies and activities, the Union shall aim to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation" (Art.10 TFEU).

Eşit muamele Avrupa Birliği'nin temel hedeflerinden biridir. Bununla ilgili olarak Antlaşma şunları belirtir: "Antlaşmaların uygulanması kapsamında ve içerisinde yer alan özel hükümlere hâle getirmeden, uyuşma dayalı her türlü ayrımcılık yasaktır" (ABİA Madde 18) ve Konsey özel yasama prosedürü ile uyum içerisinde oybirliği ile hareket ederek ve Avrupa Parlamentosu'nun iznini alarak cinsiyete, ırksal ve etnik kökene, dine ve inanca, bedensel özürllüğe veya cinsel eğilime dayalı ayrımcılığa karşı uygun önlemleri alabilir" (AİBA Madde 19).

Antlaşma aynı zamanda Birliğin istihdam alanında sahip olduğu önemli rolü de dikkate almaktadır. Antlaşma Avrupa Birliği'nin, üye devletlere istihdam politikası alanında verilen birincil sorumluluğu tamamlayıcı bir role sahip olduğunu ve ulusal istihdam politikasının Birliğin ekonomik politikasını yansıtacak şekilde bir istihdam politikası belirlenmesi için üye devletlerin çabalarını koordine etme izni olduğunu belirtmektedir. "Birlik, üye devletlerarasında işbirliğini teşvik etmek ve eylemlerini desteklemek, gerekli görüldüğünde tamamlamak suretiyle yüksek istihdam seviyesine katkıda bulunur. Bunu yaparken üye devletlerin yetkilerine de gerekli saygı gösterilir. Yüksek istihdam seviyesi hedefi Birlik politikalarının ve faaliyetlerinin oluşturulmasında ve uygulanmasında dikkate alınır" (ABİA Madde 147). "Madde 150'de atıfta bulunulan Bölgeler Komitesi ve İstihdam Komitesi her sene üye devletlerin istihdam politikalarında göz önüne aldıkları kılavuzlar oluşturur" (ABİA Madde 148).

Bunun yanı sıra Avrupa Birliği'nin temel hedeflerinden biri de işçilerin serbest dolaşımını güvence altına almaktır, bu da "istihdam, ücretlendirme ve diğer çalışma ve istihdam koşulları açısından üye devletlerin işçileri arasında uyuşma dayalı ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını" gerektirmektedir (ABİA Madde 45). Göçmen işçiler için sosyal güvenliğin koordinasyonu açısından bakıldığında bu maddenin ayrı bir önemi vardır. 3/58 sayılı ilk Tüzük 883/2004 sayılı Tüzüğün oluşturduğu koordinasyon çerçevesinin öncüsüdür ve işçilerin serbest dolaşımı önündeki engellerin kaldırılması için gerekli görülmesi açısından Avrupa düzeyinde kabul edilen üçüncü hukuki araç olma özelliğini taşımaktadır.

Sosyal haklar ve istihdam konularında geniş haklar içeren Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının ortaya çıkması AB'nin yetki alanını genişletmeye de sosyal hakların uygulanmasını ve Avrupa Birliği'nin politikalarının yönünü bu doğrultuda etkilemiştir. Tam istihdamı ve sosyal ilerlemeyi hedefleyen dayanışma gibi sosyal değerler ve rekabete dayalı sosyal piyasa ekonomisi de AB'nin temelini oluşturan ilkeler arasında anılmaktadır (ABİA Madde 2 ve 3).



The equality of treatment is one of the core objectives of the European Union. In this respect, the Treaty defines that: "Within the scope of application of the Treaties, and without prejudice to any special provisions contained therein, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited" (Art. 18 TFEU) and that "The Council, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after obtaining the consent of the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation" (Art. 19 TFEU).

The Treaty also recognizes the important role the Union has to play for employment. The Treaty confirms the role of the European Union as complementary to the primary responsibility for employment policy given to the Member States, but allows to coordinate the efforts of the Member States to establish an employment policy ensuring that national employment policy reflects community economic policy. "The Union shall contribute to a high level of employment by encouraging cooperation between Member States and by supporting and, if necessary, complementing their action. In doing so, the competences of the Member States shall be respected. The objective of a high level of employment shall be taken into consideration in the formulation and implementation of Union policies and activities" (Art. 147 TFEU). "The Committee of the Regions and the Employment Committee referred to in Article 150, shall each year draw up guidelines which the Member States shall take into account in their employment policies" (Art. 148 TFEU).

Furthermore, one of the fundamental objectives of the European Union is to secure the freedom of movement of workers, which entails "the abolition of the discrimination based on nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration and other conditions of work and employment" (Art. 45 TFEU). This article is of particular importance with respect to the coordination of social security for migrant workers. The initial Regulation 3/58, the predecessor of the actual coordination framework of Regulation 883/2004, was the third ever adopted legal instrument at European level, as it was considered necessary for removing obstacles to the free movement of workers.

The inclusion of the European Union Charter of Fundamental Rights, which contains a wide range of social and employment law rights, further influenced – although they do not extend the powers of the EU – the application of social rights and the policy orientation of the European Union in this direction. Social values as solidarity and the highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress are also mentioned as clear principles which the EU is based on (Art. 2 and 3 TFEU).

Sosyal politika, Antlaşmada ayrı bir başlık altında ele alınmakta olup, Avrupa Birliği'nin bu alanda üye devletler ile paylaştığı yetkiyi doğrular niteliktedir. Madde 151'de "Birlik ve üye devletler 18 Ekim 1961 tarihinde Torino'da imzalanan Avrupa Sosyal Şartı ve 1989'da imzalanan İşçilerin Temel Sosyal Haklarına ilişkin Topluluk Şartında belirlenmiş olan temel sosyal hakları hesaba katmak suretiyle, istihdamın kalıcı olarak artırılması ve dışlanma ile mücadele için, istihdamın teşvik edilmesi, yaşam ve çalışma koşulları iyileştirilmesi ve bu iyileşme çalışmaları sürdürülürken uyumlaştırmalarının sağlanması için uygun sosyal koruma, yönetim ve iş gücü arasındaki diyalog ve insan kaynaklarının geliştirilmesini hedefler". Birlik üye devletlerin aşağıdaki alanlarda yer alan faaliyetlerini özellikle destekler ve tamamlar:

- (a) İşçilerin sağlık ve güvenliklerinin korunması için çalışma ortamının iyileştirilmesi;
- (b) Çalışma koşulları;
- (c) İşçilerin sosyal güvenliği ve sosyal koruması;
- (d) İş sözleşmelerinin sona erdiği durumlarda işçilerin korunması;
- (e) İşçilere bilgi ve danışmanlık sağlanması;
- (f) 5 inci paragrafta tabi olan yönetime katılım da dahil olmak üzere işçilerin ve işverenlerin çıkarlarının temsil edilmesi ve toplu olarak korunması;
- (g) Birlik sınırları dahilinde yasal olarak ikamet eden üçüncü ülke vatandaşları için istihdam koşulları;
- (h) Madde 166'ya hâlel getirmeden iş piyasasından dışlanan kişilerin entegrasyonu;
- (i) iş piyasası fırsatları ile ilgili olarak erkekler ve kadınlar arasında eşitlik;
- (j) sosyal dışlanma ile mücadele;
- (k) (c) noktasına (ABİA Madde 153) hâlel getirmeden sosyal koruma sistemlerinin çağdaştırılması.

Bu maksatla Avrupa Parlamentosu ve Konsey:

- (a) bilginin geliştirilmesi, bilgi ve en iyi uygulamaların alışverişinin geliştirilmesi, yenilikçi yaklaşımların teşvik edilmesi ve deneyimlerin değerlendirilmesi amacıyla, üye devletlerin yasalarını ve tüzüklerini uyumlaştırmadan üye devletler arasındaki işbirliğini teşvik etmek üzere tasarlanmış önlemler alabilirler ve
- (b) paragraf 1 (a) – (i)'de belirtilen alanlarda Direktifler aracılığıyla her üye devletteki koşulları ve teknik kuralları da göz önünde tutarak aşamalı uygulama için asgari gereklilikler belirleyebilirler.

Bu madde sosyal güvenlikle alakalı olarak kendisine istinaden kabul edilen hükümlerin:

- Üye devletlerin kendi sosyal güvenlik sistemlerinin temel ilkelerini tanımlama haklarını ve mali dengeyi ciddi boyutta etkilemeyeceğini,
- Üye devletleri Antlaşmalara uygun daha bağlayıcı koruyucu önlemler almaktan alıkoymayacağını belirtir.

Today, social policy is a separate title in the Treaty that confirms the competence of the European Union in this field which it shares with the Member States. In particular Art. 151 states that "The Union and the Member States, having in mind fundamental social rights such as those set out in the European Social Charter signed at Turin on 18 October 1961 and in the 1989 Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, shall have as their objectives the promotion of employment, improved living and working conditions, so as to make possible their harmonisation while the improvement is being maintained, proper social protection, dialogue between management and labour, the development of human resources with a view to lasting high employment and the combating of exclusion". In particular, "the Union shall support and complement the activities of the Member States in the following fields:

- (a) improvement in particular of the working environment to protect workers' health and safety;
- (b) working conditions;
- (c) social security and social protection of workers;
- (d) protection of workers where their employment contract is terminated;
- (e) the information and consultation of workers;
- (f) representation and collective defence of the interests of workers and employers, including co-determination, subject to paragraph 5;
- (g) conditions of employment for third-country nationals legally residing in Union territory;
- (h) the integration of persons excluded from the labour market, without prejudice to Article 166;
- (i) equality between men and women with regard to labour market opportunities and treatment at work;
- (j) the combating of social exclusion;
- (k) the modernisation of social protection systems without prejudice to point (c)" (Art. 153 TFEU).

To this end, the European Parliament and the Council:

- (a) may adopt measures designed to encourage cooperation between Member States through initiatives aimed at improving knowledge, developing exchanges of information and best practices, promoting innovative approaches and evaluating experiences, excluding any harmonisation of the laws and regulations of the Member States;
- (b) may adopt, in the fields referred to in paragraph 1(a) to (i), by means of directives, minimum requirements for gradual implementation, having regard to the conditions and technical rules obtaining in each of the Member States.

With respect to social security this article further mentions, that the provisions adopted pursuant to this Article:

- shall not affect the right of Member States to define the fundamental principles of their social security systems and must not significantly affect the financial equilibrium thereof,
- shall not prevent any Member State from maintaining or introducing more stringent protective measures compatible with the Treaties.

Avrupa Birliği yalnızca yukarıda bahsi geen sosyal politika alanlarında üye devletler arasındaki işbirliğini teşvik eder ve eylemlerin koordinasyonunu kolaylaştırır. Fakat konuların numaralandırılmış listesi, Avrupa Birliği'nin sahip olduğu yetkinin belirli koşullara tabi olmasının yanı sıra çok çeşitli konularda da faal olma olasılığını gösterir (üye devletlerin faaliyetlerini destekler ve tamamlamalıdır yani mevzuatları uyumlaştıramaz, birlik ekonomisinin rekabet gücünü korumalıdır, aşamalı uygulama için asgari gereklilikleri içermelidir, ...). Ücretlendirmeye ilişkin konularda ve grev hakkı, örgütlenme hakkı ve lokavt uygulanması gibi toplu iş haklarına ilişkin olarak Avrupa Birliği'nin temel bir yetkisi yoktur.

Fakat burada Avrupa Birliği'nin sosyal politika alanındaki yasama yetkisinin günümüzde Avrupa sosyal tarafları ile paylaşıldığının belirtilmesi gerekmektedir. İşçi ve işverenler için Birlik düzeyinde bir danışma mekanizmasının teşvik edilmesi ve taraflar arasında dengeli destek sağlayarak diyaloglarını kolaylaştırmak için ilgili önlemleri almak Komisyonun görevidir. Sosyal politika alanında öneriler sunmadan önce bile Komisyon, Birlik eylemi doğrultusunda yönetim ve çalışma istişaresine danışır ve “alışma yönetiminin istemesi halinde, aralarındaki Birlik düzeyindeki diyalog, Antlaşmalar da dahil olmak üzere akdi ilişkilere dönüşebilir” (ABİA Madde 155). Bu Avrupa sosyal taraflarının Avrupa sosyal politikasına ilişkin konularda, Komisyonunun sahip olduğu yetkiden bile önce gelen öncelik yetkisine sahip olduğu anlamına gelmektedir.

Avrupa Birliği kurumları ve Avrupa sosyal tarafları yukarıda bahsi geçen bu maddelere dayanarak çeşitli yasal araçlar geliştirmişlerdir (Tüzükler, Direktifler... Son yıllarda sosyal güvenlik alanında Açık Koordinasyon Yöntemi (AKY) çerçevesinde çoğu bağlayıcı olmayan araçlar kabul edilmiştir). Sonraki sayfalarda sosyal güvenlik ve bireysel iş hukuku alanındaki ikincil AB araçlarına değinilmiştir.

Ancak en azından burada ön bilgi verilmesi gerekmektedir. Avrupa Birliği'nin yetkisini kullanmadığı veya yetki sahibi olmadığı ve üye devletlerin bu hakların kullanımına ilişkin koşulların belirlenmesi konusunda özgür olmaları halinde bile üye devletler Avrupa Birliği hukukunun temel ilkelerini hesaba katmadan hareket edemezler. Malların ve hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin AB temel hükümlerinin uygulanması bu konuya ilişkin açık bir örnek teşkil etmektedir. İç pazara ilişkin temel ilkelerin uygulanmasının sosyal politika ve sağlık gibi ulusal alanlar üzerinde sahip olduğu dolaylı etkinin AB'ye bu alanlarda verilen doğrudan yetkiden daha önemli olduğu söylenebilir.

The European Union so clearly only encourages cooperation between the Member States and facilitates the coordination of their actions in all social policy fields related to the above mentioned matters. The enumerated list of matters, however, clearly states the possibility for the European Union to be active in a wide domain of issues, notwithstanding that their power is subject to certain conditions (it must support and complement the activities of the Member States so it cannot harmonise any legislation, it must maintain the competitiveness of the community economy, it should consist minimum requirements for gradual implementation, ...). It is only with respect to issues relating to pay or to certain collective labour rights, as the right to strike, the right of association and the imposition of lock-outs, that the European Union has no fundamental competence.

It must, however, be mentioned that the legislative competence of the European Union in the field of social policy is shared with the European social partners today. It is the task of the Commission to promote a consultation of management and labour at Union level and to take any relevant measures to facilitate their dialogue by ensuring balance support for the partners. Even before submitting proposals in the social policy field, the Commission shall consult management and labour on the possible direction of Union action and "should management and labour so desire, the dialogue between them at Union level may lead to contractual relations, including agreements" (Art. 155 TFEU). This basically implies that the European social partners obtain a kind of priority competence to deal with matters of European social policy, even before the Commission.

It is on the basis of these above mentioned articles that the European Union institutions and the European social partners have developed a wide variety of legal instruments (Regulations, Directives ....with respect to social security the last years mostly non-binding instruments were adopted within the framework of the Open Method of Coordination (OMC)). In the following pages, a short overview of secondary EU instruments in the field of social security and individual labour law will be further discussed.

However, a last preliminary remark has to be given. Even in cases where the European Union did not exercise its competence or where it has no competence, so that Member States remain free to further determine the conditions with respect to the existence and exercise of these rights, Member States may not act without taking into account the fundamental principles of European Union law. The application of the fundamental EU provisions on the free movement of goods and services are a clear example. It could even be said that the indirect influence the application of the fundamental principles of the internal market has on national domains such as social policy and health, was more important than the direct competence given to the EU in these fields.

## **II. İkincil Mevzuat: Koordinasyon Tüzüklerinden Bağımsız Olarak Bireysel İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Alanındaki Bazı AB Önlemlerine Genel Bakış**

Genel olarak sosyal güvenlik hukukunun ve iş hukukunun üye devletlerin yetkisi dahilinde olduğuna inanılsa da, Avrupa Birliği'nin de bu alanlarda faal olması ve çalışan kişilerin çalışma koşulları üzerinde etki sahibi olması göz ardı edilemez. İş ilişkilerinin koşullarının belirli bir düzeyde düzenlenmesi için bazı AB araçları benimsenmiştir. Bu bölümde bireysel iş hukukunu etkileyen farklı AB araçları üzerine yoğunlaşarak bu araçlar hakkında genel bir özet sunmak istiyoruz. Amaç tüm hükümleri geniş bir biçimde sunmak değil, konuyu uygulama alanı, temel hedefler ve bu araçlara verilen önemle sınırlı tutacağız.

### **A. Uygulanabilir iş hukuku: Roma I-Tüzüğünden 96/71 sayılı Görevlendirme Direktifi**

Uluslararası iş hukukuna ilişkin temel soru, uluslararası olarak çalışan işçiler için veya örneğin, bir üye devletten diğerine geçici olarak görevlendirilen işçiler için hangi iş hukukunun geçerli olduğudur. Bununla bağlantılı olan bir başka konu da bir üye devletin iş hukuku hükümlerini, hizmetlerin serbest dolaşımı kapsamında işvereni tarafından geçici olarak bir üye devlete yollanan işçilere uygulaması konusunda ne ölçüde yetki sahibi olduğudur. Bu soruların temel yanıtı uluslararası özel hukuk tarafından verilmelidir. ABIA'da belirlenmiş olan işçilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümler ulusal iş piyasasına erişimi yönetmekte ve göçmen işçilerin, gittikleri ülkenin vatandaşları ile aynı muameleye tabi tutulmaları gerektiğini belirtmektedir. Ancak hangi iş hukukunun uygulanabilir olduğu açıklanmamaktadır.

AB yakın geçmişte bu alanda Roma I-Tüzüğü veya 593/2008 sayılı Tüzük olarak bilinen bir Tüzük oluşturmuştur. Bu Tüzük aksi yükümlülüklerle ilişkin olarak uygulanabilir mevzuat ile ilgilidir ve uluslararası durumlarda hangi iş hukukunun uygulanması gerektiğini belirlemektedir. Belirli bir iş ilişkisi için hangi mevzuatın uygulanabilir olduğu sorusu, mahkemelerin yabancı unsurlar içeren konuları bir bağlantı unsuru aracılığıyla yabancı yasal sistemlere yönlendirmesini sağlayan referans kurallarının veya ihtilaf kurallarının yardımı ile yanıtlanır. Bu açıdan yaklaştığımızda bu ihtilaf kuralları bir uyuşmazlık halinde maddi hukuk çözümleri içermezler fakat belirli bir ulusal yasal iş hukuku sistemi dahilinde uluslararası istihdam ilişkisi oluşturmaya çalışırlar.

### **593/2008 sayılı Roma I Tüzüğü**

593/2008 sayılı Tüzük genel özellikler taşımaktadır ve dolayısıyla bu yasal araç yalnızca Avrupa Birliği'nin üye devletlerin biri ile bağlantılı bir durum söz konusu olduğunda geçerli değildir. Bu tüzüğün ihtilaf kuralları aynı zamanda üye olmayan bir devletin de kanunlarının uygulanmasına yol açabilmektedir. Dolayısıyla tüzük bir üye devletin vatandaşları için geçerli olduğu kadar bir üye devlette oturan veya ikamet eden kişiler ve aynı şekilde bir üye devlette ikamet eden üye devlet vatandaşı olmayan üçüncü ülke vatandaşları için de geçerlidir.

## **II. Secondary legislation: an overview of some EU measures in the field of individual labour law and social security law outside the coordination regulations:**

Although it is generally believed that social security law and labour law belongs to the competence of the Member States, it cannot be ignored that also the European Union has been active in these fields and influences the working conditions of employed persons. Several EU instruments have been adopted that to a certain extent regulate the terms and conditions of an employment relationship. In this chapter we want to concentrate on and give a short overview of different EU instruments influencing individual labour law. The idea is not to give an extensive overview of all the provisions, but we limit ourselves to the field of application, the fundamental objectives and the importance these instruments have.

### **A. Applicable labour law: from Rome I-Regulation and Posting Directive 96/71**

A fundamental question under international labour law is to find out which labour law applies to workers who are internationally employed or who are eg temporarily posted abroad from one Member State to another. A related issue is the extent to which a Member State has the authority to impose its labour law provisions on workers, who are temporarily sent to work in that Member State by their employer in accordance with the free movement of services. The fundamental answer to these questions must be answered by the rules of international private law. Indeed, the provisions concerning the free movement of workers as written down in the TFEU Treaty, govern access to the national labour market and do state that migrant workers must be given the same treatment as the country's own nationals. However, they do not specify which labour law is applicable.

However, recently the EU has adopted a Regulation in this field, the so-called Rome I-Regulation or Regulation 593/2008, concerning the law applicable to contractual obligations and that defines which labour law should apply in international cases. The answer to the question which law is applicable to a particular employment relationship is determined with the aid of reference rules or conflict rules that allow the Courts to refer a matter in which a foreign element appears, to a foreign legal system by means of a connection actor. In this regard, these conflict rules therefore do not contain a material law solution to a dispute, but try to bring an international employment relationship within the ambit of a particular national legal labour law system.

### ***Rome I-Regulation 593/2008***

Regulation 593/2008 has a universal character and therefore this legal instrument not only applies to situations where there is a link with one of the Member States of the European Union, but the conflict rules of this regulation can also give rise to the application of the laws of a country which is not a Member State. The regulation therefore applies to the nationals of a Member State or persons with a domicile or residence in a Member State, as well as to nationals of non-Member States, ie third party countries, with their residence in the latter countries.

Uluslararası bir durumda hangi iş hukukunun uygulanabilir olduğunun tespiti oldukça karmaşık bir meseledir. Roma I-Tüzüğü ile genişletilmiş olan sistem, çok aşamalı bir bağlantı faktörü ile işleyen ihtilaf kuralları ile çalışır. Eğer ilk bağlantı noktası uygulanabilir yasal sistemin belirlenmesini sağlamazsa yöntem bir sonraki bağlantıya geçer.

Öyleyse bu ihtilaf kuralları nelerdir?

Öncelikle iradenin özerkliğine ilişkin genel ilke uygulanır ve dolayısıyla tarafların bu özgürlüklerini kullanarak hangi mevzuatın uygulanabilir olduğunu danışma yoluyla ile belirlemeleri mümkündür. Mevzuat seçimi akit hükümlerine veya vakanın şartlarına göre yapılmak durumundadır. Eğer bu seçim yapılmazsa veya durum net değilse, Tüzük ilgili taraflar için hangi mevzuatın uygulandığıyla ilgili ayrıntılı bilgi içerdiğinden durum tarafların olası iradelerine bırakılmamaktadır.

Eğer taraflar bireysel bir iş sözleşmesi için uygulanabilir olan hukuku seçmemiş iseler sözleşme, işçinin normal olarak sözleşmenin gereklerini yerine getirdiği devletin kanunlarına tabidir; bu da "*lex loci laboris*", yani kişinin çalıştığı yerin mevzuatının geçerli olması olarak adlandırılır. İş sözleşmesinin diğer devlet ile daha yakın bir bağ içermesi halinde istisnai bir durum söz konusu olabilmektedir. Eğer normal çalışma yeri tespit edilemezse, işçiyi görevlendiren işverenin bulunduğu devletin kanunu geçerlidir. İşçinin mutaat olarak çalıştığı yer, işçinin çıkarlarının ve çalışma faaliyetlerinin merkezi olan yerdir. Yurtdışında geçici olarak kalma durumu mutaat olarak çalışılan yeri etkilemez.

Ancak, "başka bir üye devlette geçici olarak çalışma" kavramının hangi noktada o devlette normal olarak çalışmaya dönüştüğü sorusu yanıtlanmaya muhtaçtır. Geçici çalışma meselesi yorumlanması zor bir konu olmayı sürdürmekte olup bir zaman sınırı belirlememekte ve bu kapsamda değerlendirilememektedir. İşçinin yurtdışındaki görevini tamamladıktan sonra menşe ülkesine dönmesi bekleniyorsa, başka bir ülkedeki çalışması geçici olarak yorumlanabilir. Dolayısıyla bu noktada önemli olan işçinin ev sahibi ülkeye entegre olma amacı taşıyıp taşımadığıdır.

Bununla birlikte, ihtilaf kuralları tarafsızdır. İlgili tarafların maddi çıkarları kendileri tarafından uygulanabilir olduğu kabul edilen hukuk sistemi tarafından ele alınmaktadır. Bu tarafsızlığın düzeltilmesi için Roma I-Tüzüğü, iş ilişkilerinde zayıf taraf olarak görülen işçinin korunmasını güvence altına almak için birtakım düzeltme mekanizmaları sunmuştur.



To find out which labour law is applicable in an international situation, is a very complicated exercise. The system expanded in the Rome I-Regulation works via a system of conflict rules with a multi-stage composite connection factor, whereby – if the first point of connection does not lead to the allocation of the applicable legal system – the method precedes to the next run on the ladder.

What are now these conflict rules?

In the first place, the general principle of autonomy of will applies and parties therefore have the requisite freedom to determine by a mutual consultation which labour law applies to them. The choice of law must be expressively made or must sufficiently clearly appear from the provisions of the contract or the circumstances of the case. If this choice is not made or is unclear, one does not have to look for the presumptive will of the parties, as the Regulation further specifies which law applies to the parties involved.

If the parties have not chosen a law applicable to an individual contract of employment, the contract will be governed by the laws of the legal system of the country where, or in the absence thereof, from where the worker would normally do his work in fulfilment of the contract, this is the so-called *lex loci laboris*. An exception is provided for in case the contract of employment has a significantly closer connection to another country. If the place of normal work cannot be found, the law of the country where the employer is based who engages the worker, will apply. The place of habitual employment of the worker appears to refer to the place where a worker has the centre of his interests and of his working activities. A temporary stay abroad does not affect the place where the work is habitually carried out.

Nevertheless, the question remains when the term "temporary employment in another Member State" would turn into a new normal employment in that state. This question of temporary employment remains a difficult issue to interpret and cannot really be quantified and placed in a timeline. One has rather to look at the whole employment, whereby all circumstances need to be taken into account. It might be interpreted that working in another country will be considered as temporary, when it is expected that the worker will once more be working in the country of origin after completing his task abroad. What therefore counts, is the intention of the parties to be integrated or not in the host state.

Conflict rules are, however, neutral, whereby the material interest of the parties concerned are left to the legal system, indicated as applicable by the conflict rules. In a certain way, to remedy this neutrality, the Rome I-Regulation provides a number of corrective mechanisms that should guarantee a certain protection to the worker concerned, as he is seen as the weaker party in the employment relationship.

İlk önemli düzeltme mekanizması, uygulanabilir hukukun taraflarca seçildiği durumlarda bile işçinin, seçim yapılmaması halinde uygulanan mevzuat konusunda (çalışılan yerin mevzuatı) Antlaşma yoluyla çığnenemeyecek hükümlerin getirdiği korumayı asla yitirmemesidir. Dolayısıyla taraflarca belli bir devletin yasal sisteminin serbestçe seçilmesi farklı bir yasal sistemin hükümlerinin uygulanabilir olmasını engelleyemez; bu da seçme özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Ancak diğer yasal sistemin uygulanması iki koşula tabidir: Bir yandan söz konusu hukuk hükmünün işçiyi daha iyi koruması gerekirken, diğer yandan bu hükümler bağlayıcı olmalıdır. Belirli bir düzeye kadar bu hükümler asgari bir koruma sağlamaktadırlar. Fakat bu bölümde yalnızca bu kuralın yorumlanması ve zorunlu hükümlere, seçilmiş yasal dayanaklar arasında yapılması gereken kıyaslamaya ve uygulanabilir hukukun hedefine değinilmektedir. Bahsi geçen ikinci hukuk hükümlerinin uygulanması daha fazla koruma sunarken birtakım sorunlara da yol açabilmektedir.

Şimdi bu durumu örneklendirelim. Bir Polonya vatandaşı normal olarak Polonya'daki işvereni için çalışmaktadır. Fakat işveren çok uluslu bir Çin şirkettir ve bu nedenle tüm çalışanlarının Çin iş hukukuna tabi olması kararını alıyor. Fakat Çin hukukuna ilişkin yapılmış olan bu seçime rağmen, Polonyalı çalışan düzenli olarak çalıştığı ülke olan Polonya'nın kanunlarında yer alan daha elverişli ve bağlayıcı hükümlerden yararlanabilir.

Bunun yanı sıra düzenleme seçme özgürlüğüne ilişkin bir kısıtlama daha içermektedir. Bu kısıtlamaya göre yetkili mahkemenin uyguladığı hukukun baskın ve zorunlu hükümlerinin uygulanmasını hiçbir durum sınırlandıramaz. Bu durumda, baskın ve zorunlu olan hükümler sözleşmenin uygulanmasını yasalara aykırı kıldığı sürece sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiğinde yetki o devletin kanunlarının baskın ve zorunlu hükümlerine verilmektedir. Bu, üçüncü taraf konumundaki bir ülkenin hukukunun yabancı iş ilişkisine de uygulanmasını sağlayan oldukça önemli bir öncelik kuralıdır. Dolayısıyla bu hükümler, tarafların serbest seçiminden kaynaklanan veya uluslararası özel hukukun nesnel kuralları tarafından belirlenen, sözleşme için geçerli olan kanundan bağımsız olarak uygulanabilir durumdadırlar. Şimdi yukarıda bahsedilen örnekte Polonyalı işçinin Çinli işvereni için Belçika'da geçici faaliyetler yürütmesi gerektiğini düşünelim. Bu son hüküm ve güvenlik mekanizmaları Belçika'nın, iş kanununun bazı hükümlerini Polonyalı işçi üzerinde uygulamasına müsaade etmektedir. Dolayısıyla görevlendirme halinde, üç ülkenin de iş kanunlarının hükümleri uygulanabilmektedir: taraflarca seçilen Çin kanunu, düzenli çalışılan ülkenin objektif kanunu olan Polonya kanunu ve geçici olarak çalışılan yer olan Belçika'nın kanunu. Fakat geçici olarak çalışılan yerin hükümleri yalnızca kısıtlı bir biçimde yorumlanması gereken baskın ve zorunlu hükümler olduklarında uygulanabilir. Bu hükümler ilgili ülke tarafından politik, sosyal veya ekonomik yapı gibi kamu çıkarlarının muhafaza edilmesi için önemli görülen, aksi halde bu sözleşmeye ve Tüzüğe uygulanabilen kanuna bakmaksızın kapsamı altına aldıkları her türlü durum için geçerli olan hükümler olup, onlarla ilgilendirilmeleri durumunda uygulanabilir hale gelirler.

The first important correction mechanism is that the worker may, even if the applicable labour law was chosen by the parties, never lose the protection of these provisions that cannot be derogated from by agreement of the legislation that applies to him in the absence of choice, which is place of normal employment. So, the free choice for a legal system of a particular country by the parties does not prevent certain provisions of a different legal system from being applicable, by which free choice would become limited. However, the application of this other legal system is subject to two conditions: on the one hand, the provision of this law must better protect the worker, and on the other hand, these provisions must be of mandatory law. To a certain extent, these provisions institute a sort of minimum protection. However, we limit ourselves to mention here that the interpretation of this rule, and not at least what are mandatory provisions and the comparison that has to be made between the system of the chosen law and that of the objective applicable law in order to find out that the provisions of the latter offer more protection, pose many questions.

Imagine the following case. A Polish national is normally working for his employer in Poland. This employer is, however, a Chinese multinational, for which reason the employer decided that all his employees would be subject to Chinese labour law. However, notwithstanding this choice for Chinese law, the Polish worker could always rely on the more favourable mandatory provisions of the country of normal employment, which is Poland .

In addition, the regulation also provides for another limitation of the free choice, ie that nothing will restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum. According to this provision, effect may be given to the overriding mandatory provisions of the law of the country, where the obligation arising from the contract, has to be performed, in so far as those overriding mandatory provisions render the performance of the contract unlawful. This is an extremely important priority rule, which allows the provisions of a third party country to apply to a foreign labour relationship. These provisions are therefore applicable, independently of the law that applies to the contract, whether that arises from the free choice of the parties or is determined by objective rules of international private law. In the above mentioned example, we now imagine that the Polish worker would have to perform temporary activities for his Chinese employer in Belgium. This last provision and safety mechanisms allow Belgium to apply some of its provisions of its labour law to the Polish worker. So in case of a posting situation, the labour law provisions of three countries may apply to the case: ie Chinese law as chosen by the parties, Polish law as the objective law of the country of normal employment and Belgian law as the country of temporary employment. However, the provisions of the country of temporary employment may only apply when these provisions are overriding mandatory provisions which have to be interpreted in a restricted way. It are provisions, the respect of which is regarded as crucial by the country for safeguarding its public interest, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract and to this regulation. From the moment we are dealing with such provisions, they apply.

Fakat söz konusu hükümlerin kısıtlı bir şekilde yorumlanması önemli sorunlara yol açmıştır. Elbette bu, iş hukukunun bütün hükümlerinin aynı özelliklere sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Bireysel iş hukuku büyük ölçüde işçinin bireysel çıkarının korunması ile sınırlıyken, baskın ve zorunlu hükümler kamunun genel çıkarlarını gözetirler. Bu tartışma 96/71 sayılı Görevlendirme Direktifinin kabul edilmesinin temel nedenlerinden de biridir.

### **96/71 sayılı Görevlendirme Direktifi**

Hükümlerin baskın ve zorunlu olarak nitelendirilmesi ve üye devletler arasında bu nitelendirmeye ilişkin karşılaşılan farklılıklar endişeye yol açmıştır. Zira işverenleri için başka bir üye devlette geçici olarak çalışan kişiler için uygulanabilir olan hükümlerle ilişkin bir aynılık söz konusu değildi.

Geçici olarak bir üye devlette çalışan yabancı işçilerin yasal konumlarına ilişkin soru, hizmetlerin serbest dolaşımı açısından ele alınması gereken bir sorudur. Aslında Adalet Divanı, işverenlerinin kullandığı hizmetlerin serbest dolaşımı hakkı kapsamında yurtdışına giden işçilerin iş hukukundaki konumlarının işveren tarafından sağlanan hizmetlerden türediğini ve işçilerin kendilerine ait bağımsız bir hak olmadığını vurgulamıştır (C-113/89 sayılı *Rush Portuguesa Davası*; C-43/93 sayılı *Vander Elst Davası*). Bu yaklaşımın hukuki sonuçları ise çok daha derine inmektedir. Aslında işçilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümlere göre, işçilerin serbest dolaşımı hakkından faydalanan çalışanlar istihdam, ödeme veya çalışma koşulları ile ilgili olarak uyruklarından ötürü o devletin vatandaşı olan kişilerin gördüğü muameleden farklı bir muameleye tabi tutulamazlar. Çünkü ev sahibi devlette geçici ve geçici olmayan işçiler arasında yasal konum farklılığı kabul edilemez. Bu 1612/68 sayılı Tüzükte de teyit edilmiştir.

Diğer yandan işverenlerin kullandığı hizmetlerin serbest dolaşımı hakkı çerçevesinde başka ülkelere çalışmaya giden işçiler de söz konusudur. Divana göre bu işçilerin ev sahibi devletin yerel iş piyasasına girip orada iş aramak gibi bir niyetleri bulunmamaktadır ve işveren için sağladıkları hizmet sona erdiği anda kalıcı olarak çalıştıkları ülkelere geri dönerler. Görevlendirilen işçilerin yerel işçilerin konumuna gelmesi gibi bir durum söz konusu olmadığından ve bu işçiler farklı durumlarda olduğundan çalışma koşullarına ilişkin tamamen eşit olan muamele dahi hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin bir eksiklik olarak düşünülmelidir. Hizmetlerin serbest dolaşımı ve AB hukuku, iş mevzuatına ilişkin uluslararası özel hukukun uygulanmasını önlemez. Dolayısıyla ev sahibi devlet bu geçici işçilere mevzuatının bir kısmını uygulayabilir. Fakat bu onlara iş mevzuatlarının hükümlerinin tamamını doğrudan uygulanabilir kılma özgürlüğünü vermez. Esasen hizmetlerin serbest dolaşımı bir işverenin tüm üye devletlere gidip hizmet sunma hakkına sahip olduğu anlamına gelmez ve prensipte bu hizmet sağlayıcılarının merkez ofislerinin bulunduğu devletin hükümlerine uygun olarak yapılmalıdır.

This limited interpretation of these provisions, however, caused considerable problems. It certainly does not imply that all provisions of labour law are of such a nature. Indeed, individual labour law is mostly limited to the protection of the individual interest of the worker, whereas for being of an overriding mandatory nature they have to be in the public interest. This discussion is also one of the main reasons why the Posting Directive 96/71 was adopted.

### ***Posting directive 96/71***

The qualification of provisions as being of an overriding mandatory nature and the differences encountered in this qualification between the Member States caused concern as there was no uniformity regarding the provisions that might be declared applicable to employees who were temporarily working for their employer in another Member State.

The question of the legal position of foreign workers temporarily employed in a Member State is a question which must be answered from the point of view of the free movement of services. Indeed, the Court of Justice has always stressed that the labour law position of workers who moved abroad in the context of the free movement of services of their employer is a derivative of these services provided by an employer and not an independent right for the workers themselves (Case C-113/89, *Rush Portuguesa*; Case C-43/93, *Vander Elst*). The legal consequences of this approach are far-reaching. Indeed, on the one hand, according to the provisions on the free movement of workers, employees who make use of the right of free movement of workers, may not be treated differently from national workers with regard to their employment or their pay or working conditions, because of their nationality. Therefore, a difference in legal position between temporary workers and non-temporary workers in the hosting state, is not acceptable. This is also confirmed in Regulation 1612/68.

On the other hand, we have workers who go to work in another country within the framework of the free movement of service of their employer. According to the Court, these workers do not have the intention to have access to the local labour market of the host country and to look for a job there, but will return to the country of permanent employment from the moment the service is provided for his employer. As posted workers are not to be assimilated to local workers and are in a different situation, fully equal treatment as regards working conditions must even be considered as a negation of the free movement of services. This free movement of services and EU law does not prevent international private law regarding labour legislation from being further applied. So, the host state may apply some of its legislation to these temporary workers. However, this does not mean that they have a general freedom to declare all the provisions of their labour legislation automatically applicable. As a matter of fact, the freedom of services implies that an employer has the freedom to go and to provide services in all Member States and this in principle in accordance with the provisions of the state in which such service providers have their head office.

Hizmetlerin serbest dolaşımının kolaylaştırılması için, asgari düzeyde koruma elde etmek amacıyla Birlik düzeyinde baskın ve zorunlu hükümlere ilişkin bir çekirdek mevzuat oluşturulması gerekli görülmüştür. Bu mevzuat hizmetin verildiği üye devletin sınırları dahilinde geçici iş yapmak için çalışanlarını görevlendiren işverenin ev sahibi devlette uyması gereken kuralları içermektedir. Sosyal hukukun 7 alanıyla ilgili bu çekirdek mevzuata ilişkin 96/71 sayılı Direktif üye devletlerin, o ülkede geçici olarak çalışan işçiler için iş mevzuatlarının bazı hükümlerini uygulamayı zorunlu kılmıştır. Bu hükümler, 593/2008 sayılı Tüzük kapsamında da anlaşıldığı şekliyle baskın ve zorunlu niteliktedir.

Bahsi geçen yedi alan şunlardan oluşmaktadır:

- 1) Azami çalışma süreleri ve asgari dinlenme süreleri;
- 2) Asgari ücretli yıllık izinler;
- 3) Fazla mesai oranları da dahil olmak üzere asgari ödeme oranları. Bu nokta tamamlayıcı mesleki emeklilik programları için uygulanmaz;
- 4) İşçi kiralama koşulları, özellikle geçici istihdam büroları aracılığıyla kiralanan işçiler;
- 5) İş yerinde sağlık, güvenlik ve hijyen;
- 6) Gebe kadınların veya yeni doğum yapmış olan kadınların, çocukların ve gençlerin istihdamına ilişkin koruyucu önlemler;
- 7) Erkekler ve kadınlar arasında eşit muamele edilmesine ve ayrımcılık yapmamaya dair diğer hükümler.

Aynı şekilde Direktif iş sözleşmesi üzerinde uygulanabilir olan hukuku da değiştirmemekte, fakat sözleşmeye uygulanan kanundan bağımsız olarak ev sahibi devletteki görevlendirme süresi boyunca dikkate alınması gereken bazı zorunlu hükümleri içermektedir. Daha önce vermiş olduğumuz örnekteki Polonyalı işçilere işverenleri tarafından ödeme yapılması gerekmekte olup, örneğin Belçika'da geçerli asgari ücret ödenmeli ve bu kişilerin Belçika kanunlarında öngörülen azami çalışma süresinden daha uzun çalıştırılmaması gerekmektedir. Bu alanların her ikisi de Görevlendirme Direktifi altında çekirdek hüküm olarak geçer. Ev sahibi devletin bu hükümleri, mevzuata olduğu kadar uygulanan ve genel olarak ev sahibi devletteki benzeri tüm işletmelerde uygulanabilir olan toplu iş sözleşmeleri ile de ilgilidir.

Görevlendirme Direktifi yalnızca görevlendirme hallerinde ve görevlendirilmiş olan işçiler için geçerlidir. Ana koşul görevlendirme sırasında ve görevlendirme boyunca işletme ile görevlendirilen çalışan arasında bir ilişkinin var olmasıdır. Fakat görevlendirme Direktifinde belirlenmiş olan bu durumlar yakından bağlantılı olan şirketler arasında grup içi görevlendirme ve tamamen birbirinden bağımsız olan şirketler arasında yapılan görevlendirme de dahil olmak üzere çeşitli durumlara ilişkin olabilir. Bununla birlikte Görevlendirme Direktifi kendi hesabına çalışan kişiler için geçerli değildir. Bu nedenle kendi hesabına çalışmanın genelde daha çekici olduğu kabul edilmektedir.

It is exactly in order to facilitate this free movement of services that it was considered necessary and opportune to draw up a hard core of overriding mandatory provisions at community level for minimum protection, which must be honoured in the host country by employers who make employees available for the purpose of undertaking temporary work in the territory of the Member State where the service is being provided. With this hard core of seven domains of social law, Directive 96/71 imposes an obligation on the Member States to impose a number of provisions of their labour legislation to workers who are temporarily working in that country. These provisions are of an overriding mandatory nature as understood under Regulation 593/2008.

These seven domains are:

- 1) maximum work periods and minimum rest periods;
- 2) minimum paid annual holidays;
- 3) the minimum rates of pay, including overtime rates. This point does not apply to supplementary occupational retirement pension schemes;
- 4) the conditions of hiring out of workers, in particular the supply of workers by temporary employment undertakings;
- 5) health safety and hygiene at work;
- 6) protective measures with regard to the terms and conditions of employment of pregnant women or women who have recently given birth, of children and of young people;
- 7) equality of treatment between men and women and other provisions on non-discrimination.

As such, this directive does not change the law applicable to the employment contract, but only lays down a number of mandatory provisions that must be taken into account during the period of posting in the host country, regardless of the law that applies to the employment. In our given example, these Polish workers have to be paid by their employer, eg the Belgian minimum wages, and may not work longer than the maximum working period foreseen under Belgian law. Both of these domains are mentioned as a hard core provision under the Posting Directive. These provisions of the hosting country relate to the legislation as well as to provisions provided for in collective labour agreements, at least if these collective labour agreements are basically of a universal application and generally applicable to all similar undertakings in the host country.

The Posting Directive only applies to situations of posting and to posted workers. The main condition is that at the time of posting and throughout the duration of posting, a relationship exists between the undertaking and the posted employee. The forms as specified in the posting directive, however, relate to a wide range of situations, including intra-group postings between closely connected companies, as well as posting to totally independent companies. The Posting Directive does, however, not apply to self-employed people. This is also the reason why it is often considered to be attractive to be a self-employed person.

Önemli sorulardan biri de bu temel hükümlerin ne ölçüde üye devletlerin ek koruma uygulamasına müsaade edecek asgari koşullar ve yabancı hizmet sağlayıcılarına uygulanan diğer yüksek istihdam koşullarını içerdiğidir. Başka bir deyişle bu Direktifin sınırlayıcı bir biçimde mi yorumlanması gerekmektedir? Örneğin, bir üye devlet iş kanununu tümüyle uygulanabilir olarak ilan edebilir mi? Adalet Divanı, bu hükümlerin kamu çıkarına olması gerektiği hallerde oldukça kısıtlı bir yorumlamada bulunulması gerektiğini açık bir biçimde ortaya koymuştur (C-319/06 sayılı *Komisyon – Lüksemburg Davası*). Belirli bir önlemin Avrupa hukukunca tanımlanan kamu çıkarı kavramına uygun olup olmadığının kararını Avrupa adalet Divanı verebilmektedir. Bu terime verilen kısıtlı Avrupa tanımı, üye devletlerin bahsi geçen 7 alan dışında kalan diğer hükümlerin de yabancı hizmet sağlayıcılarına uygulanabilir olduğunu kanıtlamalarını imkansız hale getirmiştir.

Direktifin başka bir hükmüne göre istihdam usul ve koşulları, işçiler açısından daha avantajlı olan koşulların uygulanması önünde engel teşkil edemez. Bu hüküm temel meseleler için sosyal koruma düzeyinin iyileştirilmesini sağlamakta ve ayrımcılık içermediği sürece ev sahibi devlete seçme şansı sunmakta mıdır? Ancak Divan sınırlayıcı bir yorum getirmeyi seçmiştir. Bu yoruma göre hüküm, hizmetlerin tedarikinin asgari koruma için zorunlu olan kuralların ötesine geçen istihdam usul ve koşullarının gözetilmesine bağlı olmasına müsaade etmez. Dolayısıyla düzey, bu işçiler menşeye üye devletteki kanun veya toplu iş sözleşmeleri gereğince daha avantajlı istihdam şartlarına ve koşullarına sahip değillerse ev sahibi ülkede sağlananlar ile kısıtlı tutulur (C-341/05 sayılı *Laval Davası* ve C-346/06 sayılı *Rüffert Davası*). Yani ilgili işçilerin daha yüksek düzeyde bir korumadan yararlanabilmeleri için ya menşeye ülkelerindeki daha avantajlı hükümlere başvurmaları gerekmekte, ya da hizmet sağlayıcısının ev sahibi ülkede daha avantajlı toplu iş sözleşmelerine gönüllü olarak taraf olması gerekmektedir. Dolayısıyla ev sahibi ülkede görevlendirilmiş işçiye sağlanması gereken koruma düzeyi prensipte yedi temel hüküm ile sınırlı olmaktadır.

Son olarak, ev sahibi ülkede görevlendirilmiş işçiler tarafından uyulması gereken bu istihdam koşullarının uygulamada pek çok zorluğa yol açtığına değinmek istiyoruz. Kontrol edici bir role sahip olmalarının yanı sıra ev sahibi devletin yetkili mercileriyle gönderici devletin yetkili mercileri arasında yakın işbirliği gerekli olup, bu D Direktifle gerçekleştirilen idari uyum ve işbirliği en karmaşık konulardan biri olarak kabul edilmektedir.



An important question is to what extent this hard core provision now only lists minimum conditions, allowing the Member States to impose additional protection and other higher employment conditions on foreign service providers? Or must this directive be interpreted restrictively? May a Member State eg declare all its labour law applicable? The Court of Justice made clear that a rather limited interpretation must be followed, whereby these provisions have to be of a public interest (Case C-319/06, *Commission v. Luxembourg*). It will be up to the European Court of Justice to pronounce judgements on whether a particular measure complies with this European law term of public interest. The European restricted interpretation that has to be given to this term makes it almost an impossible task for Member States to prove that other provisions, than the 7 explicitly mentioned hard core domains, can be imposed on foreign service providers.

According to another provision of the Directive, the employment terms and conditions may not constitute an impediment to the application of employment terms and conditions that are more favourable for workers. Does this provision allow to improve the level of social protection for the hard core matters and does it give a choice to the host state as long as it does not discriminate? However, the Court has chosen a restrictive interpretation according to which this provision does not allow to make the provisions of services conditional to the observance of terms and conditions of employment which goes beyond the mandatory rules for minimum protection. The level is therefore limited to what is provided for in the host state, unless these workers enjoy more favourable terms and conditions of employment pursuant to the law or the collective labour agreements (CLA's) in the Member State of origin (Case C-341/05, *Laval*; Case C-346/06, *Rüffert*). So, in order that the workers concerned can enjoy a greater level of protection, they must revert either to more favourable provisions in their country of origin, or the service provider must voluntarily affiliate himself to more favourable collective labour agreements in the host country. So, the level of protection that must be guaranteed for posted workers in the host country will in principle be limited to that of the seven hard core provisions.

As a last remark, we also want to mention that in practice compliance with these employment conditions by posted workers in the host state, leads to many practical difficulties, not the least in controlling it and asks for a close collaboration between the authorities of the host state and the authorities in the sending state. The administrative collaboration and cooperation that follows out of this directive is considered to be the most complicated issue.

## B. İstihdam şartları: 91/533 sayılı Direktif

91/533 sayılı Direktif işverenin çalışanlarını çalışma koşulları ile ilgili olarak bilgilendirme yükümlülüğü hakkındadır. İşverenin her bir çalışana iş sözleşmesinin farklı gerekli unsurları veya iş ilişkileri ile ilgili bilgi vermesi gerekmektedir. İşçilerin temel *Sosyal Haklarına ilişkin Topluluk Şartı*'nda belirlenmiş olan yükümlülüğe göre her işçinin kendisi için geçerli olan istihdam koşullarının farkında olması gerekmekte olup, bu Direktif çalışma koşullarına ilişkin bilgi sağlamaya ilgili farklı ulusal hukuki düzenlemeleri belirli ölçüde uyumlaştırmaktadır. Direktifin hedefleri iki aşamalıdır: Bir yandan çalışanlara iş ilişkileriyle ilgili belirli düzeyde bir açıklık ve güven sağlanarak iş gücünün yaşam ve çalışma koşulları iyileştirilmesi hedeflenirken, diğer yandan da çalışanın farkındalık düzeyi ve iş ilişkilerinin ayrıntıları ile ilgili olarak rejimleri farklılıklar gösteren üye devletlerin, istihdam mevzuatlarında belirli bir ölçüde yakınlık tesis edilmesi hedeflenmektedir.

İş sözleşmesinin ana koşulları ile ilgili olarak çalışana verilmesi gereken bilgiye ilişkin ortak gereklilikler belirlenmiştir. Bir iş sözleşmesinin veya iş ilişkisinin olduğu andan itibaren, kısmi veya tam zamanlı, sabit süreli veya belirsiz süreli olması fark etmeksizin işverenin çalışanlarını sözleşmenin veya iş ilişkisinin gerekli yönleriyle ilgili bilgilendirmesi gerekmektedir. Direktifte çalışanın akit tarafların tanımları, işin yeri, başlangıç tarihi, yapılacak olan işin tanımı, sözleşmenin süresi, çalışanın çalışma süresi, ücretlendirme düzeyi ve ödeme unsurları, sözleşmenin feshi halinde işverenin ve çalışanın uyması gereken ihbar süresi konularında bilgilendirilirken kullanılacak unsurlara ilişkin açık bir liste yer almaktadır. Direktif ayrıca başka bir ülke vatandaşlığına geçen kişiler için de özel kurallara yer vermektedir. Bu bilgilerin bir kısmı sözleşmenin başlangıç tarihinden itibaren en fazla iki ay içinde ilgili kanunlara, tüzüklere veya toplu sözleşmelere atıfta bulunarak da sağlanabileceği için tüm bu bilgilerin kontratta ayrıntılı bir biçimde yer alması gerekmemektedir.

Çalışana verilen bilginin bağlayıcı bir değeri vardır. Adalet Divanına göre (C-253/96 sayılı *Kampelmann* Davası) ulusal mahkemeler ispat külfetine ilişkin ulusal kurallarını bu Direktifin amacı kapsamında uygulamak ve yorumlamakla sorumludurlar. Bu nedenden ötürü işveren tarafından çalışana yapılan bildirim iş sözleşmesinin veya iş ilişkilerinin gerekli yönleriyle ilgili kanıt görevi görecektir bağlayıcı bir ağırlığı bulunmalıdır. İç hukukun işveren tarafından verilen veya işverene verilen diğer benzeri belgelere verdiği doğruluk payının aynısı işveren tarafından yapılan bildirim için de varsayılmalıdır.

Yani, verilen bilgi doğru olmasa bile, işverenin bu bilginin yanlışlığını gösteren veya yanlış kabul edilmesi gerektiğini gösteren kanıtlar sunma olasılığı göz ardı edilmeksizin çalışanlar bu bildirimde geçen bilgileri kullanabilir durumda olmalıdırlar. Sonuç olarak işveren tarafından itiraz edilebilir nitelikte bir doğruluk varsayımı söz konusu olmaktadır.

## B. Terms of employment: Dir. 91/533

Directive 91/533 deals with the obligation of the employer to inform the employees on their working conditions. Employers are obliged to provide each employee with several essential elements of his contract of employment or his employment relationship. Following the obligation written down in the Community Charter on the Fundamental Social Rights of Workers that each worker should be aware of the conditions of employment that apply to him, this directive harmonises to a certain extent the diverse national laws on the provision of information about working conditions. The objectives of the directive are twofold: on the one hand, to improve the living and working conditions of the labour force, by providing the employees with a degree of certainty and security as to their terms of employment relationship and secondly, to achieve a degree of convergence in the employment legislation of the Member States, whose employment regimes were widely divergent on the issue of the required level of awareness of the employee and the precise details of his employment relationship.

Common requirements are set with respect to the information that should be provided to the employee on the main terms of their contract of employment. From the moment a contract of employment or an employment relationship exists, whether it is part-time or temporary employment, fixed term or indefinite duration, the employer is obliged to notify the employees of the essential aspects of the contract or employment relationship. A whole, although non-exhaustive, list of information, is provided for in the Directive according to which the employee must be informed of information dealing with the identity of the parties in the contract, the place of work, the date of commencement, the description of the work to be carried out, the duration of the contract, the working time for the employee, the level of remuneration and the elements of pay, the length of the period of notice to be respected by the employer and the employee in case of termination of the employment contract. The directive also foresees special rules for expatriate employees. It is not required that all this information is explained in detail in the contract as some of this information may also be given by way of reference to relevant laws and regulation or collective agreements, no later than two months after commencement of the employment.

The information given to the employee has a probative value. According to the Court of Justice (Case C-253/96, *Kampelmann*), the national courts have to apply and to interpret their national rules on the burden of proof in the light of the purpose of this directive. It is in this respect that the notification as given by the employer to the employee must have such evidential weight as to allow it to serve as factual proof of the essential aspects of the contract of employment or employment relationship. It is for that reason that the notification as given by the employer has to enjoy the same presumption as to its correctness as would domestic law attach to any similar document drawn by the employer and communicated to the employee.

So, even if the information given would be inaccurate, employees must be able to use the information contained in this notification, without, however, excluding the possibility for the employer to bring evidence to the contrary by showing that the information was either inherently incorrect or has been shown to be so in fact. Consequently, there is a presumption of correctness, which can, however, be challenged by the employer.

### C. Ebeveyn izni: 96/34 sayılı Direktif

Ebeveyn izni Direktifi, sosyal tarafların inisiyatif kullanarak özel ve toplu mevzuat oluşturma yöntemiyle kabul ettikleri ilk AB aracıdır. Direktifin iki hedefi vardır. Öncelikle erkeklere ve kadınlara (işçilere) belirli bir yaşa erişene kadar, sekiz yıla kadar en az üç ay boyunca çocuklarına bakabilmeleri için ebeveyn izni verilir. Bu süre üye devletler veya sosyal taraflarca belirlenir. Ebeveyn izninin ayrıntılarını, yani tam zamanlı mı yoksa kısmi zamanlı mı olacağını, asgari bir çalışma süresine (bir yılı aşamaz) tabi olup olmadığını, erişim koşullarını, ebeveyn izninin işveren tarafından ertelenebileceği durumları, işçi tarafından işverene bildirimde bulunulması konusunda bir ihbar süresi olup olmadığını ve bunun gibi unsurları üye devletler kendileri belirlemektedir. Bunun yanı sıra ebeveyn izninin sosyal güvenlik açasından yol aıtığı sonuçlar da üye devletin takdirine bırakılır. Direktif üye devletleri ebeveyn izni süresince sağlık yardımı ve aile yardımı gibi sosyal güvenlik yardımı haklarının korunması konusunda teşvik ederek bu konuyu vurguluyor olsa da, Direktif bu konuda üye devletlere herhangi bir yükümlölük dayatmamaktadır. İkinci olarak ebeveyn izni Direktifi işçilere, hastalık veya kaza sonucu ortaya çıkan ve işçinin ailevi nedenlerden ötürü mevcudiyetini zaruri kılan zorunlu nedenlere dayanarak izin alma hakkı tanımaktadır.

### D. Gebe işçilerin korunması: 92/85 sayılı Direktif

İşyeri sağlığı ve güvenliği çerçevesinde kabul edilen bu Direktifin gebe kadınları, yeni doğum yapmış kadınları ve emziren kadınların sağlık ve güvenliklerini koruma hedefi vardır. Bu işçi grubunun hassas durumlarından ötürü özel önlemlerin alınması gerekmektedir. Direktif gebe işçi, işverenini ulusal kurallar ve uygulamalara uygun olarak gebeliği ile ilgili olarak bilgilendirdiği andan itibaren uygulanmaktadır.

Gebe kadınların çeşitli hakları vardır. Öncelikle işçilerin doğumdan önce veya sonra en az 14 hafta süreli analık izni hakları söz konusudur. İki haftalık izin kullanmak ise zorunludur. Analık izni süresince çalışma ile bağlantılı tüm haklar korunmakta olup, işçilere hastalık ödemesine eşdeğer gelir temin edecek ulusal mevzuat tarafından belirlenmiş olan olası tavan değerlere tabi ve yeterli düzeyde bir doğum yardımı ödeneği verilmelidir. Gebe işçiler gebelikleri sırasında gece vardiyasında çalışmaya zorlanamazlar. İşçi açasından bir riskin bulunması halinde bu kişilere diğer faaliyetlerde çalışma olanağı sunulmalıdır. Dolayısıyla gerekli hallerde çalışma koşullarının adapte edilmesi gerekmekte, eđer başka bir sečenek sunulamazsa bu işçilere izin verilmesi gerekmektedir.

### C. Parental leave: Dir. 96/34

The parental leave Directive was the first EU instrument adopted by the social partners under the special collective way of making legislation, ie through the right of initiative of the social partners. The directive has two objectives. In the first place, it entitles men and women, workers, to parental leave in order to enable them to take care of the child and this for at least three months until a given age up to eight years, and this to be defined by the Member States or by the social partners. It will be further up to the Member States to fill in this right and in particular, to define whether the parental leave can be granted on a full-time or part-time basis, whether it is subject to a minimum period of employment which cannot exceed one year, the conditions for access, the circumstances in which parental leave may be postponed by an employer, whether a notice period should be given by the worker to the employer, etc. In addition, the consequences for social security during parental leave are also left to the discretion of each Member State. Although the directive encourages and emphasises the Member States to provide for the maintenance of entitlements to social security benefits as medical care provisions and family benefits during the period of parental leave, the directive does not impose any obligation in this respect on the Member States. Secondly, the parental leave directive gives workers the right to time off on the grounds of *force majeure* for urgent family reasons in case of sickness or accidents and making the immediate presence of the worker indispensable.

### D. Protection of pregnant workers: Dir. 92/85

This directive adopted within the framework of health and safety in the workplace, has as objective to protect the health and safety of pregnant women and women who have recently given birth or are breastfeeding. Due to the vulnerable position of this group of workers, special measures have to be taken. The directive will apply from the moment pregnant workers have informed their employer of their pregnancy in accordance with national rules and practices.

Pregnant women are given several rights. In the first place, workers are entitled to a continuous period of maternity leave of at least 14 weeks before or after confinement. The leave of a period of two weeks is compulsory. During this period of maternity leave, all rights connected with employment must be preserved. Workers must be given a maternity allowance of a sufficient level to guarantee an income equivalent to sickness pay, subject to any possible ceilings laid down by national legislation. Pregnant workers may neither be obliged to perform night work during their pregnancy. In case there is a risk for the worker, they must be offered the possibility to undertake other activities. Their working conditions therefore have to be adopted if necessary. If no alternative can be provided, they must be given leave from work.

Gebe işçiler, gebelikleriyle ilgili özel durumlar hariç gebelik ile başlayan ve analık izninin sonuna kadar süren dönem boyunca işten çıkartılamazlar. Bu özel koruma, olası bir işten çıkarmanın gebe işçiler, yeni doğum yapmış olan işçiler veya emziren işçiler üzerinde yaratabileceği fiziksel ve zihinsel etkilere karşı, özellikle de kürtaj yaptırma riskine karşı oluşturulmuştur (C-109/00 sayılı *Tele Denmark* Davası). İşçinin iş sözleşmesinin hazırlanması sırasında işvereni gebeliği konusunda bilgilendirmemesi işten çıkartılmaya karşı oluşturulmuş olan korumanın kapsamı dışında kalmaz. Bir işveren, kadın bir adayla sözleşme imzalamaktan çekiniyorsa ve bunun nedeni gebe bir kadını işe almanın yol açacağı olumsuz etkiler, kamu mercileri tarafından belirlenmiş olan çalışmaya uygun olmamaya ilişkin kurallar ve işverenin analık izni süresince karşılaşılabilecek olası mali kayıpsa bu durum, istihdam, mesleki eğitim, terfi ve çalışma koşulları alanlarında erkekler ve kadınlar arasında eşit muamele ilkesinin uygulanmasını ele alan 76/207 sayılı Direktife aykırıdır (177/88 sayılı *Dekker* Davası – yerini 2006/54 sayılı değişiklik Direktifi almıştır).

#### E. Genç İşçiler: 94/33 sayılı Direktif

Bu Direktifle, çalışan çocuk ve ergenlerin sağlık ve güvenliğinin korunması amaçlanmaktadır. Özellikle de gençler ekonomik sömürüye karşı ve güvenliklerine, sağlıklarına, fiziksel, ruhsal ya da sosyal gelişimlerine zarar verebilecek ve eğitimlerini tehlikeye atabilecek işlerden korunmaya çalışılmaktadır. İlke olarak ulusal yasalar çerçevesinde okuldan ayrılabilme asgari yaşının altındaki ve her halükarda 15 yaşın altındaki gençlerin çalışması yasaktır.

Gençlerin yaptıkları işler titiz bir şekilde düzenlenmeli ve yaşları ve gelişimlerine uygun olmalıdır. 15 yaşın altındaki çocukların çalışması yasaktır. Gençlerin tehlikeli unsurlara, radyasyona, kaza riskine ve aşırı sıcak, gürültü ya da titreşime maruz kalacakları, fiziksel ve psikolojik kapasitelerini aşan işlerde çalışmaları da yasaktır. Öte yandan, çocukların kültür, sanat, spor ya da reklamcılık faaliyetlerinin gerçekleştirildiği işlerde çalışmalarına izin verilebilmekte, fakat böyle durumlarda yetkili merciden izin alınması gerekmektedir. Ancak çocukların okula katılımlarının bu tür faaliyetlerden olumsuz yönde etkilenmesine izin verilemez. Çocuğun 13 yaşından büyük olduğu durumlarda, üye devletler ön izin gerekliliğini ortadan kaldırabilir.

14 yaşından büyük çocukların da çalışma/egitim programlarında ve okula gitmelerine engel teşkil etmediği sürece hafif ağırlıktaki işlerde çalışmalarına izin verilmektedir. Çocukların çalışma saatleri bu Direktifle düzenlenmiştir.

Pregnant workers may neither be dismissed during the period commencing with the pregnancy until the end of maternity leave, except in special circumstances not connected with their pregnancy. This specific protection against dismissal was in particular installed in view of the risk that a possible dismissal may impose for the physical and mental state of pregnant workers, workers who have recently given birth or those who are breastfeeding, including the particular serious risk that they may be encouraged to have an abortion (Case C-109/00, *Tele Denmark*). The fact that the worker did not inform the employer that she was pregnant when the contract of employment was concluded, does not exclude the protection against dismissal. An employer who refuses to enter into a contract of employment with a female candidate, where such refusal is based on the possible adverse consequences for him of employing a pregnant woman, owing the rules on unfitness for work adopted by the public authorities and the possible financial loss, which an employer would suffer for the duration of the maternity leave, acts in direct contravention of the principle of equal treatment, embodied in the Directive 76/207 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion and working conditions (Case C-177/88, *Dekker* – now replaced by recast Directive 2006/54).

#### E. Young workers: Dir. 94/33

This directive aims to protect the health and safety of children and adolescents at work. In particular, it wants to protect young persons against economic exploitation and against any work likely to harm their safety, health or physical, mental, moral or social development or to jeopardise their education. In principle employment of young persons below the minimum compulsory school leaving age under national law and in any event below the age of 15 years is prohibited.

Work undertaken by young people must be strictly regulated and must be adapted to their age and development. Work by children, ie young persons less than 15 years, is prohibited. Employment of young persons is also forbidden in case of occupation which implies work that is beyond their physical or psychological capacity which involves harmful exposures to dangerous agents or radiation or the risk of accidents and the risk of health from extremes of temperature or noise or vibration. However, children may be permitted to undertake work which involves performing cultural, artistic, sporting or advertising activities, but permission or authorisation must be given in each case by a competent authority. However, the attendance at school may not be prejudiced by such activities. In case the children are over the age of 13 years, Member States may dispense the requirement of prior authorisation.

Children over 14 years are also permitted to work in a work/training scheme and to engage in light work, as long as it does not prejudice the attendance at school. The working hours of children are further regulated by this directive.

## F. Yarı Zamanlı İş: 97/81 sayılı Direktif

Bu Direktif, Avrupa'daki sosyal taraflar arasında varılan bir Antlaşmaya dayanan AB araçlarından biridir. Söz konusu Direktifin hedefleri aşağıdaki gibidir:

- Yarı zamanlı işçilere karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmak;
- Yarı zamanlı işlerin kalitesini artırmak;
- Gönüllülük temeline dayanan yarı zamanlı işlerin geliştirilmesini kolaylaştırmak;
- Çalışma zamanlarının esnek bir şekilde düzenlenmesine katkıda bulunmak.

Yarı zamanlı işçiler, normal çalışma saatleri aynı kurumda ya da benzer iş yerlerinde çalışan tam zamanlı işçilerin normal çalışma saatlerinden daha az olan çalışanlardır. Adalet Divanı'na göre; "talep üzerine çalışma" sözleşmeleri yoluyla çalışan kişiler de prensipte bu Direktifin uygulama alanına girebilirler (C-313/02 sayılı *Wippel* Davası). Bu sebeple yarı zamanlı çalışan işçiler, nesnel gerekçelere dayandırılmadıkça, sadece yarı zamanlı olarak çalıştıkları için tam zamanlı işçilere kıyasla daha kötü muamele göremezler. Antlaşma aynı zamanda, üye devletler ve sosyal tarafların, toplu sözleşmelerde yer alan ve yarı zamanlı iş fırsatlarını sınırlandırabilen hükümleri ve hukuki veya idari engelleri belirleyip yeniden gözden geçirmelerini, hatta gerektiğinde bu unsurları ortadan kaldırmalarını gerektirmektedir.

Bütün yarı zamanlı iş sözleşmelerinin yetkili kuruma gönderilme gerekliliği ve gönderilmediği takdirde cezai işlem uygulanması, yarı zamanlı iş fırsatlarını sınırlandıran idari bir engeldir (C-55/07 ve C-56/07 sayılı *Michaeler, Subito ve Volgger* Davaları).

İşverenler de, işçilerin tam zamanlı işlerden yarı zamanlı işlere geçme taleplerini ya da yarı zamanlı işçilerin çalışma saatlerini artırma isteklerini değerlendirerek, yarı zamanlı işler konusunda çalışanları bilgilendirerek ve yarı zamanlı işlere erişimi kolaylaştırmak suretiyle yarı zamanlı çalışmayı teşvik edebilirler. Yarı zamanlı çalışmadan tam zamanlı çalışmaya geçişin reddi tek başına işten çıkarma için geçerli bir sebep teşkil edemez. Buna ek olarak, işverenler kariyer fırsatlarını ve kariyer hareketliliklerini geliştirmek adına yarı zamanlı işçilerin mesleki eğitimlere erişimini kolaylaştırmalıdır.



## F. Part-time work: Dir. 97/81

This directive is another example of an EU instrument, which was based on an agreement reached between the European social partners. The objectives of this directive are manifold:

- it wants to remove discrimination against part-time workers;
- it wants to improve the quality of part-time work;
- it wants to facilitate the development of part-time work on a voluntary basis;
- it wants to contribute to the flexible organisation of the working time.

Part-time workers are employees whose normal hours of work are less than the normal working hours of full time workers engaged or employed in the same establishment or engaged in the same similar types of employment. According to the Court of Justice, also people working under a contract of "work on demand", can in principle fall under the field of application of this directive (Case C-313/02, *Wippel*). Part-time workers may therefore not be treated less favourable than comparable full-time workers, solely because they work part-time, unless the treatment is justified on objective grounds. The agreement also requires Member States and social partners to identify and review obstacles of a legal or administrative nature and provisions in collective agreements which may limit opportunities for part-time work and where appropriate, eliminate them.

The requirements to send a copy of every part-time employment contract to the competent authority, and the fact that failure to comply with this leads to penalties, is such an administrative obstacle that limits the opportunities for part-time work (Case C-55/07 and C-56/07 *Michaeler, Subito and Volgger*).

Employers should also encourage part-time work by giving considerations to requests by workers for transfers from full-time work to part-time work or by part-time workers to increase their working time, by providing information on part-time work opportunities and facilitating access to part-time work. A refusal to transfer from part-time work to full-time work may not in itself constitute a valid reason for dismissal. Employers should also facilitate access by part-time workers to vocational training to enhance their career opportunities and career mobility.

## G. Sabit süreli istihdam: 99/70 sayılı Direktif

Bu Direktif Avrupa'daki sosyal taraflar tarafından yapılan bir Antlaşmaya dayanmaktadır. Sabit süreli iş sözleşmeleriyle çalışan işçiler bir yandan sabit süreli iş sözleşmeleri ve daimi iş sözleşmeleri arasındaki ayrımın ortadan kaldırılması, bir yandan da devam eden sabit süreli iş sözleşmeleri ya da iş ilişkilerinin kullanılarak sabit süreli işçilerin kötüye kullanılmasının engellenmesi yoluyla korunmaktadır. İş sözleşmesinin bitiş tarihinin, belli bir tarihi doldurma, belli bir görevi tamamlama ya da özel bir durumun yaşanması gibi objektif koşullarla belirlendiği iş sözleşmeler kapsamında çalışan işçiler, sabit süreli işçilerdir. Nesnel bir şekilde gerekçelendirilemediği sürece, sabit süreli işçiler devamlı işçilere kıyasla daha kötü muamele göremezler. Bu hükmün doğrudan etkisi vardır. Dolayısıyla bu hükümler herkes için bağlayıcıdır. (268/08 sayılı *Impact* Davası). İşverenler, devamlı pozisyonlara yerleşmelerini sağlamak amacıyla, sabit süreli işçileri işletme bünyesindeki boş pozisyonlardan haberdar etmelidirler. Bu bilgilendirme gerekliliği bütün çalışanların boş pozisyonlar konusunda bireysel olarak haberdar edilmesine gerek kalmadan, genel duyuru yoluyla da yerine getirilebilmektedir.

Üye devletler, gerektiğinde, art arda yapılan sabit süreli sözleşmelerden kaynaklanan kötüye kullanmanın önüne geçmek için kendi hukuki sistemleri içerisinde önlem almak zorundadırlar. Bir üye devlette bu tür bir kötüye kullanmayı önlemek adına hiçbir yasal önlem bulunmadığında, üye devletler aşağıdaki önlemlerden bir ya da daha fazlasına başvurmalıdırlar:

- Sabit süreli antlaşmaların ya da iş sözleşmelerinin yenilenmesini gerekçelendirebilen tarafsız nedenler;
- Art arda yapılan bu tür sabit süreli antlaşmaların ya da iş sözleşmelerinin azami toplam süresi;
- Bu tür sabit süreli antlaşmaların ya da iş sözleşmelerinin kaç kez yenilenebileceği.

Ancak, bu son hükmün doğrudan hiçbir etkisi bulunmamaktadır (268/06 sayılı *Impact* Davası). Söz konusu Direktif, art arda yapılan iş sözleşmelerinin ilgili sözleşmeler arasındaki zamanın 21 iş gününü aşmamasını gerektirecek bir şekilde düzenlenmesini sağlayan bir koşulun bulunduğu bir ulusal yasa hükmünü dışarıda bırakmaktadır. Bu şekilde bir işverenin her sabit süreli iş sözleşmesinin sonunda 21 çalışma günü zaman geçmesine müsaade etmesi, söz konusu işçinin aynı iş için harcadığı yıl sayısına ve bu sözleşmelerin sınırlı süreli değil, aksine sabit ve daimi olan ihtiyaçları kapsamına bakılmaksızın, bu tür birbirini izleyerek yapılan sözleşmelerin daha istikrarlı iş sözleşmelerine dönüşmesinin önüne geçmek açısından yeterli olacaktır. Bu durum, söz konusu Direktifin, sabit süreli iş sözleşmelerinin kötüye kullanılmasına karşı işçilerin korunmasına yönelik temel amaç ve hedefine ters düşmektedir. Ancak, bu Direktif üye devletlerin sabit süreli iş sözleşmelerini sonu olmayan iş sözleşmelerine dönüştürmesini gerektiren genel bir yükümlülük getirmemekle birlikte, ulusal hukuk hali hazırda eş değer önlemler içermediği takdirde yukarıda listelenen önlemlerden en az bir tanesinin etkili ve bağlayıcı bir şekilde benimsenmesini gerektirmektedir.

## G. Fixed-term employment: Dir. 99/70

Also this directive is based on an agreement concluded by the European social partners. Workers on fixed-term contracts are offered protection by, on the one hand, eliminating discrimination between fixed-term contracts and comparable permanent work and, on the other hand, through the prevention of abuse of fixed-term workers by the use of continuous fixed-term employment contracts or employment relationships. A fixed-term worker is a worker who has an employment contract, where the end of the employment contract is determined by objective conditions, such as the reaching of a specific date, completing a specific task or the occurrence of a specific event. Fixed-term workers may not be treated in a less favourable manner than comparable permanent workers, unless such treatment can be objectively justified. This clause has a direct effect, so every individual can rely on these provisions (Case 268/06, *Impact*). Fixed-term workers must be informed by their employers of available vacancies within the undertaking, in order to ensure that they have an opportunity to secure permanent positions. This information requirement may be satisfied by a general announcement without the need of an individually informing of vacancies.

Member States are also obliged, when necessary within their legal systems, to take measures in order to prevent abuse following the successive use of fixed-term contracts. Where there are no legal measures in a Member State that prevents such abuse, Member States must introduce one or more of the following measures:

- objective reasons justifying the renewal of fixed-term contracts or employment relationships;
- the maximum total duration of such successive fixed-term contracts or employment relationships;
- the permitted number of renewals of such contracts or relationships.

However, this last provision has no direct effect (Case 268/06, *Impact*). The directive precludes a provision of national law under which one of the conditions governing the existence of successive employment contracts is that there must be no more than 21 working days between the contracts concerned. It would then just be sufficient for an employer to allow a period of just 21 working days to elapse at the end of each fixed-term employment contract, in order automatically to thwart the conversion of the successive contracts into a more stable employment relationship, irrespective of both the number of years to which the worker concerned has been taken on for the same job and the fact that those contracts cover needs which are not of limited duration, but on the contrary are fixed and permanent. This would counteract the fundamental objective and aim of the directive, which is the protection of workers against the misuse of fixed-term employment contracts. However, the directive does not lay down a general obligation on the Member States to provide for the conversion of fixed-term employment contracts into contracts of indefinite duration, but it requires effective and binding adoption of at least one of the measures listed above if national law does not already include equivalent measures.

Üye devletlerin kendi yasalarının, art arda yapılan sabit süreli sözleşmelerin kötüye kullanılması konusunda hiçbir etkili önlem barındırmadığı ve gerektiğinde cezalandırma yapamadığı durumlarda, söz konusu Direktif, kamu hukukunda işverenin sabit ve daimi ihtiyaçlarını karşılamak için yapılan sabit süreli sözleşmelerin sonu olmayan bir şekilde birbirini takip ettiği iş sözleşmelerine dönüştüğü ve bu sebeple de kötüye kullanma halinin olduğu ulusal yasaların uygulanmasını engellemektedir (C-212/04 sayılı *Adenelar* Davası).

#### H. Geçici istihdam: 2008/104 sayılı Direktif

Bu Direktif, sosyal taraflar arasındaki anlaşma başarısız olduğunda ve Konsey'in bu aracın daha fazla geliştirilmesini üstlendiği durumlarda örnek teşkil etmektedir. Direktifin temel amacı, geçici işçilerin yasal statüleri açısından üye devletler arasındaki farklılıkları azaltmak, onlara iş veren kurum ve gönderildikleri işletme açısından ortak asgari standartlar belirlemek ve geçici işçilerin belli iş türlerinde kullanılması konusundaki yasağı en aza indirmektir. Geçici istihdam bürosuna bağlı olarak çalışanlar ve büroya bağlı çalışmayanlar arasındaki ayrımı ortadan kaldırmak ve ilk günden itibaren ödeme, analık izni ve izin hakkı açısından daimi işçilerle eşit muamele görmelerini sağlamak amaçlanmaktadır. Bu grupların aynı temel çalışma koşullarına sahip olma hakkı bulunmaktadır ve işçilerin istihdam bürosu tarafından gönderildikleri işletmede o işletmenin doğrudan kendisinin istihdam ettiği işçilerle aynı koşullara sahip olarak, kantin, çocuk bakımı, ulaşım gibi hizmetlere erişimlerinin sağlanması gerekmektedir. Ayrıca, istihdam bürosu tarafından gönderildikleri işletmede boşalan pozisyonlar konusunda bilgilendirilmeleri gerekmektedir. Bu bakımdan, gönderildikleri şirketle iş sözleşmesi yapmalarını yasaklayan ibarelerin yasaklanmasının yanı sıra, geçici istihdam büroları söz konusu şirkette işe alınmalarını sağlama gerekçesiyle işçilerden maddi bir karşılık bekleyemez.

#### I. Çalışma saatleri: 2003/88 sayılı Direktif

Çalışma saatlerinin düzenlenmesi konusunu çeşitli açılardan ele alan bu Direktif, uzun yıllardır yeniden düzenlenme sürecinde olan oldukça hassas bir Direktiftir. Söz konusu Direktif, asgari yıllık izin süreleri, haftalık ve günlük izinler, çalışma saatleri içerisinde verilen aralar, azami haftalık çalışma süreleri ve gece çalışmaları, vardiyalı çalışmalar ve çalışma tür ve biçimlerine ilişkin birçok konuyu ele alan ayrıntılı kurallar içermektedir. Bu Direktif, işçiler için çalışma ortamlarında gerekli sağlık ve güvenlik koşullarının temin edilmesi amacıyla oluşturulmuştur.

İşçinin işverenin emrinde olup ulusal yasa ve çalışmalarla uyumlu olarak görev ya da faaliyetlerini yerine getirdiği zamanlar, çalışma zamanıdır. Dolayısıyla, çalışma zamanı sayılmayan bütün zamanlar dinlenme zamanı olmaktadır.

Söz konusu Direktif, aşağıdaki istisnalar dışında prensipte herkese uygulanmaktadır:

In so far as domestic law of a Member State does not include any other effective measure to prevent and where relevant, punish the misuse of successive fixed-term contracts, the directive precludes the application of national legislation which, in the public sector law, absolutely prohibits the conversion into an employment contract of indefinite duration of a succession of fixed-term contracts that, in fact, have been intended to cover fixed and permanent needs of the employer and must therefore be regarded as constituting an abuse (Case C-212/04, *Adeneler*).

#### H. Temporary employment: Dir. 2008/104

This directive is an example where an agreement between the social partners was not successful and where the further development of this instrument was undertaken by the Council. The fundamental objective of this directive is to reduce disparities between the Member States with respect to the legal status of temporary workers, to introduce common minimum standards with respect to both the agency which engages them and to the user-undertaking in which they are placed, as well as to minimise prohibition on the use of temporary workers in certain types of employment. One wants to end the discrimination between temporary agency workers and non-agency workers and ensure that they have equal treatment with permanent workers from day one in terms of pay, maternity leave and leave entitlement. They have right to the same basic working employment conditions. They must also be given access to facilities in the user-undertaking, such as canteens, child care, transport, ..., under the same conditions as workers directly employed by that undertaking. They must also be informed on vacant posts at the user-undertaking. In this respect, clauses prohibiting them from concluding contracts of employment with the user-undertaking, are prohibited and neither can temporary agencies charge fees to workers for arranging for them to be recruited by a user-undertaking.

#### I. Working time: Dir. 2003/88

This directive that deals with certain aspects of the organisation of working time, is a very sensitive directive that is since many years in a process of revision. The directive lays down detailed rules dealing with the minimum periods of annual leave, weekly rest and daily rest; the breaks during working time; the maximum weekly working time, as well as certain aspects of night work, shift work and work patterns. This directive was installed in order to guarantee workers the necessary health and safety conditions in their working environment.

The working time is any period during which the worker is at the employer's disposal and carrying out his activities or duties in accordance with national law and practice. A rest period is therefore any period that is not a working time.

The directive is in principle applicable to everybody, although there are certain exceptions:

- Belli işçi gruplarına ayrı kurallar uygulanmaktadır (örn. ulaştırma çalışanları ya da denizciler);
- Üye devletler, çalışma süresi belirlenmediği ya da işçiler tarafından belirlenebildiği durumlarda, özel faaliyetler açısından bazı hükümleri ihlal edebilmektedir. Özellikle de idarecilerin ya da özerk karar verme yetkisi bulunan kişilerin faaliyetleri bu duruma örnek gösterilebilir;
- İşçinin çalışma yeri ve ikametgâhının birbirinden uzak olması halinde gerçekleştirilen faaliyetler gibi bazı özel çalışma türleri konusunda da ihlaller söz konusu olabilmektedir;
- Hastanede verilen hizmet, ambulans, televizyon, yangından koruma hizmetleri, doğal gaz ve elektrik gibi hizmetlerin üretilmesi ya da devam ettirilmesi ihtiyacını bünyesinde barındıran faaliyetler;
- Turizm ve tarım gibi sektörlerde öngörülebilir faaliyetsizlik halinde;
- Üye devletler bazı durumlarda haftalık azami çalışma saatlerinden sapabilirler (bu durum işçinin bireysel, açık rızasına ve hür iradesine bağlıdır; işçinin rızası olmadığında, işveren tarafından hiçbir şekilde aleyhine bir durum oluşturulamaz).

Çalışma Saati Direktifinin hekimlere uygulanması ciddi sonuçlar doğurmuş ve Adalet Divanı'nda bu konuda birçok dava görülmüştür. Özellikle de, çalışmasa bile iş yerinde olması gereken ya da fiziksel olarak iş yerinde olmadıkları anlarda bile ulaşılabilir olması gereken işçilerin nöbet süresinde harcadıkları zaman konusunda sorunlar yaşanmıştır. Mesleki hizmet sunmak amacıyla iş yerinde bulunan hekimler işverenlerinin emrinde bulunmakta, dolayısıyla çalışmalarını yürütmektedirler. Örneğin söz konusu hekimin yapacak mesleki bir faaliyeti olmasa ve icapçı hekimin istirahat yetkisi olsa bile bu süre çalışma süresi olarak kabul edilmek zorundadır. Kişilerin işverenin emrinde oldukları sürenin bütününün, çalışma süresi olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Kişilerin iş yerinde olması gerektiği ancak ulaşılabilir olması gerektiğinde durum değişmektedir. Kişiler zamanlarını kendi istek ve ilgileri doğrultusunda düzenleyebildikleri gibi, bu zaman çalışma süresi olarak değerlendirilmez (C-303/98 sayılı *Simap Davası* ve C-151/02 sayılı *Jaeger Davası*). Yine aynı şekilde, icap süresini kapsayan çalışma saatlerini farklı bir şekilde hesaplamak, icap süresince geçirilen bütün zamanın gerçek zaman olarak değerlendirilmemesine sebebiyet verdiği için yasaktır (C-14/04 sayılı *Dellas Davası*). Ancak Çalışma Saatleri Direktifinin, sadece çalışma saatleriyle ilgili olduğunu ve çalışma saatlerinin ücretlendirilmesini etkilemediğini eklemek gerekmektedir. Bunun bir sonucu olarak, Adalet Divanı, bir üye devletin fiilen faaliyet gerçekleştirilmeyen ancak nöbette olan bir kişinin çalışma süresinin nöbet esnasında fiilen faaliyette olan bir kişinin çalışma sürelerinden farklı bir şekilde ücretlendirmesini çalışma süreleri Direktifine aykırı olarak değerlendirmemiştir (C-437/05 sayılı *Vorel Davası*).

Söz konusu Direktif çalışma saatlerine ilişkin ayrıntılı kurallar içermektedir:

- Her 24 saatlik süre için asgari 11 saatlik günlük dinlenme süresi. Haftalık dinlenme süresi Pazar günü olmak zorunda değildir.
- On bir saatlik günlük dinlenmeye ek olarak her yedi günlük sürede 24 saatlik asgari dinlenme süresi;
- İş günü altı saatten daha uzun olduğunda dinlenme arası;

- certain groups of workers know separate rules (eg transports or seafarers);
- Member States can derogate from certain provisions in respect of specific activities, where the duration of the work is not measured or can be determined by the workers themselves. Examples are in particular activities performed by managing executives, or people with an autonomous decision-making power;
- derogations are also possible for certain particular types of employment as eg activities where the worker's place of work and place of residence are distant from one another;
- activities that involve the need for continuity of service or production, as service at hospital, ambulance, television, fire protection services, gas and electricity;
- where there is a foreseeable surge inactivity, as tourism and agriculture;
- Member States may also deviate from the maximum hours per week under certain conditions (previously individual, expressly and freely, consent by the worker, where the worker is refusing to give his consent this may not be subject to any detriment by the employer as a result...).

The application of the working time Directive to doctors has caused considerable problems and gave rise to several cases before the Court of Justice. In particular the question arose what happens with time spent on on-call duty, ie time when employees are required to be either present at the work place, even if they not work, or that these persons need to be contactable, even if not physically present at the work place. Doctors who are present at the work place with a view to provide their professional services, are at the disposal of the employer and are therefore carrying out activities. This time therefore has to be considered as working time, even if this doctor is for example not performing professional activities but is authorised even to sleep during the on-call period. The whole period someone is present at the premises of the employer, must be regarded as working time. The situation is different when the persons have to be contactable, but are, however, not required to be present at the work place. These people may manage their time according to their own wishes and interests and therefore this time is not considered to be working time (Case C-303/98, *Simap*; Case C-151/02, *Jaeger*). To the same extent, it is forbidden to calculate these working hours during on-call periods differently and leading to a situation where not all hours spent on on-call duty were considered as real time (Case C-14/04, *Dellas*). It must, however, be added that the working time directive only deals with the working time and that it does not impact the remuneration of the working time. As a result, the Court of Justice did not consider it contradictory to the working time directive that a Member State remunerated the periods when one was on on-call duty, but not actually performing activities, differently to periods when one was performing activities during on-call duty (Case C-437/05, *Vorel*).

The directive lays down detailed rules on the working time, which in particular includes:

- a daily rest of minimum 11 consecutive hours for every 24-hour period. This weekly rest period must not necessarily be on Sunday;
- a minimum interrupted rest period of 24 hours in every seven day period in addition to the eleven hours daily rest;
- a rest break where a working day is longer than six hours;

- Haftalık azami 48 saatlik çalışma süresi. Yukarıda bahsedildiği gibi, belli koşullar yerine getirildiği sürece, üye devletler haftalık azami çalışma sürelerine ilişkin kuralları görmezden gelme seçeneğine sahiptir;
- Yıllık en az dört haftalık ücretli izin; Yıllık iznin, herhangi bir ödenekle değiştirilmesi kabul edilemez (C-173/99 sayılı *Bectu Davası*). Yine aynı şekilde, herhangi bir iş yılı içerisinde alınmayan yıllık izin günlerinin bir sonraki yıl onun yerine geçecek şekilde bir ödenekle değiştirilmesi kabul edilemez. Tatil ödemelerinin bir yıl boyunca normal ücretlerin bir parçası olarak ödendiği sistemler de kabul edilemez. Bu bakımdan, tatil ödemesi, işçinin fiilen izin aldığı belli bir döneme göre yapılmak zorundadır. Bu ödeme, ilgili yıllık çalışma süresi boyunca kademe kademe ve yapılan işin karşılığı olan ücretle birlikte kısmen ödeme şeklinde yapılamaz (C-131/04 ve C-257/04 sayılı *Steele Davası*). Yıllık izin hakkı ve ödeme alma hakkı kazanılması tek bir hakkın iki farklı yönüdür ve bu tür bir izinde işçinin ücretlendirme konusunda çalışma süreleriyle karşılaştırılabilir bir pozisyonda olması gerekir.
- Gece çalışanlar için normal çalışma saatleri 24 saatlik bir süre içerisinde ortalama sekiz saati aşamaz.

#### J. Kadınlar ve erkekler arasında eşit muamele

Kadın ve erkek çalışanlar arasında eşit muamele daima Avrupa Birliği'nin hedeflerinin merkezinde olmuştur. Daha önce de bahsedildiği gibi, Avrupa Topluluğu'nun oluşmaya başladığı dönemden bu yana, Antlaşma'da muamele eşitliği ilkesi bulunmuştur: "Bütün üye devletler, eşit iş ya da eşit değerdeki işler için, kadın ve erkek işçiler arasında eşit ücret ödemesi ilkesinin uygulanmasını sağlarlar." (ABİA'nın 157. Maddesi (eski 119. Madde)). Bu ilke, yukarıda bahsedilen maddeyi uygulamak için oluşturulan kadın ve erkekler arasında eşit ödeme konulu 75/117 sayılı Direktif'te daha detaylı bir biçimde ele alınmıştır. Söz konusu Direktifin kabul edildiği dönemde eski 119. Maddenin doğrudan etkisi olmadığı düşünülmüştür. Ancak Adalet Divanı meşhur *Defrenne 2 Davası*'nda (C-43/75) bu maddenin doğrudan uygulanabilir olduğuna ve Divan'ın koruması gereken bireysel hakların güçlendirilmesine katkı sağlayabileceğine karar vermiştir. Söz konusu içtihat hukukunu birçok dava takip etmiş ve bu içtihat hukuku geniş bir alanda kadın-erkek arasında muamele eşitliğinin geliştirilmesine katkıda bulunmuştur. 75/117 sayılı eşit ücret Direktifi *Defrenne 2 Davası*'nda varılan karardan birkaç ay önce yürürlüğe girmiş olmasına rağmen, söz konusu Direktif kadın-erkek arasındaki bütün dolaylı ayrımcılık türlerini ortadan kaldırdığı için önemli bir role sahip olmuş, böylece eski 119. maddenin doğrudan ayrımcılık türlerine doğrudan uygulanabilirliğini sınırlandırarak Adalet Divanı'nın içtihat hukukunu tamamlamıştır.

Sosyal alanda kadın-erkek arasında eşit muamele ilkesini düzenleyen başka Direktifler de olmuş ve Avrupa Adalet Divanı'nda çok fazla sayıda dava görülmüştür.



- a maximum weekly working time of maximum 48 hours. There is an option for Member States to opt out for these rules on maximum weekly working time, if certain conditions are fulfilled, as mentioned above;
- an annual paid leave of at least four weeks. It is not acceptable to replace this annual leave by the payment of an allowance in lieu (Case C-173/99, *Bectu*). In the same respect, it is not acceptable that days of annual leave which are not taken in the course of a given year of employment, would be replaced by an allowance in lieu, in the course of the following year. A system of rolled-up holiday pay is not acceptable. In that respect, holiday pay has to be paid in respect of the specific period during which the worker actually takes leave and cannot be made in the form of part payments, staggered over the corresponding annual period of work and paid together with the remuneration for work done (Case C-131/04 and C-257/04 *Steele*). Entitlement to annual leave and payment on that account are two aspects of a single right and during such leave, the worker must be in a position which is, as regards remuneration, comparable to periods of work.
- normal hours of work for night workers may not exceed an average eight hours in any 24-hour period.

#### J. Equal treatment between men and women

Equal treatment between men and women has always been at the core of the objectives of the European Union. As mentioned before, from the beginning of the founding of the European Community, a principle of equal treatment could be found back in the Treaty: "Each Member State shall ensure that the principle of equal pay for male and female workers for equal work or work of equal value is applied" (Article 157 TFEU (former article 119)). This principle was further worked out in Directive 75/117 on equal pay for men and women, adopted to implement the above mentioned article, not at least as at the time of its adoption it was believed that this previous Art. 119 did not have direct effect. However, the Court of Justice judged in its famous case *Defrenne 2* (Case C-43/75) that this article was directly applicable and may therefore give rise to individual rights which the Court must protect. This case law was followed by many other cases and gave rise to the development of equal treatment between men and women in a wide variety of domains. Although the equal pay Directive 75/117 entered into force a couple of months before the judgement in *Defrenne 2*, the Directive still had its role, as it also abolished all indirect forms of discrimination between men and women, and as such complemented the case law of the Court of Justice, where it limited the direct applicability of the previous Art. 119 to direct forms of discrimination.

Many other directives were adopted in the social field that regulated the equal treatment between men and women and a vast amount of cases were judged by the European Court of Justice.

Son dönemlerde istihdam ve meslek konularında kadın ve erkek arasında eşit muamele sağlanması ve eşit fırsat tanınmasına ilişkin 2006/54 sayılı değişikliğe uğrayan Direktif; ücretler, emekli aylıkları ve iş fırsatları konularında kadın-erkek arasında eşitlik sağlanmasına ilişkin bir dizi Direktifte yer alan hükümleri tek bir metinde bir araya getirmiştir. Adalet Divanı'nda görülen çeşitli davalar da göz önünde bulundurulmuştur. Söz konusu değişikliğe uğrayan Direktifle eşit ücret ilkesi belirlenmiş ve bütün doğrudan ve dolaylı ayrımcılık türleri yasaklanmıştır. Pozitif eylemler Antlaşma'nın hükümlerine uygundur.

157. Maddede ve yine değişikliğe uğrayan Direktifte tanımlandığı gibi, ödeme kavramı, Avrupa Adalet Divanı tarafından daima geniş bir şekilde yorumlanmıştır. İstihdamdan kaynaklanan ya da kişilerin istihdamıyla doğrudan ilgili olan bütün yardımlar ödeme olarak değerlendirilmektedir. Ancak Adalet Divanı daima, yasal programlar kapsamında ödenen sosyal güvenlik yardımlarının ödeme olarak değerlendirilmediği yönünde karar vermiştir (C-80/7 sayılı *Defrenne 1* Davası). Bu sebeple, 79/7 sayılı sosyal güvenlikte eşit muamele Direktifi kabul edilmiştir. Bu Direktif, yasal programlar, diğer sosyal güvenlik riskleri, sosyal güvenlik programlarının kapsamı, prim ödeme yükümlülüğü, primlerin miktarının hesaplanması ve yardımların hesaplanması gibi konularda kadın-erkek arasında eşit muamele sağlamaktadır. Ancak söz konusu Direktif üye devletlerin bu ilke konusunda, özellikle de emekli aylığı bağlanması için emekli olunabilen yaşın belirlenmesi gibi konularda bazı ihlallerde bulunmasına imkân tanımaktadır. Dolayısıyla, üye devletlerin, sistemlerin mali dengesini bozmadan giderek artan bir şekilde emeklilik sistemine adapte olmalarına imkân tanımak için, emeklilik konusunda cinsiyetlerden birine uygulanan avantajları geçici olarak sağlamasını mümkün kılmıştır.

Yine mesleki sosyal güvenlik yardımlarına ilişkin olarak da özel bir Direktif olan 86/378 sayılı Direktif kabul edilmiştir. Ancak, Avrupa Adalet Divanı'nın meşhur *Barber* Davası'nda (C-262/88 sayılı *Barber* Davası) mesleki sosyal güvenlik yardımlarının AT Antlaşması'nın 141. Maddesi'nin (şimdiki 157. Madde) kapsamına girdiği yönünde verdiği karar göz önünde bulundurulduğunda, bu Direktif daha az elverişli olmuştur. Bu içtihat hukukunu başka birçok önemli dava takip etmiştir. 86/378 sayılı Direktifin rolü bu sebeple dolaylı ayrımcılık davalarıyla sınırlı kalmıştır.

Bugün bu Direktifin yerini, değişikliğe uğrayan 2006/54 sayılı eşit muamele Direktifi almıştır. Buna ek olarak, hizmet akdiyle ya da kendi hesabına çalışma imkanlarına erişim, meslekler, tercih kriterleri ve işe alma koşulları, tüm mesleki rehberlik ve mesleki eğitim türleri ve düzeylerine erişim, çalışma koşulları, işten çıkarma koşulları ve işçi ya da işveren kuruluşlarına üye ve dâhil olma koşulları gibi alanlarda kadın-erkek arasında eşit muamele ilkelerini belirleyen, 76/207 sayılı fırsat eşitliği Direktifi bulunmaktadır. Bu Direktif dolaylı ayrımcılığı olduğu kadar doğrudan ayrımcılığı da yasaklamaktadır. Bugün söz konusu Direktifin yerini, değişikliğe uğrayan 2006/54 sayılı Direktif almıştır.

Since recently the recast Directive 2006/54 on the implementation of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation put together in one single text the provisions of a number of directives dealing with equality between men and women in the matter of pay, pensions and work opportunities. It also takes different cases of the Court of Justice into consideration. This recast Directive sets out the principle of equal pay and forbids any direct and indirect form of discrimination. A positive action is in line with the provisions of the Treaty.

The concept of pay as defined in Art. 157 and also in the recast Directive has always been broadly interpreted by the European Court of Justice. Any consideration derived from employment or any benefit which is directly related to the employment of the person, is pay. However, the Court of Justice has always determined that social security benefits payable under statutory schemes, are not pay (Case C-80/7, *Defrenne 1*). For that reason, the equal treatment in social security Directive 79/7 was adopted. This directive provides for the equal treatment of men and women with respect to statutory schemes or different social security risks, as well as with respect to the scope of the social security scheme; the obligation to pay contributions and the calculation of the amount of such contributions and the calculation of benefits. However, the directive allows Member States to make certain derogations to this principle, in particular eg related to the determination of the pensionable age for granting pensions. So, Member States are allowed to temporarily maintain the advantages accorded to one of the sexes with respect to retirement in order to allow them to progressively adapt the pension system without disrupting the financial equilibrium of the systems.

Also for occupational social security benefits, a special directive was adopted, ie Directive 86/378. The relevance of this directive was, however, less, taking into account that the European Court of Justice decided in its famous *Barber* case (Case C-262/88, *Barbe*) that occupational social security benefits do fall within the scope of Art. 141 of the EC Treaty (the actual Art. 157). This case law was followed by several other important cases. The role of Directive 86/378 was therefore limited to cases of indirect discrimination.

This directive has now also been replaced by the recast equal treatment Directive 2006/54. In addition, there is also the equality of opportunities Directive 76/207 that lays down the principles for equal treatment of men and women with respect to matters as the conditions of access to employment or self-employment; occupation, including selection criteria and recruitment conditions; access to all types and all levels of vocational guidance and vocational training; the working conditions, including the conditions governing dismissal and the membership of and involvement in an organisation of workers or employers. This directive forbids direct as well as indirect discrimination. Also this directive has now been replaced by the recast Directive 2006/54.

## K. İşletme veya İşletmenin Bir Bölümünün Devri Halinde İşçi Haklarının Korunmasına İlişkin 2001/23 sayılı Direktif

Bu Direktifin etki ve önemi azımsanamaz. Uluslararası işbirliğinin yeniden yapılandırılması ve işletmeler bünyesinde işlerin yeni yöntemlerle düzenlenmesi sebebiyle, bu konuya gösterilen ilgi giderek artmıştır. Artan rekabet sebebiyle şirketlerin yeniden yapılandırılmasının çalışanlar için olumsuz sonuçlar doğurması konusunda endişe duyulmuştur. İşçilerin korunması ve artan iş piyasası esnekliği nasıl birleştirilebilir sorusu ortaya atılmıştır. Bu sebeple 1977'de işletmelerin devrine ilişkin bir Direktif kabul edilmiştir (77/187 sayılı Direktif). Bu Direktifin uygulanması, ilk Direktifte bir dizi değişikliğe sebep olan geniş çaplı bir içtihat hukukunun temelinde yer almaktadır.

Bu Direktifin hedefleri iki yönlüdür: Bir taraftan işveren değişimi halinde, edinilen hakların korunması ve iş ilişkisinin işletmeyi devralan kişiye aktarılması yoluyla çalışanlar korunurken, bir yanda da işletmenin devrinden önce bilgilendirme ve danışma süreci yoluyla daha fazla şeffaflık sağlanmaktadır.

Söz konusu Direktif belli bir koruma seviyesi garanti etmemekte, ancak devirle birlikte hakların tehlikeye atılmamasını ve bu durumun aşağıdaki üç mekanizma ile gerçekleşmesini sağlamaktadır:

- İş ilişkisinden doğan haklar devredilir;
- Devir, işten çıkarma gerekçesi değildir;
- İşçi temsilcilerinin statüleri ve işlevleri muhafaza edilir.

Direktifin hükümlerine uymak zorunludur. Yani bu Direktifin sağladığı koruma, işçinin rızası olsa bile ihlal edilemez ve kısıtlanamaz. Özellikle işçilerin zayıf konumunun durumlarını tehlikeye atmasından korkulmuştur. Elbette ki devir işleminden sonra bir işçinin yeni işvereni için çalışmaya devam etmeme yönünde bir karar verme hakkı bulunmaktadır. Öyle ki kendi iradesi ile seçmediği bir işverenle çalışmamak, bir işçinin temel özgürlük hakkıdır (C-139/91 sayılı *Katsikas* Davası). Böyle bir durumda, sözleşmeye ya da iş ilişkisine ne olacağına, sözleşmenin işçi tarafından mı yoksa işveren tarafından mı bitirileceğine ya da sözleşmenin hala devreden kişi tarafından oluşturulmuş olduğunun varsayılacağına karar verecek olan ulusal yasalardır.

Bu Direktifin farklı kavramlarının yorumlanması ve Direktifin ne zaman uygulandığına karar verilmesi birçok yorum sorununa sebebiyet vermiştir. Bu bakımdan üç kavram büyük önem taşımaktadır: işletme nedir, işçi nedir ve devir nedir? Bu noktada söz konusu kavramları açıklığa kavuşturmaya çalışacağız.

### ***İşletme***

İşletme, kurum ya da işletmenin bir bölümü kavramı, kendi kendine var olabilen ya da daha büyük bir işletmenin bir parçasını oluşturan ve sayesinde ekonomik faaliyetlerini yürüttüğü mal varlığı ve kişileri bünyesinde barındıran, asgari düzeyde örgütlenmiş tecrübesiyle bir birim anlamına gelmektedir.

## K. Transfer of undertakings: Directive 2001/23

The influence and importance of this directive may not be underestimated. There is also a growing interest due to the international cooperate restructuring and the new methods of organisation of the work within undertakings. The concern was that the restructuring of undertakings resulting from an increased competition would lead to negative consequences for employees. How can one combine protection for the workers with an increased labour market flexibility? For that reason already in 1977 a directive on transfer of undertakings was adopted (Directive 77/187). The application of this directive was at the origin of a vast amount of case law which has led to numbers of amendments of the initial directive, not at least to take into account this case law.

The objectives of this directive are twofold: on the one hand, there is the protection of employees in case of change of the employer by safeguarding acquired (or in process of being acquired) rights and transferring the employment relationship to the transferee and on the other hand, there is more transparency by means of an information and consultation process prior to the transfer of business.

The directive does not guarantee a certain level of protection, but ensures that the rights are not endangered by the transfer and this through three mechanisms:

- the rights out of the employment relationship are transferred;
- the transfer is not a justification for dismissal;
- the preservation of the status and functions of the representatives of the employee.

The provisions of the directive are mandatory, implying that protection safeguarding by this directive cannot be derogated from and cannot be restricted, even with the consent of the employee. It was in particular feared that the weak position of the employee would otherwise endanger his situation. Of course, an employee is allowed to decide not to continue to work for his new employer after the transfer. Indeed, the employee has a fundamental free right not to work for an employer he has not freely chosen (Case C-139/91, *Katsikas*). In such a case, it will be up to national law to decide what happens with the contract or the employment relationship and if this would lead to a termination by the employee or the employer or that the contract may still be regarded as being maintained by the transferor.

The interpretation of the different concepts of this directive, as well as deciding when this directive applies, has given rise to numbers of interpretation problems. Three concepts are crucial in this respect: what is an undertaking, who is an employee and what is a transfer? We just shortly want to clarify these concepts here.

### ***Undertaking***

The concept of undertaking, business or part of business refers to a unit with a minimum level of organised experience, which can either exist by itself or form part of a larger undertaking and which consists of persons and assets by means of which an economic activity is carried out.

Dolayısıyla bir işletmenin devri, işletmenin bir parçası olan ayrı bir birimin ayrı bir varlık olarak tanımlanabildiği andan itibaren gerçekleşebilir. İstikrarlı bir ekonomik varlıkla ilgisi olmalıdır ve işletme kavramı özel bir amacı olan ekonomik bir faaliyetin gerçekleştirilmesini kolaylaştıran örgütlenmiş mal varlığı ve kişiler topluluğu anlamına gelmektedir (C-13/95 sayılı *Suzen Davası*). Sadece bir tek iş gerçekleştirildiğinde durum değişmektedir. Örneğin; bir inşaat işinin yapılması konusunda, bir iş sözleşmesi devredilir. Korunmak için işçinin elbette ki kurumun bir parçası olması, dolayısıyla da işçi ve devredilen kısım arasında kurumsal bir bağ bulunması gerekmektedir. Müessesenin bir parçası dendiğinde, işletmenin bilgi teknolojileri departmanı ya da temizlik ve bakım departmanı söz konusu olabilmektedir. Normal olarak işçi, faaliyetlerini bu bölüm için gerçekleştirmek zorundadır ve söz konusu faaliyet ara sıra yapılan özel bir faaliyet olmamalıdır. Dolayısıyla, zaman zaman muhasebe departmanı için çalışan bir bilgi-işlem uzmanı bu bölümün devri halinde korunmayacaktır.

## ***İşçi***

Bu noktada önemli olan bir işçinin ulusal iş kanunu kapsamında işçi olarak tanınması ve o kapsamda çalışmasıdır. Bu sebeple, çalışma koşulları özel bir yasa ile düzenlenmediği sürece, kamu çalışanları da bu kapsama girebilmektedir. Ancak iflas işlemi sonucunda, ya da bir işletmenin çözülmesinin bir parçası olarak devir gerçekleştirildiği takdirde çalışanlar korunmazlar.

## ***Devir***

Devir nedir, sorusu en zor olanıdır. Bu Direktifteki anlamıyla devir, örgütlenmiş kaynak topluluğu şeklinde bir kimliğe sahip olan ve sürdürülen faaliyetin merkezi ya da yan faaliyet niteliğinde olmasına bakılmaksızın ekonomik bir faaliyet sürdürme amacı taşıyan ekonomik bir varlığın aktarılması anlamına gelmektedir. Bu kavram Adalet Divanı'nın içtihat hukuku tarafından geniş çapta geliştirilmiştir.

Devir işlemlerinden bahsetmeden önce iki noktaya değinilebilir: (1) Devir, çeşitli şekillerde olabilmesine karşın, sözleşmeye dayalı ayarlamalarla gerçekleştirilmelidir. (2) İşletmenin kimliği korunmalıdır (İşletim konusunda esas olan araçlar devredilmelidir).

(1) Öncelikle, akdi düzenlemeler yapılmak zorundadır. Sözleşme, geniş bir seçenek yelpazesi yoluyla yapılabilir ve yasal devir ya da birleşme yoluyla gerçekleştirilebilir. Önemli olan hangi metodun kullanıldığı değil, devrin gerçekleştirilmesidir. Yasal devir, işletmenin yönetiminden ve işverenin yükümlülüklerinden sorumlu olan gerçek ya da tüzel kişinin değişmesi anlamına gelmektedir (C-29/91 sayılı *Redmond Stichting Davası*). Ancak devir işlemi farklı durumlarda gerçekleşebildiği gibi Adalet Divanı'nın içtihat hukukunda da buna örnek gösterilebilecek birçok dava bulunmaktadır. Aşağıda buna örnek teşkil edebilecek durumlar yer almaktadır:

A transfer of undertaking therefore can take place from the moment a separate unit, part of the undertaking can be identified with a separate identity. It must relate to a stable economic entity and the concept of an undertaking refers to an organised grouping of persons and assets facilitating the exercise of economic activity which pursues a specific objective (Case C-13/95, *Suzen*). This is not the case when just one work is performed, as eg when for the completion of a construction work, one work contract is transferred. In order to be protected, the employee must of course be part of the business and there has to be an organisational link between the employee and the transferred part. Part of the business can eg relate to the IT department of an undertaking or the cleaning and maintenance department ... The employee normally has to perform his activities for that part and not just from time to time a particular activity. An IT expert who performs from time to time some work for the accountancy department is therefore not immediately protected in case that department is transferred.

### ***Employee***

What is relevant, is that one is working and recognised as an employee under national employment law. So, also public sector employees might be covered, unless these employees' labour conditions would be arranged by a special statute. Employees are, however, not protected in case a transfer is the result of bankruptcy proceedings and is part of the insolvency of an undertaking.

### ***Transfer***

The question what constitutes a transfer is the most difficult one. A transfer, within the meaning of this directive, is a transfer of an economic entity which retains its identity, meaning an organised grouping of resources, which has the objective of pursuing an economic activity, whether that activity is central or ancillary. This concept is widely developed by the case law of the Court of Justice.

Two conditions can be noticed before we can speak about transfer: (1) the transfer should take place through a contractual arrangement, although this arrangement can have several forms and (2) the identity of the business must be preserved (ie the means essential to its operation must be transferred).

(1) In the first place there has to be a contractual arrangement. The contractual arrangement can happen through to a wide variety of options and take place by a way of legal transfer or merger. Important is the fact that a transfer took place, regardless the method used. A legal transfer implies a change in the natural or legal person (Case C-29/91, *Redmond Stichting*), responsible for carrying on the business and the employer's obligations. It can, however, take place in different situations and the case law of the Court of Justices has witnessed this. Examples can be:

- Mal sahibi kiracının kira ödemeye verdiği aranın ardından, kiralanan işletmeyi devralır;
- Ödenekler devredilir;
- Kira süresi dolar ve üçüncü bir işveren kiracıdan devralır;
- A şirketinin B şirketiyle olan sözleşmeyi sonlandırması ve C şirketiyle yeni bir sözleşme imzalaması halinde olduğu gibi alt yükleniciye vermeye ilişkin çeşitli örnekler;
- Bir işletmenin bir dış şirket için daima işletme bünyesinde gerçekleştirilen faaliyetlerinin bir kısmını dışarıya vermesi ya da bir işletmenin alt yüklenicinin görevini sonlandırmaya ve işi kendi başına yapmaya karar vermesi gibi dış kaynak kullanımı ve iç tedarik durumları

Devreden ve devralan arasında sözleşmeye dayalı bir ilişkinin olması bile gerekli değildir. Önemli olan, aynı işçinin sözleşmeyi yapan kuruluş için aynı işi icra etmeye devam etmesidir.

- (2) İkinci zor unsur da müessesenin kimliğinin muhafaza edilmesi gerekliliğidir. Çoğu zaman işletme olduğu gibi kalır, ancak iş için gerekli olan işgücü ve varlığın devredilmesi gerekir. Ancak bu koşulun belirlenmesi, mal varlığının daha önemli olduğu işletmeler ve daha ziyade emek yoğun olduğu işletmeler arasında ayırım yapıldığı durumlarda zordur.

İşletmenin kimliğinin daha sonra korunup muhafaza edilmesi konusunda karar verilmesi, her davada birçok faktörün söz konusu olabileceği bir gerekçe meselesidir. Bu konuya örnek olarak *Spijkers Davası* (C-24/85) gösterilebilir. Divan, söz konusu davada işletmenin kimliğini koruyup korumadığının; işletmenin yapısı, maddi varlıkların devredilip devredilmediği (binalar, taşınabilir mallar vs.), devir esnasında işletmeye ait maddi olmayan varlıkların değeri, işletmenin çalışanlarının çoğunun yeni işveren tarafından devralınıp alınmadığı, müşterilerin devredilip edilmediği, devir işleminden önce ve sonra gerçekleştirilen faaliyetler arasındaki benzerlik derecesi ve eğer varsa bu faaliyetlerin askıya alındığı süreler gibi birçok faktörün söz konusu olabileceği, gerçeklere dayanan bir değerlendirmeye bağlı olduğuna karar vermiştir.

Bu içtihat hukukunun sonucunda, varlığa dayalı ve işgücüne dayalı işletmeler arasında bir ayırım yapılmıştır. İlk aşamada işi gerçekleştirmek için gerekli olan malların devredilmesi önemli iken, ikinci aşamada sayı olarak ve becerileri de değerlendirilerek işgücünün önemli bir bölümünün devralana aktarılması gerektiği önem kazanmıştır. Ancak bir kimsenin varlığa dayalı bir işletmede mi yoksa işgücüne dayalı bir işletmede mi söz konusu edildiğinin belirlenmesi kolay değildir.

Örneğin; Adalet Divanı, bir otobüs taşımacılığı hizmetinin devralınması davasında, çalışanların çoğunluğunun devredilmesi ancak hiçbir otobüsün devredilmemesini işletme devri olarak değerlendirmemiştir. Bir otobüs şirketinin donanımına, yani otobüse ihtiyacı vardır. Otobüsler devredilmediğine göre, işletmenin devri söz konusu değildir (C-172/99 sayılı *De Oylikenne Ab Davası*).



- the owner takes over the leased undertaking, following a break of lease by the lessee;
- a transfer of subsidies;
- the lease expires and a third employer takes over from the lessee;
- different examples of subcontracting, where company A stops the contract with the company B and concludes a new one with the company C;
- situations of outsourcing and insourcing, where eg an undertaking decides to outsource certain of its functions which have always been performed in the house for an external company or where an undertaking terminates the subcontracting and now decides to perform the work itself.

It is even not required that there is a contractual relationship between the transferor and the transferee. What counts, is that the same employees continue to perform the same work for the body awarding the contract.

- (2) The second difficult element is that there should be a preservation of the identity of the business. Most of the time, the business remains unchanged, but the manpower and assets necessary for business must be transferred. The determination of this condition is, however, a difficult task where a difference can be made between business, where the availability of assets is most important or where businesses are more labour intensive.

The appraisal whether or not the identity of the business is further conserved and preserved, is essentially a question of facts in each case, where several factors may be relevant. This is well-known as the *Spijkers*-case (Case C-24/85). In this case, the Court defined that whether the business retains its identity depends on a factual appraisal, where several factors may be relevant as the nature of the business, whether tangible assets are transferred (like buildings, movable assets, ...), the value of the intangible assets of the business at the time of the transfer, whether or not a majority of its employees were taken over by the new employer, whether or not customers were transferred, the degree of similarity between the activities carried on before and after the transfer and the periods, if any, for which those activities were suspended.

As a result of this case law, a difference is made between assets-based and manpower-based business. Where in the first case it would be essential that the assets necessary to carry out the business were transferred, in the second case of businesses it is important that the major part of manpower, ie the employees, in numbers, but certainly also taking into account their skills, must be transferred to the transferee. However, it is not always an easy task to define if one is dealing with an asset-based business or a manpower-based business.

For example, the Court of Justice defined that in case a service of bus transport was taken over, there was no transfer of undertaking in case only the majority of employees were taken over, but no buses. A bus company requires equipment, which are buses, and therefore, as these were not taken over, there was no transfer of undertaking (Case C-172/99, *De Oylijkenne Ab*).

Ancak, mal varlığının sahipliğinin devralan tarafa geçmesi gerekmez, devralan tarafın emrinde olması yeterlidir. Adalet Divanı'nda görülen, bir hastanedeki yiyecek hizmetleriyle ilgili *Abler Davası* (C-340/01) ise, bu duruma örnek teşkil etmektedir. Divan, daha ziyade varlığa dayalı bir faaliyet söz konusu olduğu ve devredene değil tamamen mal sahibine ait olan büyük yemek pişirme takımları ile su ve enerji gibi maddi varlıklar artık devralan tarafa geçtiği için, işletmenin devrinin gerçekleştiğine karar vermiştir. Bu sebeple, yetkili yönetimin söz konusu işletmenin ve faaliyetin gerçekleştirilmesi için gerekli olan donanımın sahibi olarak kalmasının önemi yoktur.

Öte yandan temizlik hizmetleri emek yoğun işlerdir ve bu sebeple işletme devredilmeden önce personelin büyük çoğunluğunun devredilmesi gerekir (C-13/95 sayılı *Schmidt Davası*). Çok sayıda çalışanın bu devre dâhil edilmesi gerekmez. Büyük çoğunluğunun devredilmesi yeterlidir. Bir bölümün temizlik faaliyetlerinin tek bir çalışan tarafından gerçekleştirilmesi ve bu kişinin de artık başka bir firmaya transfer edilmiş olması halinde, bu işlem de bir işletmenin devri olarak değerlendirilebilir.

### ***Devrin sonuçları***

Direktifin ana hedeflerinden biri de çalışanların haklarını korumaktır. Bu, birçok yolla gerçekleştirilebilir.

Öncelikle, devreden tarafla yapılan iş sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülükler kendiliğinden devralan tarafa aktarılır. Bir iş ilişkisinden doğan bütün haklar dikkate alınmalıdır. Yani bir sözleşmenin bitirilmesi ya da maaş artışı gibi konularla ilgili hakların değerlendirmesini yaparken, devralan tarafın, çalışanın devreden taraf için verdiği hizmetin süresi gibi faktörleri dikkate alması gerekir (C-343/98 sayılı *Collino Davası*). Yine aynı şekilde, erken emeklilik konusunda, devralan tarafın, transfer edilen işçiye, devreden tarafta sahip olduğu koşulların aynısını garanti etmesi zorunludur (C-4/01 sayılı *Martin Davası*).

İşçilerin mesleki sosyal güvenlik programlarına göre yaşlılık, malullük ve dul-yetim yardımlarını alma hakları Direktif kapsamına girmediği için, devreden tarafın bu mesleki sosyal güvenlik yardımlarına ilişkin yükümlülükleri devralan tarafa aktarılmaz.

Devir işleminin gerçekleştiği andan itibaren, devreden taraf işveren olarak yerine getirmesi gereken bütün yükümlülüklerinden kurtulur ve söz konusu yükümlülükleri yerine getirmesi gereken, devralan taraf olur. Devralan taraf aynı zamanda devreden tarafın yaptığı toplu iş sözleşmelerinden doğan haklar ve yükümlülükleri, toplu sözleşmelerin sonlandığı tarihe ya da yeni bir toplu sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar gözetmek zorundadır. Devreden tarafın gelecekte gerçekleştirilmeyi düşündüğü toplu iş sözleşmeleri, devralan taraf açısından bağlayıcı değildir.

It is, however, not necessary that the ownership of the assets needs to pass to the transferee and it is enough that the assets are put at the disposal of the transferee. This was eg the case in the *Abler* case before the Court of Justice (Case C-340/01, *Abler*), dealing with the catering services in a hospital. The Court of Justice was of the opinion that a transfer of undertaking took place, as we were dealing with a more asset-based activity and as the tangible assets, as water and energy and the large cooking equipment that all belonged to the owner and not to the transferor, were now taken over by the transferee. So, it does not matter that the management authority remains the owner of the premises and the equipment necessary for the performance of the activity.

On the other hand, cleaning services are a labour-intensive activity and therefore it is required before a transfer of undertaking takes place that the major part of the personnel is taken over (Case C-13/95, *Schmidt*). It is even not required that a large number of employees are involved, it is just sufficient that the major part is transferred. In case eg the cleaning activities of a branch have been performed by a single employee and that person is now transferred to an outside firm, this transaction can still be a transfer of an undertaking.

### ***The consequences of a transfer***

One of the main objectives of the directive is to safeguard the rights of the employee. This is obtained through several methods.

In the first place the rights and obligations which arise from the employment contract with the transferor are automatically transferred to the transferee. All the rights to which an employment relationship gives rise, must be concerned and this implies eg that the length of period of services the employee performed for the transferor has to be taken into account by the transferee when calculating eg rights dealing with the termination of a contract or salary increases (Case C-343/98, *Collino*). To the same extent the transferee is obliged to guarantee the same conditions for early retirement to the transferred worker, as he or she knew under the transferor (Case C-4/01, *Martin*).

As employees' rights to old-age invalidity or survivors' benefits under occupational social security schemes are not covered by the directive, the transferor's obligation with respect to those occupational social security benefits is not transferred to the transferee.

From the moment the transfer took place, the transferor is released from all his obligations as an employer and only the transferee is obliged to fulfil these obligations. The transferee is also obliged to observe the obligations and rights which follow from the collective labour agreements concluded by the transferor and this until the date of termination or expiry of the collective agreements or the entering into force of a new collective agreement. The transferee is not bound by future collective labour agreements from the transferor.

Buna ek olarak, işçiler işten çıkarmaya karşı korunmaktadırlar. Bir işletmeyi devreden taraf, hiçbir işçinin kendisi tarafından ya da devralan tarafın kararıyla işten çıkarılması için gerekçe teşkil edemez. İşten çıkarma durumunun devir sebebiyle gerçekleştiğine karar verilirse, o zaman işçiler devir tarihinde hala devreden tarafın istihdam ettiği kişiler olarak kabul edilirler. Dolayısıyla, devreden tarafın bu işçilere yönelik yükümlülükleri devralan tarafa aktarılmış olur (C-101/87 sayılı *Bork Davası*). Ancak bu Direktif ekonomik, teknik ya da kurumsal sebeplerle işten çıkarmayı yasaklamamaktadır. Fakat işten çıkarma durumu devirden önce gerçekleştiği ve işçiler devrin akabinde devralan tarafa aktarıldığı takdirde, devrin ekonomik, teknik ya da kurumsal sebeplerle gerçekleşmediği ihtimali doğar. Ve son olarak, işletmenin devrinin çalışma koşulları açısından işçinin aleyhine önemli değişikliklere sebep olması durumunda, işin sonlanmasından işverenin sorumlu olduğu farz edilir.

#### L. Toplu İşten Çıkarma: 98/59 sayılı Direktif

Bu Direktif, üye devletlerin çalışma haklarına ilişkin yasa ve uygulamaları arasındaki farklılıkların azaltılmasını sağlamak için oluşturulmuştur. Dolayısıyla söz konusu Direktifin ekonomik ve sosyal amaçları bulunmaktadır. Bir taraftan işçiler açısından işten çıkarmanın sonuçlarının etkisini hafifletmeye, diğer taraftan da topluluk çapında toplu işten çıkarma prosedürlerine ve uygulamaya yönelik düzenlemelere ilişkin ortak kurallar belirlemeye çalışılmaktadır (C-449/83 sayılı *Rockfon Davası*). Bu sebeple, Direktif, en azından, içeriğinde belirlenen asgari standartlara uygun oldukları düşünülürse, ulusal yasalar kapsamında işten çıkarma konusunda temel haklara müdahale etmemektedir.

Direktif, işten çıkarma işlemini ön danışma ve kamu otoritelerine bildirme sürecine tabi tutan standartlar sunmaktadır. İşverenlerin toplu işten çıkarma hakkını etkilememekle birlikte, bu konuda ulusal uygulamalar ve prosedürleri uyumlaştırmaya çalışmamaktadır. Amaç, işletmelerin kendi ihtiyaçlarına en uygun şekilde faaliyetlerini düzenleme ve insan kaynakları departmanlarını yönlendirme özgürlüklerini kısıtlamamaktır.

Toplu işten çıkarma, işverenin gerçekleştirdiği ve işçileri bireysel olarak hedef almayan bir işten çıkarma çeşididir. Bir işten çıkarma işleminin toplu işten çıkarma olması için, bir yandan işverenin işin hacmiyle, diğer yandan da belli bir sürede bu durumdan etkilenen işçi sayısı ile ilişkili olan zorunlu ikili eşik koşulunun yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, belli bir zaman çerçevesinde aşağıda verilen sayılarda işçi işten çıkarıldığında toplu işten çıkarma söz konusu olur:

- 30 gün içerisinde bir şirkette çalışan 20-100 kişi arasından 10 kişi işten çıkarılırsa ya da 100-300 kişinin %10'u çıkarılırsa ya da 300 kişinin % 30'u çıkarılırsa;
- 90 gün içerisinde istihdam edilen işçi sayısına bakılmaksızın yirmi kişi işten çıkarılırsa.

Bireysel gerekçelerle işten çıkarılanlar haricinde, beş çalışanın işten çıkarılması gerçekleştiğinde çoklu bireysel işten çıkarmaların da dikkate alınması gerekmektedir.

In the second place, the employees are protected against dismissal. The transfer of an undertaking may not in itself constitute grounds for dismissal of any of the employees by the transferor or the transferee. If it would be decided that the dismissal occurred because of the transfer, then the employees must be considered as being still employed by the transferor on the date of the transfer. As a result, the transferor's obligation towards those employees is transferred to the transferee (Case C-101/87, *Bork*). The directive does, however, not prohibit dismissals for economic, technical or organisational reasons. However, if the dismissal takes place prior to the transfer and the employees are taken on by the transferee following the transfer, there is a presumption that the transfer did not take place for economic, technical or organisational reasons. And lastly, if the contract of employment is terminated because the transfer of the undertaking involves substantial change in working conditions to the detriment of the employee, the employer is considered to be responsible for the termination.

#### L. Collective redundancy: Dir. 98/59

The directive was designed to reduce the disparities between the laws and practices of the Member States relating to employment rights. As such, the directive has an economic and social purpose. On the one hand, it wants to alleviate the consequences of redundancy for employees and on the other hand, it wants to lay down common rules, relating to the practical arrangements and procedures for collective redundancy throughout the community (Case C-449/83, *Rockfon*). This way, the directive does not intervene with substantive rights for redundancy under national law, at least in so far as they are compatible with the minimum standards laid down in this directive.

The directive sets standards that make the redundancy subject to a prior consultation process and a notification to a public authority. It does not affect the right of an employer to effect collective dismissal, neither does it want to harmonise the national practices and procedures in this respect. The aim is not to restrict the freedom of undertakings to organise their activities and to arrange their personnel departments in the way they think best suits their needs.

A collective redundancy is a dismissal affected by the employer, which is not related to an individual worker concerned. For being a collective redundancy, a double mandatory threshold has to be fulfilled which is related, on the one hand, to the size of the employer and on the other hand, to the number of employees affected within a certain period. So, there is a collective redundancy in case the following number of persons are dismissed in a certain timeframe:

- over 30 days, if ten persons in a company between 20 and 100 workers or 10%, if between 100 and 300 employees or 30%, if more than 300 employees;
- or, over 90 days, if twenty persons regardless the number of employees employed

Also multiple individual dismissals have to be taken into account if five terminations have occurred, except for reasons related to the individual dismissed workers themselves.

İşten çıkarmaların sebepleri bireysel olarak işçilerle ilgili olamaz. Bu sebeple, işçinin isteğine karşın ve rızası olmadan gerçekleşmesi gerekir. Ancak bu Direktif, işten çıkarmanın mahkeme kararları gibi işverenin iradesi dışında gelişen durumların akabinde gerçekleştiğinde de uygulanabilmektedir (C-55/02 sayılı *Komisyon-Portekiz Davası*). İşten çıkarmanın sebebi ne olursa olsun Direktif uygulanır ve uygulama alanı işletmenin faaliyetlerinin durdurulmasından ya da azaltılmasından kaynaklanan işten çıkarmalarla sınırlı değildir. Aynı zamanda işletme hacmiyle bağlantılı olmayan yeni çalışma düzenlemelerinin bir sonucu olarak gerçekleşen işten çıkarmaları da içermektedir (C-383/92 sayılı *Komisyon-Birleşik Krallık Davası*). Toplu işten çıkarma konusunda bir karar alınmış olması da gerekli değildir. İşverenin bu işlemi gerçekleştirmeye niyet etmesi yeterlidir (C-188/03 sayılı *Junk Davası*).

Toplu işten çıkarma Direktifi çifte yükümlülüğü olan bir bilgilendirme ve danışma prosedürü sağlamaktadır: Bunlar, yetkili ulusal otoriteleri bilgilendirme yükümlülüğü ve planlanan işten çıkarma tasarısı konusunda işçi temsilcilerine danışma yükümlülüğüdür. İşten çıkarma nedenleri, işten çıkarılacak işçilerin mensubu olduğu kategori sayısı, işçilerin sayısı, işçi seçiminde kullanılan ölçütler, işten çıkarma tazminatının hesaplanma yöntemi ve işten çıkarma işlemlerinin gerçekleştirileceği dönem gibi konularda gerekli bütün bilgilerin işçi temsilcilerine sağlanması gerekmektedir. Danışma sürecinin zamanlaması iyi olmak zorundadır (Örneğin, karar alınmadan önce) ve bu süreç boyunca toplu işten çıkarmadan kaçınmanın yolları aranmalı ve işçileri yeniden organize etmek ya da dışarıya göndermemek için önlemler alınmalıdır. Bu bakımdan söz konusu süreç sadece bir formalite değildir. Sadece danışmak yeterli değildir; burada yapılması gereken görüşmelerde bulunup Antlaşmaya varmaktır (C-188/03 sayılı *Junk Davası* ve C-383/92 sayılı *Komisyon-Birleşik Krallık Davası*). Buna ek olarak, yetkili devlet otoriteleri planlanan toplu işten çıkarma konusunda bilgilendirilmeli ve işverenin işçi temsilcilerine verdiği bilgilerin aynısı devlet yetkililerine de sağlanmalıdır. Prensipite önerilen toplu işten çıkarma, resmi yetkililere haber verildikten en az 30 gün sonra geçerli olabilmektedir.

#### M. İşverenin İflası: 2008/94 sayılı Direktif

Bu Direktifin hedefleri iki yönlüdür: bir yandan iş sözleşmesinde sahip olduğu ya da iş ilişkilerinden doğan haklarının korunmasını sağlamak için işverenin iflası halinde işçileri korumak, diğer yandan da işverenin iflası halinde işçilerin korunması konusunda üye devletler arasındaki farklılıkları azaltmak adına üye devletlerin yasalarını birbirine yakınlaştırmak hedeflenmektedir. Bu şekilde asgari bir koruma düzeyi sağlanmaktadır. Direktif, yetkili otoritelerin iflasa ilişkin işlemleri başlatmaya karar verdiği ya da işletmenin kesin bir şekilde faaliyetini durdurduğu zamandan, yani işverenin iflas ettiği andan itibaren uygulanır.

The reasons for redundancy may not be related to the individual worker concerned, so they must happen against the will of the worker and without his consent. However, this directive can also apply in case the redundancy follows from circumstances outside the will of the employer, through eg a judicial decision (Case C-55/02, *Commission v. Portugal*). Every reason of redundancy leads to application of the directive and is not limited to redundancy resulting from the cessation of the business or from a reduction of business, but can also imply redundancies as a result of new working arrangements unconnected with the volume of business (Case C-383/92, *Commission v. United Kingdom*). Neither is it required that a decision has been taken with respect to collective redundancy. It is sufficient that the employer is contemplating about it (Case C-188/03, *Junk*).

The collective redundancy directive provides for an information and consultation procedure, which has a double obligation: on the one hand, to inform the competent national authorities and on the other hand, to consult the representatives of the workforce on the planned redundancy project. The workers' representatives have to be given all relevant information dealing with the redundancy, including the reasons, the number of categories of workers to be made redundant, the number of workers, the criteria for the selection of the employees, the method of calculating the redundancy payment and the period during which redundancies are to be affected. This consultation process has to be started in good time, ie before the decision has been taken and should look at the means of avoiding collective redundancy and the measures taken to try to redeploy or retrain the workers. In this respect, this process is more than just a formality. It is not sufficient to consult, the idea is rather to have a negotiation and to reach an agreement (Case C-188/03, *Junk*; Case C-383/92, *Commission vs. United Kingdom*). In addition, the competent public authorities must also be notified of the planned collective redundancy and they should obtain the same information as given by the employer to the employees' representatives. In principle, the proposed redundancy can have no effect earlier than 30 days after notification to the public authorities.

#### M. Insolvency of the employer: Dir. 2008/94

The objectives of the directive are twofold: on the one hand, protect the employees in case of insolvency of their employer, so as to insure that the rights under their contract of employment or arising from their employment relationship are safeguarded and on the other hand, approximate the laws of the Member State as to reduce disparities between them in the provision of employee protection in the case of the insolvency of the employer. As such, it guarantees a minimum level of protection. The directive applies from the moment the employer is in a state of insolvency, which is the case when the competent authorities have decided to open the proceedings, based on the insolvency of the employer or when the business has been definitely closed down.

Direktif, üye devletleri, mal varlığı işverenin işlettiği sermayeden bağımsız olmak zorunda olan ve iflas durumunda işçilere ödemedeki bulunması gereken güvence kurumları oluşturmak konusunda zorlamaktadır. İşverenlerin bu kuruma katkıda bulunması gerekmektedir. İş ilişkilerinin sonlanması halinde ödeme yapılmasına ilişkin talepler öne çıkabilmektedir. Üye devletler garanti kurumlarının sorumluluğunu sınırlandırabilirler. Ancak garanti kurumunun iş ilişkisinin son üç ayının ücretlendirmesini karşılamak zorunda olduğu asgari ödemeye müdahale edemezler. Bununla birlikte üye devletler ödemeler için bir tavan belirleyebilmektedir.

Üye devletler aynı zamanda garanti kurumunun iflas eden işverenin primlerinden, ulusal yasal sosyal güvenlik rejimlerine karşı ve ek bir şirket ya da şirketler arası emeklilik sistemine karşı sorumlu olmadığını ileri sürebilmektedirler. Ancak, üye devletlerin, iflas eden işverenin devletin sosyal güvenlik sistemi kapsamında zorunlu primlerini ödememesinin, işçinin prim ödemelerinin ödenen ücretten kaynaktan kesilmesine dayanarak, işçinin yardım hakkı kazanmasını olumsuz yönde etkilemediğinin garantisini vermeleri gerekmektedir. Üye devletler bu sebeple işçilerin sosyal güvenlik yardımlarına hak kazanmasını bir şekilde sağlamak zorundadır. Ayrıca üye devletler, emeklilik programlarının üye devletler tarafından finanse edilmesi gerekmemesine rağmen, mesleki emeklilik programları kapsamında yaşlılık yardımı almaları konusunda işçilerin çıkarlarını korumak için gereken önlemleri almalıdır.



The directive obliges the Member States to set up guarantee organisations whose assets must be independent of the employer's operating capital and which should pay sums to the employee at the time of insolvency. The employers must contribute to this institution. The outstanding claims could include the pay on termination of employment relationships. Member States are, however, allowed to limit the liability of the guarantee institutions, subject to the minimum that the guarantee institution must cover the remuneration of the last three months of the employment relationship. However, the Member States are allowed to set a ceiling for payments.

Member States also have the option to provide that the guarantee institution is not responsible for the contributions owed by the insolvent employer, neither to the national statutory social security scheme, nor to a supplementary company or intercompany pension scheme. However, Member States must insure that the non-payment of compulsory contributions by the insolvent employer to their insurance institutions under the state's social security scheme does not adversely affect employees' benefit entitlements in as much as the employees' contributions were deducted at source from the remuneration paid. Member States have thus somewhere to guarantee the entitlement for employees to social security benefits. Member States should also take the necessary measures to protect the interest of the employees with respect to old-age benefits under occupational pension schemes, although it is not required that pension schemes are to be funded by the Member States themselves.

## Bölüm 2.

# AB Sosyal Güvenlik Hukukunun Gelişiminde Kilit Bir ilke Olarak İşçilerin Serbest Dolaşımı

## I. İşçilerin Serbest Dolaşımı: Temel Konular

### A. AB'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın (ABİA) 45 ve 48. Maddeleri Arasındaki Bağlantılar

AB'nin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın (ABİA) "Kişilerin, Hizmetlerin ve Sermayenin Serbest Dolaşımı" adlı 4. Başlığı, iç pazar unsurlarından biri olan işçilerin serbest dolaşımı ilkesi için 2 kilit hüküm içerir. ABİA'nın 45. Maddesi şöyle bir ilkeye yer vermektedir: "*İşçilerin serbest dolaşımı AB içinde güvence altına alınır.*", ve devamla, "*Bu dolaşım serbestliği istihdam, ücretlendirme ve diğer çalışma ve istihdam koşulları açısından üye devletlerin işçileri arasında uyruğa dayalı her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını gerektirmektedir.*" İşçilerin serbest dolaşımı konusunda uyruğa dayalı ayrımcılığın yasaklanması, uygulamayı "*Antlaşmaların uygulama kapsamının dahilinde*" sağlayan ABİA 18.Maddede belirtilen genel ilkenin yer değiştirmiş halidir.

ABİA'nın 45(3). Maddesine göre, işçilerin üye devletler arasında serbest dolaşım hakkı, işçilere aşağıdaki hakları tanımaktadır:

- (a) Resmen yapılan iş tekliflerini kabul etmek;
- (b) Bu amaçla üye devletlerin topraklarında serbest dolaşabilmek;
- (c) Bir üye devletin kanun, tüzük ya da idari işlemlerince belirlenen ve o üye devletin vatandaşlarının istihdam haklarını kurala bağlayan hükümlere uyararak o üye devlette istihdam amacıyla kalmak;
- (d) Bir üye devlette istihdam edildikten sonra, Komisyon'un hazırladığı tüzüklerde yer verilecek koşullara tabi olarak o devletin topraklarında kalmak.

ABİA'nın 45. maddesinde belirtilen haklar üye devletlerde somut olarak uygulanmıştır. Bunun tek sebebi Adalet Divanı'nın maddenin doğrudan etkisini –bir normun başka hiçbir şeye gerek olmadan ulusal mahkemeler önünde ileri sürülebilmesi- tanıması değil, aynı zamanda ikincil mevzuatın ulusal düzeyde somut uygulanabilirliğini sağlamak için kabul edilmesidir. Hem Konsey'in 15 Ekim 1968 tarihli ve 1612/68 sayılı Topluluk İçinde İşçilerin Serbest Dolaşımı Tüzüğü<sup>3</sup>, hem de Avrupa Parlamentosu ve Konsey'in 29 Nisan 2004 tarihli ve 2004/38/EC sayılı AB vatandaşları ve aile fertlerinin üye devletlerin topraklarında serbest dolaşımı ve ikamet hakkı ile ilgili Direktif, işçilerin AB sınırları içerisinde serbest dolaşım haklarını desteklemektedir.

<sup>3</sup> Eğer Tüzük kısmen kaldırılırsa, hükümlerinin çoğu uygulanabilir olarak kalır.

## Chapter 2.

# Free movement of workers as a key principle in the development of EU social law

### I. Free movement of workers: Basic issues

#### A. Links between Art. 45 and Art. 48 TFEU

Title IV of the TFEU, entitled “Free movement of persons, services and capital”, contains two key provisions to one of the pillars of the internal market, the principle of free movement of workers. Article 45 TFEU sets as a principle that “*Freedom of movement for workers shall be secured within the Union*”, with the consequence that “*Such freedom of movement shall entail the abolition of any discrimination based on nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration and other conditions of work and employment*”. In the area of free movement of workers, the prohibition of discrimination on grounds of nationality is a transposition of a general principle set by Article 18 TFEU which provides its implementation “*within the scope of application of the Treaties*”.

According to Article 45(3) TFEU, the right for workers to move freely between the Member States entails the right:

- (a) to accept offers of employment actually made;
- (b) to move freely within the territory of Member States for this purpose;
- (c) to stay in a Member State for the purpose of employment in accordance with the provisions governing the employment of nationals of that State laid down by law, regulation or administrative action;
- (d) to remain in the territory of a Member State after having been employed in that State, subject to conditions which shall be embodied in regulations to be drawn up by the Commission.

Rights referred to in Article 45 TFEU have received concrete applications in Member States, not only because the Court of Justice has recognised its direct effect – allowing individuals to claim its application before national courts -, but also because secondary legislation has been voted in order to ensure its concrete implementation at national level. Both Regulation 1612/68 of the Council of 15 October 1968 on freedom of movement for workers within the Community<sup>3</sup> and Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States consolidate the rights of workers to move freely within the EU.

---

<sup>3</sup> If the Regulation has been partly repealed, many of its provisions remain applicable.

Şayet işçilerin AB sınırları içerisinde serbest dolaşım hakkı, göçmenlerin sosyal güvenlik haklarını koruyan bir mekanizma olmasaydı teorik olarak kalırdı. Ulusal sosyal güvenlik mevzuatları, yurtdışında gerçekleşen olayların, gerçeklerin ya da hukuki durumların prensipte görmezden gelinmesi<sup>4</sup> anlamına gelen ikamet yeri ilkesine dayandığı için, işçiler sınır ötesi dolaşım hakkını kullanarak sosyal güvenlik haklarını kaybetme durumuyla karşı karşıya kalırlardı. Dolaşım halinde olmasalardı bu haklarından mahrum bırakılmayacaklardı. Bu sebeple, göçmen işçilerin sosyal güvenlik haklarını koruyan bir sistemin yokluğu, işçileri temel hakları olan AB sınırları içerisinde serbestçe dolaşım hakkını kullanmaktan caydırırdı. İşte bu yüzden kurucu üye devletler sosyal güvenlik koordinasyonu kurallarının temel ilkelerinin şekillendiren özel bir hükmü Roma Antlaşması'na dahil ettiler. ABİA'nın 48. Maddesine göre, Avrupa Parlamentosu ve Konsey olağan yasama prosedürüne uygun olarak, sosyal güvenlik alanında işçilerin serbest dolaşımının sağlanması için gerekli olan önlemleri alır; bu amaçla, bu organlar, hizmet akdiyle ve kendi adına ve hesabına çalışan göçmen işçiler ve bu kişilerin bakmakla yükümlü oldukları kişileri güvence altına almak için düzenlemeler yapacaklardır.

- (a) Yardım hakkı edinme, elinde bulundurma ve yardımın miktarının hesaplanması amacıyla, çeşitli ülkelerin yasalarına göre geçirilen sürelerin tamamının birleştirilmesi;  
(b) Üye devletlerin topraklarında ikamet eden kişilere yardım yapılması.

## B. "İşçi" Kavramı: ABİA Madde 45

Adalet Divanı'nın da belirttiği üzere, ABİA'nın 45. Maddesine göre "işçi" tanımının ana unsurlarını netleştirmek için, Adalet Divanı'nın da belirttiği üzere bir İngiliz vatandaşıyla ilgili önemli bir dava (66/85 sayılı *Lawrie-Blum* Davası) tipik bir örnek teşkil edebilir. Söz konusu dava, Freiburg Üniversitesi'nde (Almanya) ortaokul öğretmenliği sınavını kazandıktan sonra uyuşu sebebiyle bir dönemlik hazırlık hizmetine katılımı reddedilen bir İngiliz vatandaşının davasıdır.

Öncelikle, işçilerin serbest dolaşım hakkı topluluğun temel ilkelerinden birini teşkil ettiği için, ABİA'nın 45. Maddesindeki "işçi" terimi her Üye devletin kendi yasasına göre farklı farklı yorumlanamaz: Bu terimin AB'de ortak bir karşılığı vardır. Bu da, kişinin Antlaşma kapsamına girdiği anda "işçi" kavramının ulusal tanımlarının geçersiz kaldığı anlamına gelmektedir. Ancak, bu durum, AB tanımına zıt düşen ulusal tanımların reddedilmesi gerektiği anlamına da gelmez. Aslında ulusal tanımlar yalnızca ulusal meselelerde uygulanabilmektedir. Esasen ulusal tanımlar, sadece Antlaşmanın uygulanması gerektiği durumlarda AB hukukunun önceliği ilkesi uyarınca diğer ulusal yasaların önüne geçen AB'nin işçi tanımıyla bir arada var olmaktadır.

<sup>4</sup> Ulusal mevzuatlar, ikili Antlaşmalar ve diğer uluslararası Antlaşmaların sağladığı istisnalarla birlikte.

The right for workers to move freely within the territory of Member States would remain theoretical if there was not a mechanism which would protect the social security rights of migrants. Since national social security legislations are based on the principle of territoriality, which means that events, facts or legal situations occurring abroad are in principle ignored<sup>4</sup>, the risk was that, by exercising their right to cross-border mobility, workers would lose social security rights which they would have not been deprived of, if they had not been mobile. Therefore, the absence of a system protecting migrant workers' social security rights would have deterred them from exercising their fundamental right to move across the EU. This is the reason why the founding Member States inserted a specific provision in the Treaty of Rome, drawing the core principles of social security coordination rules. According to Article 48 TFEU, the European Parliament and the Council shall, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, adopt such measures in the field of social security as are necessary to provide freedom of movement for workers; to this end, they shall make arrangements to secure for employed and self-employed migrant workers and their dependants:

- (a) aggregation, for the purpose of acquiring and retaining the right to benefit and of calculating the amount of benefit, of all periods taken into account under the laws of the several countries;
- (b) payment of benefits to persons resident in the territories of Member States.

## B. Concept of “worker”: Art. 45 TFEU

An important case (Case 66/85, *Lawrie-Blum*) which involved a British national can be used as a typical example to introduce the main elements of definition of a “worker” under Article 45 TFEU such as drafted by the Court of Justice. This case involved a British national, who, after passing the examination for the profession of secondary school teacher at the University of Freiburg (Germany), was refused admission to a period of preparatory service on the ground of her nationality.

Firstly, since freedom of movement for workers constitutes one of the fundamental principles of the Community, the term “worker” in Article 45 TFEU may not be interpreted differently according to the law of each Member State: it has an EU meaning. It implies that national definitions of the concept of “worker” are not relevant when a person falls within the scope of the Treaty. However, it does not mean that national definitions which would be contrary to the EU definition must be repelled. Indeed, national definitions remain applicable for purely national matters. National definitions simply coexist with the EU definition which, according to the principle of primacy of EU law, prevails over the former ones, only when the application of the Treaty is involved.

---

<sup>4</sup> With exceptions provided by national legislations, bilateral conventions or other international conventions.

Buna ek olarak, AB'nin "işçi" kavramı temel bir özgürlüğün kapsamını tanımladığı için, daha geniş bir yaklaşımla yorumlanmalıdır. Avrupa Adalet Divanı için, bir istihdam ilişkisinin temel niteliği, kişinin (işçinin) belli bir süre boyunca, başka bir kişinin (işveren) emri altında, karşılığında ücret aldığı bir hizmet sunması gerçeğidir. Bu sebeple 3 ölçüt aynı anda bir arada bulundurulmalıdır: Çalışma faaliyeti, ücret ve yetki ilişkisi. Daha geniş bir yorum yapmak gerekirse, işin yapıldığı alan ve işçi ile işveren arasındaki hukuki ilişkinin yapısı ABİA'nın 45. Maddesinin uygulanması açısından önem teşkil etmemektedir. Her türlü hizmet akdi geçerlidir ve bu sözleşmeler özel bir işveren veya kamu işvereni ile de yapılabilir. Buna ilaveten işçilerin sınıflandırılması, kişinin tam zamanlı çalışması ya da ücretinin nakdi olarak ödenmesi ile bağlantılı değildir.

Ancak, bu tanımın pratikte uygulanması kolay değildir. Örneğin, Adalet Divanı, marjinal ve yardımcı faaliyetler olarak değerlendirdiği çok küçük bir iş grubunun dışında kalan geçerli ve gerçek bir faaliyet sürdüren herhangi bir kimsenin işçi olarak muamele görmesine karar verdiğinde, marjinal faaliyetleri geçerli faaliyetlerden nasıl ayırabiliriz? Örneğin, başka bir üye ülkede sadece rehabilitasyon veya yeniden entegrasyon aracı olarak faaliyetlerin yürütüldüğü bir plan kapsamında istihdam edilen bir üye ülke vatandaşı, AB hukuku kapsamında işçi olarak tanımlanamamaktadır (344/87 sayılı *Bettray* Davası). Başka bir davada ise, Avrupa Adalet Divanı, vatandaşı olmadığı bir başka üye devlet sınırları içerisinde iki buçuk aylık geçici bir süre için çalışan bir üye devlet vatandaşının, istihdam edilmiş olarak gerçekleştirilen faaliyetin yalnızca marjinal ve yardımcı olmadığı gerekçesiyle, ABİA'nın 45. maddesi dahilinde işçi statüsünde değerlendirilebileceği yönünde karar vermiştir. Fakat sonuç olarak bir önceki davada durumun öyle olup olmadığına karar vermek için gereken dava sorgusunu yürütmek ulusal mahkemeye düşmektedir (C-413/01 sayılı *Ninni-Orasche* Davası).

Ücretlendirme konusuna da Divan aynı esneklik seviyesiyle yaklaşmakta, geliri asgari ücretin altında olan kişilere, örneğin stajyer sözleşmesiyle hizmet sağlayan bir kişiye işçi statüsünü vermektedir (C-27/91 sayılı *Hostellerie Le Manoir SARL* Davası). Hatta Adalet Divanı ülke sınırları dışına çıkıp iş arayan kişilerin bile ABİA'nın 45. maddesinde işçi olarak görülmesini kabul etmiştir (C-292/89 sayılı *Antonissen* Davası). Buna ek olarak Divan, hali hazırda bir istihdam ilişkisi içerisinde bulunmasalar bile, göçmen işçilere, işçi statüsündekilere tanınan bazı hakların temin edilmesi yönünde de bir karar vermiştir (C-138/02 sayılı *Collins* Davası).

Burada dikkat edilmesi gereken nokta bu paragrafta verilen "işçi" kavramının yalnızca ABİA'nın 48. Maddesi ışığında uygulandığıdır. Bu sebeple, aynı kavram AB'nin başka hukuki araçları söz konusu olduğunda farklı tanımlara tabi olabilir. Özellikle de, sosyal güvenlik koordinasyonu kurallarına göre "işçi" kavramına özel bir anlam yüklenmiştir ve ABİA'nın 48. Maddesinde verilen "işçi" tanımıyla benzeştirilemez.

Secondly, since the EU concept of “worker” defines the scope of a fundamental freedom, it must be interpreted broadly. For the ECJ, the essential feature of an employment relationship corresponds to the fact that for a certain period of time a person (the worker) performs services for and under the direction of another person (the employer) in return for which he receives a remuneration. Three criteria must therefore be gathered at the same time: a work activity, a remuneration and a link of authority. Following a broad interpretation, the sphere in which the work is provided and the nature of the legal relationship between the employee and the employer are immaterial as regards the application of Article 45 TFEU. Any types of employment contract are concerned. They can be contracts with a private employer or with a public one. Moreover, the classification of worker is not related to the fact that the person works full-time or even that his remuneration is in cash.

The implementation of this definition is, however, not easy in practical cases. For instance, when the Court of Justice provides that any person who pursues an activity which is effective and genuine, to the exclusion of activities on such a small scale as to be regarded as purely marginal and ancillary, is to be treated as a worker, how can marginal activities be dissociated from effective activities. For instance, it has been ruled that a national of a Member State employed in another Member State under a scheme in which the activities carried out are merely a means of rehabilitation or reintegration, cannot, on that basis alone, be regarded as a worker for the purposes of EU law (Case 344/87, *Bettray*). In another case, the ECJ ruled that the fact that a national of a Member State has worked for a temporary period of two and a half months in the territory of another Member State, of which he is not a national, can confer on him the status of a worker within the meaning of Article 45 TFEU provided that the activity performed as an employed person is not purely marginal and ancillary. But, in the end, it is for the national court to carry out the examinations of fact necessary in order to determine whether that is so in the case before it (Case C-413/01, *Ninni-Orasche*).

As regards remuneration, the Court shows the same level of flexibility, granting the status of worker to a person whose income is below the minimum wage, for instance if that person performs services under a traineeship contract (Case C-27/91, *Hostellerie Le Manoir SARL*). The Court of Justice even admitted that job seekers crossing the borders to find employment are to be considered as workers under Article 45 TFEU (Case C-292/89, *Antonissen*). In addition, the Court has also held that migrant workers are guaranteed certain rights linked to the status as a worker, even when they are no longer in an employment relationship (Case C-138/02, *Collins*).

Attention must however be drawn to the fact that the concept of “worker” such as presented in this paragraph only applies in the light of Article 48 TFEU. Therefore, the same concept may be subject to other definitions when it is dealt with by other EU legal instruments. In particular, the concept of “worker” under social security coordination rules has received a specific meaning which cannot be assimilated to the meaning of “worker” under Article 48 TFEU.

## C. “Uyruk” Kavramı

### 1. Uyruklar

İşçilerin serbest dolaşımı ilkesi bütün AB üyesi devletlerin vatandaşları için uygulanır. Tek istisna, AB vatandaşı statüsüne tanınan bütün hakların verilmediği bir geçiş dönemine tabi tutulabilecek yeni üye devlet vatandaşlarıyla ilgilidir. Katılım antlaşmalarına göre, Bulgarlar ve Rumenler 31 Aralık 2011’e kadar bu tür kısıtlamalara tabi tutulabilirler. Bu sürenin iki yıl daha uzatılması mümkündür ancak geçiş dönemi toplamda 7 yılı aşamaz. Bu da söz konusu dönemin 31 Aralık 2013 tarihinde bitmesi gerektiği anlamına gelir. Geçiş dönemi boyunca Bulgarlar ve Rumenler daha önce üye olan devletlerin iş piyasasına serbest giriş yapamazlar ve bu yüzden de hala üçüncü ülke vatandaşı muamelesi görebilirler. Örneğin, bir çalışma izni ve ikamet kartına bağlı hareket edebilirler. Ancak, bu kısıtlama yalnızca iş piyasasına girişi kapsamaktadır. Yani üye devletlerden birinde iş bulduktan sonra bu kişilere uyruğa dayalı ayrımcılık yapılmaması ilkesiyle yola çıkılarak diğer AB işçileriyle aynı haklar tanınmalı ve hiçbir kısıtlama uygulanmamalıdır. Ayrıca, geçiş dönemi sadece bir yerde işe girme durumunu kapsar, kendi hesabına çalışma faaliyetleri hiçbir kısıtlama olmadan gerçekleştirilebilir. Faal olmayan kişiler de diğer AB vatandaşlarıyla aynı koşullarda ülkeler arasında dolaşım hakkına sahiptir. Son olarak, birliğin eski üyeleri bu 7 yıllık dönem içerisinde istedikleri zaman geçiş süresini sonlandırabilirler. Geçiş dönemi karşılıklılık ilkesine dayalıdır. Geçiş dönemine tabi tutulan yeni üye devletlerin de eski üye devletlerin işçilerine aynı uygulamayı yapma hakkı vardır.

“Uyruk” kavramı Adalet Divanı tarafından, çifte vatandaşlığa sahip bir kişi bağlamında biri bir üye devletten diğeri ise üçüncü bir ülkeden olmak üzere açıklanmıştır. Uluslararası hukuka göre, vatandaşlığın edinimi ve kaybedilmesi ile ilgili koşulları belirlemek üye devletlerin yetkisinde ise, bir üye devletin mevzuatının, başka bir üye devletin verdiği vatandaşlığın etkilerini bu vatandaşlığın tanınması için Antlaşmada tanınan temel hakların uygulanması amacıyla, ek bir koşul koyarak kısıtlamalar getirmesine izin verilemez. Dolayısıyla, Antlaşmanın, bir üye devlet vatandaşının aynı zamanda üye olmayan bir devletin de vatandaşı olması halinde, diğer üye devletlerin ilgili kişinin AB vatandaşı statüsünü tanımak için ilk üye devletin sınırları içerisinde ikamet etme koşulunu getirebileceği yönünde yorumlanmasına izin verilemez (C-369/90 sayılı *Micheletti* Davası). Bu da Adalet Divanı’nın uyruğun tanınması konusunda çok fazla koşul dayatmadığı anlamına gelmektedir: AB Antlaşmalarının kapsamına girebilmek için kişinin bir Üye devletle resmi bir bağının olması yeterlidir. Kişi ile üye devlet arasında fiili bir bağ olması koşulu aranmaz.

Bazı üçüncü ülke vatandaşlarının AB ve üye devletlerle yapılan özel antlaşmalar sayesinde işçilerin serbest dolaşımı prensibinin kapsamına girdiğini de unutmamak gerekir. Söz konusu ülkeler; İzlanda, Norveç, Lihtenştayn (Avrupa Ekonomik Alanı’nı oluşturan ülkeler) ve İsviçre’dir<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Bkz Bölüm 13.



## C. Concept of “nationality”

### 1. *Nationalities involved*

The principle of free movement of workers applies to all nationals of EU Member States. The only exception concerns nationals of new Member States who might be subject to a transitory period during which they may not be granted all the rights attached to the status of EU citizens. According to the Treaty accessions, Bulgarians and Romanians may be subject to such restrictions until 31 December 2011. An additional period of two years is possible, but the transitory period cannot exceed 7 years in total, which means that it must end by 31 December 2013. During the transitory period, Bulgarians and Romanians cannot have free access to the labour market of old Member States and, thus, can be treated as if they were still third country nationals. For instance, they can be subject to a work permit and to a residence card. However, this restriction only covers the access to the job market, which implies that, once they have a work in a Member State, they must be granted the same rights as other EU workers on the grounds of non discrimination upon nationality, which applies with no restriction. Furthermore, the transitory period only covers employed work; self-employed activities can be exercised with no restriction. Inactive persons can also move between Member States under the same conditions as other EU citizens. Finally, old Member States can decide to terminate the transitory period at any time during the 7 year period. The transitory period is based on the principle of reciprocity: new Member States which are subject to the transitory period are entitled to apply it to old Member States' workers.

The concept of “nationality” has been explained by the Court of Justice in the context of a person having dual citizenship, one of a Member State and one of a third country. If, under international law, it is for each Member State to lay down the conditions for the acquisition and loss of nationality, it is not permissible for the legislation of a Member State to restrict the effects of the grant of the nationality of another Member State by imposing an additional condition for recognition of that nationality with a view to the exercise of the fundamental freedoms provided for in the Treaty. Consequently, it is not permissible to interpret the Treaty to the effect that, where a national of a Member State is also a national of a non-Member State, the other Member States may make recognition of the status of EU national subject to a condition such as the habitual residence of the person concerned in the territory of the first Member State (Case C-369/90, *Micheletti*). It means that the Court of Justice is not demanding as regards the nationality: a formal link with a Member State is sufficient to be covered by the EU Treaties. No effective link between the person and the Member State can be demanded.

It is important to remind that some third country nationals are covered by the principle of free movement of workers thanks to specific agreements with the EU and Member States. The countries concerned are: Iceland, Norway, Liechtenstein (countries forming the European Economic Area) and Switzerland<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> See Chapter 13.

## 2. Yabancılık Unsuru

İşçilerin serbest dolaşımı ilkesi yalnızca uluslararası durumlarda uygulanmaz. Bir kişinin durumu tamamen iç hukuk kapsamında olduğunda, bu kişi yalnızca ulusal mevzuata tabi olur. Bu sebeple Antlaşmaların kapsamına giren durumlarla (yabancılık unsurunun var olmasını gerektiren) kapsama girmeyen durumları birbirinden ayırmak gerekir.

Birçok davada, durumun yalnızca hukuka mı tabi olduğu ya da yabancılık unsuru mu içerdiğine karar vermek kolaydır. Örneğin, A üye devletinin bir vatandaşı B Üye devletinde çalıştığında, durum açık bir şekilde uluslararasıdır: Kişi göçmen işçidir, dolayısıyla durum Antlaşma kapsamına girmektedir. Başka bir üye devlette kısa ya da uzun süreli bir çalışma süresinin ardından (emekli olduktan sonra da dönebilir) kendi memleketi olan üye devlete dönen bir üye devlet vatandaşının da durumu böyledir. Öte yandan, A üye devletinin o ülkede sürekli olarak ikamet etmiş ve çalışmış bir vatandaşı hiçbir yabancılık unsuru söz konusu olmadığı için göçmen işçi statüsü talebinde bulunamaz.

Ancak, diğer fiili durumlarda yorumlama sorunları ortaya çıkabilmektedir. İşçilerin serbest dolaşımı temel bir ilke olduğu için, Adalet Divanı yabancılık kavramını geniş bir çerçevede yorumlar. Bu sebeple, Avrupa Adalet Divanı, vatandaşı olduğu bir üye devlette çalışma faaliyetlerini sürdürürken ikametini başka bir üye devlete transfer eden ve daha sonrasında mesleğini bir sınır işçisi olarak devam ettiren bir üye devlet vatandaşının göçmen işçi statüsü talep edebileceğine karar vermiştir (C-212/05 sayılı *Hartmann* Davası). Divan'a göre, ikamet yeri ve uyuşuna bakılmaksızın işçilerin serbest dolaşımı hakkını kullanan ve ikamet ettiği ülke dışında bir başka üye devlette çalışan her üye devlet vatandaşı bu hükmün kapsamına girer. Aynı mantık kendi hesabına çalışanlar için de geçerlidir. Dolaşım keyfiyeti (ikamet yeri) çalışma faaliyetiyle bağlantılı olmadığı için yabancılık kavramı çok geniş bir şekilde yorumlanır.

Sonuç olarak, A üye devletinin üçüncü bir ülkede ikamet eden vatandaşı işçi olarak B üye devlete gittiğinde, kişiye göçmen işçi statüsü verilebilir. Aslında, 1612/68 sayılı Tüzüğün 1. maddesinde, ikamet yerine bakılmaksızın bir üye devlet vatandaşının, başka bir üye devletin vatandaşlarının istihdam alanında tabi oldukları yasa, tüzük ya da idari işlemler uyarınca, o üye devletin sınırları dâhilinde iş bulabileceği ve bu çalışma faaliyetini sürdürebileceği belirtilmektedir. Bu sebeple, dolaşımın iki üye devlet arasında gerçekleşmiş olması gerekmez. Kişinin bir üye devletin vatandaşı olması ve bir başka üye devlette çalışması göçmen işçi statüsüne sahip olmak için yeterlidir. Sadece resmi bağ (uyruk) AB vatandaşı statüsünü elde etmeye yettiği için, A üye devletinin vatandaşının bu devletin topraklarında hiçbir zaman yaşamamış olması, kişinin göçmen işçi statüsünü etkilemez.

## 2. *Element of extraneity*

The principle of free movement of workers does not apply to purely international situations. When a person's situation is purely internal, only national legislation applies to him/her. It is therefore important to separate situations which are covered by the Treaties (which require the existence of an element of extraneity) and situations which are not.

In several cases, it is easy to determine whether a situation is purely internal or has elements of extraneity. For instance, when a national from Member State A works in Member State B, the situation is obviously international: the person is a migrant worker and, as such, the situation is covered by the Treaty. It is also the case of a national of a Member State returning to his State of origin after working in another Member State, whether for a short or a long period (he may return only after retiring). On the other hand, a national of Member State A who has always resided and worked in that Member State cannot claim the status of migrant worker, as there is no element of extraneity.

Other factual situations, however, raise problems of interpretation. Since the principle of free movement of workers is a fundamental principle, the Court of Justice interprets the concept of extraneity in a broad manner. Hence, the ECJ admitted that a national of a Member State who, while maintaining his employment in that State, has transferred his residence to another Member State and has since then carried on his occupation as a frontier worker, can claim the status of migrant worker (Case C-212/05, *Hartmann*). For the Court, any national of a Member State, irrespective of his place of residence and his nationality, who has exercised the right to freedom of movement for workers and who has been employed in a Member State other than that of residence, falls within the scope of that provision. The same reasoning must apply to self-employed workers. It is a very broad interpretation of the concept extraneity since, in this case, the element of mobility (the place of residence) is not connected to the working activity.

Finally, the status of migrant worker can also be awarded when a national of Member State A, who resides in a third country, moves as a worker to Member State B. Indeed, Article 1 of Regulation 1612/68 provides that any national of a Member State shall, irrespective of his place of residence, have the right to take up an activity as an employed person and to pursue such activity within the territory of another Member State in accordance with the provisions laid down by law, regulation or administrative action governing the employment of nationals of that State. Therefore, it is not required that the mobility is accomplished between two Member States. The sole fact that a person holds the nationality of a Member State and works in another one is enough to establish the status of migrant worker. The fact that the national of Member State A has never lived on the territory of this State does not affect his status of migrant worker since the formal link (the nationality) suffices to provide him the status of EU citizen.

### 3. Tersine ayrımcılık

Durumun tamamen dâhili olması sebebiyle Antlaşmanın uygulanmadığı durumlarda, kişi yalnızca ulusal yasaya başvurabilir. Bunun sonucunda kişi kendi ülkesi olan üye devlette bir AB göçmen işçisi gibi muamele göremeyebilir. Örneğin, A üye devletinin o devlette çalışan ve ikamet eden bir vatandaşı göçmen işçi statüsü temeline dayanılarak verilen haklara sahip olamayabilir, fakat AB hukukunun uygulanmasıyla A üye devletinde çalışan bir B üye devlet vatandaşına bu haklar tanınır. Bu tuhaf duruma “tersine ayrımcılık” da denir. Özellikle göç yasası konusunda, bir göçmen işçinin aile üyelerinin işçinin yanında olması için gereken koşullar ulusal mevzuata kıyasla AB yasası kapsamında daha avantajlı olabildiği için bu durum teorik bir mesele değildir.

Hukuki açıdan yaklaşıldığında bu iki işçinin durumları kıyaslanmadığı için ayrımcılık söz konusu değildir. İşçilerden biri Antlaşmaya göre göçmen işçi iken diğeri değildir. Buradan da anlaşılacağı üzere bu kişilere farklı muamelelerde bulunulabilir. “Tersine ayrımcılık” deyişinden ilk bakışta, göçmen işçi olmayan vatandaşların aleyhine olan muamele farklılığından AB hukukunun sorumlu olduğu anlaşılmaktadır. Aslında bu durumun sorumluluğu sadece üye devletlerin mevzuatlarına aittir. Üye devlet mevzuatlarının AB hukukunda göçmen işçilere tanınan hakları kendi vatandaşlarına da tanıma imkanları vardır.

Ancak, vatandaşlar göçmen işçilerle aynı haklara sahip olmak için kendi mevzuatlarına başvuramazlarsa, eşit muamele prensibinin uygulanması için bir başka uluslararası hukuk kaynağına başvurabilirler. Fransız hukuku bu duruma ilginç bir örnek teşkil etmektedir: Fransa’da yalnızca Fransız vatandaşlarına “gelir” testi yapılarak verilen bir özürülük yardımı bulunmaktadır. Çocuğunun Fildişi Sahilleri vatandaşlığı olan bir Fransız vatandaşı çocuğu için yardım istediğinde başvurusu geri çevrilir. Babanın uluslararası bir durumu olmadığı için göçmen işçi sayılmaması sebebiyle (baba sadece Fransa’da yaşayıp Fransa’da çalışmıştır), uyruğa dayalı ayrımcılıkla mücadele için AB hukukuna başvurulamaz (C-206/91 sayılı *Koua Poirrez Davası*). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre uyruk koşulu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne ters düşmektedir (*Koua Poirrez – France*, 40892/98 sayılı Dava).

#### D. Bölgesel Kapsam

İlke olarak işçilerin serbest dolaşımı sadece üye devletlerin topraklarındaki dolaşımı kapsamaktadır. Ancak bu konuda bazı sorunlar yaşanabilmektedir.

Bu sorunların ilki, üye devletlerin topraklarının coğrafi olarak Avrupa’da bulunmadığı durumlarla ilgilidir. Aslında birçok üye devlet deniz aşırı topraklarda hala egemen durumdadır. ABİA’nın 203. maddesine göre, serbest dolaşım bu bölgelerin hepsini olmasa da bir kısmını kapsamaktadır. Aynı ayırım coğrafi olarak Avrupa kıtasında bulunan adalara da uygulanabilir. Örneğin, işçilerin serbest dolaşımı Kanarya Adalarında uygulanırken, Jersey-Guernesey Adaları’nda uygulanmaz. Batı Hint Adaları’nda bulunan Fransa’nın Martinique ili AB’ye dâhildir. Bu örneklerden de görüldüğü üzere, coğrafi Avrupa kavramı görecelidir.

### 3. *Reversed discrimination*

When the Treaty is not applicable because the situation is purely internal, the person may only rely on national law. The consequence of this situation is that he may not be treated as well on the territory of his own Member State as an EU migrant worker. For instance, a national of a Member State A who works and resides in Member State A will not be entitled to rights based on the status of migrant worker, whereas such rights will be granted by a national of Member State B who works in Member State A through the application of EU law. This awkward situation is sometimes called “reversed discrimination”. This is not a theoretical question since, especially in the area of migration law, the conditions for a migrant worker to be accompanied by his family may be more favourable under EU law than under national legislation.

Nevertheless, from a legal point of view there is no discrimination as such, since both workers are not in a comparable situation. Whereas one of them is a migrant worker under the Treaty, this is not the case for the other one. This explains that they may receive a different treatment. The wording of “reversed discrimination” seems to imply that EU law is responsible for the difference of treatment which applies to the detriment to nationals who are not migrant workers. In fact, the responsibility of this situation bears solely on the Member States' legislations. They have indeed the possibility to extend the rights which are provided to migrant workers under EU law to their own nationals.

However, if nationals cannot rely on their domestic legislation to hold the same rights as migrant workers, they may refer to another international source of law to claim the application of the principle of equality of treatment. French law provides an interesting example of this situation: a means tested benefit for disabled persons was provided only to French nationals, with the consequence that the request of a French citizen, who was claiming the benefit for his child being a national from Ivory Coast, was turned down. EU law could not be invoked to combat the discrimination on the grounds of nationality since the father was not in an international situation and therefore could not be considered as migrant worker (he had only worked and lived in France - Case C-206/91, *Koua Poirrez*). Before the European Court on Human Rights, the condition of nationality has been considered as running contrary to the European Convention on Human Rights (*Koua Poirrez v. France*, Case 40892/98)

#### D. Territorial scope

In principle, free movement of workers only covers the territory of the Member States. Some questions are however raised.

The first one concerns the perimeter of Member States when their territories cover areas which are not geographically located in Europe. Indeed, several Member States still have sovereignty over territories which are overseas. On the grounds of Article 203 TFEU, free movement includes some of these areas, but not all of them. The same distinction may also apply to islands which are geographically within the European continent. For instance, free movement of workers applies to the Canary Islands, but not the islands Jersey and Guernsey. The French department of Martinique, located in the West Indies, is within the European Union. These examples show that the geographic concept of Europe is relative.

İkinci sorun, işçilerin serbest dolaşımının bölgesel kapsamının Avrupa sınırlarının ötesine geçtiği durumlarla ilgilidir. Adalet Divanı, ABİA'nın 45. maddesinde belirtilen ayrımcılık yapmama prensibinin, bu tür ilişkiler de dâhil bütün yasal ilişkilerin yargılanmasında uygulanan söz konusu durumların olduğu ya da etki gösterdiği yer olması sebebiyle AB toprakları içerisinde geçerli olduğuna karar vermiştir. AB toprakları dışında geçici süreyle gerçekleştirilen faaliyetler, istihdam ilişkisi AB topraklarıyla yeterince bağlantılı olduğu sürece, bu ilkenin uygulanmasını önlemek için yeterli değildir. Avrupa Adalet Divanı bir göçmen işçinin (Belçikalı) başka bir üye devletteki (Fransa) geçici bir ajansta iş bulması, bu sebeple Fransa'nın sosyal güvenlik sisteminde sigortalanması ve üçüncü bir ülkeye görevlendirme ile gönderildiğinde dahi Fransız şirketi adına çalışmaya devam etmesi durumunu bu tür bir bağlantı olarak değerlendiren bir karar vermiştir. Sonuç olarak, şirketin çalıştırdığı bu Belçika vatandaşının sigortasının, vatandaş geçici olarak Nijerya'da çalışırken Fransız sosyal güvenlik rejimine göre devam etmesi gerekir (237/83 sayılı *Prodest* Davası). Serbest dolaşım ilkesinin sınırların dışında uygulanması 883/2004 sayılı Tüzükle düzenlenmiştir<sup>6</sup>.

#### E. Ayrımcılık Yapmama Kavramı

İşçilerin serbest dolaşımı, istihdam, ücretlendirme ve diğer çalışma ve istihdam koşulları alanında, uyruğa dayalı ayrımcılıkların ortadan kaldırılmasını gerektirir<sup>7</sup>. Ayrımcılık yapmama kavramı iki tür ayrımcılığı kapsar: doğrudan veya açık ayrımcılık ve dolaylı veya gizli ayrımcılık.

#### *Doğrudan Ayrımcılıklar*

Doğrudan ayrımcılıklar ayrımcılığın en gözle görülür çeşididir. 1612/68 sayılı Tüzükte, bu tür ayrımcılıkların yasaklanmasını destekler nitelikte açıklamalar bulunmaktadır:

“Toplu veya bireysel Antlaşmaların ya da başka toplu düzenlemelerin istihdam edilebilirlik, istihdam, ücretlendirme ve diğer çalışma veya işten çıkarma koşullarıyla ilgili bütün ibareleri, başka üye devletlerin vatandaşı olan işçilere karşı ayrımcı koşullar getirdikleri ya da bu koşullara izin verdikleri takdirde, hükümsüz ve geçersizdir.” ve “Üye devletlerin yasa, tüzük veya idari işlemlerince belirlenen ve herhangi bir işletme, faaliyet alanı, bölge veya ülke çapında istihdam edilen yabancı vatandaşların sayısını veya yüzdesini kısıtlayan hükümler diğer üye devlet vatandaşlarına uygulanmaz.”

<sup>6</sup> Bkz Bölüm 6.

<sup>7</sup> Bu paragrafta, ayrımcılık yapmama prensibi 1612/68 sayılı Tüzüğe göre değerlendirilmektedir. Ancak 2004/38 sayılı Direktifin 24(1). maddesinde de bu konuya yer verilmiştir: bu Direktif temelinde dayanarak geçici statüde Üye devletin sınırları dahilinde ikamet eden bütün AB vatandaşları Antlaşma kapsamında o devletin vatandaşlarıyla eşit muamele görürler. Bu haktan yararlananlar kapsamına bir üye devletin vatandaşı olmayan ancak ikamet hakkı ya da daimi ikamet hakkı bulunan aile üyeleri de dâhil edilir.

The second question concerns situations in which the territorial scope of the freedom of movement of workers may go beyond European territories. The Court indeed ruled that the principle of non-discrimination as laid down in Article 45 TFEU applied in judging all legal relationships in so far as those relationships, because of the place where they were entered into or the place where they took effect, could be located within the territory of the EU. It follows that activities temporarily carried on outside the territory of the EU are not sufficient to exclude the application of that principle, as long as the employment relationship retains a sufficiently close link with that territory. The ECJ concluded that a link of that kind can be found in the fact that a (Belgian) migrant worker was engaged by a temporary agency established in another Member State (France) and, for that reason, was insured under the social security scheme of that State, and in the fact that he continued to work on behalf of the French undertaking even during his posting to a third country. Consequently, the insurance of a Belgian national employed by the company should be maintained under the French social security scheme while the worker was working temporarily in Nigeria (Case 237/83, *Prodest*). The extra-territorial application of the principle of free movement has been codified in Regulation 883/2004<sup>6</sup>.

#### E. Concept of non-discrimination

Freedom of movement of workers entails the abolition of any discrimination based on nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration and other conditions of work and employment<sup>7</sup>. The concept of non-discrimination covers two forms of discriminations: direct or overt discriminations on one side; indirect or covert discriminations on the other side.

##### *Direct discriminations*

Direct discriminations are the most obvious forms of discrimination. Their prohibition has been reinforced by Regulation 1612/68 which provides that “*any clause of a collective or individual agreement or of any other collective regulation concerning eligibility for employment, remuneration and other conditions of work or dismissal shall be null and void in so far as it lays down or authorises discriminatory conditions in respect of workers who are nationals of the other Member States*” and that “*provisions laid down by law, regulation or administrative action of the Member States which restrict by number or percentage the employment of foreign nationals in any undertaking, branch of activity or region, or at a national level, shall not apply to nationals of the other Member States*”.

---

<sup>6</sup> See Chapter 6

<sup>7</sup> In this paragraph, the principle of non-discrimination will be seen on the grounds of Regulation 1612/68. However, it is also provided by Article 24(1) of Directive 2004/38: all EU citizens residing on the basis of this Directive in the territory of the host Member State enjoy equal treatment with the nationals of that Member State within the scope of the Treaty. The benefit of this right shall be extended to family members who are not nationals of a Member State and who have the right of residence or permanent residence.

Günümüzde AB ülkelerinin ulusal mevzuatlarında veya toplu iş sözleşmelerinde doğrudan ayrımcılık türlerine nadiren rastlanmaktadır. Bir avantaj veya hakkın bu hakkı tanıyan devletin vatandaşı olmak şartıyla kullanılabilirdiği durumlara çok fazla rastlanmaz. Yine de, Adalet Divanı'nın en bilinen mahkeme içtihatlarından biri olan, profesyonel futbol takımlarıyla ilgili içtihatla, herhangi bir işletme, faaliyet alanı, bölge veya ülke çapında istihdam edilen yabancı vatandaşların sayısını veya yüzdesini kısıtlayan ulusal bir mevzuatın diğer üye devlet vatandaşlarına uygulanamayacağı yönünde bir karar çıkmıştır. Dolayısıyla, bir Avrupa takımında sahaya takım arkadaşı olarak çıkan Avrupalı futbolcuların sayısının sınırlandırılmasının işçilerin serbest dolaşımına aykırı olduğu beyan edilmiştir (C-415/93 sayılı *Bosman* Davası). Bu ve benzeri davalarda, Divan, ayrımcılık yapmama ilkesinin yalnızca ulusal mevzuatlara değil, toplu sözleşmeler ya da spor federasyonu kontratları gibi başka hukuk kaynaklarına (36/74 sayılı *Walrave* Davası) da uygulanması gerektiğinin altını çizmiştir.

### *Dolaylı ayrımcılıklar*

Açık ayrımcılık türleri daha yaygındır. Adalet Divanı dolaylı ayrımcılık türünü ayrıntılı bir şekilde tanımlamıştır: Uyuşma bakılmadan uygulansalar da esasen göçmen işçileri etkilediklerinde ya da etkilenenlerin büyük çoğunluğu göçmen işçiler olduğunda, ulusal yasanın koşulları dolaylı ayrımcılık içerdiği yönünde değerlendirilmelidir. Uyuşmanın ulusal mevzuatta bir ölçüt olarak gösterilmemesi ya da mevzuatın ayrımcılıkta bulunma niyeti taşıması dikkate alınmaz. Adalet Divanı'nın dikkate aldığı tek unsur, bir ulusal mevzuatın uygulanmasının o ülkenin vatandaşı olmayanlara dezavantaj yaratıp yaratmadığıdır. Örneğin, bir ülkenin vatandaşlarına ve vatandaşı olmayanlara verilebilen bir avantajdan yararlanabilme koşulunun o avantajın verildiği ülkede daha önceden ikamet etme halinin görüldüğü bir durumda, o ülkenin vatandaşları bu koşulu daha kolay yerine getirebilir. Bu durumda, söz konusu koşul dolaylı ayrımcılığa sebebiyet vermektedir. Örneğin, gebe olan ya da doğum yapan her kadına, resmi olarak hak kazanmasından önceki bir yıl boyunca o ülkede ikamet etmesi veya eşinin resmi hak kazanma tarihinden önceki üç yıl boyunca o ülkede resmen ikamet etmesi koşuluyla verilen analık ödeneği, açık ayrımcılık kapsamına girmektedir (C-111/91 sayılı *Dava, Komisyon - Lüksemburg*).

Yine aynı şekilde, İtalyan mevzuatının bir üniversitede yabancı dil asistanı olarak çalışan bir kişiye kişinin uyruğuna bakılmaksızın uyguladığı zaman sınırlaması, esasen diğer üye devletlerin vatandaşlarını ilgilendirmektedir. Zira istatistiklere göre yabancı dil asistanlarının sadece %25'i İtalyan vatandaşıdır. O halde diğer işçiler için böyle bir sınırlama olmadığına göre burada açık bir ayrımcılık söz konusudur (33/88 sayılı *Allué and Coonan* Davası). Buna ek olarak, dolaylı ayrımcılıkta bulunulduğunu söyleyebilmek için, söz konusu hükmün pratikte daha ziyade göçmen işçileri etkilediğini ortaya çıkarmaya bile gerek yoktur: Böyle bir etki yaratma ihtimalinin olması yeterlidir (C-237/94 sayılı *O'Flynn* Davası). Bu davada, Avrupa Adalet Divanı, bir ulusal mevzuatın göçmen bir işçinin cenaze masraflarını karşılamak için defin ya da ölü yakma işleminin ödemeyi sağlayan üye devletin topraklarında gerçekleşmesi koşulunu öne sürmesi işçilerin serbest dolaşımını ilkesinin yasakladığı açık bir ayrımcılıktır.



Nowadays, there are few remaining direct forms of discrimination within EU national regulations or collective labour agreements. It is very unusual to find that an advantage or a right is still made conditional upon the nationality of the State which grants it. Still, in one of the most famous case laws of the Court of Justice, dealing with professional football teams, it was ruled that a national regulation which by number or percentage restricts the employment of foreign nationals in any undertaking, branch of activity or region, or at a national level, is not to apply to nationals of the other Member States. Therefore, the limitation of the number of European players playing together on the field for a European club was declared contrary to free movement of workers (Case C-415/93, *Bosman*). In this case and in other cases, the Court noted that the principle of non-discrimination was not only applicable to national regulations, but to other sources of law as well (Case 36/74, *Walrave*), such as collective agreements or sports associations.

### *Indirect discriminations*

Overt discriminations are more common. The definition of this type of discrimination has been elaborated by the Court of Justice: conditions imposed by national law must be regarded as indirectly discriminatory where, although applicable irrespective of nationality, they essentially affect migrant workers or the great majority of those affected are migrant workers. The fact that nationality is not the criterion used by the national legislation or that the latter does not have the intention to discriminate, is irrelevant. The only element which the Court of Justice investigates, is whether the result of a national regulation is to treat non-nationals unfavourably. For instance, a condition of prior residence in the providing State required to be granted an advantage, although applicable to nationals and non-nationals, will be more easily met by nationals. Therefore, the condition will be considered as creating an indirect form of discrimination. For example, a maternity allowance, which is paid to every woman who is pregnant or has given birth, provided that either she has been officially resident in the granting State for the entire year preceding the beginning of her entitlement or her husband has been officially resident in that State for three years preceding the entitlement date, corresponds to an overt discrimination (Case C-111/91, *Commission v. Luxembourg*).

On the same ground, although it applies regardless of the nationality of the worker concerned, the time limit imposed by the Italian legislation on someone working as a foreign-language assistant in a university, essentially concerns workers who are nationals of other Member States since according to the statistics, only 25% of foreign-language assistants are Italian nationals. It is therefore an overt discrimination since there is no such limit for other workers (Case 33/88, *Allué and Coonan*). Moreover, in order to establish the indirect discrimination, it is not even necessary to find that the provision in question does in practice affect a substantially higher proportion of migrant workers: it is sufficient that it is liable to have such an effect (Case C-237/94, *O'Flynn*). In this case, the ECJ provided that a national regulation which grants a payment to cover funeral expenses incurred by a migrant worker subject to the condition that burial or cremation takes place within the territory of the Member State whose legislation provides for that payment, is an overt discrimination prohibited by the principle of free movement of workers.

### *Ayrımcılıkların Gerekçelenirilmesi*

Doğrudan ayrımcılıklar telafi edilemez, ancak açık ayrımcılıklar söz konusu işçinin uyuğundan bağımsız nesnel yaklaşımlar benimsenirse ve ulusal yasanın taşıdığı meşru amaçlarla orantılı olurlarsa teorik olarak gerekçelenirilebilir (C-237/94 sayılı *O'Flynn Davası*). Fakat Adalet Divanı uygulamada bu tür gerekçelenirmeleri tanımamaktadır.

Uyuğa dayalı ayrımcılık yapmama ilkesinin etkisi, yalnızca vatandaş olmayanları kapsadığı için sınırlıdır. Dolayısıyla, Avrupa sınırları içerisinde işçi olarak dolaşım halinde bulunmuş olan ve kendi ülkesine geri dönen bir vatandaşın gördüğü muamele, bütün kariyerini o ülkede tamamlamış olan bir vatandaşın gördüğü muamele ile eşit olmazsa, ülkesine geri dönen vatandaş bu uygulamadan şikâyetçi olamamaktadır. Adil olmayan bu durumun telafisi için, Adalet Divanı, bir davada, ayrımcılık yapmama ilkesinin kapsamına göçmen ve göçmen olmayan vatandaşlarla ilgili durumları da dâhil etme kararı almıştır. Bu dava, Hollanda'ya dönmeden önce İngiltere'de çalışan ve yaşayan bir Hollanda vatandaşının davasıdır. Bu vatandaşın, Hollanda'ya döndükten sonra, bütün kariyeri boyunca Hollanda'da kalıp orada çalışmış birinin ödeyeceği primlerden daha yüksek miktarda bir prim ödemesinin istenmesi, ABİA'nın 45. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmiştir. Aslında, bir üye devlet vatandaşını serbest dolaşım hakkını kullanmak için kendi ülkesinden dışarı çıkmaktan caydıran, ya da bunu olanaksızlaştıran hükümler, işçilerin uyuğuna bakılmaksızın uygulansalar bile, dolaşım özgürlüğünün önünde engel teşkil etmektedirler (C-18/95 sayılı *Terhoeve Davası*).

### F. Sosyal avantaj ve vergi avantajı kavramı: 1612/68 sayılı Tüzük

1612/68 sayılı tüzüğün 7(2). Maddesine göre, bir üye devletin vatandaşı olan bir işçi, ulusal işçilerle aynı sosyal haklar ve vergi haklarından yararlanabilir. Tüzüğün tanımlamadığı "sosyal avantajlar" kavramı, Adalet Divanı tarafından daha geniş bir tanımla açıklanmıştır: "Bu tüzüğün başka üye devletlerin vatandaşı olan işçilere sunduğu avantajlar, bir iş sözleşmesiyle bağlantılı olsun veya olmasın, başta işçi olarak sahip oldukları objektif statüleri ve sırf ulusal sınırlar içinde ikamet etmeleri sebebiyle genellikle ulusal işçilere tanınan avantajlardır. Bu avantajların diğer üye devlet vatandaşlarına da tanınması, topluluk içinde dolaşımını kolaylaştırması açısından uygun görülmektedir." (207/78 sayılı *Even Davası*) .

Böylesine geniş bir tanımdan yola çıktığımızda, uyuğa dayalı ayrımcılık yapmama ilkesi sadece iş ilişkilerini değil, aynı zamanda göçmen işçilerin günlük yaşantılarıyla ilgili bütün durumları kapsamaktadır. Esasen, Avrupa Adalet Divanı, uyuğa dayalı ayrımcılıkları yasaklamak için esnek bir kavram olan "sosyal avantajlar" kavramını kullanmıştır. Sosyal avantajların sınıflandırılmasının etkinliği aynı zamanda dolaylı ayrımcılık türleriyle de mücadele edebilmesi gerçeğiyle ilişkilidir.

### *Justification of discriminations*

Whereas direct discriminations cannot be redeemed, overt discrimination can theoretically be justified by objective considerations independent of the nationality of the workers concerned, and if they are proportionate to the legitimate aim pursued by the national law (Case C-237/94, *O'Flynn*). However, in practice, the Court of Justice does not recognise such a justification.

The effect of the principle of non-discrimination on the grounds of nationality is limited by the fact that it can only cover non-nationals. Hence, a national who has been mobile across Europe as a worker and who comes back to the State of origin, cannot claim its application even if he is treated in a less favourable way than a national who has completed his whole career in this State. In order to make up for this unfair situation, the Court of Justice has agreed to extend the principle of non-discrimination to migrant / non-migrant situations, in a case involving a Dutch citizen who had worked and lived in the UK before going back to the Netherlands: the fact that, after his return, he was required higher contributions than if he had worked and stayed the whole time in the Netherlands, is considered as a violation of Article 45 TFEU. Indeed, provisions which preclude or deter a national of a Member State from leaving his country of origin in order to exercise his right to freedom of movement therefore constitute an obstacle to that freedom even if they apply without regard to the nationality of the workers concerned (Case C-18/95, *Terhoeve*).

### F. Concept of social and tax advantage: Regulation 1612/68

According to Article 7(2) of Regulation 1612/68, a worker who is a national of a Member State shall enjoy the same social and tax advantages as national workers. The concept of "social advantages", which is not defined by the Regulation, has been clarified by the Court of Justice, which provides a very broad definition: "*the advantages which this regulation extends to workers who are nationals of other Member States are all those which, whether or not linked to a contract of employment, are generally granted to national workers primarily because of their objective status as workers or by virtue of the mere fact of their residence on the national territory and the extension of which to workers who are nationals of other Member States therefore seems suitable to facilitate their mobility within the Community*" (Case 207/78, *Even*).

Through such a wide definition, the principle of non-discrimination on the grounds of nationality covers not only labour relationships, but also all situations related to everyday life of the migrant worker. The ECJ has indeed had many occasions to prohibit discriminations on the grounds of nationality by using the flexible concept of "social advantages". The efficiency of the classification of social advantages is also related to the fact that it can also combat indirect forms of discrimination.

İçtihadada baktığımızda, sosyal avantajlar kavramının kapsamına giren avantajlar arasında; askerlik görevini yerine getirmek için iş sözleşmesinin askıya alınması (C-15/69 sayılı *Ugliolia* Davası), haksız işten çıkarmaya karşı koruma (44/72 sayılı *Marsmann* Davası), indirimli tren bileti kartı (C-32/75 sayılı *Cristini* Davası), cenaze ödeneği (C-237/94 sayılı *O'Flynn* Davası), eski öğrenciler için işsizlik ödeneği (C-278/94 sayılı Dava, Komisyon – Belçika), öğrenci bursları veya ödenekleri (C-3/90 sayılı *Bernini* Davası), vergilendirme kuralları (C-279/93 sayılı *Schumaker* Davası) ve hatta ceza yargılamasında bir dil kullanma hakkını (137/84 sayılı *Mutsch* Davası) görebiliyoruz. Muamele eşitsizliği işçinin kendisini etkileyeceği ve sınır ötesi dolaşım hakkını kullanmaktan caydıracağı için, sosyal avantaj haklarından yararlananlar kapsamına işçinin aile fertleri de dâhil edilir (C-3/90 sayılı *Bernini* Davası). Bu kapsama, ev sahibi üye devlette beraber yaşanan ancak evli olunmayan eş (üçüncü ülke vatandaşı) aile ferdi olarak tanınması nedeniyle serbest dolaşım hakkını kişiyle birlikte kullanma hakkı da girmektedir (59/85 sayılı *Reed* Davası).

Sosyal koruma alanında AAD tarafından pek çok sosyal avantaj belirlenmiştir. Bu da bazı belirli durumlarda aynı ulusal yardımın hem 1612/68 sayılı Tüzük altında sosyal avantaj olarak, hem de 1408/71 sayılı Tüzük kapsamında sosyal güvenlik yardımı olarak sınıflandırılmasını sağlayabilmektedir (883/2004 sayılı Tüzük - C-111/91 sayılı Dava, *Komisyon - Lüksemburg*). Bu eşzamanlı sınıflandırma, bir kişinin koordinasyon tüzüklerinin kişisel kapsamına girmediği durumlarda uygulanır nitelikte olabilmektedir: Böyle bir durumda “sosyal avantaj” sınıflandırması kişinin uyruğa dayalı ayrımcılığa maruz kalmamasını sağlar. Sosyal avantaj sınıflandırması aynı zamanda sosyal güvenlik koordinasyon tüzüklerinin maddi kapsamına girmeyen yardımların söz konusu olması halinde de yardımcı olabilir: Örneğin, bu asgari gelir sağlamayı amaçlayan genel gelir testine tabi tutulan bir yardımla ilgili olabilir (249/283 sayılı *Hoecx* Davası).

Sosyal avantajların kapsamı aynı zamanda, avantajın uygulanmasının talep edildiği yerin sınırları dahilinde ikamet koşuluna tabi olmaması durumu ile de desteklenmektedir. Örneğin, Adalet Divanı sınır işçilerinin çalıştıkları devletteki sosyal avantajlara hak kazandığını belirlemiş, erken emekli olan ve Belçika’da ikamet eden sınır işçilerinin tamamlayıcı emeklilik maaşı almak için gerekli puanı almaya hak kazanmalarını engelleyen Fransa 1612/68 sayılı Tüzüğün 7.Maddesini ihlal etmiştir (C-35/97 sayılı Dava, *Komisyon – Fransa*). Bu karar ile birlikte AAD yalnızca önceki işverenlerine ait arazinin yitirilmesi üzerine sözleşmeleri sona eren tarım işçilerinin aldığı tek ödeme şeklinde verilen bir yardımın sosyal avantaj olarak sınıflandırılması kararını almamış, aynı zamanda üye devletin bir sosyal avantaj ödemesini alıcının sınırları dahilinde ikamet etmesi koşuluna bağlı olarak yapmasını da yasaklamıştır. Sonuç olarak eski bir işçi başka bir üye devlette ikamet ediyor olsa bile ayrımcılık yapmama ilkesinden yararlanabilir (C-57/96 sayılı *Meints* Davası).

If we take a look at the case law, it appears that the concept of social advantages includes, among other advantages: the suspension of employment contract for military duties (Case C-15/69, *Ugliolia*), the protection against unfair dismissal (Case 44/72, *Marsmann*), a discount train card (Case C-32/75, *Cristini*), a funeral allowance (Case C-237/94, *O'Flynn*), an unemployment allowance for former students (Case C-278/94, *Commission v. Belgium*), students grants and allowances (Case C-3/90, *Bernini*), taxation rules (Case C-279/93, *Schumaker*) and even the right to use a language in a criminal procedure (Case 137/84, *Mutsch*). The right to social advantages extends to the worker's family members, since the inequality of treatment would affect the worker himself and would deter him from exercising his cross-border mobility (Case C-3/90, *Bernini*). It may even cover the right to be accompanied by a non-married partner (a third state national) in the host Member State (Case 59/85, *Reed*).

Many social advantages have been set up by the ECJ in the area of social protection, allowing, in some specific circumstances, that the same national benefit is classified both as a social advantage under Regulation 1612/68 and as a social security benefit under Regulation 1408/71 (Regulation 883/2004 - Case C-111/91, *Commission v. Luxembourg*). This simultaneous classification is useful when a person does not fall within the personal scope of the coordination regulations: in such a case, the classification of "social advantage" guarantees that he/she will be protected against discrimination on the grounds of nationality. The classification as a social advantage may also be useful in the case of benefits not being covered by the material scope of social security coordination regulations: this concerns, for instance, a general means-tested allowance aimed to provide a minimum income (Case 249/283, *Hoeckx*).

The scope of social advantages has also been reinforced by the fact that its implementation is not subject to a condition of residence on the territory where the advantage is required. For instance, the Court of Justice ruled that frontier workers are entitled to social advantages of the State where they work: by excluding frontier workers residing in Belgium from qualifying for supplementary retirement pension points after being placed in early retirement, France has violated Article 7 of Regulation 1612/68 (Case C-35/97, *Commission v. France*). Close to that decision, the ECJ not only ruled that a benefit which takes the form of a single payment to agricultural workers whose contract of employment has been terminated as a result of the setting aside of land belonging to their former employer is to be classified as a social advantage, but that a Member State may not make payment of a social advantage dependent on the condition that recipients be resident within its territory. Consequently, a former worker can still take advantage of the principle of non-discrimination even if his residence is located in another Member State (Case C-57/96, *Meints*).

Bu karar sosyal avantajlar alanında, sosyal güvenlik koordinasyon kurallarında yoğun olarak geçen ihraç edilebilirlik ilkesinin uygulanmasını sağlar<sup>8</sup>. Daha sonraki davalarda AAD dolaylı ayrımcılığa giren ikamet koşulunun gerekçelendirilebileceğini kabul etmiştir: Daha önceden ikamet koşuluna tabi tutulmuş iş arayan bir kişinin aldığı yardım söz konusu olduğunda bir üye devletin bu ödemeyi yalnızca kişi ve o devletin iş piyasası arasında gerçek bir bağ mevcut olduğunun kanıtlanması durumunda yapması yasal olarak kabul edilebilir (C-138/02 sayılı *Collins* Davası. Fakat ikamet koşulu doğrudan ABİA Madde 45 temel alınarak değerlendirilmiştir). Temin edilen avantaj ve önceki faaliyet arasında bir bağlantı varsa eski işçiler tarafından sosyal avantaj talebinde bulunabilir: Eski bir işçinin faaliyetini artık sürdürmemesi durumunda iş ilişkisinden doğan birtakım avantajlardan yararlanma hakkını korur ve eşit muamele ilkesi bu kişinin yetkili üye devletin sınırları dahilinde ikamet etme koşulu olmadan bu bunlardan faydalanabilmesini gerektirir (C-43/99 sayılı *Leclere and Deaconescu* Davası).

Sosyal avantajların geniş kapsamına getirilen temel kısıtlama iş arayan kişiler ile alakalıdır. Aslında, iş arayan kişiler antlaşma kapsamında işçi olarak kabul ediliyorlar ise, göçmen işçilere tanınan bütün hakları kullanmaya devam edemezler<sup>9</sup>. AAD özellikle iş aramak için taşınan üye devlet vatandaşlarının yalnızca ABİA Madde 45'e göre eşit muamele hakkı kazandıklarını fakat 1612/68 sayılı Tüzüğün 7(2). Maddesinin kapsamındaki sosyal avantajlar kapsamına girmediklerini belirlemiştir (316/85 sayılı *Lebon* Davası).

Eşit muamele hakları doğrudan Antlaşma zeminine dayalı olarak korunduğu için bu içtihat hukukunun etki alanı oldukça kısıtlıdır.

#### G. Ayrımcılık İçermeyen Engeller

İşçilerin serbest dolaşımıyla ilgili olarak ayrımcılık içermeyen engellerin yasaklanması, başlangıçtaki ayrımcılık yapmama kavramı yerine bu kavramı kullanmayı tercih eden Adalet Divanının içtihat hukukunda gitgide daha büyük yer kaplamaktadır. AAD tarafından belirlenen bir tanıma göre kişinin işçilerin serbest dolaşımı hakkını kullanmak için vatandaşı olduğu menşe üye devletten ayrılmasını engelleyen tüm hükümler ilgili işçilerin uyruğuna bakılmaksızın uygulansalar da bu özgürlüğün önünde engel teşkil etmektedir (C-415/93 sayılı *Bosman* Davası).

Ayrımcılık içermeyen engeller kavramı uygulamada ayrımcılık kavramında daha geniştir. Çünkü bu kavram ikincisini de kapsar ve bu, böylesine bir engelle karşılaşıldığında Adalet Divanının uyruğa dayalı olarak farklı muamele yapıldığı durumlarda potansiyel gerekçeleri değerlendirmesini sağlar. Ayrımcılık kavramı yerine daha geniş olan ayrımcılık içermeyen engeller kavramının kullanılmasıyla Divan Üye devletlerin doğrudan ayrımcılığı gerekçelendirmelerine fırsat tanımıştır.

---

<sup>8</sup> Bkz. Bölüm 6.

<sup>9</sup> Yukarıya bkz...

This ruling promotes, in the area of social advantages, the principle of exportation which is well known in social security coordination rules<sup>8</sup>. In subsequent cases, the ECJ admitted that the condition of residence, which is an indirect form of discrimination, can be justified: dealing with a jobseeker's allowance subject to a prior residence requirement, it may be regarded as legitimate for a Member State to grant such an allowance only after it has been possible to establish that a genuine link exists between the person seeking work and the employment market of that State (Case C-138/02, *Collins*). However, the condition of residence is evaluated directly on the grounds of Article 45 TFEU). If social advantages can be claimed by former workers, it is however provided that there is a link between the advantage and the former activity: where a former worker has ceased to pursue his occupation, he continues to be entitled to certain advantages acquired by virtue of his employment relationship; the principle of equal treatment requires that he is able to enjoy those advantages without any condition to reside in the territory of the competent Member State (Case C-43/99, *Leclere and Deaconescu*).

The main limitation to the broad scope of social advantages concerns jobseekers. Indeed, if they can be considered as workers under the Treaty<sup>9</sup>, they do not retain all the rights which are granted to migrant workers. In particular, the ECJ ruled that Member State nationals who move in search of employment, qualify for equal treatment only as regards access to employment in accordance with Article 45 TFEU, but not with regard to social advantages within the meaning of Article 7(2) of Regulation 1612/68 (Case 316/85, *Lebon*).

The impact of this case law is rather limited since their right to equal treatment is directly safeguarded on the grounds of the Treaty.

#### G. Non-discriminatory obstacles

The prohibition of non-discriminatory obstacles is taking more and more space in the case law of the Court of Justice regarding free movement of workers, which prefers to use this concept instead of the original concept of non-discrimination. According to a definition set by the ECJ, provisions which preclude or deter a national of a Member State from leaving his country of origin in order to exercise his right to freedom of movement therefore constitute an obstacle to that freedom even if they apply without regard to the nationality of the workers concerned (Case C-415/93, *Bosman*).

The concept of non discriminatory obstacles is, in practice, wider than the concept of discrimination, since it includes the latter one. This allows the Court of Justice, when confronted to such an obstacle, to evaluate the existence of a potential justification which would render lawful the difference of treatment based on nationality. By using the broad concept of non discriminatory obstacles instead the concept of discrimination, the Court therefore allows Member States to justify direct discriminations.

---

<sup>8</sup> See Chapter 6..

<sup>9</sup> See I.B/.

Ayrımcılık içermeyen engel kavramının tanımı hala belirsiz ve öznelir. Dolayısıyla somut durumlarda uygulanması oldukça güçtür. AAD böyle bir engelin oluşturulabilmesi için ulusal düzeyde kuralların işçilerin iş piyasasına erişimini etkiler durumda olmasını gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla, Divan oldukça katıdır. Sonuç olarak Divan, Almanya'ya gidip orada çalışmak için işvereni ile olan iş sözleşmesini sonlandıran bir çalışan için Avusturya yetkili kurumunun çalışmanın sona erişiyile ilgili tazminat ödemeyi reddetmesi ile ilgili olarak tazminat hakkının işçinin mevcut işvereniyle çalışmayı sürdürmeyi seçip seçmemesiyle ve varsayımsal durumlarla değil, bu kontratın sonlandırılmasının kişinin kendi girişimiyle ve rızasıyla olup olmamasıyla ilişkili olduğu kararına varmıştır. Aslında böylesine bir durum serbest dolaşımın engellenmesinde mevzuatın yükümlü kılınabilmesi için fazla belirsiz ve dolaylıdır (C-190/98 sayılı *Graf Davası*).

Uyruğa dayalı (prensip) ayrımcılık yapmama ilkesi böyle bir durumda ilgisiz olduğundan ayrımcılık içermeyen engel kavramının bir vatandaş bunu vatandaşı olduğu üye devletine karşı kullandığında faydalı olduğu görülmüştür. Örneğin AAD, ABİA Madde 45'in A üye devletinin, B üye devletinde imzaladığı bir Antlaşma altında alabildiği brüt tamamlayıcı emeklilik aylığı bazında kendi mevzuatına tabi olan emekli bir işçinin (A Üye devleti vatandaşı) hastalık sigortası primlerini, ikinci devletteki brüt emeklilik aylığı miktarından da hastalık sigortası primi adı altında kesintiler yapılmış olduğunu hesaba katmadan hesaplamasını engellediği kararına varmıştır (C-190/98 sayılı *Graf Davası*).

#### H. İşçilerin serbest dolaşımına ilişkin istisnalar

*Kamu politikasına, kamu güvenliğine veya kamu sağlığına dayalı nedenlerden ötürü ikamet hakkına uygulanan kısıtlamalar*

ABİA Madde 45(3) işçilerin serbest dolaşımının kamu politikası, kamu güvenliği veya kamu sağlığı zeminlerinde gerekçelendirilmiş kısıtlamalara tabi tutulabileceğini belirtir. 2004/38 sayılı Direktifin 27. Maddesi ve bu maddenin alt paragraflarına göre üye devletler kamu politikası, kamu güvenliği veya kamu sağlığı zemininde AB vatandaşlarının ve aile fertlerinin serbest dolaşımını ve ikametlerini kısıtlarlarsa katı koşullar belirlenebilir. Aslında Direktif AB işçilerinin haklarını koruyan ve kamu politikalarının yalnızca çok katı koşullar altında uygulanmasına izin veren Adalet Divanı içtihat hukukunu düzenlemektedir. Özellikle kamu politikasının ulusal düzeydeki tanımlardan üstün bir AB kavramı olduğunu unutmamak oldukça önemlidir (41/74 sayılı *Van Duyn Davası*). Aynı zamanda bunun tüm üye devletlerde tek tip yorumlanmasını da güvence altına almaktadır.



The definition of a non-discriminatory obstacle remains unclear, subjective and therefore hard to implement on concrete cases. The ECJ requires that, in order to be capable of constituting such an obstacle, the national rule must affect access of workers to the labour market. It is therefore rather strict. Consequently, concerning the Austrian's competent institution refusal to pay the compensation on termination of employment when the employee terminated his contract of employment with his employer in order to go and work in Germany, the Court provided that the entitlement to compensation is not dependent on the worker's choosing whether or not to stay with his current employer but on a future and hypothetical event, namely the subsequent termination of his contract without such termination being at his own initiative or attributable to him. Indeed, such an event is too uncertain and indirect a possibility for legislation to be capable of being regarded as liable to hinder freedom of movement (Case C-190/98, *Graf*).

The concept of non-discriminatory obstacle proves to be useful when it is a national who invokes it against his Member State of origin, since, the principle of non-discrimination based on nationality is (in principle) irrelevant in such a case. For instance, the ECJ ruled that Article 45 TFEU precludes Member State A from calculating the sickness insurance contributions of a retired worker (national from Member State A) subject to its legislation on the basis of the gross amount of the supplementary retirement pension payable under an agreement which that worker draws in Member State B, without taking account of the fact that a part of the gross amount of that pension has already been deducted by way of sickness insurance contributions in the latter State (Case C-302/98, *Sehrer*).

#### H. Exceptions to free movement of workers

##### *Restrictions on the right of residence on grounds of public policy, public security or public health*

Article 45(3) TFEU provides that the right to free movement of workers is subject to limitations justified on grounds of public policy, public security or public health. If, according to Article 27 and subs. of Directive 2004/38, Member States may indeed restrict the freedom of movement and residence of EU citizens and their family members, irrespective of nationality, on grounds of public policy, public security or public health, strict conditions are set. In fact, the Directive codifies the case law of the Court of Justice which protects the EU workers' rights and allows the recourse of public policy only under very strict conditions. In particular, it is important to notice that the concept of public policy is an EU concept which prevails over national definitions (Case 41/74, *Van Duyn*). It also guarantees that it will receive a uniform interpretation in all Member States.

Direktifin de belirttiği gibi, bu zeminler ekonomik çıkarlara hizmet etmek için kullanılamaz. Kamu politikası veya kamu güvenliği zeminine dayanan önlemler oransallık ilkesine uymak ve yalnızca ilgili bireyin kişisel tutumuna dayandırılmak durumundadır. Adli sicil kayıtları tek başına bu türden önlemler almak için zemin oluşturamaz. Bireyin kişisel tutumu toplumun temel çıkarlarından birine karşı gerçek, mevcut ve ciddi bir tehdit oluşturmalıdır. Durumu oluşturan unsurlardan bağımsız olan veya genel önleme kaygısına dayanan gerekçeler kabul edilemez. Ayrıca kamu politikası veya kamu güvenliği zeminine dayalı bir sınır dışı etme kararı alınmadan önce ev sahibi üye devlet kişinin ne kadar süredir sınırları dahilinde ikamet ettiği, yaşı, sağlık durumu, ailevi ve ekonomik durumu, ev sahibi üye devlete sosyal ve kültürel entegrasyonu ve menşe ülkesindeki bağlantılarının boyutu gibi hususları da göz önünde bulundurmak durumundadır. Sınır dışı etme emri ev sahibi üye devlet tarafından gözetli uygulamasının cezai veya yasal bir sonucu olarak uygulanamaz.

İşçilerin hakları aynı zamanda prosedüre ilişkin önlemler yoluyla da korunur. Örneğin Madde 30, ilgili kişinin, içeriği ve doğacak sonuçları anlayabileceği şekilde yazılı olarak bilgilendirilmesini gerektirir. Kişiler kararın dayandığı kamu politikası, kamu güvenliği veya kamu sağlığı zeminleri hakkında net ve eksiksiz bir biçimde bilgilendirilmek durumundadır. Bu bilgilendirme ilgili kişinin temyiz için başvurabileceği ilgili mahkeme veya idari merci, temyiz için geçerli olan süre ve uygulanabilir hallerde kişinin üye devletin sınırlarını terk etmesi için sahip olduğu süre konusunda ayrıntılı bilgi içerir. Temyize gitmek için veya kamu politikası zeminine dayalı alınan bir kararın yeniden gözden geçirilmesi için kişinin uygun durumlarda ev sahibi üye devletteki yargısal ve idari çözüm prosedürlerine erişimi olmalıdır. Her türlü durumda kamu politikası veya kamu güvenliği zeminine istinaden sınır dışı edilmesine karar verilen kişiler koşullara bağlı olarak son sınır dışı etme emrinin uygulama tarihinin üzerinden üç sene geçtikten sonra bu emrin kaldırılması için başvuruda bulunabilirler.

### *Kamu hizmetlerinde istihdam*

ABİA Madde 45(4)'e göre işçilerin serbest dolaşımı kamu hizmetlerinde istihdam söz konusu olduğunda uygulanmaz. Bu durum işçilerin serbest dolaşımı temel ilkesinin bir istisnası olduğu için Adalet Divanı tarafından oldukça dar bir biçimde yorumlanmıştır. AAD için aşağıdaki tanımın da belirttiği gibi kamu işlerinin yalnızca çok küçük bir bölümü Madde 45(4)'te belirtilen istisnanın kapsamına girer:

*“Antlaşmanın 48. (4) [45(4)] Maddesi altında geçen istihdam kavramı, kamu hukukunun uygulanması ile ilgili güçler ile ilgili olduğunda devletin genel çıkarlarının korunması sorumluluğu ile ilişkili olan özel kamu hizmeti faaliyetleri ile bağlantılı olmak durumundadır” (149/79 sayılı Dava, Avrupa Toplulukları Komisyonu – Belçika Krallığı).*

As the Directive provides, these grounds shall not be invoked to serve economic ends. Measures taken on grounds of public policy or public security must comply with the principle of proportionality and must be based exclusively on the personal conduct of the individual concerned. Previous criminal convictions do not in themselves constitute grounds for taking such measures. The personal conduct of the individual concerned must represent a genuine, present and sufficiently serious threat affecting one of the fundamental interests of society. Justifications that are isolated from the particulars of the case or that rely on considerations of general prevention are not accepted. Furthermore, before taking an expulsion decision on grounds of public policy or public security, the host Member State must take account of considerations such as how long the individual concerned has resided on its territory, his/her age, state of health, family and economic situation, social and cultural integration into the host Member State and the extent of his/her links with the country of origin. Expulsion orders may not be issued by the host Member State as a penalty or legal consequence of a custodial penalty.

The workers' rights are also protected through procedural safeguards. For instance, Article 30 provides that the persons concerned must be notified in writing of any decision in such a way that they are able to comprehend its content and the implications for them. They must be informed, precisely and in full, of the public policy, public security or public health grounds on which the decision taken in their case is based. The notification must specify the court or administrative authority with which the person concerned may lodge an appeal, the time limit for the appeal and, where applicable, the time allowed for the person to leave the territory of the Member State. The persons concerned must have access to judicial and, where appropriate, administrative redress procedures in the host Member State to appeal against or seek review of any decision taken on the ground of public policy. In any case, persons excluded on grounds of public policy or public security may submit an application for lifting of the exclusion order after a reasonable period, depending on the circumstances, and in any event after three years from enforcement of the final exclusion order.

### *Employment in public service*

According to Article 45(4) TFEU, free movement of workers shall not apply to employment in the public service. This exclusion has been interpreted very narrowly by the Court of Justice, since it is an exception to the fundamental principle of free movement of workers. For the ECJ indeed, only a very small proportion of public jobs are covered by the exception of Article 45(4), as the following definition indicates: *“employment within the meaning of article 48 ( 4 ) [45(4)] of the treaty must be connected with the specific activities of the public service in so far as it is entrusted with the exercise of powers conferred by public law and with responsibility for safeguarding the general interests of the state”* (Case 149/79, *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium*).

Yani kamu işlerinin pek çoğu – okullar, yerel veya merkezi yönetimler, hastaneler, vb. – AB vatandaşlarına açık olmak zorundadır. Adalet Divanı aşırı kısıtlayıcı ulusal mevzuatların söz konusu olduğu bazı durumlarda bu yönde kararlar almıştır. Örneğin araştırma, eğitim, sağlık, yurtiçi taşımacılık, posta ve telekomünikasyon; su, gaz ve elektrik dağıtımı gibi kamu sektörlerinde yasaların uygulanmasında ve devletin veya diğer kamu otoritelerinin genel çıkarlarının korunması görevlerinde doğrudan veya dolaylı katılımı olan devlet memuru ve kamu çalışanı kadrolarına ülke uyruğunu taşıma koşulu getirmeyen bir üye devletin yükümlülüklerini yerine getirmek konusunda yetersiz olduğu kararına varılmıştır (C-473/93 sayılı Dava, *Komisyon - Lüksemburg*).

Diğer bir deyişle, önemli olan işverenin özelliği değil yapılan faaliyetin türüdür. İşler yalnızca bir kamu operatörü veya kamu hizmeti veren bir şirket tarafından sağlanıyor gerekçesiyle o ülkenin uyruğuna sahip kişilere ayrılamazlar. Burada göz önünde bulundurulması gereken yalnızca işin taşıdığı özelliklerdir. Bu nedenden ötürü AAD, işveren özel sektörden olsa bile, eğer faaliyetler kamu hizmetlerinin kapsamına giriyorsa ABİA Madde 45(4)'teki istisnaların uygulanabileceğini belirtmiştir.

Divan sonunda uyruk koşulunun gerekçelendirilmediği sonucuna ulaşsa da aynı zamanda resmi otoritenin uygulanması ile bağlantılı görevleri yerine getiren (doğum, evlilik ve ölüm kaydı gibi) gemi kaptanlarının görevlerinin Antlaşmanın bu hükmünün altında analiz edilmesine karar vermiştir (C-47/02 sayılı *Anker Davası*).

It means that most public jobs – in schools, local or central administrations hospitals, etc – must be made available to EU citizens. The Court of Justice ruled accordingly in several cases involving national legislations which happened to be too restrictive. For instance, it ruled that a Member State which, in the public sectors of research, education, health, inland transport, posts and telecommunications and in the water, gas and electricity distribution services, does not restrict the requirement of possession of its nationality to civil servants' and public employees' posts involving direct or indirect participation in the exercise of powers conferred by public law and duties designed to safeguard the general interests of the State or of other public authorities, fails to fulfil its obligations (Case C-473/93, *Commission v. Luxembourg*).

In other words, what matters is not the nature of the employer but the type of activity exercised. Jobs cannot be reserved to nationals only because they are provided by a public operator or by a company running a public service. It is only the nature of the job which must be taken into account. This is also the reason why the ECJ admitted that, even if the employer belongs to the private sector, the exception of Article 45(4) TFEU might apply if activities fall within the scope of public service.

The Court indeed agreed to analyse the post of master of vessels – who also perform duties associated with the exercise of official authority (such as registration of births, marriages and deaths) - under this provision of the Treaty, even if it concluded in the end that the nationality requirement was not justified (Case C-47/02, *Anker*).

## II. İşçilerin serbest dolaşımı: ikamet hakkı

Göçmen işçilerin ikamet etme hakkı ilk olarak 1612/68 sayılı Tüzükte belirtilmiştir. 2004/38 sayılı Direktif yürürlüğe girdiğinde Tüzüğün atıfta bulunduğu ikamet hakkıyla ilgili belirli hükümlerini ortadan kaldırmıştır. “İkamet Direktifi” (2004/38) çalışmaları da AB vatandaşlarının ve aile fertlerinin hangi uyrukta olduklarını dikkate almaksızın durumlarını düzenler. Fakat ilgili hükümler işçilerin özel ve daha avantajlı bir durumda olduğunu göstermekte olup, ikamet hakları kalışlarının süresine bağlıdır.

### A. Kısa süreli kalış

AB vatandaşları geçerli bir kimlik kartına veya pasaporta sahip olmak dışında herhangi bir formaliteye tabi olmaksızın başka bir üye devletin sınırları dahilinde üç aya kadar ikamet etme hakkına sahiptirler (Md. 6(1)). Dolayısıyla kısa süreli kalışlar için işçiler kalışlarının çalışma durumundan kaynakladığını kanıtlamak durumunda olmayıp, bir üye devletin vatandaşı olduklarını kanıtladıkları sürece bu kalma haklarını korurlar. Oturma izni almaları da gerekmez. Kişinin ev sahibi üye devlete girişini sağlamış olan kimlik kartının veya pasaportun süresinin dolması o üye devletten sınır dışı edilmek için zemin oluşturmaz.

İş arayan kişiler sınır ötesi iş arayışı için bu koşulsuz kalma hakkını değerlendirebilirler. Fakat Direktifin 24. Maddesine göre ev sahibi üye devletin ikamet ilk üç ayı boyunca sosyal destek sağlama yükümlülüğü yoktur (uygulama için bkz. C-22/08 ve C-23/08 sayılı *Vatsouras* Davaları). Bu kısıtlama başka bir üye devlette kısa süreli kalma hakkından faydalanan tüm AB vatandaşları için geçerlidir.

Kalış hakkı yalnızca kamu politikası, kamu güvenliği veya kamu sağlığına dayalı nedenlerden ötürü yitirebilir. Direktifin 14(1). Maddesi aynı zamanda kişinin ev sahibi üye devletin sosyal destek sistemi üzerinde aşırı bir yük haline gelmesi gibi bir durumun söz konusu olmaması halinde bu hakkın korunabileceğini de belirtir. Bununla birlikte bu durum AB işçileri için tamamen teorik görünmektedir.

### B. Üç ay ile beş yıl arasında ikamet

Her AB vatandaşı, ev sahibi üye devlette işçi veya kendi hesabına çalışan konumunda faaliyet göstermesi durumunda o üye devletin sınırları dahilinde üç aydan fazla süreyle ikamet etme hakkına sahiptir (Madde 7(1)). Gelir düzeyine bağlı olmaksızın işçiler ayrıcalıklı durumlarıyla ikamet etme haklarını korurlar. Faal olmayan AB vatandaşları için durum farklıdır. Çünkü bu kişilerin ikamet etme hakları ev sahibi üye devletin sosyal destek sisteminde yük oluşmaması için kendi geçimlerini ve aile fertlerininkini sağlayacak yeterli kaynağa sahip olmalarına ve ev sahibi üye devlette kapsamlı bir hastalık sigortasına sahip olmalarına bağlıdır. Dolayısıyla bu statünün çok küçük bir maaşa sahip kişilere de verilebileceğinden bahsetmiş olsak da işçiler için yeterli kaynağa sahip olma koşulu uygulanmaz<sup>10</sup>. Bu önemli bir ayrıcalıktır.

---

<sup>10</sup> Yukarıya bkz...

## II. Free movement of workers: right of residence

The right of residence of migrant workers was initially set in Regulation 1612/68. When Directive 2004/38 entered into force, it repealed the specific provisions about the right of residence which the Regulation referred to. The so-called “residence directive” (2004/38) rules the status of all EU citizens and their family members (whatever their nationality is), whether they work or not. However, the relevant provisions show that workers are subject to a specific and favourable status. Their right to reside depends on the length of stay.

### A. Short-term stay

EU citizens have the right of residence on the territory of another Member State for a period of up to three months without any conditions or any formalities other than the requirement to hold a valid identity card or passport (Art. 6(1)). Therefore, for short stays, workers do not even have to prove that their migration is work-related. They retain the right to stay as long as they have a proof of the fact that they are nationals from a Member State. They are not required to ask for a residence permit. In any case, expiry of the identity card or passport on the basis of which the person concerned entered the host Member State does not constitute a ground for expulsion from the host Member State.

Jobseekers can take advantage of this unconditional right to stay to seek a job across the border. However, according to Article 24 of the Directive, the host Member State is not obliged to confer entitlement to social assistance during the first three months of residence (for an implementation, see Case C-22/08 and C-23/08, *Vatsouras*). This restriction applies, in fact, to all EU citizens benefitting from the right to a short stay in another Member State.

The right to stay could only be lost on grounds of public policy, public security or public health. Article 14(1) of the Directive also provides that they retain the right of residence as long as they do not become an unreasonable burden on the social assistance system of the host Member State. Nevertheless, for EU workers, this case seems purely theoretical.

### B. Residence between three months and five years

All EU citizens shall have the right of residence on the territory of another Member State for a period of longer than three months if they are workers or self-employed persons in the host Member State (Article 7(1)). The privileged status of workers is expressed by the fact that, notwithstanding their income level, they retain the right to reside. For inactive EU citizens, the situation is different since their right to reside is made conditional upon the fact that they have sufficient resources for themselves and their family members not to become a burden on the social assistance system of the host Member State, and have comprehensive sickness insurance cover in the host Member State. For workers, the condition of sufficient resources therefore does not apply, even if we have mentioned that this status could be awarded even to persons who have a small salary<sup>10</sup>. This is a significant privilege.

---

<sup>10</sup> See above I.B. ...

İş arayan kişilerin durumu, 2004/38 sayılı Direktif bu kişilerin ikamet koşullarını belirlememiş olduğu için net değildir. Yukarıda bahsi geçen *Antonissen* davasına göre iş aramayı sürdürdükleri ve gerçekten yüksek şansları olduğu sürece bu kişilerin en az altı ay ve daha fazla kalma hakları olmalıdır. Bu içtihat hukuku yukarıdaki koşullar karşılandığı müddetçe söz konusu kişilerin sınır dışı edilemeyeceğini belirten Direktif tarafından dolaylı olarak düzenlenmiştir. Fakat bu süre zarfında ev sahibi üye devletten sosyal destek alma hakkına sahip değildirler.

Göçmen işçiler tarafından yerine getirilmesi gereken idari formaliteler ise oldukça kısıtlıdır. Bir AB göçmen işçisinden ikamet kartı talep edilemez. Yalnızca kendisi isterse kişiye bu kart verilir. Bu türden bir ikamet kartı pratik nedenlerden ötürü kullanışlıdır. Fakat bu yalnızca ikamet hakkını kanıtlamanın bir yoludur, hak kazanmanın şartı değildir. Gerekli olabilecek tek formalite kayıt prosedürü ile alakalıdır. Aslında göçmen işçilerin ilgili otoritelere kayıt yaptırması gerekebilir. Kayıt işleminin süresi varış tarihinden itibaren üç aydan daha kısa olamaz. Derhal kayıt yaptıran kişinin adını ve adresini, ayrıca kayıt tarihini içeren bir kayıt sertifikası çıkarılır. Kayıt işleminin yaptırılmaması ilgili kişinin birtakım oransal ve ayrımcılık içermeyen yaptırımlara tabi tutulmasına neden olabilir. Bu da yalnızca bu nedenden ötürü sınır dışı edilme gibi bir durum söz konusu olamayacağı anlamına gelir. Kayıt sertifikasının verilmesi için üye devletler işçilerden geçerli bir kimlik kartı veya pasaport, işveren onayı veya çalışma belgesi ya da kendi hesaplarına çalıştıklarına dair belge talep edebilirler.

#### C. İkamet hakkının kaybedilmesi – artık işçi veya kendi hesabına çalışan olmayan AB vatandaşı

AB vatandaşları Direktif tarafından belirtilen koşulları yerine getirdikleri sürece ikamet etme hakkına sahiptirler. Bu koşulların karşılanıp karşılanmadığına dair mantıklı şüphelerin bulunması durumunda üye devletler bu koşulların karşılanıp karşılanmadığını doğrulayabilirler.

Madde 7(3) bu durum için olumlu bir ifade sunmaktadır. İşçi veya kendi hesabına çalışan kişi bu statüsünü artık çalışmıyor olsa bile koruyabilir. Bu çerçevede aşağıdaki durumlar kapsamıştır:

- (a) Kişi bir hastalığın veya kazanın sonucunda geçici olarak çalışmıyorsa;
- (b) Kişi bir yıldan fazla süreyle çalıştıktan sonra iradesi dışında işsiz kaldıysa ve ilgili istihdam kurumuna kayıt yaptırdıysa;
- (c) Kişi bir yıldan az süresi olan sabit süreli bir iş sözleşmesini tamamlamasının ardından gönülsüz olarak işsiz kalmış veya ilk on iki ay içerisinde iradesi dışında işsiz kalmış ve ilgili istihdam ofisine kaydını yaptırmışsa. Bu durumda işçilik statüsü en az altı ay süreyle korunmaktadır;
- (d) Kişi mesleki eğitime başlamışsa. Kişi iradesi dışında işsiz kalmamışsa alınan mesleki eğitimin önceden yapılan işle ilişkili olması gerekmektedir.

Her halükarda işçi veya kendi hesabına çalışan kişi statüsünde olan AB vatandaşları sınır dışı etme önlemine tabi tutulamazlar.



The status of jobseekers is unclear as Directive 2004/38 did not specify the conditions of their right to reside. According to the *Antonissen* case (abovementioned), they should be entitled to stay for at least six months and, above, as long as they are continuing to seek employment and that they have a genuine chance of being engaged. This case law has been indirectly codified by the Directive which provides that they cannot be expelled as long as the conditions presented above are met. However, during that period, they are not entitled to social assistance in the host Member State.

As regards administrative formalities to be accomplished by migrant workers, they are very limited. Indeed, a residence card cannot be required from an EU migrant worker. It is only if he wishes to have one issued that he will be granted one. Such a residence card is convenient for practical reasons. Nevertheless, it is only a way to prove the right of residence, not a condition of entitlement. The only formalities which can be required concern the procedure of registration. Indeed, migrant workers may have to register with the relevant authorities. The deadline for registration may not be less than three months from the date of arrival. A registration certificate is issued immediately, stating the name and address of the person registering and the date of the registration. Failure to comply with the registration requirement may render the person concerned liable to proportionate and non-discriminatory sanctions, which means that an expulsion may not be possible for this sole reason. For the registration certificate to be issued, Member States may only require that workers present a valid identity card or passport, a confirmation of engagement from the employer or a certificate of employment, or proof that they are self-employed persons.

#### C. Loss of right of residence - EU citizens who are no longer workers or self-employed

EU workers have the right of residence as long as they meet the conditions set by the Directive. In specific cases where there is a reasonable doubt as to whether they satisfy these conditions, Member States may verify if these conditions are fulfilled.

Article 7(3) provides a favourable treatment: the status of worker or self-employed person can be retained even if the person is not at work any longer. It covers the following circumstances:

- (a) he/she is temporarily unable to work as the result of an illness or accident;
- (b) he/she is in duly recorded involuntary unemployment after having been employed for more than one year and has registered as a jobseeker with the relevant employment office;
- (c) he/she is in duly recorded involuntary unemployment after completing a fixed-term employment contract of less than a year or after having become involuntarily unemployed during the first twelve months and has registered as a jobseeker with the relevant employment office. In this case, the status of worker shall be retained for no less than six months;
- (d) he/she embarks on vocational training. Unless he/she is involuntarily unemployed, the retention of the status of worker shall require the training to be related to the previous employment.

In any case, an expulsion measure may in no case be adopted against EU citizens who are workers or self-employed persons.

#### D. Sürekli ikamet hakkı

Ev sahibi üye devlette beş yıl boyunca sürekli ve yasal olarak ikamet eden AB işçilerinin daimi ikamet hakları vardır. Bu da ikamet etme haklarının işçilik statüsüyle alakalı koşullara (veya faal olmayan kişilere uygulanan katı koşullara) bağlı olarak belirlenemeyeceği anlamına gelir. İkametin devamlılığı yılda toplamda altı ayı geçmeyen geçici bulunmama durumlarından veya zorunlu askerlikten kaynaklanan daha uzun süreli bulunmama halinden veya gebelik, doğum, ciddi hastalık, eğitim veya mesleki eğitim veya başka bir üye devlette görevlendirilme gibi önemli hallerde ardışık maksimum 12 aya kadarki bulunmama durumundan etkilenmez. Bir kere elde edildikten sonra sürekli ikamet hakkı yalnızca ev sahibi üye devlette ardışık iki seneden daha uzun süreyle bulunmama durumunda kaybedilir.

İstisna yoluyla eski işçilere de bazı durumlarda daimi ikamet hakkı tanınabilir:

(a) Çalışmayı kestikleri sırada o üye devletin kanunlarında belirtilen yaşlılık aylığına hak kazanma yaşına erişmiş olan işçiler veya kendi hesabına çalışanlar veya öncesinde o üye devlette en az on iki ay boyunca çalıştıktan ve devamlı olarak üç seneden fazla ikamet ettikten sonra çalışmayı bırakıp erken emekli olan işçiler.

(b) Ev sahibi üye devlette iki yıldan fazla süreyle devamlı olarak ikamet etmiş olan ve kalıcı iş göremezlik sonucunda çalışmayı bırakmış olan işçiler veya kendi hesabına çalışanlar. Eğer böyle bir iş göremezlik ilgili kişinin ev sahibi üye devletteki bir kurumdan tam veya kısmi yardım almaya hak kazanmasını sağlayan bir iş kazası veya meslek hastalığı sonucunda ortaya çıktıysa ikamet süresiyle ilgili herhangi bir koşul uygulanmaz;

(c) Ev sahibi üye devlette üç sene devamlı olarak çalıştıktan ve ikamet ettikten sonra ikametleri halen ev sahibi üye devletteyken başka bir üye devlette çalışan veya kendi hesabına çalışan statüsünde olan ve her gün veya en az haftada bir ikamet ettikleri yere dönen işçiler veya kendi hesabına çalışanlar.

#### E. İşçinin aile fertlerinin durumu

İşçilerin aile fertleri de işçilere eşlik etmeleri veya katılmaları durumunda, AB vatandaşı olmasalar bile aynı ikamet etme hakkına sahip olurlar. Direktifin 2.Maddesine göre "aile fertleri" ifadesi şu anlama gelir: (a) Eş; (b) Eğer ev sahibi üye devletin ilgili mevzuatında belirtilen koşullara göre evlilikle eşdeğerse bir üye devletin mevzuatına göre AB vatandaşı ile kayıtlı evli olunmayan eş haline gelmiş kişi; (c) 21 yaş altındaki doğrudan torunlar veya eşe veya evli olunmayan eşin bakmakla yükümlü olduğu kişiler; (d) kişilerin bakmakla yükümlü olduğu doğrudan akrabalar ve aynı şekilde eşin veya evli olunmayan eşin akrabaları.

#### D. Right of permanent residence

EU workers who have resided legally for a continuous period of five years in the host Member State have the right of permanent residence there. It means that their right to reside cannot be made conditional upon the status of worker (or the strict conditions set for inactive persons). Continuity of residence is not affected by temporary absences not exceeding a total of six months a year, or by absences of a longer duration for compulsory military service, or by one absence of a maximum of twelve consecutive months for important reasons such as pregnancy and childbirth, serious illness, study or vocational training, or a posting in another Member State or a third country. Once acquired, the right of permanent residence shall be lost only through absence from the host Member State for a period exceeding two consecutive years.

By way of derogation, former workers may also be granted the right of permanent residence in some situations:

(a) workers or self-employed persons who, at the time they stop working, have reached the age laid down by the law of that Member State for entitlement to an old age pension or workers who cease paid employment to take early retirement, provided that they have been working in that Member State for at least the preceding twelve months and have resided there continuously for more than three years.

(b) workers or self-employed persons who have resided continuously in the host Member State for more than two years and stop working there as a result of permanent incapacity to work. If such incapacity is the result of an accident at work or an occupational disease entitling the person concerned to a benefit payable in full or in part by an institution in the host Member State, no condition shall be imposed as to length of residence;

(c) workers or self-employed persons who, after three years of continuous employment and residence in the host Member State, work in an employed or self-employed capacity in another Member State, while retaining their place of residence in the host Member State, to which they return, as a rule, each day or at least once a week.

#### E. Status of workers' family members

Workers' family members have the same right to reside when they accompany or join them, even if they are not EU citizen themselves. According to Article 2 of the Directive, "family member" means: (a) the spouse; (b) the partner with whom the Union citizen has contracted a registered partnership, on the basis of the legislation of a Member State, if the legislation of the host Member State treats registered partnerships as equivalent to marriage and in accordance with the conditions laid down in the relevant legislation of the host Member State; (c) the direct descendants who are under the age of 21 or are dependants and those of the spouse or partner; (d) the dependent direct relatives in the ascending line and those of the spouse or partner.

Aile fertlerinin AB vatandaşı olmaması halinde ikamet hakkı birtakım belirli formalitelere tabidir. Planlanan ikamet süresi üç aydan fazlaysa üye devletler herhangi bir üye devletin vatandaşı olmayan fakat bir AB vatandaşının aile fertleri olan bu kişiler için ikamet kartı çıkartır. İkamet kartı başvurusunun son teslim tarihi varış tarihinden itibaren üç aydan daha önce olamaz. İkamet kartının çıkartılabilmesi için üye devletler şu belgelerin sunulmasını ister: (a) Geçerli bir pasaport; (b) Aile ilişkisini veya kayıtlı olan fakat evli bulunulmayan eşin durumunu gösteren bir belge; (c) Kayıt sertifikası veya kayıt sisteminin bulunmaması durumunda eşlik ettikleri AB vatandaşıyla aynı ev sahibi üye devlette ikamet ettiklerini gösteren başka bir belge.

İkamet kartı verildiği tarihten itibaren beş yıl süreyle veya AB vatandaşının öngörülen ikamet süresince (eğer bu süre beş yıldan kısaysa) geçerlidir. İkamet kartının geçerliliği yılda altı ayı aşmayan geçici bulunmama hallerinden, zorunlu askerlik hizmeti nedeniyle daha uzun süreler boyunca bulunmama durumundan veya gebelik, doğum, ciddi hastalık, eğitim veya mesleki eğitim gibi ciddi nedenlerden ötürü maksimum ardışık on iki ay boyunca bulunmama durumundan veya başka bir üye devlete veya üçüncü ülkeye görevlendirme nedeniyle yollanma durumundan etkilenmez.

Direktif aile fertlerine AB vatandaşının ölümü veya ülkeden ayrılması durumunda ikamet hakkını koruma imkânı sunar. Örneğin bir AB işçisinin ölümü, bir üye devlet vatandaşı olmayan ve ölümden önce en az bir yıl boyunca ev sahibi üye devlette ikamet etmiş olan aile fertlerinin ikamet haklarını yitirmelerine yol açmaz. Direktif aynı zamanda boşanma, evliliğin iptali veya kayıtlı olan ama evlilik bağı içermeyen eşliğin sona ermesi hallerinde de ikamet hakkının korunması imkânını sunar.

Eşit muamele hakkından faydalanma durumu da herhangi bir üye devletin vatandaşı olmayan ve ikamet veya daimi ikamet hakkı olan kişileri de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. İşçinin bir üye devlette ikamet veya daimi ikamet hakkı olan aile fertleri, uyruklarına bakılmaksızın bu devlette çalışan veya kendi hesabına çalışan statüsünde çalışma hakkına sahiptirler.

The right of residence is subject to specific formalities when family members are non EU citizens. Indeed, Member States shall issue a residence card to family members of a Union citizen who are not nationals of a Member State, where the planned period of residence is for more than three months. The deadline for submitting the residence card application may not be less than three months from the date of arrival. For the residence card to be issued, Member States shall require presentation of (a) a valid passport; (b) a document attesting to the existence of a family relationship or of a registered partnership; (c) the registration certificate or, in the absence of a registration system, any other proof of residence in the host Member State of the Union citizen whom they are accompanying or joining.

The residence card is valid for five years from the date of issue or for the envisaged period of residence of the Union citizen, if this period is less than five years. The validity of the residence card is not affected by temporary absences not exceeding six months a year, or by absences of a longer duration for compulsory military service or by one absence of a maximum of twelve consecutive months for important reasons such as pregnancy and childbirth, serious illness, study or vocational training, or a posting in another Member State or a third country.

The Directive provides the retention of the right of residence by family members in the event of death or departure of the EU worker they have accompanied or joined. For instance, the EU workers' death does not entail loss of the right of residence of his/her family members who are not nationals of a Member State and who have been residing in the host Member State as family members for at least one year before the Union citizen's death. The Directive also provides the retention of the right of residence by family members in the event of divorce, annulment of marriage or termination of registered partnership.

The benefit of the right of equal treatment is extended to workers' family members who are not nationals of a Member State and who have the right of residence or permanent residence. Irrespective of nationality, the family members of a worker who have the right of residence or the right of permanent residence in a Member State shall be entitled to take up employment or self-employment there.

## Bölüm 3.

# Uluslararası Hukuk ve Avrupa Sosyal Hukukuna Giriş

## I. Koordinasyon Tüzüklerinin Kökeni

### A. Neden koordinasyon?

Tarihte, refah devletleriyle ulus devletler birbirini tamamlayıcı kavramlar olmuşlardır. Sosyal güvenlik, geleneksel olarak uyruk, vatandaşlık veya da ikametle ilişkili olarak tanımlanan 'refah topluluğunun' üyeleri için geçerli kılınmıştır. Bugünkü refah devletleri, yardımlarına erişim konusunda, göçmenlik kuralları ve yardımlara hak kazanma koşullarının bir karışımını kullanmaktadır. Göçmenlik kuralları (bazı) yardımların talep edilmemesi koşuluyla ülkeye girişe izin verirken, yardımlara hak kazanma koşulları genel anlamda uyruk, prim ve ikamet ölçütlerini içerir.

Yardımlara hak kazanma koşulları prim koşullarını karşılama, uyruk, ikamet süresi ya da kişinin yardım talep ederken ya da alırken hazırda bulunması koşulunu yerine getirme gereksinimleri açısından ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir.

Farklı yardım türleri farklı ölçütlerle kontrol edilir. Göçmen işçilerin primli yardımlara erişimlerinin önündeki ana engeller, bir yardıma hak kazanmak için asgari sayıda bir dizi prim gerekliliğiyle ilgili olabildiği gibi, primli yardımların ihraç edilememesi ya da ihraçları konusunda kısıtlayıcı koşullar bulunması ile ilgili de olabilir. Primli yardımlar ulusal düzeyde istendiğinde uyruğa dayalı ayrımcılık olmamasına rağmen, bu yardımların ihracı söz konusu olduğunda ayrımcılıktan bahsedilebilmektedir. Bazı AB üyesi devletlerin mevzuatı, vatandaş olmayanların en azından yurtdışından bazı primli yardımlar talep etmesine müsaade etmezken, bazıları da yurtdışında yaşayan kendi vatandaşlarına vatandaş olmayanlardan daha yüksek miktarlarda ödeme yapmaktadır.

Bazı ülkeler vergilerden karşılanan yardımlara ikamet koşulu getirmiştir. Çeşitli 'ikamet' kavramlarını yansıtan çok çeşitli ikamet koşulları mevcuttur. Örneğin, primsiz yardımlara hak kazanmak için, daha önceden belli bir süre ikamet etmiş olmak ya da hak iddia edenle ilgili ülke arasında açık bir sosyal bağın var olması gerekebilir. Ödenebilir yardım miktarı kişinin bir ülkede ikamet ettiği sürenin uzunluğuna bağlı olabilir. Bazı yardımlar, bir ülkeden talep edilemeyebilir ya da alınamayabilir. Farklı durumlarda ise, bu çeşitli kategorilerin çakıştığını görebiliriz. Örneğin, bir kişinin sosyal anlamda ikamet ettiğini düşünmek için, daha önceden belli bir süre ikamet etmiş olma durumu güçlü bir gerekçe teşkil edebilir.

Yardımları alma koşulları bu sebeple göçmen işçiler ve vatandaşların sosyal güvenliğe erişimlerini kısıtlayabilir ve Roma Antlaşması'na ters düşerek serbest dolaşım haklarını engelleyebilir.

## **Chapter 3.**

### **International and European social law: an introduction**

#### **I. The origin of the coordination regulations**

##### **A. Why coordination?**

Historically the boundaries of welfare states are coterminous with those of nation states. Social security is reserved for members of the "welfare community" who traditionally are defined with reference to nationality, citizenship and or residence. Today's welfare states use a mix of immigration rules and benefit entitlement conditions to control access to their benefits. The former may allow entry to the country on condition that (certain) benefits are not claimed, while the latter typically include nationality, contribution and residence criteria.

Benefit entitlement conditions vary between countries in the extent to which they contain requirements to satisfy contribution conditions and/or meet criteria concerning nationality, length of residence or the condition that a person must be present when claiming or receiving a benefit.

Different types of benefits are controlled by different types of criteria. The main obstacles for migrant workers to access contributory benefits concern the requirement for a minimum number of contributions to qualify for a benefit and that contributory benefits may not be exportable or may have restrictive conditions attached to their export. Although there is no discrimination by nationality when contributory benefits are claimed domestically, there may be discrimination on grounds of nationality when it comes to their export. The legislation of some EU member countries does not allow non-nationals to claim at least some contributory benefits from abroad, while others pay higher amounts to their own nationals who are living abroad than to non nationals

Many countries attach residence conditions to tax-financed benefits. There are several types of residence conditions reflecting a variety of concepts of "residence". For example, eligibility to non-contributory benefits may require the completion of a period of past residence or the existence of a demonstrable social link between the claimant and the country concerned. The amount of benefit payable may depend on the length of time a person has been resident in a country. Some benefits cannot be claimed from or taken out of the country. In some cases there is an overlap between these various categories. For example, a period of prior residence may be a strong ground for considering that someone is socially resident.

Entitlement conditions attached to benefits may therefore restrict access to social security for migrant workers and citizens and consequently hinder their right free movement contrary to the Treaty of Rome.

## B. Uyumlaştırma-Koordinasyon

AET'yi kuran Roma Antlaşması 1 Ocak 1958 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Antlaşma işçilerin serbest dolaşım hakkına önemle vurgu yapmaktadır. Ancak, Roma Antlaşması'nı kaleme alanlar, farklı sosyal güvenlik sistemleri ve yardımlara hak kazanma konusundaki kısıtlamaların, üye devletler arasında dolaşım halinde olan işçiler için ve Antlaşma'da önemle vurgulanan serbest dolaşım hakkının önünde engel teşkil edebileceğini fark etmişlerdir. Uyumlaştırma ve koordinasyon, göçmen işçilerin sosyal güvenlik problemlerini çözüme yolunda kullanılan iki yaklaşım olarak görülmüştür.

Uyumlaştırma iki şekilde gerçekleşir. Belli bir alanda ortak bir hukuki sistem uygulamak bu yaklaşımlardan biridir. Bu tür bir uyumlaştırma ulusal sistemde gelecekte oluşacak yasal gelişmeleri engeller. Diğer yaklaşım ise, asgari standartlar belirlemektir. Bu sayede üye devletler asgari standartlara uydukları sürece kendi ulusal sistemlerini geliştirebilirler.

Sosyal güvenlik sistemlerinin uyumlaştırılması Paris Antlaşması'nda Fransa ve diğer üye devletler arasında AKÇT'nin her yerinde ortak ücret ve sosyal yükümlülükler belirlenmesi konusunda bir Antlaşma olarak yer almıştır. Ancak, sosyal güvenlik konusunda, Roma Antlaşması'nı kaleme alanlar daha tedbirli ve siyasi anlamda daha makul olan koordinasyon yöntemini benimsemişlerdir. Aynı zamanda, üye devletler sosyal güvenlik alanında kendi ulusal egemenliklerini koruma konusunda dikkatli davranmışlar ve 51. Madde (şimdi 48. Madde) sosyal güvenliğin koordinasyonu konusunda Konsey'in oybirliğiyle hareket etmesini gerektirmiştir. Lizbon Antlaşması'yla birlikte, oybirliği zorunluluğunun yerini nitelikli çoğunluk oylaması almış bulunmaktadır.

Koordinasyon, ulusal programlarda başka açılardan değişiklik yapmazken, göçmenlerin haklarını korumak için sosyal güvenlik sistemlerinin birbirleriyle olan ilişkileri konusunda düzenlemeler yapmaktadır.

Antlaşma'nın 48. Maddesi şöyledir:

*Avrupa Parlamentosu ve Konsey, hali hazırdaki yasama prosedürüyle uyum içerisinde hareket ederek, sosyal güvenlik alanında işçilerin serbest dolaşımını sağlamak için gereken önlemleri alırlar; bu amaca yönelik olarak hizmet akdiyle ya da kendi hesabına çalışan göçmen işçileri ve onlara bağımlı olarak yaşayanları güvence altına almak adına düzenlemeler yaparlar:*

*(a) Yardım hakkını edinme ve elde tutma amacı ve yardım miktarının hesaplanabilmesi için, çeşitli ülkelerin yasalarına göre geçirilen bütün sürelerin birleştirilmesi;*

*(b) Üye devletlerin sınırları dâhilinde ikamet eden kişilere yardım ödemesi yapılması.*



## B. Harmonisation versus coordination

The Treaty of Rome, which established the EEC, became effective on 1 January 1958. The Treaty enshrined the fundamental right of free movement of workers. However, the drafters of the Treaty of Rome recognised that the different social security systems and the restrictions on benefit entitlement that they contained could create a barrier to workers moving between Member States and be an obstacle to the right to free movement enshrined in the Treaty. Two approaches to solving the problems of social security for migrant workers were considered: harmonisation and coordination.

Harmonisation comes in two forms. One approach is to introduce a common legal system in a particular field. This type of harmonisation constrains future legal developments of the national system. The other approach is to set minimum standards. This allows Member States to develop their national systems as they choose as long as they comply with the minimum standard

Harmonisation of the social security systems was included in the Treaty of Paris as a compromise between France and the other member countries over setting common wage and social charges throughout the ECSC. However, with respect to social security the drafters of the Treaty of Rome adopted the more cautious and politically more acceptable method of coordination. At the same time, Member States were careful to retain their national sovereignty over social security and Article 51 (now 48) also provided that The Council shall act unanimously with regard to the coordination of social security. The Treaty of Lisbon has replaced the requirement of unanimity with a qualified majority.

Coordination adjusts social security systems in relation to each other to protect the entitlements of migrants while leaving the national schemes in tact in other respects

Article 48 of the Treaty provides that:

*The European Parliament and the Council shall, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, adopt such measures in the field of social security as are necessary to provide freedom of movement for workers; to this end, they shall make arrangements to secure for employed and self- employed migrant workers and their dependants:*

*(a) aggregation, for the purpose of acquiring and retaining the right to benefit and of calculating the amount of benefit, of all periods taken into account under the laws of the several countries;*

*(b) payment of benefits to persons resident in the territories of Member States.*

### C. Genel Koordinasyon İlkeleri

- A. *Eşit muamele*
- B. *Uygulanabilir mevzuat*
- C. *Birleştirme*
- D. *Yardımların ihracı*

Koordinasyon dört temel ilke üzerine kuruludur:

- A. Eşit muamele: uyruğa dayalı ayrımcılık, bir üye devlet sınırları dahilinde ikamet eden bir kişinin o ülkenin vatandaşlarıyla aynı yardım haklarına ve yükümlülüklerine sahip olmasını sağlamak adına yasaklanmıştır;
- B. Uygulanabilir mevzuatı belirleme kuralları: Kişinin hangi üye devletin mevzuatına tabi olacağına karar vermek için kurallar belirlenmiştir;
- C. Sigorta sürelerinin birleştirilmesi: Başka bir üye devlette hak sahibi olmak için, hakkın elde edilmesi sürecinde, her bir ülkede geçirilen sigorta, istihdam ve ikamet süreleri birleştirilerek haklar korunur;
- D. İhraç: hali hazırda edinilmiş olan haklar bazı yardımların ihracına izin verilmesiyle korunur. (Bu ilkeler 6. Bölümde ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.)

### D. Koordinasyon tüzüklerinin kökeni

#### 1. Tüzüklerin ikili antlaşmalardaki kökeni

On dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısında Avrupa'da ilk sigorta programlarının başlatılmasından beri, uluslararası göçün bir sonucu olarak sosyal güvenlik erişimi edinememe durumu hem sosyal güvenlik programları hem de göçmen işçiler açısından sorun teşkil etmiştir. Bu sebeple, giderek artan sayıda Avrupa ülkesi bu sorunların çözümüne yönelik olarak ikili sosyal güvenlik antlaşmaları yapmışlardır. Uluslararası sosyal güvenlik antlaşmalarının geçmişi yirminci yüzyılın başlarına kadar giderken, yabancıların haklarını etkileyen uluslararası antlaşmaların geçmişi daha eski bir tarihe, 'kapitülasyonlar' olarak bilinen antlaşmaların yabancılar için farklı yasal sistemler belirlediği on altıncı yüzyıla kadar dayanmaktadır.

Ancak, ulusal sınırlar arasında sosyal güvenlik programlarını koordine etmek için atılan ilk adımlar, iş kazalarında ödenen tazminatlarla ilgili olmuştur. İlk uluslararası sosyal güvenlik antlaşması olarak kabul edilen antlaşma 1904 yılında Fransa ve İtalya arasında imzalanmıştır. Bu antlaşmayla birlikte, başka bir ülkedeyken meydana gelen iş kazalarının tazminatı konusunda bu ülkelerin vatandaşlarına *eşit muamele* hakkı sağlanmıştır. Bununla beraber, söz konusu antlaşmayla yukarıda belirttiğimiz eski yabancılar için farklı yasal sistemler oluşturma ilkesi terk edilmiş ve iş kazası geçiren kişilerin tazminatlarını kendi ülkelerine ihraç etmelerine izin verilerek bu iki ülkenin sosyal güvenlik sistemlerinin ulusal sınırları kaldırılmıştır.

## C. General principles of coordination

- A. *Equal treatment*
- B. *Applicable legislation*
- C. *Aggregation*
- D. *Export of benefits*

Coordination is built upon four basic principles:

- A. *equal treatment*: discrimination on grounds of nationality is prohibited to guarantee that a person residing on the territory of a Member State is subject to the same obligations and benefits from the same rights as the citizens of that Member State;
- B. *rules to determine the legislation applicable*: rules are laid down to determine which member country's legislation the person is subject to;
- C. *aggregation of periods of insurance*: rights in the course of acquisition are protected through aggregation of periods of insurance, residence or employment spent in each of the respective countries to establish a right in another Member State;
- D. *export*: rights already acquired are protected by allowing certain benefits to be exported (These principles are examined in detail in Chapter 6).

## D. The origin of the coordination regulations

### 1. *Origins in bilateral agreements*

Disentitlement to social security consequent upon international migration has been recognised as a problem both for social security schemes and migrants workers since the introduction of the first insurance schemes in Europe in the latter part of the nineteenth century. In response an increasing number of European countries have negotiated bilateral social security agreements that seek to address these problems. While the history of international social security agreements goes back to the beginning of the twentieth century, international treaties affecting the rights of foreigners have a much longer history that can be traced back to the sixteenth century when treaties, known as "capitulations", set up separate legal regimes for foreigners

However, the earliest attempts made to coordinate social security schemes across national frontiers were concerned with compensation for accidents at work. In 1904 France and Italy signed what is generally regarded as being the first international social security treaty. The Treaty provided for *equal treatment* for the nationals of each country in compensation schemes for accidents at work that take place while in the other country. This represented a departure from the former principle, noted above, of setting up separate legal regimes for foreigners; and broke through the territorial limits of the national social security systems of the two countries to allow people who had suffered an industrial accident to export their compensation to their home country.

İtalya ve Fransa arasında 1904'te imzalanan bu antlaşma ilerideki sosyal güvenlik antlaşmaları için örnek teşkil etmiştir. 1912 yılında Almanya ve İtalya arasında yine iş kazası tazminatı konusunda eşit muamele sağlanmasıyla ilgili bir antlaşma imzalanmıştır. 1919 yılında Fransa ve İtalya arasında imzalanan yeni bir antlaşmayla, bir ülkedeki sigorta süreleri diğer ülkedeki yardımlara hak kazanma koşullarını karşılıyormuş sayılarak, sigorta sürelerinin birleştirilmesi ilkesi getirilmiştir.

.Bu antlaşmalarının önemli olmasının sebebi, antlaşmaların;

- bir ülkenin diğer ülkenin vatandaşlarına, o ülkenin kendi vatandaşlarına aynı hakları sağlaması karşılığında haklar tanınması açısından karşılıklı olması,
- ilgili iki ülkenin vatandaşları ve sınırlarıyla kısıtlı olması,
- sadece işçileri kapsamaması ve
- özel yardımları kapsamamasıdır.

Bu ilkeler hem tamamen hem de kısmen sonraki bütün antlaşmalarda da yer alırlar.

Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra çeşitli ülkeler iş kazası yardımları konusunda eşit muamele sağlanması için antlaşmalar imzalamış olsalar da, bu genel çalışma sözleşmelerine dâhil edilen diğer sosyal güvenlik yaklaşımları için norm oluşturmaktadır (Watson, 1980). Ancak, savaşlar arasındaki dönem boyunca, kişiler ve kapsanan yardımlar bakımından sosyal güvenlik antlaşmalarının kapsamı giderek genişleyerek bütün yardımları içeren kapsamlı antlaşmalara varılmıştır. Eşit muamele ve sigorta sürelerinin birleştirilmesine ek olarak, uzun süreli yardımlar için *pro-rata (oransal) aylık hesaplama* ilkesi geliştirilmiştir. Birleştirme, bir veya bir başka ülke tarafından ödenen yardımlara hak kazanma koşullarının karşılanması için sigorta, ikamet ve bulunma sürelerini bir araya getirme ile ilgiliyken, *pro-rata (oransal) aylık hesaplama* ilkesi bu yardımları karşılamak için algılanan sorumlulukla uyumlu olarak masrafları dağıtmak üzere uzun süreli yardımlara uygulanır. Bu yüzden, *pro-rata (oransal) aylık hesaplama*, Antlaşmaya taraf olan ülkelerin, her bir ülkede geçirilen sigorta süreleriyle ilişkili olarak hesaplanan aylığın bir kısmını ödemesini gerektirmektedir.

İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, göçmen işçilerin serbest dolaşımını teşvik eden ve işe alma, iş sözleşmeleri, eşit ücret, aile birleşmesi, iş kazaları ve sosyal güvenlik gibi belli alanlara ağırlık veren işçilerin sosyal güvenlikleriyle ilgili uluslararası antlaşmalarda artış görülmüştür.

İkinci Dünya Savaşı'ndan beri yapılan ikili sosyal güvenlik antlaşmalarının çoğu, 1950ler ve 1970lerin başı arasında büyük ölçekli Avrupa içi işgücü göçü bağlamında Avrupa devletleri arasında olmuştur. Örneğin, 1946 ve 1966 yılları arasında dünyanın genelinde imzalanan 401 adet ikili sosyal güvenlik antlaşmasının % 94'ünde tarafların Avrupalı olduğu görülmüştür. Bu savaş sonrası antlaşmalar savaştan önce yapılanlardan daha karmaşık olmalarına karşın eşit muamele, sigorta sürelerinin birleştirilmesi, ihraç ve hangi devletin yardımın ne kadarını ödeyeceğinin belirlenmesi yoluyla sorumluluğunun paylaşılması gibi ortak ilkeler üzerine kurulmuşlardır.

The 1904 Treaty between Italy and France became a model for subsequent bilateral social security agreements. In 1912 Germany and Italy signed an agreement that provided for equality of treatment between the two countries, again in compensation for accidents at work. In 1919 another Franco-Italian treaty introduced the principle of aggregation of periods of insurance with insurance periods in one country counted towards the satisfaction of conditions of entitlement to benefit in the other

What is significant about these early treaties is that they:

- are reciprocal in that one country accorded rights to the nationals of the other country in return for that country according the same rights to their nationals
- confined to nationals and the territories of the two countries concerned
- covered only workers
- covered specific benefits

These principles, either in total or in part, inform all later agreements.

Although after the First World War several countries concluded agreements providing equal treatment for work accident benefits, it was the norm for other aspects of social security to be included in general labour conventions. However, during the period between the wars the scope of social security agreements, in terms of both the people and the benefits covered, gradually widened towards comprehensive agreements covering all benefits. In addition to equality of treatment and aggregation of periods of insurance the principle of *proratarisation* for long-term benefits was introduced. While aggregation is concerned with adding together periods of insurance, residence and presence to meet the conditions of entitlement for benefit paid by one or the other of the countries, the principle of proratarisation is applied to long-term benefits to distribute the costs in accordance with the perceived responsibility for meeting them. Thus proratarisation requires that each of the countries party to the agreement pays a proportion of the pension calculated with reference to the period of insurance spent in each.

After the Second World War there was an expansion in international agreements concerning social security for migrant workers which have promoted the movement of migrant workers focusing on particular aspects issues, including recruitment, employment contracts, equal pay, family reunion, accidents at work, and social security

Most of the bilateral social security agreements concluded since the Second World War have been between European countries in the context of the large-scale intra-European labour migration between the 1950s and the early 1970s. For example, in 94 per cent of the 401 bilateral social security agreements that were signed worldwide between 1946 and 1966, both parties were European. Although these post-war treaties were more sophisticated than those negotiated prior the war, they were nevertheless founded on the same principles of equal treatment, aggregation of insurance periods export and the apportionment of responsibility through the determination of which country should pay what proportion of the benefit.

## 2. 3/58 sayılı Tüzük

3/58 sayılı Tüzük (1958 - JO 561) ve onun uygulama tüzüğü olan ve 1 Ocak 1959 tarihinde yürürlüğe giren 4/58 sayılı Tüzük (1958 - JO 597), Avrupa Ekonomik Topluluğu'nda sosyal güvenlik koordinasyonu için alınan ilk önlemlerdir. 3/58 sayılı ve 4/58 sayılı Tüzüklerin kökeni, amaçlarından biri kömür işçilerinin serbest dolaşımını sağlamak olan Paris Antlaşması'na kadar gitmektedir. Sosyal güvenlik sorunları bu amacın önünde bir engel olarak algılanmıştır. Bu sebeple, AKÇT Antlaşması'nın 69(4). Maddesinde şöyle bir ifade yer almaktadır:

*“[Üye devletler], sınır işçileriyle ilgili özel önlemlere zarar vermeden, vatandaşlar ve göçmen işçiler arasında ücretlendirme ve çalışma koşulları konusunda her türlü ayrımcılığı yasaklarlar; özellikle de, sosyal güvenlik düzenlemelerinin iş dolaşımını engellememesi için ele alınması gereken bütün konuları kendi aralarında çözmeye yönelik çaba harcarlar.”*

Bu hükme göre, Yüksek Otorite, ILO'nun da desteğiyle, 1957 yılında Roma'da imzalanan ancak AET'yi kuran antlaşma araya girdiği için onaylanmayan Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi'ni hazırlamıştır.

Ancak, 25 Eylül 1958 tarihinde, biraz değiştirilmiş şekliyle Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi, Avrupa Birliği Konseyi tarafından 3/58 sayılı Tüzük olarak kabul edilirken, 3 Aralık 1958 tarihinde Sözleşme için yapılan idari düzenlemeler 4/58 sayılı Tüzük olarak kabul edilmiştir. Sistem, 3/58 sayılı Tüzüğün hükümlerine dâhil edilmeyen sınır işçileri, mevsimlik işçiler ve denizcileri kapsayan üç ek tüzükle tamamlanmıştır.

3/58 sayılı Tüzük, aşağıda tanımlanan ikili antlaşmalarda geliştirilen ilkeler yoluyla koordinasyonu sağlamayı başarmıştır: Bu ilkeler sırasıyla şunlardır: Eşit muamele: Bir üye devletin sınırları dâhilinde ikamet eden bir kişinin o devletin vatandaşlarıyla eşit yardım haklarına ve yükümlülüklerine tabi olmasını sağlamak için uyruk temeline dayanan ayrımcılıklar yasaklanmıştır; Kişinin hangi ülkenin mevzuatına tabi olacağını belirlemek üzere kurallar konmuştur. Edinme sürecindeki haklar başka bir üye devlette hak sahibi olunabilmesi için her bir ülkede geçirilen sigorta, ikamet ve istihdam sürelerinin birleştirilmesi yoluyla korunmaktadır; ve hali hazırda edinilmiş haklar bazı yardımların ihracına izin verilmesi yoluyla korunmaktadır. Ancak, 3/58 sayılı Tüzük bu ilkelerin uygulanması bakımından önceki uluslararası sosyal güvenlik antlaşmalarından daha ileriye gitmiştir. Örneğin, belli yardımların ihracı ilk kez bir istisna değil de genel bir kural olarak dâhil edilmiştir. Yeni tüzükler de üye devletlerin sosyal güvenlik yönetimlerinin birbirine iyi niyetli yaklaşımlarda bulunmalarını gerektirmiş ve her bir üye devletten bir temsilci ve Komisyon sekreteryasından oluşan İdari Komisyon'u desteklemişlerdir.

Ancak belki de 3/58 sayılı Tüzüğü önceki bütün ikili ve çok taraflı antlaşmalardan ayıran en önemli özelliği, Avrupa Ekonomik Topluluğu çerçevesinde uygulanmış olmasıdır.

## 2. Regulation 3/58

Regulation 3/58 ((1958 - JO 561) and its implementing regulation, 4/58 ((1958 - JO 597) which became effective on 1 January 1959 were the first measures to coordinate social security in the European Economic Community. The origins of Regulations 3 and 4/58 can be traced to the Treaty of Paris, one aim of which was to provide for free movement of coal workers. The problems of social security were perceived to be a barrier to this aim Thus Article 69(4) of the ECSC Treaty stated:

*"They [the Member States] shall prohibit any discrimination in remuneration and working conditions between nationals and immigrant workers, without prejudice to special measures concerning frontier workers; in particular they shall endeavour to settle among themselves any matters remaining to be dealt with in order to ensure that social security arrangements do not inhibit labour mobility."*

Under this provision the High Authority with the support of the ILO prepared a European Convention on Social Security, which was signed in Rome in 1957 but was not ratified because the treaty establishing the EEC intervened.

However, on 25 September 1958, in a slightly modified form the text of the European Convention on Social Security was adopted as Regulation 3/58 by the European Council, while the administrative arrangements prepared for the Convention were adopted as Regulation 4/58 on 3 December 1958. The system was complemented by three additional regulations covering frontier workers, seasonal workers and seamen who were not included under the provisions of Regulation 3/58.

Regulation 3/58 achieved coordination through the principles developed in bilateral agreements described above: namely, equal treatment: discrimination on grounds of nationality is prohibited to guarantee that a person residing on the territory of a Member State is subject to the same obligations and benefits from the same rights as the citizens of that Member State; rules are laid down to determine which member country's legislation the person is subject to; rights in the course of acquisition are protected through aggregation of periods of insurance, residence or employment spent in each of the respective countries to establish a right in another Member State; and rights already acquired are protected by allowing certain benefits to be exported. However, Regulation 3/58 took the application of these principles further than any previous international social security agreement. For example, for the first time, export of particular benefits was included a general rule, rather than an exception. The new regulations also required the social security administrations of the Member States to lend each other their good offices, underpinned an Administrative Commission consisting of a representative from each Member State with a secretariat from the Commission.

However, perhaps what was most distinctive about Regulation 3/58 compared to all previous bilateral and multilateral agreements is that it operated within the framework of the European Economic Community

### 3. 1408/71 sayılı Tüzük

Bu yeni tüzüklerde önceden bir dizi göz ardı edilen nokta ve hatanın varlığının belli olması üzerine, Avrupa Komisyonu 3/58 sayılı Tüzüğün oluşturulmasından sadece beş yıl sonra tüzüğü gözden geçirmeye, genişletmeye ve sadeleştirmeye başlamıştır. Üç yıl sonra da Komisyon Konsey'e yeni bir tüzük önerisinde bulunmuştur. Uzun görüşmeler ve yapılan çeşitli yeniden düzenlemelerden sonra, 14 Haziran 1971 tarihinde Konsey'den 1408/71 sayılı Tüzük çıkmış ve Mart 1972'de yeni uygulama tüzüğü olan 574/72 sayılı Tüzük çıkarılmıştır. Yeni sistem 1 Ekim 1972 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

1408/71 sayılı Tüzük, önceki tüzükte ortaya çıkan boşluklar ve teknik sorunları dikkate alan 3/58 sayılı Tüzüğün gelişmiş ve daha karmaşık bir halidir. Komisyon'un ilk yaptığı önerilerinin çoğu Konsey'deki görüşmeler boyunca yumuşatılmış olmasına rağmen, ikamet kısıtlamalarını kaldırmak için daha fazla gelişme kaydedilmiştir. Maddesel kapsam, 3/58 sayılı Tüzük'te yer verilen aile yardımlarına ek olarak aile yardımlarını da içerecek şekilde genişletilmiş, hastalık yardımları ve sağlık bakımından izin reddedilebileceği bir dizi durumun da içinde bulunduğu daha fazla kısıtlama kaldırılmıştır. Yeni Tüzükle İdari Komisyon'un rolü korunurken, Göçmen İşçiler Sosyal Güvenlik Danışma Komitesi kurulmuştur.

Kendisinden önceki 3/58 sayılı Tüzük gibi, 1408/71 sayılı Tüzük de yirminci yüzyılın ilk yarısı boyunca gerçekleştirilen ikili antlaşmalar sonucunda geliştirilen dört ana yöntem sayesinde koordinasyonu sağlamış bulunmaktadır. Uyrak temeline dayanan ayrımcılıklar yasaklanmış, kişinin hangi ülkenin mevzuatına tabi olacağını belirlemek üzere kurallar konmuş, edinme sürecindeki haklar başka bir üye devlette hak sahibi olunabilmesi için her bir ülkede geçirilen sigorta, ikamet ve istihdam sürelerinin birleştirilmesi yoluyla ve hali hazırda edinilmiş haklar bazı yardımların ihracına izin verilmesi yoluyla korunmuştur.

Yardımların ihracı/taşınabilirliği konusu 1408/71 sayılı Tüzüğün 10(1). Maddesinde şöyle belirtilmektedir:

*“Bu Tüzük tarafından aksi öngörülmedikçe; bir ya da daha fazla üye devletin mevzuatları kapsamında elde edilen nakdi malullük, yaşlılık ya da dul-yetim yardımları, iş kazası ya da mesleki hastalıklar durumunda verilen aylıklar ve ölüm yardımları, alıcı kişinin ödemediği sorumlu kurumun bulunduğu üye devletin dışında başka bir üye devlette ikamet ettiği gerekçesiyle hiçbir azaltma, değiştirme, askıya alma, geri çekme ya da el koymaya tabi tutulmazlar.”*

Taşınabilirlik ilkesi yardımdan yardıma değişkenlik gösterir. İkamet yeri ilkesi daha kısa süreli yardımlar konusunda bütün olarak veya kısmen etkili olmaya devam etmiştir. İşsizlik yardımları en fazla üç ay için ihraç edilebilirken, hastalık ve analık yardımları bazı kısıtlı koşullarda ihraç edilebilmiştir. Aile yardımları işçi'nin bulunduğu başka bir ülkede yaşandığında ödenebilmiştir. Genel olarak sağlık bakımı ikamet edilen ülke tarafından sağlanmış ve masraflar yetkili üye devlet tarafından geri ödenmiştir.



### 3. Regulation 1408/71

However, before very long it became clear that these new regulations contained a number of omissions and faults and in 1963, only five years after its introduction, the European Commission commenced work to revise, extend and simplify Regulation 3/58. Three years later the Commission submitted its proposal for a new regulation to the Council. After lengthy negotiations and several redrafts Regulation 1408/71 emerged from the Council on 14 June 1971 followed in March 1972 by the new implementing regulation, 574/72. The new system became effective on 1 October 1972.

Regulation 1408/71 is a more sophisticated development of Regulation 3/58 that took in to account the gaps and technical problems that had become apparent in the earlier regulation. Although many of the Commission's original proposals had been diluted during the negotiations in the Council, further progress was made to remove residence restrictions. The material scope was extended to include family benefits in addition to the family allowances that had been covered by Regulation 3/58 and further restrictions were removed from sickness benefits and healthcare including the number of circumstances in which authorisation could be refused. The new Regulation also established the Advisory Committee on Social Security for Migrant Workers while retaining the role of the Administrative Commission.

Like Regulation 3/58 before it, Regulation 1408/71 achieved coordination through the four main methods that had been developed by bilateral agreements across during the first half of the twentieth century, i.e. discrimination on grounds of nationality is prohibited; rules are laid down to determine which member country's legislation the person is subject to; rights in the course of acquisition are protected through aggregation of periods of insurance and/or residence spent in each of the respective countries; and rights already acquired are protected by allowing certain benefits to be exported.

Article 10(1) of Regulation 1408/71 provided for export/portability of benefits:

*"Save as otherwise provided by this Regulation, invalidity, old age or survivors cash benefits, pensions for accidents at work or occupational diseases and death grants acquired under the legislation of one or more Member States shall not be subject to any reduction, modification, suspension or withdrawal or confiscation by reason of the fact that the recipient resides in the territory of a Member State other than that in which the institution responsible for payment is situated."*

The principle of portability is variable across benefits. The principle of territoriality continued to operate in whole or in part with regard to shorter-term benefits. Sickness and maternity benefits were exportable under certain restricted conditions, while unemployment benefits were exportable for a maximum of three months only. Family benefits were payable where members of the family live in a different country to that which the "worker" is in. Healthcare was, in general, provided by the country of residence, and costs reimbursed by the competent Member State.

1408/71 sayılı Tüzük, 102 sayılı ILO Sözleşmesinde listelenen sosyal güvenlik dallarıyla ilgili olan bütün mevzuatlara uygulanmıştır: a) Hastalık ve analık yardımları; b) Kazanma kapasitesinin geliştirilmesi ya da muhafaza edilmesi amacını taşıyanlar da dahil olmak üzere malullük aylıkları; c) Yaşlılık aylıkları; d) Dul-yetim aylıkları; e) İş kazası ve mesleki hastalıklara yönelik yardımlar; f) Ölüm yardımları; g) İşsizlik yardımları; h) Aile yardımları ( 4(1). Madde).

Ancak kapsamına sosyal destek, savaş ve savaşın sonuçlarının mağdurları için yardım programları, sivil memurlar için ya da bu şekilde tedavi edilen kişiler için özel programlar girmez (4(4). Madde).

#### 4. 883/2004 sayılı Tüzük

1408/71 sayılı Tüzük kendisinden önceki 3/58 sayılı Tüzük'ten daha uzun ömürlü olmuştur. Üye devletlerin devamlı surette gelişen refah sistemleri ve AAD'nin çeşitli kararlarına karşılık olarak, Tüzük neredeyse her yıl revize edilmiştir. Ancak, devam eden revizyon artan karışıklıklara neden olup, önemli işlemsel sorunlara sebebiyet verirken, üye devletlerdeki sosyal gelişmeler, demografi ve iş piyasası sebebiyle boşluklar açığa çıkmıştır.

Tüzüklerin modernizasyonu ve sadeleştirilmesi ilk olarak, Tüzükleri '*daha etkili ve kullanıcı dostu*' yapmak ve koordinasyonun işletildiği sistemleri değiştirmeyi göz önünde bulundurmak adına 1992'deki Edinburg Avrupa Konseyi'nde önerilmiş ve 1998'de Komisyon 1408/71 sayılı Tüzüğü modernize etmek ve sadeleştirmek için bir öneride bulunmuştur<sup>11</sup>. Ancak, hukuki temele göre Konsey'de oybirliği gerekli görülmüş ve 1997 Amsterdam Antlaşması'ndan sonra da AB Parlamentosu'yla ortak karar alma gerekliliği doğmuştur. Komisyon'un teklifi Finlandiya, Portekiz, Fransa ve İsveç'in dönem başkanlıklarında her bir ülke tarafından Konsey'e ilerleme raporu sunularak değerlendirilmiştir. Ancak bu dönem başkanlıkları boyunca çok az gelişme kaydedilmiştir.

Bu durumla karşılaşıldıktan sonra Mart 2001'de Stockholm Konseyi'nde 1408/71 sayılı Tüzüğün modernizasyonu için temel kuralların belirlenmesinde kullanılan parametrelerin Konsey ve AB Parlamentosunun tüzüğün kabul edilmesinde ilerleme kaydetmesini sağlamak için o yılın sonu itibarıyla belirlenip kabul edilmesine karar verilmiştir.

Belçika'nın dönem başkanlığında oluşturulan parametreler, "*ışığında Tüzüğün modernize edileceği, Konsey tarafından benimsenen temel seçenekler*" olarak tanımlanmışlardır. Uzlaşmaya varmak için gereken Antlaşma noktalarının altını çizen 12 parametre sürecin yolunu açmış, İspanya, Danimarka, Yunanistan, İtalya ve sıradaki diğer ülkelerin dönem başkanlıklarında ciddi anlamda gelişme kaydedilmiştir.

<sup>11</sup> 5133/99 SOC 5 – COM (98) 779 final.

Regulation 1408/71 applied to "all legislation concerning the branches of social security enumerated by the ILO Convention No. 102: a) sickness and maternity benefits; b) invalidity benefits, including those intended for the maintenance or improvement of earning capacity; c) old-age benefits; d) survivor's benefits; e) benefits in respect of accidents at work and occupational diseases; f) death grants, g) unemployment benefits; h) family benefits"(Article 4(1)).

Its scope did not, however, cover social assistance, benefit schemes for victims of war or its consequences, or special schemes for civil servants and persons treated as such (Article 4(4)).

#### 4. Regulation 883/2004

Regulation 1408/71 enjoyed much greater longevity than its predecessor, Regulation 3/58. In response to the continually evolving welfare systems of the member countries and the numerous judgements of the ECJ the Regulation was revised almost annually. However, on-going revision created increasing complexity and gave rise to both operational and substantive problems, while gaps were exposed and created by demographic, labour market and social developments in the Member States

Modernisation and simplification of the Regulations was first proposed at the Edinburgh European Council in 1992 in order to make the Regulations "*more efficient and user-friendly*" and to take account of the changing circumstances in which coordination operated and in 1998 the Commission submitted a proposal to modernise and simplify Regulation 1408/71.<sup>11</sup> However, the legal base required unanimity in the Council and, following the Treaty of Amsterdam in 1997, co-decision with the European Parliament. The Commission's proposal was considered during the Finnish, Portuguese, French and Swedish Presidencies, with each submitting a progress report to the Council. However, very little progress was made during these Presidencies.

Faced with this situation it was decided at the Stockholm Council in March 2001 that "parameters" to set the ground rules for the modernisation of Regulation 1408/71 would be drawn up and agreed by the end of that year to enable the Council and the European Parliament to proceed with its adoption.

The parameters, which were introduced under the Belgian Presidency, were defined as "*the basic options adopted by the Council in the light of which the Regulation is to be modernised*". The 12 parameters which highlighted points of agreement around which to build consensus, unblocked the process and enabled considerable progress to be made under the Presidencies of Spain, Denmark, Greece and Italy and subsequently.

---

<sup>11</sup> 5133/99 SOC 5 – COM (98) 779 final.

Ortaya çıkan yeni Tüzük 1408/71 sayılı Tüzükten tamamen farklı değildir. Sınırlı olmayan maddesel kapsam, açık kişisel kapsam, gerçeklerin kapsamlı dengelenmesi, emeklilerin sağlık bakımı masraflarının oransal (pro-rata) olarak ödenmesi ve altı ay için ihraç edilebilen işsizlik aylıkları gibi esasen Komisyon tarafından önerilen daha radikal değişiklikler, görüşmeler boyunca yumuşatılmış ve ana hedef, yol gösterici ilkeler ve ana unsurları korurken, hali hazırdaki kavram, kural ve prosedürleri sadeleştirmek ve ana politikaların içine yerleştirmek olmuştur. Yine de, reformla birlikte koordinasyonun hem maddesel hem de kişisel kapsamı genişletilmiş, kişisel kapsama ekonomik olarak aktif olmayan kişilerin yanı sıra bir mevzuatın kapsamına giren bütün kişiler dâhil edilmiştir. Eşit muamele ilkesi güçlendirilmiş; sınır işçileri, sağlık ve aile yardımları konusunda yenileme ve babalık yardımlarının dâhil edilmesi ile ilgili yeni kuralların yanı sıra ön emeklilik yardımlarını kısmen koordine etmek için yeni bir bölüm daha oluşturulmuştur. Ancak *Kohll* (C-158/96 ve *Decker* C-129/95) ile başlayan sağlık bakımı ile ilgili içtihat hukuku kapsama alınmazken, uzun süreli bakım yardımlarını koordine etmek için hiçbir hüküm bulunmamaktadır.

Konseynin, Avrupa Komisyonu ve Parlamento'nun koordine edilmiş yardım ve hizmetlerin AB vatandaşlarına sağlanmasını geliştirmek üzere iyi yönetim ilkelerini güçlendirme niyeti açık bir şekilde belirtilmiştir. Bu durum, AB çapında hizmet standartları konusundaki artan vurguyu yansıtmaktadır. 89(3). Madde şeffaflık sağlarken, 89(1). Madde vatandaşlara sağlanan hizmet kalitesinin kontrolü için Topluluk yeterliliği oluşturmaktadır. 89(1). Maddede belirtilen gereklilikleri karşılama kapasitesi, yeni Uygulama Tüzüğü'nün 4(2). Maddesine göre oluşturulacak olan Sosyal Güvenlik Bilgilerinin Elektronik Paylaşımı (EESSI) tarafından desteklenmektedir. Bu konu, 12. Bölümde ele alınmaktadır.

E. Avrupa Birliği dışındaki koordinasyon araçları

### **Uluslararası Çalışma Örgütü**

Göçmen işçileri korumak amaçlı ikili sosyal güvenlik antlaşmalarının artışı Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından teşvik edilmiştir. Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra 1919'da kurulan ILO, Sözleşmeler ve Tavsiyelerle uluslararası standartları belirleme ve denetleme yöntemiyle çalışmaktadır. ILO temel sosyal hakları, çalışma koşullarının ve sosyal koşulların çeşitli yönlerini ve sosyal güvenliği kapsayan yaklaşık 200 Sözleşme ve 180'den fazla Tavsiye düzenlemiştir. ILO aynı zamanda, ülkelerin sosyal güvenlik sistemleri ve ikili sosyal güvenlik antlaşmaları tasarımları ve uygulamalarına destek olması açısından da önemli bir role sahiptir (<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm>).

Birinci ve İkinci Dünya Savaşları arasında, ILO sosyal güvenlik modeline ilişkin Sözleşmeler ve Tavsiyeler düzenlemiştir. Sözleşmeler, tarım işçileri ya da denizciler için hastalık sigortası ve kaza sigortası gibi özel kategorilere odaklanmıştır. Ana hedef, rekabetin bozulmasını engellemek olmuştur. 1946 yılında ILO Birleşmiş Milletlerin uzmanlaşmış/özel bir birimi haline gelmiş, 1948-1970 yılları arasında üye devlet sayısı ikiye katlanınca ILO evrensel yapısına kavuşmuştur. Bugün neredeyse tüm dünya ülkeleri ILO üyesidir.

(<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm>).

The new Regulation that emerged is not radically different Regulation 1408/71. The more radical changes originally proposed by the Commission, which included non limitative material scope, open personal scope, extensive equalisation of facts, pro-rata reimbursement for pensioners' healthcare costs, and unemployment benefits exportable for six months were diluted during negotiations and the main aim became to simplify and streamline the existing concepts, rules and procedures while maintaining the guiding principles and essential elements. Nevertheless, the reform extended the material and personal scope of coordination, the latter to include all persons covered by a scheme including non economically active people. The principle of equal treatment has been strengthened; there are new rules regarding frontier workers, revisions to health and family benefits, and the inclusion of paternity benefits, as well as a new chapter to partially coordinate pre-retirement benefits. However, there are no provisions to coordinate long-term care benefits, while the case law concerning healthcare that started with *Kohll* (C-158/96) and *Decker* (C-129/95) has not been incorporated.

The intention of the Council, the European Commission and Parliament to strengthen the principle of good administration to improve the delivery of coordinated benefits and services to EU citizens is made explicit. This reflects the growing emphasis on service standards across the EU. Article 89(1) establishes Community competence to monitor the quality of service provided to citizens while Article 89(3) provides for transparency. The scope to meet the requirements introduced by Article 89(1) is underpinned by the forthcoming introduction of Electronic Exchange of Social Security Information (EESSI) under Article 4(2) of the new Implementing Regulation (This is discussed in Chapter 12).

## E. Coordination instruments outside the European Union

### **The International Labour Organisation**

The growth in bilateral social security agreements and treaties to protect migrant workers was promoted by the International Labour Organisation (ILO). The ILO which was established in 1919 after the First World War works through drawing up and monitoring international standards through Conventions and Recommendations. The ILO has drawn up almost 200 Conventions and more than 180 Recommendations, covering fundamental social rights as well as varied aspects of labour and social conditions, including social security. The ILO also plays an important role assisting countries design and implement social security systems and bilateral social security agreements (<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm>).

Between the First and Second World Wars the ILO adopted Conventions and Recommendations aligned to the social insurance model. Conventions focused on specific categories such as sickness insurance and accident insurance for workers in agriculture or seafarers. The main aim was to prevent distortion of competition. In 1946, the ILO became a specialized agency of the United Nations and between 1948-1970 the organization took on its universal character as the number of Member States doubled. Today almost all countries of the world are members. (<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm>).

Sözleşmelerin amacı, bozulmayı önlemek olmaktan çıkıp, sosyal güvenlik yardımları konusunda asgari bir standart belirlemek ve sosyal standartları yükseltmek olmuştur. Sözleşmeler, yüksek düzeyde korumaya imkân sağlarken, ulusal mevzuatların içerikleriyle ilgili asgari kurallar, örneğin kapsama giren kişiler, yardımların içeriği ve seviyesi, yardım hakkı elde etme koşulları ve yönetimi belirler. Standartlar prensipte bütün çalışanlara örneğin, kamu ve özel sektör çalışanları, kendi hesabına çalışanlar ve küçük çiftçilere ve aynı zamanda nüfusun her kesimine uygulanmaktadır: Örneğin, kadın ve erkekler, çocuk ve gençler, yaşlı kişiler bu kapsamdadır. (<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm>).

### **Göçmen işçilere ilişkin ILO (Uluslararası Çalışma Örgütü) Sözleşmeleri**

ILO 1919'daki ilk oturumunda 'Muamelede Karşılıklılık Önerisi'ni (Uluslararası Çalışma Örgütü, 1996) oluştururken, 1925'teki yedinci oturumunda ise 'İşçilerin Kaza Tazminatlarıyla ilgili olarak Ulusal ve Yabancı İşçilere ilişkin Eşit Muamele konulu 19. sayılı Sözleşmesini' oluşturmuştur. Madde 1 ile Sözleşmeyi onaylamış başka bir devlette meydana gelen iş kazaları için işçilerin tazminatına ilişkin olarak ikamet koşulu aramaksızın eşit muamele sağlanmaktadır. Madde 4 ise Sözleşmenin uygulanmasının kolaylaştırılması için onaylayan üyelerin ortak desteğinin gereğini vurgulamaktadır (Uluslararası Çalışma Örgütü, 1996).

1935'te, yani on sene sonra ise ILO, elde etme sürecinde hakların korunması ve zorunlu malullük, yaşlılık, dul ve yetim sigortası hakkının edinilmesi arasında bir program oluşturan 'Göçmen İşçilerin Haklarının Korunması ilişkin Sözleşme'yi (No 48) düzenlemiştir. Bu Sözleşme, kişilerin uyruklarına bakılmaksızın iki veya daha fazla üye ülkenin sigorta kurumlarıyla ilişkisi bulunanların sigorta sürelerinin birleştirilmesini ve ayrıca aşağıdaki durumlarda önceden elde edilmiş olan yardımların ödenmesini sağlar:

- (a) Uyruklarına bakılmaksızın bir üyenin sınırları dahilinde yaşayanlar
- (b) İkamet yerlerine bakılmaksızın, bir üyenin uyruğuna sahip olanlar.

Madde 18 eşit muameleyi sağlarken Madde 20 de her üyeden bir temsilciden, hükümet tarafından atanan üç kişiden, işveren ve işçi temsilcilerinden oluşan bir Komisyon kurar (Birliğin koordinasyon tüzükleri altında oluşturulan Göçmen İşçilerin Sosyal Güvenliğine ilişkin Danışma Komitesi). Komisyon kendi çalışma usullerini düzenler ve bir veya daha fazla üyenin isteği üzerine Sözleşmenin uygulanışına ilişkin tavsiyeler sunar.

ILO aynı zamanda Ren Nehri gemi adamları, uluslararası taşımacılık işçileri, mülteciler ve vatansız kişiler gibi belirli işçi grupları için Sözleşmeler sonuçlandırmıştır (Uluslararası Çalışma Örgütü, 1996).

The purpose of Conventions has evolved from the prevention of distortion of competition to a focus on raising social standards, including providing minimum standards on social security benefits. While allowing for higher levels of protection, Conventions give minimum rules on contents of national legislation, including: persons covered, content and the level of benefits, conditions of entitlement for benefit, and administration. The standards are applicable, in principle, to all workers, including: public and private sector employees, self-employed persons and small farmers; and apply to all sections of the population, including: men and women, children and youth, and elderly persons (<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--en/index.htm>).

### **ILO Conventions concerning migrant workers**

In its first ever session in 1919 the ILO drew up a "Reciprocity of Treatment Recommendation" (International Labour Organisation, 1996), while at its seventh session in 1925 the Organisation drew up "Convention No. 19 concerning Equality of Treatment for National and Foreign Workers as regards Workmen's Compensation for Accidents". Article 1 provides for equal treatment without any conditions of residence in respect of workmen's compensation for accidents at work that occur in another ratifying member country. Article 4 requires the mutual assistance of the ratifying members in order to facilitate the application of the Convention (International Labour Organisation, 1996).

Ten years later, in 1935, the ILO drew up "The Maintenance of Migrants' Pension Rights Convention" (No 48) which established a scheme between members for the maintenance of rights in the course of acquisition and of rights already acquired to compulsory invalidity, old-age and widows' and orphans' insurance. The Convention provides for aggregation of insurance periods of persons who have been affiliated to insurance institutions of two or more member countries irrespective of their nationality; and benefits which have already been acquired to be paid if they are:

- (a) resident in the territory of a Member, irrespective of their nationality
- (b) nationals of a Member, irrespective of their place of residence.

Article 18 provides for equal treatment, while Article 20 set up a Commission – which anticipated the Advisory Committee on Social Security for Migrant Workers under the Community coordinating regulations - consisting of one delegate for each Member together with three persons appointed respectively by the government, employers' and workers' representatives. The Commission would regulate its own procedure and at the request of one or more Members, would make recommendations on the application of the Convention.

The ILO also concluded a number of treaties for specific groups of workers such as Rhine boatmen, international transport workers, refugees and stateless persons (International Labour Organisation, 1996).

1962'de Eşit Muamele (Sosyal Güvenlik) Sözleşmesi (C 118) onaya sunulmuştur. Sözleşme hiçbir ikamet koşulu içermeksizin (Madde 4) eşit muamele sağlarken (Madde 3) Madde 4 belirli durumlarda ikamet koşullarının uygulanmasına izin verir. Madde 5 yurtdışındayken malullük yardımları, yaşlılık yardımları, dul ve yetim aylıkları, ölüm yardımları ve iş kazası yardımlarının alınmasını, Madde 6 ilgili üyeler tarafından belirlenen koşullar ve sınırlar doğrultusunda bir üyenin sınırları dahilinde ikamet eden çocuklara aile ödeneği verilmesini ve Madde 7 edinilmiş ve edinilme sürecinde olan hakların korunmasını, toplamayı ve üyeler arasında masrafların dağılımını sağlarken, Madde 11 üyelerin birbirlerine idari destek sağlamalarını gerektirir.

Sosyal Güvenlik Haklarının Korunması Sözleşmesi (C 157) 1982'de onaya sunulmuştur. Bölüm II'de uygulanabilir mevzuatın tespitiyle ilgili kurallar bulunmakta, Bölüm III edinilme sürecindeki hakların korunmasıyla ilgili kuralları belirlerken Bölüm IV edinilmiş hakların korunmasını ve yurtdışında yardımların tedarikini düzenlemektedir. Bölüm V ise üyeler arasında idari desteği ve Sözleşme kapsamına giren kişilere destek sunulmasını içerir.

## **Avrupa Konseyi**

Avrupa Konseyi 5 Mayıs 1949 tarihinde 10 ülke tarafından kurulmuştur ve şu anda Avrupa'nın neredeyse tamamını oluşturan 47 üye ülkeye sahiptir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve Avrupa çapında bireylerin korunmasıyla ilgili diğer referans metinlerine dayalı olarak ortak ve demokratik ilkeler geliştirmeyi amaçlayan Avrupa Konseyi, üye ülkeler arasında dolaşım halinde bulunan göçmen işçilerin sosyal güvenliklerinin korunmasını sağlamak için birtakım Antlaşmalar oluşturmuştur.

İkinci Dünya Savaşını takiben 1949'un Kasım ayında, Brüksel Paktının beş üyesi (Belçika, Fransa, Lüksemburg, Hollanda ve İngiltere) Paris'te iki çok taraflı sosyal güvenlik Antlaşması imzalamıştır: Birincisi sosyal ve tıbbi destek ile ilgiliyken ikincisi ise daha önce üye ülkeler arasında imzalanmış olan ikili Antlaşmaların ilişkilendirilmesiyle ilgiliydi. Belçika, Fransa ve İtalya ile Fransa, İtalya ve Saar arasında 1951 ve 1952 senelerinde sırasıyla benzeri Antlaşmalar imzalanmıştır. Fakat Avrupa Konseyinin Brüksel Paktını tüm üyeleri kapsayacak şekilde genişletme isteği, üye ülkelerin pek çoğunun arasında imzalanmış ikili Antlaşma olmaması sebebiyle engellenmiştir. Böylesine bir ağın oluşturulmasının askıya alınması üzerine Konsey Aralık 1953'te iki ara Antlaşma bağlamıştır.

Sosyal Güvenlik Programlarına ilişkin bu iki Ara Antlaşma 1954'ten beri yürürlüktedir. Antlaşmalardan biri yaşlılık, malullük, dul ve yetim yardımlarıyla, diğeri ise hastalık, analık, işsizlik, iş kazaları, ölüm ve aile yardımlarıyla ilgilidir.

Bu Antlaşmalar onaylayan devletlerden birinin uyruğunu taşıyan fakat normalde bir başka onaylayan devlette ikamet eden kişilerin sosyal güvenlik kanununda ikamet ettikleri ülkenin uyruğuna sahip kişilerle eşit muameleye tabi tutulmalarını ve onaylayan devletlerin birinin uyruğunu taşıyan bir kişinin başka onaylayan devletler tarafından imzalanan ve yürürlüğe girmiş olan tüm ikili ve çoklu sosyal güvenlik Antlaşmalarında geçen yardımlardan yararlanmalarını gerektirir.



In 1962 the Equality of Treatment (Social Security) Convention (C 118) was opened for ratification. The Convention provides for equality of treatment (Article 3) without any condition of residence (Article 4) although Article 4 permits the application of residence conditions under certain specified conditions.

Article 5 provides for invalidity benefits, old-age benefits, survivors' benefits and death grants, and employment injury pensions to be granted when resident abroad. Article 6 provides for family allowances to be granted in respect of children who reside on the territory of a Member, under conditions and within limits to be agreed upon by the Members concerned. Article 7 provides for the maintenance of acquired rights and rights in course of acquisition, totalisation and distribution of costs between Members; while Article 11 requires Members to provide each other with administrative assistance.

The Maintenance of Social Security Rights Convention (C 157) was opened for ratification in 1982. Part II provides rules to determine the applicable legislation; Part III rules for the maintenance of rights in the course of acquisition; Part IV provides for maintenance of acquired rights and provision of benefits abroad; and Part V for administrative assistance between Members and assistance to be provided to persons covered by the Convention.

### **Council of Europe**

The Council of Europe was founded on 5 May 1949 by 10 countries and now has 47 member countries spanning almost the whole of Europe. The Council of Europe which seeks to develop common and democratic principles based on the European Convention on Human Rights and other reference texts on the protection of individuals throughout Europe has drawn up several agreements to protect the social security of migrant workers moving between member countries.

Following the Second World War, in November 1949 the five members of the Brussels Pact – Belgium, France, Luxembourg, the Netherlands and the UK signed two multilateral social security agreements in Paris: The first was concerned with social and medical assistance; while the second aimed to link the various agreements that hitherto had existed bilaterally between the member countries. Belgium, France and Italy and France, Italy and the Saar concluded similar agreements in 1951 and 1952 respectively. However, the Council of Europe's ambitions to extend the Brussels Pact agreement to all its members was thwarted by the lack of bilateral agreements between many of the member countries. Pending the establishment of such a network the Council concluded two interim agreements in December 1953.

The two Interim Agreements on Social Security Schemes have been in force since 1954. One Agreement deals with old age, invalidity and survivors' benefits, the other with sickness, maternity, unemployment, industrial injury, death grants and family benefits.

They require that nationals of one ratifying state who are normally resident in another receive equal treatment under social security law with nationals of the state in which they are resident and; that nationals of one ratifying state receive the benefits of all bilateral and multi-lateral Agreements on social security matters already entered into by other ratifying states.

Avrupa Sosyal ve Tıbbi Yardım Sözleşmesi de (ECSEMA) 1954'ten bu yana yürürlüktedir. Bu Sözleşme, onaylayan devletlerin kendi sınırları dahilinde yasal olarak ikamet eden ve yeterli kaynaklara sahip olmayan diğer onaylayan devletlerin vatandaşlarına kendi vatandaşlarıyla aynı koşullar altında nakdi ve aynı destek sağlamalarını gerektirir. Bu aynı zamanda onaylayan devletlerin, kendi sınırları dahilinde yasal olarak ikamet eden diğer onaylayan devlet vatandaşlarının sırf yardıma muhtaç oldukları için ülkelerine geri gönderilmelerini önler.

Her iki Antlaşmanın da protokolleri, Cenevre Sözleşmesinde tanımlandığı gibi mültecileri kapsayacak şekilde genişleten hükümleri vardır.

Tıbbi bakım, hastalık yardımı, işsizlik yardımı, yaşlılık yardımı, yaralanma ile sonuçlanan iş kazaları yardımı, aile yardımı, analık yardımı, malullük yardımı, dul ve yetim yardımıyla ilgili olan Avrupa Sosyal Güvenlik Kodu 1964 yılında imzaya sunulmuştur. 102 sayılı ILO Sözleşmesini model olarak şekillendirilen Kanunun amacı sosyal güvenliği her ülkede eşit düzeyde yüksek bir seviyeye çekmekti. Kanunun protokolünün hedefi üye devletlerin erişmeyi arzulayacakları daha yüksek bir Avrupa Düzeyi oluşturmaktır.

1990 yılında imzaya sunulan (revize edilmiş ) Avrupa Sosyal Güvenlik Kodunun amacı kapsamında belirtilen standartları iyileştirmektir.

1983 yılından beri yürürlükte olan Göçmen İşçilerin Yasal Statülerine İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 18. maddesi sosyal güvenlik hukukunda göçmen işçiler ve kabul eden ülke uyruğuna sahip kişiler arasında eşit muamele, kazanılmış hakların korunması ve yurtdışında yardımların sağlanması ilkelerini içermektedir.

#### F. Gelecekteki olası zorluklar ve gelişmeler: Dinamik koordinasyonun gerekliliği

Koordinasyon tüzüklerinin uygulandığı çevre 1950'lerde ilk tüzüğün oluşturulmasından bu yana çeşitli şekillerde değişikliğe uğramıştır. Bu demografik, sosyal ve ekonomik değişiklikler koordinasyonla alakalı birtakım zorluklar doğurmuştur.

1958 ve 1971'de AET'nin altı kurucu üyesi vardı: Belçika, Fransa, Almanya, İtalya, Lüksemburg ve Hollanda. Bugün ise AB'nin 27 üyesi bulunmaktadır. Hollanda'nın (kısmi) çekincesine karşın başlangıçtaki bu altı üye, eşlerin ve çocukların türev haklara sahip olduğu para kazanan erkek modeline dayalı benzeri bir sosyal güvenlik sistemini paylaşmaktaydılar. Danimarka, Finlandiya, İrlanda, İsveç ve İngiltere'nin katılımıyla genel bütçeden finanse edilen ve ikamete dayalı sistemler öngören farklı bir felsefe ortaya çıktı, .

Göç kavramının kendisi de zaman içinde değişikliğe uğramıştır. 1950, 60 ve 70'li yıllarda genellikle tam zamanlı çalışma için göç edip, çalışma hayatlarının sonunda menşe ülkelerine geri dönen bedenleriyle çalışan işçiler söz konusuydu. Bugün ise kadın göçmenlerin daha fazla katılımıyla ve kısa süreli göçmenlerle birlikte bir dizi yeni göçmen tipi ortaya çıkmıştır.

The European Convention on Social and Medical Assistance (ECSEMA) has also been in force since 1954. It requires that ratifying states provide assistance in cash and kind to nationals of other ratifying states who are lawfully present in their territory and without sufficient resources on the same conditions as their own nationals. It also prevents ratifying states repatriating lawfully present nationals of other ratifying states simply because the person is in need of assistance.

Both the above Agreements have protocols extending their provisions to refugees as defined in the Geneva Convention.

The European Code of Social Security deals with medical care, sickness benefit, unemployment benefit, old age benefit, employment injury benefit, family benefit, maternity benefit, invalidity benefit and survivors' benefit it was opened for signature in 1964. The Code modelled on ILO Convention No. 102 is intended to raise social security in every country to an equally high level. The protocol to the Code is intended to represent a higher European Level to which member states should aspire.

The European Code of Social Security (revised), opened for signature in 1990, is intended to improve on the standards set in the Code.

Article 18 of the European Convention on the Legal Status of Migrant Workers, in force since 1983, lays down the principles of equality of treatment in social security law between migrant workers and nationals, conservation of acquired rights and provision of benefits abroad.

#### F. Future challenges and developments: Coordination is dynamic

The environment in which the coordination regulations operate has changed in several ways since the first regulation was drawn up in the 1950s. These demographic, social and economic changes provide challenges to coordination

In 1958 and 1971 there were the six founder members of the EEC: Belgium, France, Germany, Italy, Luxembourg and the Netherlands. Today there are 27 members of the EU. With the (partial) exception of the Netherlands the original six members shared a similar social security system based on the male breadwinner model with derived rights for wives and children. The accession of Denmark, Finland, Ireland, Sweden and the UK introduced a different philosophy - residence based systems financed from general taxation.

The character of migration itself has changed. During the 1950s, 60s and 70s the focus had largely been on manual workers who migrated for permanent full time work and went back to their country of origin at the end of their working life. Today there is much greater diversity with a range of different types of migrants including more women migrating and people migrating for shorter spells.

Amsterdam Antlaşmasından bu yana artık yalnızca işçiler göç etmemektedir. Serbest dolaşım daha önce işçiler ve onların aileleriyle sınırlı olan Avrupa Ekonomik Topluluğu içinde temel ekonomik bir özgürlük olarak ortaya çıkmış, Amsterdam Antlaşmasından bu yana serbest dolaşım Avrupa Birliği vatandaşı olmakla bağlantılı temel bir hak haline gelmiştir.

Göçte görülen değişiklikler kısmi olarak çalışma hayatının değişken özelliklerine de yansımıştır. Örneğin, kadın katılım oranları artmış, artık daha fazla kısmi zamanlı ve geçici iş ortaya çıkmış, daha fazla kişi bir işten diğerine sıklıkla geçmeye başlamış ve bunun gibi faktörlerle birlikte çalışma biyografilerinde artan bir çeşitlilik görülmüştür. Çalışma hayatında görülen değişikliklere demografik ve sosyal değişiklikler eşlik etmiştir. 'Geleneksel' aile yapısında değişim görülmüş, bu da boşanma oranlarında, evlilik dışı ilişkilerde, tek ebeveynli ailelerde ve aynı cinsiyetler arası ilişkilerde artışa yol açmıştır. Aynı zamanda artan yaşam standartlarından ve gelişen tıbbi bakımdan ötürü insan ömrü uzamış ve giderek daha fazla kişi ömrünün son yıllarını başkalarına bağımlı halde yaşar hale gelmeye başlamıştır.

Bu demografik, sosyal ve iş piyasasına ilişkin değişiklikler sosyal güvenliği yeni sorunlarla karşı karşıya getirmiştir. Üye devletler yaşlanan nüfusa emeklilik yaşlarını yükselterek ve kamu emeklilik programları üzerindeki baskının azaltılması için emeklilik sistemlerinde reformlar gerçekleştirerek karşılık vermişlerdir. Yaşam uzunluğundan kaynaklanan bu yeni 'risk' için yeni uzun süreli bakım yardımları da oluşturulmuştur.

Aynı zamanda işyeri ve aile düzenlemelerindeki cinsiyet dengesindeki değişiklikler de eşit muamele ilkesi ve bireysel haklar para kazanan erkek modelini yıkmaya başladıkça sosyal güvenlik açısından yeni talepler doğurmaya başlamıştır.

Bu değişiklikler koordinasyonun üzerine inşa edilen temeller için de zorluklar teşkil etmektedir. Birliğin genel bütçeden finanse edilen ikamete dayalı sistemlere sahip ülkeleri de kapsayacak şekilde genişlemesi, çalışmanın ve göçün değişen özellikleri bazılarında göre 'çalışılan devlet' kuralının teorik gerekçesini zayıflatmakta ve lex loci laboris kuralının değiştirilip değiştirilmemesi yalnızca tek bir mevzuat altında sigortalı olmanın hala geçerli olup olmaması gerektiği ve belirli kişisel kategoriler için özel kuralların getirilmesinin uygun olup olmayacağı tartışılmaktadır.

AB Koordinasyon Tüzükleri isteklerin boyutları ve bu isteklere erişmek için kullanılan yöntemlerin çok yönlülüğüyle benzersiz olma özelliği taşımaktadır. AB koordinasyonunu diğer tüm ikili ve çoklu Antlaşmalardan ayıran en önemli özellik bu koordinasyonun her biri merkezi roller oynayan Konsey, Parlamento, Komisyon ve AAD ile birlikte AB'nin kurumsal çerçevesi içinde yer almasıdır. AAD başlangıçtan bu yana sosyal güvenlik koordinasyonunun kapsamının tanımlanması ve genişletilmesi konusunda temel rol oynamakta ve Tüzüklerin uygulanması ile ilgili olarak da 600'den fazla karar almış bulunmaktadır. Belki de Amsterdam Antlaşmasından bu yana koordinasyonun karşısına çıkan en büyük zorluk kadınlara, özürli kişilere, aynı cinsiyetten eşlere ve serbest dolaşım hakları Tüzüğün maddi kapsamında yapılan ayrımlar ve/veya Üye devletlerin aile tanımıyla yapılan ayrımlarla kısıtlanan diğer kişilere yönelik eşit muamele sağlamak olmuştur. AAD eşit muamelenin genişletilmesinde kilit bir role sahip olacaktır.

And following the Treaty of Amsterdam it is not only workers who move. Originally free movement was introduced as a fundamental economic freedom within the European Economic Community that was limited to workers and their families. Since the Treaty of Amsterdam free movement is a fundamental right attached to being a citizen of the European Union.

The changes to migration mirror in part the changing patterns of working life. For example, female participation rates have increased, there are more part-time and temporary jobs; and many people make increasingly frequent moves from one job to another, often undertaking retraining all of which contribute to increasingly diverse working biographies.

Changes in the patterns of working life have been accompanied by demographic and social changes. There has been a decline in the "traditional" family, accompanied by increasing divorce rates, unmarried partnerships, single parent families, and same sex relationships. At the same time people are living longer due to increasing standards of living and advances in medical care and a growing number of people are spending their last years in a state of dependency

These demographic, social and labour market changes have confronted social security with new challenges. Member States responded to ageing populations by increasing retirement ages and reforming pension systems to relieve pressure on public pension schemes. New benefits for long-term care have been introduced to provide for the new "risk" of longevity.

Changes to the gender balance in the workplace and family arrangements also bring new demands for social security, while the principle of equal treatment and individual rights challenge the male breadwinner model.

These changes challenge the foundations on which coordination is built. The expansion of the Community to include countries with residence based systems financed from general taxation and changing patterns of work and migration is seen by some to weak the theoretical justification for the "State of employment" rule and it has been questioned whether the *lex loci laboris* rule should be replaced, whether the principle of insurance under one legislation only is remains relevant and whether it would be appropriate to introduce special rules for specific categories of people.

The EU Coordinating Regulations are unique in the scale of the ambition and the sophistication of the methods to achieve that ambition. Arguably the most significant characteristic that distinguishes EU coordination from all other bilateral and multilateral agreements is that coordination takes place within the institutional framework of the EU with the Council, Parliament, Commission and ECJ all playing a central role. The ECJ has been fundamental in defining and extending the scope of social security coordination from the beginning and has delivered over 600 judgments on the interpretation of the Regulations. Perhaps the biggest challenge facing coordination since the Treaty of Amsterdam is to deliver equal treatment to women, disabled people, same sex partners and others whose right to free movement is limited by the distinctions in the material scope of the Regulation and/or by the Member States' definitions of the family. It is likely that the ECJ will have a key role to play in extending equal treatment

## II. Koordinasyon Kuralları ve Üyeliğin Genişletilmesi

### A. Farklı sosyal güvenlik rejim türlerinin bütünleştirilmesi

Yukarıda da açıklandığı üzere 1958'de ilk koordinasyon aracı olan 3 sayılı Tüzük oluşturulurken AET altı kurucu üyeye sahipti: Belçika, Fransa, Almanya, İtalya, Lüksemburg ve Hollanda. 1971'de o sırada yeni olan 1408/71 sayılı Tüzük kabul edildiğinde AET hala aynı altı kurucu üyeden oluşmaktaydı. Hollanda'nın (kısmi) çekincesi ile kurucu altı devlet prim esasına dayanan ve para kazanan erkek modeline dayanan benzeri bir sosyal güvenlik sistemi paylaşmaktaydılar. Bu modelde sosyal güvenlik çalışmaya dayanıyor ve 'geleneksel' aile düzeni esas alınıyor, dolayısıyla kadınlara da kocalarının prim kayıtlarına dayalı türev haklar sağlanıyordu. Sözü edilen modelde çalışma ve sosyal güvenlik arasında oldukça kuvvetli bir bağ kurulmuştu. Hak kazanma tipik olarak çalışmanın süresine bağlı olup, kazançla ilişkili ve tamamen ya da büyük oranda primlerden karşılanmaktaydı.

3/58 ve 1408/71 sayılı Tüzükler kurucu altı devletin sosyal güvenlik sistemlerini koordine etmek için tasarlanmıştır. Dolayısıyla Tüzük sosyal sigorta modelini yansıtmakta ve 102 sayılı ILO Sözleşmesinde sayılmış olan sosyal güvenlik dallarına uygun olarak 'ücretli çalışanları ve diğer benzeri konumdaki işçileri' kapsamaktadır.

1971 senesinden bu yana Avrupa Birliği genişleyerek şu andaki 27 üyeli yapıya kavuşmuştur. Bu üyeler, Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İrlanda, İtalya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Hollanda, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Slovenya, İspanya, İsveç, İngiltere'dir (Ayrıca AB üyesi olmamakla birlikte Avrupa Ekonomik Alanı'nı oluşturan İzlanda, Lihtenştayn, Norveç ve İsviçre.)

Bu yeni üye ülkelerin tamamı altı kurucu ülkedeki gibi aynı prim esaslı sosyal güvenlik sistemlerine sahip değiller. İngiltere, İrlanda, Danimarka, Finlandiya ve İsveç'in katılımı farklı bir felsefenin gelişimine yol açmıştır – genel bütçeden finanse edilen ikamete dayalı sistemler ve şu anda 27 üye devletlerin farklı felsefeleri ve farklı sosyal güvenlik modelleri bulunmaktadır.

Aynı zamanda tüm üye devletlerde yeni yardım türleri ve finansman yöntemleri de oluşturulmuştur. Primsiz kategorik yardımlarda ise artış görülmüştür (örneğin, engelli kişilerin özel ihtiyaçlarının karşılanması için). Bu da primli sosyal sigorta ve primsiz sosyal yardım arasındaki geleneksel ayrımların belirginliğini yitirtmiş, ayrıca asgari gelir programlarının rolü de artmıştır.

Bu yeni model ve yardımlarla bağlantılı olarak klasik sosyal güvenlik yardımları için koordinasyon modelinin uygulanmasında zorluklar ortaya çıkmıştır. Birliğin genişlemesiyle yeni sistemlerin dahil olması ve yeni yardım türlerinin oluşturulması koordinasyonun üzerinde kurulu olduğu temelleri sarsmıştır. Yukarıda da belirtildiği gibi genel bütçeden finanse edilen ve ikamete dayalı sistemlerin 'çalışılan ülke kuralının teorik gerekçesini sarstığı savunulmuş olup, *lex loci laboris* kuralının değiştirilip değiştirilmemesi gerektiği ve tek bir mevzuat altında sigortalı olma ilkesinin hala uygun olup olmadığı sorgulanmaktadır.

## II. Coordination rules and expanding membership

### A. The integration of different types of social security schemes

As described above, in 1958 when the first coordination instrument -Regulation 3 - was being drawn up there were the six founder members of the EEC: Belgium, France, Germany, Italy, Luxembourg and the Netherlands. In 1971 when the then new Regulation 1408/71 was introduced the EEC comprised these same six countries. With the (partial) exception of the Netherlands the original six members shared a similar social security system based on the contributory principle and the male breadwinner model. In this model social security is work based, assumes "traditional" family arrangements and thus provides derived rights for women based on their husband's contribution record. In this model there is a strong link between work and social security. Entitlement is typically based on length of employment, is earnings related and financed entirely or largely from contributions

Regulation 3/58 and 1408/71 were designed to coordinate the original six countries' social security systems. Thus the Regulation reflects the social insurance model and covered "wage earners and other assimilated workers" for branches of social security listed in ILO Convention No 102.

Since 1971 European Union has expanded and now comprises 27 members: Austria, Belgium, Bulgaria, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Poland, Portugal, Rumania, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, and the UK - Iceland, Liechtenstein, Norway, Switzerland.

The new member countries do not all have same contribution based social security systems as the original six. The accession of UK, Ireland, Denmark, Finland and Sweden introduced a different philosophy - residence based systems financed from general taxation and the 27 member countries now have a range of variations on several philosophies and models of social security

At the same time new types of benefits and methods of finance have been introduced in all member countries. There has been an increase in non-contributory categorical benefits (for example to meet the specific needs of disabled people) which have blurred the traditional demarcation lines between contributory social insurance and non-contributory social assistance and an increasing role for minimum income schemes

Difficulties arise when implementing the coordination model adopted for classical social insurance benefits in connection with these new models and benefits. Indeed the expansion of the Community bringing new systems and the introduction of new benefits challenges the foundations upon which coordination is built. As noted above, it has been argued that the accession of countries with residence based systems financed from general taxation undermines the theoretical justification for the "State of employment" rule and it has been questioned whether the *lex loci laboris* rule should be replaced and whether the principle of insurance under one legislation only is still appropriate.

Koordinasyon tüzüklerinin maddi kapsamı aynı zamanda yeni üye devletlerin farklı sistemleri ve bu devletler tarafından getirilen yeni yardım türleri tarafından oluşturulan zorluklara maruz kalmıştır. 102 sayılı ILO Sözleşmesine dayalı kısıtlı listeden ötürü yeni yardımların sınıflandırılması bazen sorun olmuştur.

Sosyal destek koordinasyonun dışında kalır. Fakat artık pek çok üye devlette sosyal yardım isteğe bağlı olmayıp, git gide kurala bağlı bir hak haline gelmektedir. Sosyal desteğin ne olduğu sorusu ve koordinasyonun dışında bırakılması dava konusu yapılmıştır. Yeni üye devletlerin farklı sistemlerinin ve üye devletler tarafından getirilen yeni yardım türlerinin koordinasyon tüzüklerinin maddi kapsamı üzerindeki etkisi 4. Bölümde ele alınmıştır.

## B. Yeni üye devletlerin katılımı: Başvuru süreci

Yukarıda da değinildiği üzere 1958'de ilk koordinasyon aracı olan 3 sayılı Tüzük oluşturulduğunda AET'nin altı kurucu üyesi vardı: Belçika, Fransa, Almanya, İtalya, Lüksemburg ve Hollanda. 1971'de 1408/71 sayılı Tüzük Kabul edildiğinde de AET aynı altı devletten oluşmaktaydı. 1971'den bu yana Avrupa Birliği genişledi ve şu anda 27 üyeden oluşmaktadır. Birlik'in üye sayısı altı aşamada 6'dan 27'ye yükselmiştir:

- 1973 – Danimarka, İrlanda, İngiltere
- 1981 - Yunanistan
- 1986 – İspanya, Portekiz
- 1995 – Avusturya, Finlandiya, İsveç
- 2004 – Çek Cumhuriyeti, Estonya, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, Letonya, Litvanya, Macaristan, Malta, Polonya, Slovakya, Slovenya
- 2007 – Romanya, Bulgaristan

Bütün Avrupa ülkeleri Birlik'e katılmak için başvuruda bulunabilir. Fakat üyelik uzun ve zorlu bir süreçtir. Genelde başvuru uzun süreli ikili ilişkinin ardından görülür ve pek çok devlet müzakerelere başlamadan önce kriterleri karşılarken uzun yıllara ihtiyaç duyar. Normal olarak bir ülke üyeliğe başvurmadan önce Ortaklık Antlaşmasına dahil olur.

Bir başvurunun alınması durumunda Konsey müzakerelere başlayıp başlamama konusunda Avrupa Komisyonuna ve Parlamenta danışır ve daha sonra Konsey oybirliği ile karar alır. Bir devletin müzakerelerin başlatılması konusunda olumlu tavsiye alabilmesi için iki anahtar kriteri yerine getirmesi gerekir. Başvuran devletin öncelikle Avrupa Devleti olması gerekir. Ayrıca özgürlük ve demokrasi ilkelerine, insan haklarına ve temel özgürlüklerle ve hukukun üstünlüğü ilkelerine uyması şarttır.

Konseyin müzakereleri açma kararı alması halinde izleme süreci başlar. Bu sürecin asıl nedeni, Avrupa Komisyonu ve aday devlet arasındaki farklılıkları belirlemek için başvuran devletin yasal mevzuatını AB kanunlarıyla mukayese etmektir.



The material scope of the coordinating regulations is also challenged by the different systems of new member countries and new types of benefits introduced by all member countries. Because of the limitative list based on ILO Convention No 102 the classification of new benefits has sometimes proved problematic.

Social assistance is excluded from coordination. However, in most member countries social assistance is no longer discretionary but is increasingly a rule-based entitlement. The question of what is social assistance and therefore excluded from coordination has been challenged before the courts. The impact of the different systems of new member countries and new types of benefits introduced by all member countries on the material scope of the coordinating regulations is discussed in Chapter 4.

## B. The enlargement to new Member States: the application process

As described above, in 1958 when the first coordination instrument -Regulation 3 - was being drawn up there were the six founder members of the EEC: Belgium, France, Germany, Italy, Luxembourg and the Netherlands. In 1971 when the then new Regulation 1408/71 was introduced the EEC comprised these same six countries. Since 1971 European Union has expanded and now comprises 27 members. The Community has expanded from six to 27 in six phases:

- 1973 - Denmark, Ireland, UK
- 1981 - Greece
- 1986 - Spain, Portugal
- 1995 - Austria, Finland, Sweden
- 2004 - Czech Republic, Estonia, Cyprus, Latvia, Lithuania, Hungary, Malta, Poland, Slovakia, Slovenia
- 2007 - Romania, Bulgaria

Any European country may apply to join the Community. However, membership involves a long and rigorous process. Application usually follows a long-term bilateral relationship and most countries need many years to meet the criteria to begin negotiations. Typically a country will enter into Association agreement before making membership application.

On receipt of an application the Council consults with the European Commission and the Parliament on whether to start negotiations following which the Council then makes a unanimous decision. Two key criteria must be met for a country to receive a positive recommendation on commencing negotiations. These are that it must be a European State and it must respect principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law.

If the Council agrees to open negotiations the screening process then begins. The essence of this process is that the European Commission and the candidate country compare its laws with those of the EU to identify differences.

Üyeliğe kabul edilebilmesi için bir aday devletin 1993 Kopenhag Avrupa Konseyinde belirlenen Kopenhag kriterlerini karşılaması gerekir. Bu kriterler şunları gerektirir:

- Demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan hakları, azınlıklara yönelik saygı ve korumayı garanti altına alan sağlam kurumlar;
- Faal piyasa ekonomisi ve Birlik içindeki piyasa güçleriyle ve rekabetçi baskı ile başa çıkabilme kapasitesi;
- Üyeliğin yükümlülüklerini kabul etme kapasitesi, özellikle siyasi, ekonomik ve parasal birliğin hedeflerine bağlılık.<sup>12</sup>

1995 Madrid Avrupa Konseyi tarafından ek bir kriter getirilmiştir. Buna göre üyelik aday devletin Birlik'e entegrasyonu için koşullar yaratmak üzere idari yapılarını uyarlamak üzere uygun şartları oluşturmasını zorunlu kılmaktadır. Ek kriterin arkasında yatan mantık, AB mevzuatını ulusal mevzuata geçirmek önemliyken, bu mevzuatın uygun idari ve adli yapılar ve süreçler aracılığıyla etkin bir biçimde uygulanmasının da eşit önem taşımasıdır.

([http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement\\_process/accession\\_process/criteria/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement_process/accession_process/criteria/index_en.htm))

Bu kriterlerin karşılanması durumunda Konsey mevcut yeterli ortak zeminin bulunduğu alanlarda mevzuat "fasılları" ile ilgili müzakerelerin açılması yönünde tavsiyede bulunur. Bu süreçte aday devlet, yasalarının ve idari kapasitesinin üyeliğe uygun olduğu konusunda AB'yi ikna etmeye çalışır ve Topluluk Müktesebatının tam olarak uygulanması için zaman sınırları belirlenir. Bir fasıl her iki tarafın da yeterli olarak uygulandığı konusunda hemfikir olmalarıyla kapanır. Fakat Komisyonun bir aday devletin uyum konusunda yetersiz kaldığını düşünmesi halinde fasıl yeniden açılabilir. Avrupa Komisyonu Konseye yıllık ilerleme raporları sunar.

Müzakerelerin tamamlanmasının ardından Üyelik Antlaşması imzalanır. Bu Antlaşmanın tüm üye devletler, Birlik kurumları ve aday ülke tarafından imzalanması gerekir. Üyelik, Antlaşmada belirtilen tarihte başlar.

([http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement\\_process/accession\\_process/criteria/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement_process/accession_process/criteria/index_en.htm)).

---

<sup>12</sup> [http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement\\_process/accession\\_process/criteria/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement_process/accession_process/criteria/index_en.htm)

In order to be accepted for membership a candidate country must meet the Copenhagen criteria established at the Copenhagen European Council in 1993. These require:

- Stable institutions that guarantee democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection of minorities;
- Functioning market economy and the capacity to cope with market forces and competitive pressure within the Union;
- Capacity to accept the obligations of membership, specifically adherence to the aims of political, economic and monetary union.<sup>12</sup>

An additional criterion was introduced by the 1995 Madrid European Council. Accession now requires the candidate country to have created the conditions for its integration by adapting its administrative structures to create conditions for integration into Community. The reasoning behind the additional criterion is that while it is important that EU legislation is transposed into national legislation, it is considered to be equally important that legislation is implemented effectively through the appropriate administrative and judicial structures and processes.

([http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement\\_process/accession\\_process/criteria/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement_process/accession_process/criteria/index_en.htm)).

If these criteria are met the Council will recommend opening negotiations on "chapters" of law where sufficient common ground is believed to already exist. The process essentially involves the candidate country attempting to convince the EU that its laws and administrative capacity are adequate for membership. Time-lines are drawn up to achieve the full implementation of *Acquis Communautaire*. A chapter is considered to be closed when both sides agree that it has been implemented sufficiently. However, a chapter can be re-opened if the Commission feels that the candidate country is falling short of compliance. The European Commission submits annual progress reports to the Council.

Once the negotiations have been completed the Treaty of Accession is signed. The Treaty must be ratified by all Member States, institutions of the Union, and candidate country. Membership commences on the date specified in the Treaty.

([http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement\\_process/accession\\_process/criteria/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement_process/accession_process/criteria/index_en.htm)).

---

<sup>12</sup> [http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement\\_process/accession\\_process/criteria/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enlargement/enlargement_process/accession_process/criteria/index_en.htm)

### III. Türkiye ile Ortaklık Antlaşması

AT Antlaşmasınının 310 sayılı Maddesi'nde (eski 238 sayılı madde) ,‘Birlik üçüncü bir ülkeyle, ülkeler topluluğuyla veya uluslararası bir örgütle karşılıklı haklar ve yükümlülükler, ortak eylem ve özel prosedürler içeren Antlaşmalar imzalayabilir’ ifadesi bulunmaktadır. AB, üçüncü ülkelerin pek çoğuyla temelde ekonomik işbirliği kuran işbirliği ve ortaklık Antlaşmaları imzalamıştır. Fakat Birlik aynı zamanda Cezayir, Fas ve Tunus’la işbirliği Antlaşmaları ve Türkiye ve diğer aday ülkelerle ise sosyal güvenlikle alakalı hükümler içeren ortaklık Antlaşmaları imzalamıştır. Bu Antlaşmaların amacı ikili Antlaşmaların bulunmadığı durumlarda veya bulunsa bile Antlaşmaların daha az avantajlı hükümler içermesi durumunda tüm üye devletlerde ortak asgari standart oluşturmaktır.

Söz konusu Antlaşmaların ilki 12 Eylül 1963 tarihinde, Ankara’da AET ve Türkiye arasında imzalanan Ortaklık Antlaşmasıdır. Antlaşmanın amacı on iki yıllık bir süre boyunca Türkiye ve Birlik arasında aşamalı olarak gümrük birliği oluşturmaktır. Antlaşma, akit tarafların Antlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi için uygun önlemleri almalarını ve hedeflerin erişimini tehlikeye atacak her türlü önlemden kaçınmalarını gerektirir. Madde 6 ile ortaklığın aşamalı gelişimini ve uygulanışını sağlamak üzere “Ortaklık Konseyi”ni oluşturulmuştur.

23 Kasım 1970 tarihinde Brüksel’de imzalanan Ek Protokol Birlik’in üye devletleri ve Türkiye arasında işçilerin serbest dolaşımının Antlaşmanın yürürlüğe girişinden sonra yirminci ve yirmi ikinci yılı arasındaki ilerleyici aşamalarla güvence altına alınmasını öngörmüştür.

Madde 39’a göre protokolün yürürlüğe girişinden itibaren geçen ilk yılın sona ermesinden önce Ortaklık Konseyinin Birlik sınırları dahilinde hareket eden Türk işçiler ve onların birlikte ikamet eden aileleri için sosyal güvenlik önlemleri alması gerekmektedir.

Bu maddeye göre alınan önlemler işçilerin emeklilik için farklı AB üye devletlerinde geçirdikleri çalışma ve sigorta sürelerinin birleştirilmesini; malullük ve ölüm yardımlarının ve tıbbi bakım yardımının ihraç edilen ülkedeki oranlarda ödenebilecek şekilde Türkiye’ye ihraç edilebilmesini ve aile yardımlarının işçinin Birlik içinde yaşayan aile fertlerine de ödenmesini sağlamak durumundadır. Kapsama giren yardımlar 1408/71 sayılı Tüzükte tanımlanan ve atıfta bulunulan yardımlarla aynıdır.

Ortaklık Konseyi 19 Eylül 1980 tarihinde 39. Maddenin uygulanmasını garanti altına almak amacıyla 3/80 sayılı Kararı çıkartmıştır. Bu karar bir ya da daha fazla üye devletin mevzuatına tabi olmuş olan ve Türk uyruğuna sahip işçiler, onların Birlik içerisinde ikamet eden aile fertleri, dul ve yetimleri için geçerlidir. Dolayısıyla bu kararın kapsamına girmesi için Türklerin üye devletler arasında dolaşmış olmaları gerekmemektedir.

### **III. Association Agreement with Turkey**

Article 310 (formerly Article 238) of the EC Treaty provides that "The Community may conclude with a third state, a union of states or an international organisation agreements establishing an association involving reciprocal rights and obligations, common action and special procedures". The EU has concluded cooperation and association agreements with most third countries, mainly establishing economic cooperation. However, the Community has concluded cooperation agreements with Algeria, Morocco and Tunisia and association agreements with Turkey and other candidate countries all of which include provisions in respect of social security. These agreements are aimed at ensuring a minimum standard, common to all the member countries, in cases where no bilateral agreements have been signed or where, if they have, they contain less favourable provisions.

The first of these agreements was the Association Agreement between the EEC and Turkey signed at Ankara on 12 September 1963. The purpose of the agreement was to establish progressively over a period of twelve years a customs union between Turkey and the Community. The agreement commits the contracting parties to take all appropriate measures to ensure that the obligations arising from the agreement are fulfilled and to refrain from any measures likely to jeopardise the attainment of its objectives. Article 6 set up a "Council of Association" to ensure the implementation and progressive development of the association.

The Additional Protocol signed at Brussels on 23 November 1970 provided that freedom of movement for workers between the member states of the Community and Turkey would be secured by progressive stages between the end of the twelfth and the twenty-second year after that agreement's entry into force.

Article 39 states that before the end of the first year after entry into force of the protocol the Council of Association would adopt social security measures for workers of Turkish nationality moving within the Community and their families residing in the community.

The article states that these measures must enable workers to aggregate periods of employment, or insurance spent in different member countries of the EU for retirement, invalidity and death benefits and medical care; enable retirement, death, and industrial injuries benefits to be exported to Turkey at the rate payable in the exporting country; and family benefits to be paid to members of the worker's family who are resident in the Community. The benefits covered are the same as and are defined by reference to those covered under Regulation 1408/71.

The Council of Association issued Decision No 3/80 on 19 September 1980 to ensure the implementation of Article 39. This decision applies to workers who are, or have been, subject to the legislation of one or more member states and who are Turkish nationals, to family members resident in the community, and survivors. Thus Turks do not have to have moved between member countries to be within its scope.

Madde 3 bu kişilerin hastalık ve analık yardımları, malullük, yaşlılık, dul ve yetim aylıkları, iş kazası ve meslek hastalığı yardımları, ölüm yardımları, işsizlik yardımları ve aile yardımları söz konusu olduğunda herhangi bir üye devletin mevzuatı kapsamında o ülkenin vatandaşlarıyla aynı yardımları almalarını ve aynı yükümlülüklere tabi olmalarını sağlar. Bu karar primli ya da primsiz tüm temel sosyal güvenlik hakları için geçerli olmakla birlikte, sosyal ve tıbbi olarak ve savaş sonucunda doğacak ihtiyaçlar için uygulanmaz.

Bu Antlaşma görünürde Türk vatandaşlarına temel sosyal güvenlik haklarını sağlıyor olmasına rağmen uygulamada durum farklıdır. Bunun nedeni AB Üye devletlerinin, söz konusu Antlaşmaların kendi ulusal hukukları kapsamında bireyler için haklar ve yükümlülükler oluşturacak kadar yeterli etkiye sahip olmadıklarını savunmalarıdır. Dolayısıyla Antlaşmaların durumu bazı hallerde AAD'nin huzuruna çıkarılmıştır. AT-Türkiye Antlaşmasıyla ilgili olarak AAD, Demirel (Dava 12/86) ve Sevince (192/89) Davalarında Ortaklık Antlaşmasının ve Protokolün hükümlerinin yeterli düzeyde açık ve net olmaları durumunda ve başka uygulama prosedürüne ihtiyaç duymamaları halinde doğrudan uygulanabilir olduğuna karar vermiştir. Şubat 1983'te Avrupa Komisyonu 3/80 sayılı Kararın uygulanması için bir Konsey Tüzüğü için öneride bulunmuştur (OJ 1983 C110). Öneri bunun 3/80 sayılı Kararın uygulanması için bir önlem niteliği taşıdığını belirtmiştir. Madde 1 AET-Türkiye Ortaklık Konseyinin 3/80 sayılı Kararının 'Birlik sınırları dahilinde uygulanabilir' olduğunu belirtmiştir. Öneri yardım kategorilerinin her biriyle ilgili ayrıntılı kurallar içermektedir. Bu yardımların çakışmasının önlenmesi, prim sürelerinin birleştirilmesi ve geçici hükümler de dahildir. Hükümler, 1408/71 sayılı Tüzüğün uygulanması için ayrıntılı düzenlemeler içeren 574/72 sayılı Tüzüğe istinat ettirilmiştir.

Öneri Konsey tarafından henüz kabul edilmemiştir. AAD bir uygulama tüzüğünün bulunmaması durumunda 3/80 sayılı Kararın Üye devletlerde doğrudan bir etkisi olmadığını belirtmiştir (C277/94 sayılı *Taflan-Met* Davası).

Fakat Sürül davasında (C-262/96) Divan, uyuşma dayalı ayrımcılığı yasaklayan Ortaklık Antlaşmasının 3. Maddesini, ek uygulama önlemlerine ihtiyaç duymaksızın üye devletlerde doğrudan uygulanmasını sağlayacak derecede açık ve net bulmuştur (bu konu 13. Bölümde ele alınmıştır).

Article 3 provides for these people to be subject to the same obligations and to receive the same benefits under the legislation of any Member State as nationals of that State in respect of sickness and maternity benefits, invalidity benefits, old age and survivors' benefits, benefits for accidents at work and occupational diseases, death grants, unemployment benefits and family benefits. The decision applies to all general and special social security schemes, whether contributory or non-contributory, but not to social and medical assistance or the consequences of war.

While on the face of it the agreement appears to give substantial social security rights to Turkish nationals, this is not the case in practice. This is because the EU Member States have argued that the agreements are not capable of creating rights and obligations for individuals under their national laws. As a result the status of the agreements has been tested on several occasions before the ECJ. With regard to the EC-Turkey Agreement the ECJ has found in Cases *Demirel* (Case 12/86) and *Sevince* (Case 192/89) that the provisions of the Association Agreement and the Protocols can be directly applicable in the member countries if they are sufficiently clear and precise and do not require further implementing procedures. In February 1983 the European Commission submitted a proposal for a Council Regulation implementing Decision No. 3/80 (OJ 1983 C110). The proposal stated that it is a measure intended to implement Decision No. 3/80. Article 1 provides that Decision No. 3/80 of the EEC-Turkey Association Council "shall be applicable within the Community". The proposal contains detailed rules for each category of benefits, including arrangements to prevent overlapping benefits, aggregation of periods of contributions and transitional provisions. The provisions are based on Regulation 574/72, which contains the detailed arrangements for implementing Regulation 1408/71.

The proposal has as yet not been adopted by the Council. The ECJ has concluded that in the absence of an implementing regulation Decision No. 3/80 does not have direct effect in the Member States (Case C-277/94, *Taflan-Met*).

However, in *Sürül* (C-262/96), the Court found that Article 3 of the Association Agreement, which prohibits discrimination on the grounds of nationality, is sufficiently clear and precise to have direct application in the Member States without the need for further implementing measures. (This is discussed in Chapter 13.)

## Bölüm 4.

# Uluslararası Araçların ve Avrupa Sosyal Güvenlik Araçlarının Kişisel ve Maddi Uygulama Alanları

## I. Kişisel Kapsam

### A. İşçilerden tüm sigortalı kişilere doğru aşamalı genişleme

Tüzüklerin kişisel kapsamının geçmişi aşamalı olarak işçilerden vatandaşlara doğru genişletilmiştir. Avrupa Ekonomik Topluluğunda (AET) sosyal güvenliğin koordinasyonuna ilişkin ilk araç 3/58 sayılı Tüzüktür. 3/58 sayılı Tüzük işçileri, işçilerin ailelerini, dul ve yetimlerini, mültecileri ve vatansız kişileri kapsama almaktaydı.

1408/71 sayılı Tüzük Avrupa Adalet Divanı (AAD) tarafından verilen geniş tanımlara karşılık olarak 3/58 sayılı Tüzüğün kişisel kapsamını “*ücretli işçilerden diğer benzeşen işçilere*” kaydıracak şekilde yeniden tanımlamıştır:

*‘bir veya daha fazla üye devletin mevzuatına tabi olan ve üye devletlerden birinin uyruğunu taşıyan çalışan kişiler veya üye devletlerden birinin sınırları dahilinde ikamet eden vatansız kişiler veya mülteciler ve tüm bu kişilerin aileleri ve geride kalan dul ve yetimler’.*

Kişisel kapsam 1981’de (12 Mayıs 1981 tarihli ve 1390/81 sayılı Tüzük) kendi hesabına çalışanları; 1998’de (1606/98 sayılı Tüzük - OJ L 209, 25.7.1998, p. 1) devlet memurları için hazırlanan özel programları; 1999’da (307/99 sayılı Tüzük - OJ L 38, 12.2.1999) öğrencileri; 2003’te (859/2003 sayılı Tüzük - OJ L 124 of 20.05.2003) de üçüncü ülke vatandaşlarını kapsayacak şekilde zaman içinde genişleme göstermiştir. 883/04 sayılı Tüzük kişisel kapsamı, herhangi bir programın kapsamına dahil olan ekonomik olarak faal olmayan kişiler de dahil olmak üzere bir üye devletin uyruğunu taşıyan herkesi kapsayacak şekilde genişletmiştir:

883/04 sayılı Tüzüğün 2. Maddesi şunları belirtmektedir:

1. Bu Tüzük bir üye devletin vatandaşlarına, bir üye devlette ikamet eden ve bir veya daha fazla üye devletin mevzuatına tabi olan vatansız kişilere ve mültecilere, ayrıca bu kişilerin ailelerine ve geride kalan dul ve yetimlerine uygulanır.

2. Aynı zamanda bir veya daha fazla üye devletin mevzuatına tabi olan dul ve yetimlere bir üye devletin uyruğunu taşımaları halinde veya kişilere ve mültecilere üye devletlerin birinde ikamet etmeleri halinde uygulanır.

883/04 sayılı Tüzüğün 2. Maddesinde belirtilen unsurlara aşağıda değinilmiştir.



## Chapter 4.

# Personal and material field of application of international and European social security instruments

### I. Personal scope

#### A. The gradual extension from worker to every insured person

The history of the personal scope of the coordinating regulations is one of gradual extension from workers to citizens. The first instrument to coordinate social security in the European Economic Community (EEC) was Regulation 3/58. Regulation 3/58 specified that it covered workers, their families and survivors, refugees and stateless persons.

Regulation 1408/71 redefined the personal scope of Regulation 3/58 in response to the broad definitions given by the European Court of Justice (ECJ) from "wage earners and other assimilated workers" to:

*"employed persons who are or have been subject to the legislation of one or more Member States and who are nationals of one of the Member States or who are stateless persons or refugees residing within the territory of one of the Member States, as well as to the members of their families and their survivors."*

The personal scope has subsequently been extended over time to include self-employed persons, in 1981 (Regulation 1390/81 of 12 May 1981); special schemes for civil servants, in 1998 (Regulation 1606/98 - OJ L 209, 25.7.1998, p. 1); students, in 1999 (Regulation 307/99 - OJ L 38, 12.2.1999); and nationals of third countries, in 2003 (Regulation 859/2003 - OJ L 124 of 20.05.2003). Regulation 883/04 has extended the personal scope to include all persons who are nationals of a Member State, including non economically active persons, who are covered by a scheme:

Article 2 of Regulation 883/04 provides:

1. This Regulation shall apply to nationals of a Member State, stateless persons and refugees residing in a Member State who are or have been subject to the legislation of one or more Member States, as well as to the members of their families and to their survivors.

2. It shall also apply to the survivors of persons who have been subject to the legislation of one or more Member States, irrespective of the nationality of such persons, where their survivors are nationals of a Member State or stateless persons or refugees residing in one of the Member States.

The elements set out in Article 2 of Regulation 883/04 are discussed below.

## B. Kapsama Giren Kişiler

### 1. Uyruk

883/04 sayılı Tüzüğün 2. Maddesi bir kişinin koordinasyon kapsamına girebilmesi için *bir üye devletin uyruğunu* taşıması gerektiğini belirtmektedir. Şu anda koordinasyon tüzükleri 31 devlette uygulanmaktadır. Bunlar Avrupa Birliği'nin 27 üye devleti ve dört EFTA ülkesidir. Avrupa Birliği'nin üye devletleri şunlardır: Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa<sup>13</sup>, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İrlanda, İtalya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Hollanda, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Slovenya, İspanya, İsveç ve İngiltere'dir.

Dört EFTA ülkesi şunlardır: Avrupa Ekonomik Alanı (AEA) Antlaşmasının (1994) kapsamına giren İzlanda, Lihtenştayn, Norveç ve 2002 yılında imzalanan AB-İsviçre Antlaşmasının kapsamına giren İsviçre.

Her üye devletin kendi kanunları uyruğuna sahip olan kişileri tanımlamaktadır.

Yukarıda listelenen ülkeler dışında kalan bir ülkenin uyruğunu taşıyan ve bu metinde 'üçüncü ülke vatandaşları' olarak atıfta bulunulan kişiler 883/04 sayılı Tüzüğün kişisel kapsamı dışında kalmaktadır, AB'deki üçüncü ülke vatandaşlarının sosyal güvenlikleri 859/2003 sayılı Tüzük tarafından koordine edilmektedir. Bu Tüzük yasal olarak Birlik dahilinde ikamet eden ve 1408/71 sayılı Tüzüğün diğer gerekliliklerini karşılayan tüm üçüncü ülke vatandaşlarının kalmak, yaşamak veya çalışmak için başka bir üye devlete gittiklerinde sosyal güvenlik yardımı alma hakkına sahip olmalarını sağlamaktadır.

859/2003 sayılı Tüzüğün 1. Maddesi şunları belirtmektedir:

*Bu Tüzüğün Ek'inin hükümlerine tabi olarak 1408/71 ve 574/72 sayılı Tüzüklerin hükümleri yalnızca uyruk zeminine dayalı olarak bu hükümler tarafından kapsama alınmayan üçüncü ülke vatandaşları ve onların aileleri, ayrıca arda kalan dul ve yetimlerine bir üye devletin sınırları dahilinde yasal olarak ikamet etmeleri ve tek bir üye devletle sınırlı kalmayan durumlarda bulunmaları halinde uygulanır.*

859/2003 sayılı Tüzük oldukça uzun ve zorlu bir sürecin sonucudur (Roberts, 2000). Bu durumun geçmişi Maastricht Antlaşmasının imzalanmasına denk gelen 1993 yılının Yeşil Kitap'ına kadar uzanmaktadır. Koordinasyonun üçüncü ülke vatandaşlarını da kapsayacak şekilde genişletilmesi teklifi Konsey'de oybirliğini gerektirmekteydi. Dolayısıyla tek bir üye devletin bu teklifi engellemesi mümkündü. Komisyon bu teklifi "Sosyal Konular" Grubunda Konseye resmi olarak sunduğunda teklifi reddeden İngiltere aynı tutumu Kasım 1995'te COREPER'de<sup>14</sup> de korumuştur.

<sup>13</sup> Fransa Denizötesi Departmanlarında yer alan vatandaşlar Roma Antlaşmasının hükümlerine dahildirler.

<sup>14</sup> Konseyin 'Sosyal Konular' Grubu ve Daimi Temsilciler Komitesi (COREPER) hiyerarşik olarak düzenlenmiş Konsey Organlarıdır. 'Sosyal Konular' Grubunda çözülemeyen meseleler, Konsey toplantılarını hazırlamaktan ve bakanların huzuruna neyin ne şekilde sunulacağını belirlenmesinden sorumlu olan COREPER'e yönlendirilir. Eğer 'Sosyal Konular' Grubu düzeyinde çözümlenemeyen Antlaşmazlık alanları söz konusuysa COREPER'deki kıdemli yetkililer ortak zemin bulmaya çalışırlar. Ortak zeminin bulunamaması halinde COREPER teklifi Bakanlar Konseyine sunabilir veya meseleyi 'Sosyal Konular Grubuna' veya Avrupa Komisyonuna tekrar yönlendirebilir.

## B. The covered persons

### 1. Nationality

Article 2 of Regulation 883/04 requires that to come within the scope of coordination a person must be a national of a Member State. At the time of writing the coordination regulations apply to 31 countries. These are the 27 Member States of the European Union plus the four EFTA countries. The Member States of the European Union are: Austria, Belgium, Bulgaria, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France,<sup>13</sup> Germany, Greece, Hungary, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Poland, Portugal, Rumania, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, and the UK.

The four EFTA countries are: Iceland, Liechtenstein, and Norway which are covered by way of the European Economic Area (EEA) Agreement, 1994, and Switzerland which is covered by the EU-Swiss Agreement of 2002.

The law of each Member State determines who is a national of that State.

People who are nationals of a country other than those listed above – referred to hereafter as "third country nationals" - are outside the personal scope of Regulation 883/04. Social security for third country nationals in the Community is coordinated by Regulation 859/2003. This Regulation aims to ensure that all third-country nationals who legally reside within the Community and meet the other requirements of Regulation 1408/71 have the right to social security benefits when they move to another Member State in order to stay, live or work there.

Article 1 of Regulation 859/2003 provides that:

*Subject to the provisions of the Annex to this Regulation, the provisions of Regulation (EEC) No 1408/71 and Regulation (EEC) No 574/72 shall apply to nationals of third countries who are not already covered by those provisions solely on the ground of their nationality, as well as to members of their families and to their survivors, provided they are legally resident in the territory of a Member State and are in a situation which is not confined in all respects within a single Member State.*

Regulation 859/2003 was the culmination of a lengthy and contested process (Roberts, 2000). The history can be traced back to the Green Paper of 1993 timed to coincide with the ratification of the Maastricht Treaty. The proposal to extend coordination to third country nationals required unanimity in the Council. It was therefore possible for one Member State alone to block a proposal. When the Commission made a formal submission to the Council in the "Social Questions" Group the UK blocked the proposal and again when it was referred up to COREPER<sup>14</sup> in November 1995.

---

<sup>13</sup> Nationals of French Overseas Departments are included within the provisions of the Treaty of Rome.

<sup>14</sup> The Council 'Social Questions' Group and the Committee of Permanent Representatives (COREPER) are hierarchically arranged Council Bodies. Issues that are unresolved at 'Social Questions' are sent up to COREPER which has the task of preparing Council meetings and must decide what should be submitted for ministers' consideration and in what form. If there are areas of disagreement that cannot be resolved at the level of 'Social Questions' the more senior officials at COREPER will try to find common ground. If common ground cannot be found, COREPER may decide either to submit the proposal to the Council of Ministers for its consideration, or refer the matter back to 'Social Questions' or the European Commission.

Sonuç olarak Kasım 1995'te 3095/95 sayılı Tüzük kabul edilirken Konsey bu teklifi kabul edememiştir (22 Aralık tarihli ve 3095/95 sayılı Tüzük, 30 Aralık 1995 tarihli OJ.L 335).

12 Kasım 1997 tarihinde Komisyon tekrar 1408/71 sayılı Tüzüğün genişletilmesine ilişkin teklifte bulunmuştur (COM(97) 561) ve Tampere, Nice, Laeken ve Stockholm Avrupa Konseylerinde üçüncü ülke vatandaşlarının sosyal güvenlik hakları da dahil olmak üzere sosyal haklarının genişletilmesi üzerinde durulmuştur. Laeken'de yasal dayanağın 42 (48 ABİA) ve 308. Maddelerden (352 ABİA) AB Antlaşmasının 63(4). Maddesine (79 ABİA) kaydırılması önerilmiştir. İngiltere'nin Antlaşmanın IV. Başlığına ilişkin özel bir konumu söz konusuydu ve 4 sayılı Protokol altında yer alan önlemlere (Schengen dışı) isteğe bağlı olarak katılma veya katılmama seçiminde bulunma hakkı vardı.<sup>15</sup> 859/2003 sayılı Tüzük 14 Mayıs 2003 tarihinde kabul edilmiştir.

Fakat üçüncü ülke vatandaşları hala 883/04 sayılı Tüzüğün kapsamının dışında yer almaktadır. Dolayısıyla 859/2003 ve 1408/71 sayılı Tüzükler halen üçüncü ülke vatandaşları için de geçerliliğini korumaktadır.

## 2. Vatansız Kişiler ve Mülteciler

883/04 sayılı Tüzüğün 1. Maddesi, 28 Temmuz 1951 tarihinde Cenevre'de imzalanan Mültecilerin Durumuna ilişkin Sözleşmenin 1. Maddesinde yüklenen anlama göre mülteci kavramını ve 28 Eylül 1954 tarihinde New York'ta imzalanan Vatansız Kişilerin Durumuna ilişkin Sözleşmenin 1. Maddesinde yüklenen anlama göre 'vatansız kişi' kavramını tanımlamıştır.

1408/71 sayılı Tüzüğün geçerliliği, Almanya'da çocuk yardımına başvuran vatansız kişiler ve siyasi mülteciler ile ilgili olan *Khalil* davasında (Birlikte Görülen Davalar C-95/99 – C-98/99 ve C-180/991) mültecilerin ve vatansız kişilerin de kapsama dahil edilmesi zeminine dayalı olarak AAD'na taşınmıştır. . Bu bağlamda Divana iki soru yöneltilmiştir. Bu sorulardan birincisi, Antlaşmada yer alan işçilerin serbest dolaşımına ilişkin yasal dayanağın mültecileri ve vatansız kişileri hariç tutması nedeniyle Bakanlar Konseyinin mültecileri ve vatansız kişileri koordinasyon tüzüklerinin kapsamına sokma yetkisinin olup olmadığıdır. İkinci soru ise mültecilerin veya vatansız kişilerin Üye devletler arasında hareket etmemeleri halinde Tüzüğün geçerli olup olmayacağıdır.

Divan ilk soruya yanıt olarak 1408/71 sayılı Tüzüğün kişisel kapsamına üye devletlerden birinde ikamet eden vatansız kişiler veya mülteciler ve bu kişilerin aileleri de dahil olduğu için bu tüzüğün geçerliliğinin etkilenmeyeceğini tespit etmiştir.

İkinci soruya yanıt olarak ise Divan, üye devletlerden birinin sınırları dahilinde ikamet eden vatansız veya mülteci işçilerin ve bu kişilerin ailelerinin durumlarının tek bir üye devlet ile sınırlı olması halinde, örneğin işçinin yalnızca üye olmayan bir devletle ve bir üye devletle ilişkisi bulunması durumunda, 1408/71 sayılı Tüzük tarafından verilen haklardan yararlanamayacaklarını belirtmiştir (*Birlikte Görülen Khalil Davaları C-95/99 – C-98/99 ve C-180/991*).

<sup>15</sup> İrlanda da İngiltere ile aynı düzenlemelere sahipti. Danimarka seçici olamaz fakat Başlık IV'e (TEU Protokol No 5) katılmayı tercih edebilir. Avrupa Birliği On Altıncı Raporuna (27 Mart 2003) ilişkin Lordlar Kamarası Seçilmiş Komitesi.

As a result the proposal was not accepted by the Council when it adopted Regulation 3095/95 in November 1995 (Regulation 3095/95 of 22 December, OJ.L 335 of 30 December 1995).

On 12 November 1997 the Commission again proposed (COM(97) 561) the extension of Regulation 1408/71 and the European Councils of Tampere, Nice, Laeken and Stockholm urged that all necessary attention be given to extended social rights, including social security rights, to third country nationals. At Laeken it was proposed to shift the legal base from Articles 42 (48 TFEU) and 308 (352 TFEU) to Article 63(4) (79 TFEU) of the EC Treaty. The UK had a special position with regard to Title IV of the Treaty and was able to opt-in selectively to (non-Schengen) measures under Protocol No 4.<sup>15</sup> Regulation 859/2003 was agreed on 14 May 2003.

However, third country nationals remain outside Regulation 883/04. Thus Regulation 859/2003 and by extension Regulation 1408/71 are still applicable to third country nationals.

## 2. *Stateless persons and refugees*

Article 1 of Regulation 883/04 defines refugee for the purposes of the Regulation as having the meaning assigned to it in Article 1 of the Convention relating to the Status of Refugees, signed in Geneva on 28 July 1951; and "stateless person" to have the meaning assigned to it in Article 1 of the Convention relating to the Status of Stateless Persons, signed in New York on 28 September 1954.

The validity of Regulation 1408/71 was challenged before the ECJ on the basis of the inclusion of refugees and stateless persons in the case of Khalil (Joined Cases C-95/99 to C-98/99 and C-180/991) which concerned a number of stateless persons and political refugees who had applied for child benefit in Germany. The Court was asked two questions. The first whether the Council of Ministers had the power to include refugees and stateless persons within the scope of the coordinating regulations since the legal base in the Treaty concerning free movement of workers explicitly excludes refugees and stateless persons? The second question was whether the Regulation applies if the refugee or stateless person had not moved between Member States?

In answer to the first question the Court found that the validity of Regulation 1408/71 is not affected in so far as it includes in its personal scope stateless persons or refugees residing in the territory of one of the Member States and members of their families.

In answer to the second question the Court found that workers who are stateless persons or refugees residing in the territory of one of the Member States, and members of their families, cannot rely on the rights conferred by Regulation 1408/71 where they are in a situation which is confined in all respects within that one Member State, for example, where the worker only has links with a non-member country and one single Member State (Joined Cases C-95/99 to C-98/99 and C-180/991, Khalil).

---

<sup>15</sup> Ireland had the same arrangement as the UK. Denmark cannot be selective but can opt-in to Title IV in toto (TEU Protocol No 5).

### 3. Aile Fertleri

Aile fertlerinin tanımıyla ilgili kilit unsur, aile ferдинin kim olduğunu kendi mevzuatları dahilinde üye devletlerin belirlemeleridir. Dolayısıyla koordinasyon üye devletlerin kendi sistemlerini organize etme özgürlüklerini etkilememektedir. üye devletler “aile fertlerinin” kim olduğunu belirlemek konusunda serbesttirler.

Dolayısıyla 883/04 sayılı Tüzüğün 1. Maddesi “aile fertlerini” şu şekilde tanımlamıştır: 1 (i) yardımları sağlayan mevzuat tarafından aile ferdi olarak tanımlanan veya tanınan veya hanenin bir üyesi olarak belirlenen kişiler.

Hastalık, analık ve eşdeğer babalık yardımlarına ilişkin Bölüm 1, Başlık III çerçevesinde geçen aynı yardımlar söz konusu olduğunda aile ferдинin kim olduğunu belirleyen devlet ikamet edilen devlettir (Madde 1.1(ii)).

Fakat 883/04 sayılı Tüzüğün 1.2 Maddesi 1408/71 sayılı Tüzüğe kıyasla yeni bir unsur eklemiştir: Eğer bir üye devletin uygulanabilir mevzuatı aile fertleri ve mevzuatın uygulanabilir olduğu diğer kişiler arasında herhangi bir ayırım yapmıyorsa eş, küçük çocuklar veya reşit olmayan bakmakla yükümlü olunan çocuklar aile ferdi olarak kabul edilirler. Dolayısıyla 883/04 sayılı Tüzük ulusal bir tanımın bulunmaması halinde Birliğe ait bir “aile ferdi” tanımı sunmaktadır.

Madde 1.3'e göre, 1 ve 2 sayılı alt paragraflar uyarınca uygulanabilir olan mevzuat altında eğer bir kişi yalnızca sigortalı kişiyle veya emekliyle aynı hanede yaşaması halinde aile ferdi veya hane üyesi sayılıyorsa bu koşul, söz konusu kişi sigortalı kişiye veya emekliye muhtaç halde yaşıyorsa karşılanmış kabul edilir.

Aile fertleri işçi veya emekliyle olan ilişkilerinden ötürü birtakım haklardan yararlanabilirler. Ancak aynı zamanda 883/04 sayılı Tüzüğün kişisel kapsamına dahil edilen “faal olmayan kişiler” olarak kabul edildikleri için ikamet ettikleri devletin söz konusu hakları yalnızca ikamet etme koşulu altında tanıması halinde kendi haklarına ikamet ettikleri devlette erişebilmektedirler. Bu tür durumlarda 883/04 sayılı Tüzük önceliği başka bir üye devletin mevzuatına tabi olan bir kişinin faaliyetinden doğan hakka vermektedir (Madde 32).

Bir aile ferдинin hak kazandığı yardımlar Adalet Divanı kararları tarafından tanımlanıp genişletilmiştir. Kermaschek Kararında (C-40/76) Divan bir aile ferдинin yalnızca aile fertleri için belirlenmiş olan aile yardımı, dul ve yetim yardımı gibi yardımlar söz konusu olduğunda Tüzükten faydalanabileceğine karar vermiştir. “Kermaschek” ilkesi aile fertlerinin ve bu kişilerin dul ve yetimlerinin durumlarının aile ferdi statüsünden dolayı elde edilen yardımlarla ilgili olmadığı müddetçe Tüzükten faydalanamayacakları anlamına gelmektedir. Cabanis-Issarte (C-308/93) Kararında Divan Kermaschek Kararından uzaklaşarak kişisel haklar ve türev haklar arasındaki ayırımın temel eşit muamele kavramını göçmen işçinin dul eşi için uygulanamaz kıldığını ve Birlik hukukunun tek bir biçimde uygulanmasına ilişkin temel gerekliliğini baltaladığını ortaya çıkarmıştır.

### 3. *Members of the family*

The key element with regard to the definition of family members is that it is the Member State decides who for the purposes of its legislation is a member of the family. Thus coordination does not affect the freedom of Member States to organise their own systems. Member States are free to decide who they consider to be "members of the family".

Thus Article 1 of Regulation 883/04 defines "Member of the family" as:

1 (i) any person defined or recognised as a member of the family or designated as a member of the household by the legislation under which benefits are provided.

With regard to benefits in kind pursuant to Title III, Chapter 1 on sickness, maternity and equivalent paternity benefits it is the state of residence that determines who is a member of the family (Article 1.1(ii)).

However, Article 1.2 of Regulation 883/04 introduces a new element compared to Regulation 1408/71 that if the legislation of a Member State which is applicable does not make a distinction between the members of the family and other persons to whom it is applicable, the spouse, minor children, and dependent children who have reached the age of majority shall be considered members of the family. Thus, Regulation 883/04 provides a Community concept of "members of the family" in the absence of a national definition.

Article 1.3 provides that if, under the legislation which is applicable under subparagraphs 1 and 2, a person is considered to be a member of the family or member of the household only if he or she lives in the same household as the insured person or pensioner, this condition shall be considered to be satisfied if the person in question is mainly dependent on the insured person or pensioner.

Family members may enjoy rights because of their relationship with the worker or pensioner, but at the same time, since they are considered to be "non active persons" that are included in the personal scope of Regulation 883/04, they will be able to access their own rights if the State of residence recognizes the rights in question through the sole fact of residing in that State. In such cases Regulation 883/04 gives priority to the right which is derived from an activity of a person subject to the legislation of another Member State (Article 32).

The range of benefits to which a family member is entitled has been defined and expanded by the rulings of the Court of Justice. In *Kermaschek* (C-40/76) the Court decided that a family member could only rely on the Regulation in respect of benefits specifically designated for members of the family such as family and survivor's benefits. The "Kermaschek" principle meant that members of the family or their survivors could not invoke the Regulation, unless it concerned benefits acquired through their status of members of the family. In the *Cabanis-Issarte* (C-308/93) Judgement the Court partially departed from the *Kermaschek* Judgement to find that the distinction between rights in person and derived rights renders the fundamental concept of equal treatment inapplicable to the surviving spouse of a migrant worker and undermines the fundamental requirement that Community law should be applied uniformly.

Dolayısıyla Divan kişisel haklar ve türev haklar arasındaki ayrımın da kısmen terk edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Sonuç olarak Cabanis Kararı, Kermaschek kararını bir aile ferдинin yalnızca çalışan kişilere uygulanan işsizlik yardımı gibi haklara uygulanan Tüzüğün hükümlerinden yararlandığı durumlar ile sınırlandırmıştır.

Aile fertlerinin ulusal mevzuat tarafından belirlenen kişiler olduğunu belirten 883/04 sayılı Tüzüğün 1. Maddesi problemlidir. Medeni Kanunların kimin aile ferdi olduğuna dair verdikleri ulusal tanımlar Üye devletler arasında ve Üye devletlerin kendi içlerinde farklılık gösterebilmektedir.

Ayrı ve aynı cinsiyetten eşlerin evlilik dışı ilişkileri gibi yeni ilişki çeşitlerinin tanınması da üye devletlerde aile ferdi kavramının tanımlanması açısından sorunlu bir alandır. AB’de eşcinsel çiftler için farklı medeni haller mevcuttur. Bazı üye devletler eşcinsel çiftlerin evlenmesine müsaade ederlerken bazılarının eşcinsel medeni birleşme/birliktelik ile ilgili yasaları mevcut olup, diğerleri ise eşcinsel ilişkilerin kaydına izin vermemekle birlikte eşcinsel çiftlere bir takım haklar tanımaktadırlar. Bazı AB ülkeleri ise eşcinsel ilişkiyi tanımamaktadır. Bu durum, üye devletler arasında yer değiştirirken değişen medeni hallerinden ötürü yardım haklarını yitiren eşcinsel çiftler için sorunlar yaratmaktadır.

#### 4. Devlet Memurları

883/04 sayılı Tüzüğün 1(d) Maddesi “devlet memurunu”, kişiyi istihdam eden idari yapının tabi olduğu üye devlet tarafından bu şekilde değerlendirilen kişi olarak tanımlarken, Madde 1(e) ise “devlet memurları için hazırlanmış özel programı” ilgili üye devlette çalışan kişilere uygulanan genel sosyal güvenlik programlarından farklı olan ve devlet memurlarının tümünün veya belirli kategorilerin tabi olduğu herhangi bir sosyal güvenlik rejimi olarak tanımlamıştır.

1998’den önce devlet memurları yalnızca maddi kapsama giren yasal programlara tabi olmaları halinde 1408/71 sayılı Tüzüğün kişisel kapsamına girmekteydiler. 1408/71 sayılı Tüzüğün 4(4). Maddesi devlet memurlarına ilişkin özel programların koordinasyonun maddi kapsamının dışında bırakılmasını gerektirmekteydi. Bu hariç tutma durumu 443/93 (1995) ECR I-4033 sayılı *Vougioukas* Davasında AAD’ye taşınmıştır. Divan, 1408/71 sayılı Tüzük oluşturulurken bu türden programların hariç tutulmasını gerekçelendirebilecek teknik zorlukların, süresiz hariç tutma durumunu gerekçelendiremeyeceğine karar vermiştir. 1408/71 sayılı Tüzük 1998’de devlet memurları için hazırlanan özel programların da koordinasyonun kapsamına dahil edilmesi için 1606/98 sayılı Tüzük tarafından lağvedilmiştir.

Tüzük, devlet memurları için oluşturulan ve özellikle yaşlılık, malullük, dul ve yetim aylıkları ve işsizlik yardımlarına ilişkin olarak uygulanabilir mevzuat ve sürelerin birleştirilmesiyle alakalı özel programların kapsamına giren kişilere özgü kurallar içermektedir (bkz. Bölüm 9). Devlet memurları için oluşturulmuş özel rejimler kapsamında tamamlanan sigorta süreleri hakkın kazanılması için diğer üye devletlerdeki “normal” mevzuatlar tarafından dikkate alınırlar.

Geçici akitlere bağlı olarak çalışan personel hariç Avrupa Birliği resmi görevlileri koordinasyon tüzüklerinin kapsamına girmezler.



Therefore the Court concluded that the distinction between rights in person and derived rights had to be partially abandoned. Thus the Cabanis Judgement limits the Kermaschek finding to those cases in which a member of a family invokes provisions of the Regulation that apply exclusively to employed persons such as unemployment benefits.

The general principle provided by Article 1 of Regulation 883/04 that members of the family are those recognized as such by national legislation is problematic. National definitions provided by the Civil Code of who is a member of the family vary amongst the Member States and within Member States themselves.

The recognition of new forms of relationships including unmarried different sex partners and same sex partnerships is a particularly problematic area in the approach taken across Member States to the definition of member of the family. There is a range of civil statuses for same sex partners in the EU. Some member countries allow same sex partners to marry; others have same sex civil union/partnership laws; while others do not allow registration of same sex relationships but provide some rights for same sex partners. Some EU member countries do not recognise same sex relationships. This situation creates problems for same sex partners who may find the recognition of their civil status changing as they move between Member States with consequent loss of benefit entitlements.

#### 4. *Civil servants*

Article 1 (d) of Regulation 883/04 defines "civil servant" as a person considered to be such or treated as such by the Member State to which the administration employing him or her is subject; while Article 1(e) defines a "special scheme for civil servants" as any social security scheme which is different from the general social security scheme applicable to employed persons in the Member State concerned and to which all, or certain categories of, civil servants are directly subject.

Prior to 1998, civil servants fell within the personal scope of Regulation 1408/71 only if they were subject to statutory schemes that were covered by the material scope. Article 4(4) of Regulation 1408/71 provided that special schemes for civil servants were outside the material scope of coordination. This exclusion was challenged before the ECJ in Case 443/93, Vougioukas, in which the Court found that the technical difficulties that might have justified exclusion of such schemes when Regulation 1408/71 was drawn up could not justify their exclusion indefinitely. Regulation 1408/71 was repealed in 1998 by Regulation 1606/98 to bring special schemes for civil servants within the scope of coordination.

The Regulation contains specific rules for persons covered by a special scheme for civil servants, in particular concerning the applicable legislation and aggregation of periods in respect of old-age, invalidity and survivors' pensions and unemployment benefits (see Chapter 9. Periods of insurance under a special scheme for civil servants are taken into account by the "normal" schemes of other Member States to establish entitlement.

European Union officials with the exception of staff on temporary contracts are not covered by the coordinating regulations.

## 5. Sigortalı Kişiler

Yukarıda da belirtildiği üzere AET’te sosyal güvenliğin koordinasyonuna ilişkin ilk araç 3/58 sayılı Tüzüktür. 3/58 sayılı Tüzük işçileri, ailelerini ve bu kişilerin dul ve yetimlerini, mültecileri ve vatansız kişileri kapsamı altına almıştır.

Fakat Tüzük mevzuat açısından kimlerin işçi olarak kabul edildiğini net bir şekilde belirtmemiştir. Tüzüğe göre işçi ücret karşılığında çalışan kişi veya benzer konumdakilerdir . Divan, 75/63 sayılı *Hoekstra* (kızlık soyadı: *Unger*); 19/68 sayılı *de Cicco* ve 23/71 sayılı *Janssen* olmak üzere üç davada 3/58 sayılı Tüzüğün kişisel kapsamını üye devletlerde işçiler için oluşturulmuş olan genel sosyal güvenlik sistemine göre sigortalı olan tüm kişileri kapsayacak şekilde yorumlamıştır. Tek riske karşı sigortalı durumda olmak yeterlidir (71/93 sayılı *Van Poucke Davası*). Divan, *Unger* davasında 3/58 sayılı Tüzüğün üye devletler arasındaki hareketin nedenlerine bakılmaksızın (istihdama ilişkin nedenlerden ötürü olması gerekmiyor) tüm işçiler için geçerli olduğunu belirlemiştir.

Adalet Divanı tarafından verilen geniş tanımlara karşılık olarak 1408/71 sayılı Tüzük 3/58 sayılı Tüzüğün kişisel kapsamını “*ücret karşılığı çalışan kişiler ve diğer benzer işçiler*” şeklinde yeniden tanımlamıştır:

*“(...) bir veya daha fazla üye devletin mevzuatına tabi olan ve üye devletlerden birinin uyruğunu taşıyan çalışan kişiler veya üye devletlerden birinin sınırları dahilinde ikamet eden vatansız kişiler veya mülteciler ve bu kişilerin aileleri ve geride kalan dul ve yetimler”.*

Kendi hesabına çalışan kişiler ise 1982 yılında kapsama dahil edilmişlerdir. Adalet Divanı kendi hesabına çalışan kavramını geniş bir biçimde tanımlamıştır (71/93 sayılı *Van Poucke Davası*).

Hizmet akdiyle veya kendi hesabına çalışma faaliyeti, faaliyetin gerçekleştiği üye devletin mevzuatı tarafından tanımlanır. 883/04 sayılı Tüzüğün 1. Maddesi şunları belirtmektedir:

- (a) “hizmet akdi ile çalışan kişi olarak faaliyet göstermek”, böyle bir faaliyetin veya eşdeğer bir durumun gerçekleştiği üye devletin sosyal güvenlik mevzuatı altında bu şekilde kabul edilmiş olan herhangi bir faaliyet veya eşdeğer bir durum anlamına gelir;
- (b) “kendi hesabına çalışan olarak faaliyet göstermek” böyle bir faaliyetin veya eşdeğer bir durumun gerçekleştiği üye devletin sosyal güvenlik mevzuatı altında bu şekilde kabul edilmiş olan herhangi bir faaliyet veya eşdeğer bir durum anlamına gelir.

Dolayısıyla Tüzük bağlamındaki “kendi hesabına faaliyet yürütme” kavramı, böyle bir faaliyetin veya durumun var olduğu üye devletin ulusal sosyal güvenlik mevzuatı altında bu şekilde kabul edilmiş herhangi bir faaliyet veya eşdeğer bir duruma atıfta bulunur ve hizmet akdi ile veya kendi hesabına faaliyet gösteren kişiler yalnızca o üye devletin mevzuatı tarafından belirlenirler. Kimin hizmet akdi ile çalışan kimin kendi hesabına çalışan olduğuna ilişkin tanım üye devletler arasında çeşitlilik göstermektedir. Bu iki kategori arasındaki ayrım bazı üye devletlerde daha açıktır (örneğin, tüm ikamet edenleri veya çalışan nüfusu kapsayan genel sosyal güvenlik programları yerine kendi hesabına çalışanlar için ayrı programları olan ülkeler).

## 5. Insured persons

As described above, the first instrument to coordinate social security in the EEC was Regulation 3/58. Regulation 3/58 specified that it covered workers, their families and survivors, refugees and stateless persons.

However, the Regulation did not make explicit who was a worker for the purposes of the legislation. According to the Regulation a worker was a wage earner or assimilated worker. In three cases - 75/63, Hoekstra (nee Unger); 19/68, de Cicco; and 23/71, Janssen the Court interpreted the personal scope of Regulation 3/58 to apply to all persons insured under the general social security scheme for workers in the Member States. Insurance for one risk being sufficient (Case 71/93, Van Poucke). The Court held in Unger that Regulation 3/58 covered workers for whatever reason they moved between Member States i.e. they need not have moved for reasons of employment ().

In response to the broad definitions given by the Court of Justice, Regulation 1408/71 redefined the personal scope of Regulation 3/58 from "wage earners and other assimilated workers" to:

"employed persons who are or have been subject to the legislation of one or more Member States and who are nationals of one of the Member States or who are stateless persons or refugees residing within the territory of one of the Member States, as well as to the members of their families and their survivors".

Self-employed persons were included in 1982. The Court of Justice has subsequently given a broad definition of self-employed (Case 71/93, Van Poucke).

Activity as an employed or self-employed person is defined by the legislation of the Member State in which the activity occurs. Article 1 of Regulation 883/04 provides that for the purposes of this Regulation:

(a) "activity as an employed person" means any activity or equivalent situation treated as such for the purposes of the social security legislation of the Member State in which such activity or equivalent situation exists;

(b) "activity as a self-employed person" means any activity or equivalent situation treated as such for the purposes of the social security legislation of the Member State in which such activity or equivalent situation exists.

Thus, as the concept of "activity as a self-employed person" within the meaning of the Regulation refers to any activity or equivalent situation which is regarded under the national social security legislation of the Member State in which such activity or situation exists, who is regarded as pursuing an activity as an employed or self-employed person is determined by the legislation of the Member State alone. The definition of who is employed and who is self-employed varies between Member States and distinguishing between the two categories is more straightforward in some Member States than others i.e. those that have separate schemes for self-employed persons rather than general social security schemes covering all residents or the working population.

883/04 sayılı Tüzüğün kişisel kapsamının, kişilerin ekonomik olarak faal olup olmadığına bakılmaksızın bir üye devletin sosyal güvenlik mevzuatına tabi olan tüm kişileri kapsayacak şekilde genişletilmesinin ardından hizmet akdiyle veya kendi hesabına çalışma kavramlarının arasındaki ayırım önemini yitirmiştir. Fakat uygulanabilir mevzuatın belirlenmesi ve aile yardımlarına hak kazanma gibi durumlar söz konusu olduğunda önemini sürdürmektedir.

Hizmet akdiyle çalışan kişinin ücretli bir işte çalışıyor olması gerekmemektedir. Burada ilgili olan unsur kişinin bir sosyal güvenlik mevzuatının kapsamına girip girmediğidir. Dolayısıyla emekliler koordinasyonun kişisel kapsamına girerler. Tüzüklerin kişisel kapsamına dahil olabilmek için, kişi o mevzuatın kapsamında olduğu müddetçe ücretli bir işte çalışmış olmak gerekli değildir (örneğin, bazı üye devletlerde kişinin çocuk yetiştirdiği fakat hiç ücretli işe girmediği durumlar).

“Sigortalı kişi” terimi yetkili devletin ulusal mevzuatı tarafından tanımlanır. 883/04 sayılı Tüzüğün 1. Maddesi “sigortalı kişiyi”, Başlık II altında yetkili olan üye devletin mevzuatının yardımlardan yararlanma hakkına ilişkin belirlemiş olduğu koşulları Tüzüğün de hükümleri hesaba katılarak yerine getiren kişi olarak tanımlamıştır.

## **Avrupa Vatandaşlığı**

Koordinasyonun hukuki ve siyasi bağlamı Avrupa Vatandaşlığı kavramının getirilmesi ile değişikliğe uğramıştır. Avrupa Birliği'nin İşleyişine ilişkin Antlaşma (ABİA), Antlaşmanın kendisinde ve ikincil mevzuatta belirlenmiş olan kısıtlamalara tabi olmak kaydıyla üye devletlerin sınırları dahilinde özgürce hareket ve ikamet etme hakkı sağlamaktadır. ABİA'nın 21. Maddesi şunu belirtmektedir:

*1. Her Birlik vatandaşının, Antlaşmalarda belirtilmiş olan kısıtlamalara ve koşullara ve bunların uygulanabilmesi için kabul edilmiş olan önlemlere tabi olmak kaydıyla üye devletlerin sınırları dahilinde özgürce hareket ve ikamet etme hakkı vardır.*

*2. Eğer Birlik bu hedefe erişimi gerekli buluyorsa ve Antlaşmalar yeterli yetkiyi sağlamıyorsa Avrupa Parlamentosu ve Konsey olağan yasama yöntemi ile uyum içerisinde 1. paragrafta belirtilmiş olan hakların uygulanmasının kolaylaştırılması için hükümler belirleyebilirler.*

*3. Paragraf 1'de belirtilen aynı nedenlerden ötürü, Antlaşmaların gerekli yetkiyi sağlamaması halinde Konsey özel bir yasama yöntemi ile uyumlu olarak sosyal güvenlik ve sosyal koruma ile ilgili önlemler alabilir. Konsey, Avrupa Parlamentosu'na danıştıktan sonra oybirliği içinde hareket eder.*

The definition of and distinction between activities as an employed or self-employed person has become less significant following the expansion of the personal scope of Regulation 883/04 to include all persons who are subject to the social security legislation of a Member State, regardless of whether or not they are economically active. However, it remains important in some situations, for example, with respect to the determination of the legislation applicable and the entitlement to family benefits.

An employed person need not be engaged in paid work. The relevant factor is that she or he is covered by a social security scheme. Thus pensioners come within the personal scope of coordination. Indeed to fall within the personal scope of the regulations it is not necessary to ever have performed paid work as long as the person is insured under a scheme, which for example, may be the case in some Member States where a person has raised a child but never undertaken paid work).

The term "insured person" is defined by the national legislation of the competent State. Article 1 of Regulation 883/04 defines an "insured person" to be any person who satisfies the conditions required under the legislation of the Member State competent under Title II to have the right to benefits, taking into account the provisions of this Regulation.

## **European citizenship**

The legal and political context of coordination has changed with the introduction of the concept of Citizenship of the Union. The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) provides for the right to move and reside freely within the territory of the Member States subject to the limitations set out in the Treaty itself and within secondary legislation. Article 21 TFEU provides:

*1. Every citizen of the Union shall have the right to move and reside freely within the territory of the Member States, subject to the limitations and conditions laid down in the Treaties and by the measures adopted to give them effect.*

*2. If action by the Union should prove necessary to attain this objective and the Treaties have not provided the necessary powers, the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, may adopt provisions with a view to facilitating the exercise of the rights referred to in paragraph 1.*

*3. For the same purposes as those referred to in paragraph 1 and if the Treaties have not provided the necessary powers, the Council, acting in accordance with a special legislative procedure, may adopt measures concerning social security or social protection. The Council shall act unanimously after consulting the European Parliament.*

Bazı durumlarda sosyal yardımlara ilişkin eşit muamele hakkının talep edilmesi için veya yardımların ihraç edilebilirliğini engelleyen ulusal ikamet koşullarına karşı çıkılması için Antlaşmaya doğrudan başvurmak mümkün olabilir. Martinez Sala Kararından bu yana birbirini izleyen davalarda Adalet Divanı vatandaşlık kavramını tanımlamanın ve bu kavramın sınırlarını çizmenin yollarını aramıştır (C- 85/96 sayılı *Martinez Sala* Davası; C-184/99 sayılı *Grzelczyk* Davası; C-224/98 sayılı *D'Hoop* Davası; C-148/02 sayılı *Garcia Avello* Davası; C-138/02 sayılı *Collins* Davası; C-456/02 sayılı *Trojani* Davası, C- 209/03 sayılı *Bidar* Davası, C-192/05 sayılı *Tas-Hagen* Davası; C-499/06 sayılı *Nerkowska* Davası). Fakat AB vatandaşlığı statüsüne bağlı olan hakların kapsamı ve sınırları, Antlaşmadaki uyuşma dayalı ayrımcılık yapmama hükümleri arasındaki farklılığı tanımlayan içtihat hukukunun ve ikincil mevzuatın sürekli bir değişim halinde olması nedeniyle hala net değildir.

Ulusal ikamet şartlarına itiraz için ABİA Madde 45'ten (İşçilerin Serbest Dolaşımı) ve 1612/68 sayılı Tüzükten yararlanmak da mümkündür. Adalet Divanı 1612/68 sayılı Tüzüğün 7(2). Maddesinde yer alan eşit muamele ilkesini kendi hesabına çalışan kişileri de kapsayacak şekilde genişletmiştir. Fakat ABİA Madde 45 ve 1612/68 sayılı Tüzüğe göre bir üye devlet, oransal bir şekilde yasal bir amaca dayandığı sürece ikamet koşullarını gerekçelendirme hakkına sahiptir.

### **Faal Olmayan Kişiler**

Bu değişen hukuki ve siyasi bağlamda 883/04 sayılı Tüzük kişisel olarak bir mevzuatın kapsamına giren ekonomik olarak faal olmayan kişiler de dahil olmak üzere tüm kişileri kapsayacak şekilde genişletmiştir. Dolayısıyla 883/04 sayılı Tüzük hizmet akdiyle veya kendi hesabına çalışanlar, öğrenciler, devlet memurları, emekliler, faal olmayan kişiler, bu kişilerin aileleri ve geride kalan dul ve yetimler olmak üzere ulusal mevzuat kapsamında sigortalı durumda olan tüm AB vatandaşları için geçerlidir. Bu açıdan yaklaşıldığında 883/04 sayılı Tüzük hem Avrupa vatandaşlığının içeriğini güçlendirmekte, hem dekoordinasyon hükümlerini sadeleştirmektedir. Çünkü yukarıda da belirtildiği gibi "hizmet akdi ile" ve "kendi hesabına" çalışan kavramlarının karmaşık tanımları önemini yitirmektedir.

In some circumstances it may be possible to invoke the Treaty directly to claim a right to equal treatment concerning social benefits or to challenge national residence conditions that prevent the portability of benefits. In a succession of cases since *Martinez Sala* Judgment, the Court of Justice has sought to define and demarcate the concept of citizenship (Case C- 85/96, *Martinez Sala*; Case C-184/99, *Grzelczyk*; Case C-224/98, *D'Hoop*; Case C-148/02, *Garcia Avello*; Case C-138/02, *Collins*; Case C-456/02, *Trojani*, Case C- 209/03, *Bidar*, Case C-192/05, *Tas-Hagen*; Case C-499/06, *Nerkowska*). However, the extent and limits of the rights attached to the status of EU citizen are not yet clear as the body of case law defining the relationship between the different non-discrimination provisions based on nationality in the Treaty on the one hand and those laid down in secondary legislation on the other hand is still evolving.

It may also be possible to rely on Article 45 TFEU (Free Movement of Workers) and Regulation 1612/68 to, for example, challenge national residence requirements. The Court of Justice has expanded the principle of equal treatment contained in Article 7(2) of Regulation 1612/68 to include self-employed persons. However, under Article 45 TFEU and Regulation 1612/68, a Member State has the opportunity to justify a residence requirement on the grounds that it supports a legitimate aim in a proportionate manner.

### **Non-active persons**

In this changed legal and political context Regulation 883/04 has extended the personal scope to include all persons, including non-economically active persons, who are covered by a scheme. Thus Regulation 883/04 applies to all EU nationals who are insured under national law, whether they are employed, self-employed, students, civil servants, pensioners or indeed, non active, as well as to the members of their families and to their survivors. In this respect, Regulation 883/04 contributes both to strengthening the content of European citizenship as well as simplification of the coordination regulations because as noted above the complicated definition of the terms "employed person" and "self-employed person" is of much less significance.

## II. Maddi Kapsam

### A. Sırasıyla yardımların listesi

#### 1. Sosyal Güvenlik Riskleri Kavramı

883/04 sayılı Tüzük, Antlaşma'nın kendilerine tanıdığı, Avrupa Birliği sınırları dâhilinde serbest dolaşım hakkını kullanan kişilerin sosyal güvenlik yardımlarını koordine etmektedir. Kişisel ihtiyaçların bireysel ya da takdire bağlı değerlendirmesi yapılmadan, yasal bir şekilde tanımlanan bir konumda bulunan alıcılara verilen ve 883/04 sayılı Tüzüğün 3.1. Maddesi'nde açık bir şekilde listelenen risklerden birini ilgilendiren yardımlar, sosyal güvenlik yardımı olarak kabul edilmektedir. Tüzük, Ek XI'de aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, primli ya da primsiz genel ve özel sosyal güvenlik programlarına ve işveren ya da armatör yükümlülükleriyle ilgili mevzuatlara uygulanmaktadır (*Madde 3*). Bu kapsama, işverenin hastalık ya da analık izni halinde ücret ödeme yükümlülüğü de girmektedir. Bu sebeple Adalet Divanı, bir ödemenin Tüzüğün maddi kapsamına girip girmediğini, belli bir ödeme ya da yardıma verilen adın değil, onu oluşturan unsurların, hak kazanma koşullarının, en önemlisi de hedef ve amaçlarının belirlediğine karar vermiştir (45/90 sayılı *Paletta Davası*).

Ancak Tüzük sosyal ve tıbbi desteğe ya da savaş mağdurları ve savaşın sonuçlarından etkilenenlere hitap eden yardım programlarına uygulanmamaktadır (*Madde 3*).

Koordinasyon kapsamına giren riskler 1952 tarihli ve 102 sayılı Sosyal Güvenlik (Asgari Standartlar) ILO Sözleşmesi'ne istinaden tanımlanmaktadır.

883/04 sayılı Tüzüğün 3. Maddesi'nde şöyle ifade edilmektedir:

1. Tüzük aşağıdaki sosyal güvenlik kollarındaki sigorta vakalarına ilişkin yardımlarla ilgili tüm mevzuata uygulanır:

- (a) Hastalık;
- (b) Analık ve eş değeri olan babalık;
- (c) Malullük;
- (d) Yaşlılık;
- (e) Dul ve yetim;
- (f) İş kazası ve mesleki hastalık halleri;
- (g) Ölüm;
- (h) İşsizlik;
- (i) Ön emeklilik;
- (j) Aile.

Bu liste, üye devletlerin oluşturabileceği yeni yardım türlerinin koordinasyonu açısından zorluklar barındıran kapalı bir listedir. Bu konu ilerleyen sayfalarda yer alan 5. bölümde daha ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.



## II. Material scope

### A. The enumerative list of benefits

#### 1. *Concept of social security risks*

Regulation 883/04 coordinates social security benefits for people who exercise their Treaty right to free movement in the territory of the European Union. A benefit is regarded as a social security benefit in so far as it is granted, without any individual and discretionary assessment of personal needs, to recipients on the basis of a legally defined position and provided that it concerns one of the risks expressly listed in Article 3.1 of Regulation 883/04. Unless otherwise provided for in Annex XI, the Regulation applies to general and special social security schemes, whether contributory or non-contributory, and to schemes relating to the obligations of an employer or ship-owner (*Article 3*). This includes obligations on the employer to continue to pay wages in the case of sickness or maternity leave. In this respect the Court of Justice has found that whether or not a payment falls within the material scope of the Regulation is not determined by the name given to a particular payment or benefit but to its constitutive elements, conditions of entitlement and most importantly its objectives and purpose (Case 45/90, *Paletta*).

However, the Regulation does not apply to social and medical assistance or to benefit schemes for victims of war or its consequences (*Article 3*).

The risks covered by coordination are defined with reference to ILO Convention No. 102 Social Security (Minimum Standards) Convention of 1952.

Article 3 of Regulation 883/04 provides:

1. This Regulation shall apply to all legislation concerning the following branches of social security:

- (a) sickness benefits;
- (b) maternity and equivalent paternity benefits;
- (c) invalidity benefits;
- (d) old-age benefits;
- (e) survivors' benefits;
- (f) benefits in respect of accidents at work and occupational diseases;
- (g) death grants;
- (h) unemployment benefits;
- (i) pre-retirement benefits;
- (j) family benefits.

This is a closed list which presents difficulties with respect to the coordination of new types of benefits that the Member States may introduce. This is discussed further in point 5.

Kendisinden önceki 1408/71 sayılı Tüzük'le karşılaştırıldığında, 883/04 sayılı Tüzük'te yer verilen yeni unsurlar, babalık yardımlarının koordinasyonu ve ön emeklilik yardımlarının kısmi koordinasyonudur. Aile yardımları ve aile yardımları arasındaki önceki ayırım pekiştirilmiştir. 3/58 sayılı Tüzük'ün maddi kapsamına sadece "aile yardımları" girmiştir. 3/58 sayılı Tüzük kapsamına giren aile yardımlarına ek olarak, 1408/71 sayılı Tüzük kapsamına aile yardımları da alınmıştır. 883/04 sayılı Tüzük'e göre, Tüzük'ün Ek 1'inde yer alan bakım yardımı avansları, özel doğum ve evlat edinme yardımları dışında kalan ve aile masraflarını karşılamak üzere verilen bütün aynı ve nakdi yardımlar "aile yardımları" kapsamına girmektedir.

9. Madde, üye devletlerin, Komisyon'u her yıl Madde 1(1)'de yapılan bildirimler, Madde 3'te bahsedilen mevzuat ve programlar, Madde 8(2)'de bahsedildiği haliyle yürürlüğe giren sözleşmeler, Madde 58'de belirtilen asgari yardımlar ve sonradan yapılan asli değişiklikler hakkında bilgilendirmelerini gerektirmektedir. Bildirimlerde, söz konusu yasalar ve programların yürürlüğe giriş tarihine ya da Madde 1(1)'de sağlanan bildirimler konusunda Tüzük'ün üye devletler tarafından yapılan bildirimlerde ayrıntılarıyla belirtilen programlara uygulanmaya başladığı tarihe yer verilmesi gerekir (Madde 9).

### **"Mevzuat" nedir?**

Yukarıda da tanımlandığı gibi, 883/04 sayılı Tüzük'ün maddi kapsamı, sosyal güvenliğin özel dallarına ilişkin mevzuatlarla sınırlandırılmıştır. "Mevzuat" kavramının tanımı Madde 1(1)'de şöyle yapılmıştır:

*"Mevzuat", her ülkenin yasa, tüzük ve diğer yasal hükümleri ile 3(1). Madde kapsamındaki sosyal güvenliğe ilişkin diğer bütün uygulama önlemleri anlamına gelmektedir.*

Bu terim, sözleşmelerden doğan hükümleri kapsamazken, söz konusu üye devlet bu etkiye ilişkin AB Parlamentosu ve AB Konseyi'ne bildirimde bulunduğu takdirde, önceki alt paragrafta bahsedilen yasa ve tüzüklerden doğan sigorta yükümlülüğünü uygulamaya yarayan ya da onları zorunlu kılan veya kapsamalarını genişleten kamu yetkililerince alınan bir karara konu olan hükümleri kapsamaktadır.

## **2. Farklı yardım türleri**

Bölüm 3'de de değinildiği gibi, 1958 yılında ilk koordinasyon aracı olan Tüzük 3 hazırlandığında AET'nin kurucu altı üyesi, Belçika, Fransa, Almanya, İtalya, Lüksemburg ve Hollanda bulunmaktaydı 1408/71 sayılı yeni Tüzük 1971 yılında yürürlüğe girdiğinde, AET yine aynı altı ülkeden oluşmaktadır. Hollanda dışında (kısmen) bu asli altı ülke prim ilkesine ve ailenin geçimini erkeğin sağladığı bir modele dayanan birbirine benzer sosyal güvenlik sistemlerini benimsemiştir. Bu modele göre, sosyal güvenlik çalışmaya dayanır ve kadınlara geleneksel aile düzenlemeleri yapılarak eşlerinin prim kayıtlarına bağlı olarak türev haklar tanınır. Bu modelde iş ve sosyal güvenlik arasında güçlü bir bağ vardır. Sosyal güvenlik hakkı elde etmek, istihdam süresinin süresine dayanır, kazançla ilişkilidir ve tamamen ya da büyük ölçüde primlerle finanse edilir (bkz. Roberts, S., 2010).

The new elements of Regulation 883/04 compared to its predecessor Regulation 1408/71 are the coordination of paternity benefits and the partial coordination of pre-retirement benefits. The previous distinction between family benefits and family allowances has been consolidated. The material scope of Regulation 3/58 covered only "family allowances". This was extended to family benefits under Regulation 1408/71 as well as the family allowances covered under Regulation 3/58. Under Regulation 883/04 "family benefit" means all benefits in kind or in cash intended to meet family expenses, excluding advances of maintenance payments and special childbirth and adoption allowances mentioned in Annex I of the Regulation.

Article 9 requires the Member States to notify the Commission annually of the declarations referred to in Article 1(1), the legislation and schemes referred to in Article 3, the conventions entered into as referred to in Article 8(2) and the minimum benefits referred to in Article 58, as well as substantive amendments made subsequently. The notifications must indicate the date of entry into force of the laws and schemes in question or, in the case of the declarations provided for in Article 1(1), the date from which this Regulation will apply to the schemes specified in the declarations by the Member States (*Article 9*).

### **The meaning of "legislation"**

As described above, the material scope of Regulation 883/04 is limited to all legislation concerning specific branches of social security. The meaning of "legislation" is defined in Article 1 (l):

*"legislation" means, in respect of each Member State, laws, regulations and other statutory provisions and all other implementing measures relating to the social security branches covered by Article 3(1).*

This term excludes contractual provisions other than those which serve to implement an insurance obligation arising from the laws and regulations referred to in the preceding subparagraph or which have been the subject of a decision by the public authorities which makes them obligatory or extends their scope, provided that the Member State concerned makes a declaration to that effect, notified to the European Parliament and the Council of the European Union.

### **2. Different types of benefits**

As described in Chapter 3 when the first coordination instrument - Regulation 3 - was being drawn up in 1958 there were the six founder members of the EEC: Belgium, France, Germany, Italy, Luxembourg and the Netherlands. In 1971 when the then new Regulation 1408/71 was introduced the EEC comprised these same six countries. With the (partial) exception of the Netherlands the original six members shared a similar social security system based on the contributory principle and the male breadwinner model. In this model social security is work based, assumes "traditional" family arrangements and thus provides derived rights for women based on their husband's contribution record. In this model there is a strong link between work and social security. Entitlement is typically based on length of employment, is earnings related and financed entirely or largely from contributions (see Roberts, S., 2010).

3758 ve 1408/71 sayılı Tüzükler asli altı ülkenin sosyal güvenlik sistemlerini koordine etmek için oluşturulmuştur. Bu sebeple, Tüzük, sosyal sigorta modelini ve 102 sayılı ILO Sözleşmesi'nde sayılan sosyal güvenlik dalları için "ücret karşılığında çalışanları ve benzeri konumdaki diğer çalışanları" kapsamaktadır.

Avrupa Birliği 1971'den bu yana genişlemiş ve bugün 27 üye ülkeye ulaşmıştır: Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Güney Kıbrıs Rum Yönetimi, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İrlanda, İtalya, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Hollanda, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Slovenya, İspanya, İsveç ve Birleşik Krallık (BK)i İzlanda, Lihtenştayn, Norveç ve İsviçre ise Avrupa Ekonomik Alanı (AEA) ülkeleridir.

Yeni üye devletlerin hepsi, kurucu altı üyeyle aynı prim temeline dayalı sosyal güvenlik sistemlerine sahip değildir. BK, İrlanda, Danimarka, Finlandiya ve İsveç'in Birliğe katılmasıyla, genel bütçeden finanse edilen ikamete dayalı sistemler kurularak farklı bir felsefe benimsenmiştir. Bugün 27 üye devletin çeşitli felsefeler ve sosyal güvenlik modelleri benimsediği görülmektedir.

Buna ek olarak, bütün üye devletlerde yeni yardım türleri ve finans yöntemleri uygulanmaya başlamıştır. Primli sosyal sigortalar ile primsiz sosyal yardım arasındaki geleneksel sınır çizgisini belirsizleştirecek şekilde primsiz yardım kategorisinde (örneğin, engelli kimselerin özel ihtiyaçlarını karşılamak için) ve asgari gelir programlarının rolünde bir artış gözlemlenmiştir.

Söz konusu yeni modeller ve yardımlarla uyumlu bir şekilde klasik sosyal sigorta yardımları için benimsenen koordinasyon modelini uygulamada sorunlar yaşanmaktadır. Öyle ki, yeni sistemler ve yeni yardımlar oluşturacak şekilde genişleyen Avrupa Topluluğu, koordinasyon üzerine kurulu kurumlar için sorun çıkarmaktadır. Koordinasyon tüzüklerinin mali kapsamı, yeni ülkelerin farklı sistemleri ve tüm üye devletlerin uyguladığı yeni yardım türlerinden kaynaklanan sorunlar yaşamaktadır. 102 No'lu ILO Sözleşmesi'ne bağlı sınırlı liste sebebiyle, yeni yardımların sınıflandırılması konusunda sık sık sorun yaşanmaktadır.

### 3. (Özel) Primsiz yardımlar

883/04 sayılı Tüzük'ün 3. Maddesi'ne göre, Tüzük, Madde 70'in kapsamına giren özel primsiz nakdi yardımlara uygulanır.

Madde 70 şöyledir:

*1. Bu madde, kişisel kapsamı, hedefleri ve/veya hak kazanma koşulları sebebiyle Madde 3(1)'te bahsedilen sosyal güvenlik mevzuatının ve sosyal desteğin özelliklerini taşıyan mevzuat kapsamındaki özel primsiz nakdi yardımlara uygulanır.*

Regulation 3/58 and 1408/71 were designed to coordinate the original six countries' social security systems. Thus the Regulation reflects the social insurance model and covered "wage earners and other assimilated workers" for branches of social security listed in ILO Convention No 102.

Since 1971 European Union has expanded and now comprises 27 members: Austria, Belgium, Bulgaria, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, France, Germany, Greece, Hungary, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Poland, Portugal, Rumania, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, and the UK - Iceland, Liechtenstein, Norway, Switzerland.

The new member countries do not all have same contribution based social security systems as the original six. The accession of UK, Ireland, Denmark, Finland and Sweden introduced a different philosophy - residence based systems financed from general taxation and the 27 member countries now have a range of variations on several philosophies and models of social security

At the same time new types of benefits and methods of finance have been introduced in all member countries. There has been an increase in non-contributory categorical benefits (for example to meet the specific needs of disabled people) which has blurred the traditional demarcation lines between contributory social insurance and non-contributory social assistance and an increasing role for minimum income schemes

Difficulties arise when implementing the coordination model adopted for classical social insurance benefits in connection with these new models and benefits. Indeed the expansion of the European Community bringing new systems and the introduction of new benefits challenges the foundations upon which coordination is built. The material scope of the coordinating regulations is challenged by the different systems of new member countries and new types of benefits introduced by all member countries. Because of the limitive list based on ILO Convention No 102 the classification of new benefits has sometimes proved problematic

### *3. (SPECIAL) Non-contributory benefits*

Article 3 of Regulation 883/04 provides that the Regulation applies to the special non contributory cash benefits covered by Article 70.

Article 70 provides:

*1. This Article shall apply to special non-contributory cash benefits which are provided under legislation which, because of its personal scope, objectives and/or conditions for entitlement, has characteristics both of the social security legislation referred to in Article 3(1) and of social assistance.*

2. Bu Bölüm'ün amaçları çerçevesinde, "özel primsiz nakdi yardımlar" kapsamına şunlar girmektedir:

a) Aşağıdakileri sağlama amacını taşıyan yardımlar:

(i) Madde 3(1)'de belirtilen sosyal güvenlik dallarının kapsamına giren risklere karşı tamamlayıcı, yardımcı ya da ihtiyati güvence ve ilgili kişilere söz konusu ülkenin ekonomik ve sosyal durumuna bakarak geçinmelerini sağlayacak asgari bir yardım ya da;

(ii) Söz konusu kişinin söz konusu üye devletteki sosyal çevresiyle yakından ilişkili olarak sadece engellilerin özel koruması  
ve

(b) finansman işi, genel kamu harcamalarını ve yardım sağlama ve hesaplama koşullarını karşılamayı amaçlayan zorunlu vergilerden karşılandığında, faydalanıcı açısından prime dayalı olmayan yardımlar. Ancak, primli bir yardımı tamamlamak üzere sağlanan yardımlar sadece bu sebeple primli olarak kabul edilmezler.  
Ve

(c) Ek X'de listelenen yardımlar.

Adalet Divanı'nın sosyal güvenlik kategorisini, dolayısıyla da koordinasyon kapsamına giren yardımların kapsamını genişlettiği 3. noktada tanımlanan sosyal destek ve sosyal güvenlik arasındaki ayrıma ilişkin bir dizi davayı takiben 1992 yılında özel primsiz yardımlar kategorisi oluşturulmuştur.

883/04 sayılı Tüzük'ün 70(4). Maddesi'nde şöyle ifade edilir:

2. paragrafta bahsedilen yardımlar, söz konusu kişinin ikamet ettiği üye devlette, o devletin mevzuatına göre sağlanır. Bu tür yardımlar, ikamet edilen yerdeki kurumun hesabından ve bu kurum tarafından sağlanır.

Bu sebeple primsiz yardımlar ihraç edilemez. AAD, daha sonra BK'de görülen *Snares* (C-20/96) ve *Partridgev Adjudication Officer* (C-297/97) davalarında bu durumu onaylamıştır. Ancak, özel primsiz yardımların ihraç edilemezliği konusunda bir takım sorunlar yaşanmış ve AAD, gördüğü bir dizi davada sosyal güvenlik, sosyal destek ve özel primsiz yardımlar arasındaki ayrımı netleştirmiş, böylece de o zamanki 1408/71 sayılı Tüzük'ün 11a Ek'inin içeriğini çürütmüş ve "sosyal güvenliğin içeriğini genişletmiştir. AAD, *Jauch* (C-215/99) davasında, bir yardımın ihraç edilemez özel primsiz yardım olması için sadece Tüzük'te yer alan Ek'te listelenmiş olmasının yeterli olmadığına, yardımın "özel" ve "primsiz" olma ölçütlerini yerine getirebiliyor olması gerektiğine karar vermiştir. Bu yorum daha sonra *Leclere and Deaconescu* (C-43/99), *Hosse* (C-286/03) ve *Hendrix* (C-287/05) gibi davalarda da yinelenmiştir.

2. For the purposes of this Chapter, "special non-contributory cash benefits" means those which:

a) are intended to provide either:

(i) supplementary, substitute or ancillary cover against the risks covered by the branches of social security referred to in Article 3(1), and which guarantee the persons concerned a minimum subsistence income having regard to the economic and social situation in the Member State concerned;

or

(ii) solely specific protection for the disabled, closely linked to the said person's social environment in the Member State concerned,  
and

(b) where the financing exclusively derives from compulsory taxation intended to cover general public expenditure and the conditions for providing and for calculating the benefits are not dependent on any contribution in respect of the beneficiary. However, benefits provided to supplement a contributory benefit shall not be considered to be contributory benefits for this reason alone,  
and

(c) are listed in Annex X.

The category of special non contributory benefits was introduced in 1992 following a series of cases concerning the demarcation between social security and social assistance described in point 3. in which the Court of Justice expanded the category of social security and hence the benefits covered by coordination.

Article 70 (4) of Regulation 883/04 provides that:

*The benefits referred to in paragraph 2 shall be provided exclusively in the Member State in which the persons concerned reside, in accordance with its legislation. Such benefits shall be provided by and at the expense of the institution of the place of residence.*

Thus Special non-contributory benefits are not exportable. The ECJ subsequently confirmed this position in two UK cases *Snares* (C-20/96) and *Partridgev Adjudication Officer* (C-297/97). However, the non-exportability of special non-contributory benefits has been challenged and the ECJ has further clarified the demarcation lines between social security, social assistance and special non-contributory benefits in a series of cases which has eroded the content of what was then Annex 11a of Regulation 1408/71 and expanded the content of "social security". The ECJ found in the case of *Jauch* (C-215/99), that for a benefit to be a non exportable special non-contributory benefit it is not sufficient simply to be listed in the Annex of the Regulation but the benefit must meet the criteria of "special" and "non-contributory". This point has been reiterated in subsequent cases, for example *Leclere and Deaconescu* (C-43/99); *Hosse* (C-286/03); *Hendrix* (C-287/05).



1408/71 sayılı Tüzük bu kararları yansıtması için 647/2005 (OJ L117/1 2 Mayıs 2005) sayılı Tüzük tarafından değiştirilmiştir. Ancak Komisyon Temmuz 2005'te, Bakanlar Kurulu ve AB Parlamentosu'na karşı fesih süreci başlatmıştır (C-299/05 sayılı Dava, Komisyon - Konsey ve Parlamento). Komisyon'a göre; Kurul ve Parlamento, 647/05 sayılı Tüzük'ü kabul ederek, AAD'nin özel ve primsiz yardımların koordinasyonu için belirlediği ölçütleri kabul etmişler, ancak Komisyon tarafından Tüzük'ün 4(2a) Maddesi'ndeki anlamıyla "özel" yardımlar ölçütünü yerine getirmediği düşünülen İla Eki'ndeki izin verilen yardımlar listesine Finlandiya'nın çocuk bakım ödeneği, İsveç'in engellilik ödeneği ve engelli çocuklar için bakım ödeneği ve BK'nin katılım ödeneği, bakıcı ödeneği ve engellilik yaşam ödeneği dâhil edildiğinde, bu ölçütlerin bütün sonuçlarını öngöremediği anlaşılmıştır.

Ekim 2007'de verilen kararlar, BK Engelli Yaşam Ödeneği'nin dolaşım bileşeni hariç, bu yardımların 1408/71 sayılı Tüzük'ün 4(1)(a) Maddesi'ndeki anlamıyla hastalık yardımları olduğuna, bu sebeple de 11a Eki'ne yanlış bir şekilde dâhil edildiklerine ve ihraç edilebilir olduklarına karar verilmiştir. Bu nedenle, Divan "sosyal güvenlik" kategorisini genişletmeye devam etmiştir.

#### *4. Hariç tutulan yardımlar: Sosyal yardım ve savaş mağdurlarına verilen yardımlar*

Bazı yardım türleri açık bir şekilde maddi kapsamın dışında tutulmaktadır. Koordinasyon tüzükleri, bir üye devletin kişilere verilen zararlar için yükümlülük üstlendiği ve savaş ve savaşın sonuçlarının mağdurlarına verilen yardımlar, suç kurbanlarının tazminatı için verilen yardımlar, suikast ya da terör eylemlerinin mağdurları için verilen yardımlar, devlet birimlerinin görevlerini yerine getirirken neden oldukları zarardan mağdur olanlara verilen yardımlar ve siyasi ya da dini baskı mağdurlarına verilen yardımlar gibi tazminat ödemelerini kapsayan sosyal destek ve yardımları içermemektedir. Dahası, 883/2004 sayılı Tüzük'ün Ek I'i uyarınca, toplu iş sözleşmelerine, bakım yardımı avanslarına, özel doğum ya da evlat edinme yardımlarına uygulanmaz.

### **Sosyal Yardım**

Sosyal yardımlar koordinasyon kapsamının dışındadır. Ancak, üye devletlerin çoğunda sosyal yardım artık takdire bağlı olmaktan çıkmış, giderek artan bir şekilde hukuk temelli bir hak kazanma özelliği kazanmıştır. Dahası birçok ülke, engellilerin özel ihtiyaçlarını karşılamak gibi sebeplerle, primli sosyal güvenlik ve primsiz sosyal destek arasındaki ayrımı belirsizleştiren ve geleneksel hak kazanma ölçütlerini de destekleyen primsiz yardımlar çıkarmıştır. Sosyal yardımın tam olarak ne anlama geldiği ve koordinasyondan çıkarılması mahkemelerde görüşülmüş ve AAD, *Frilli* (C-1/72) davasından *Newton* (C-356/89) davasına kadar bir dizi davada, üye devletler tarafından sosyal destek olarak sınıflandırılmış olsun ya da olmasın, hak kazanmaya dayalı (*Frilli* C-1/72) veya 1408/71 sayılı Tüzük'ün 4(1). maddesinde sıralanan koşullardan biriyle ilişkili oldukları takdirde (*Hoecx*, C248/83), bu yardımları koordinasyon tüzüklerine dahil etme yönünde kararlar vermiştir.



Regulation 1408/71 was amended by Regulation 647/2005 (OJ L117/1 of 2 May 2005) to reflect these judgements. However, in July 2005 the Commission took annulment proceedings against the Council of Ministers and European Parliament (Case C-299/05, *Commission v Council and Parliament*). According to the Commission, by adopting Regulation No. 647/05, the Council and Parliament accepted the criteria laid down by the ECJ for the coordination of special and non-contributory benefits but failed to draw all the consequences of those criteria when it included the Finnish child care allowance, Swedish disability allowance and care allowance for disabled children and the UK attendance allowance, carer's allowance and disability living allowance in the list of permitted benefits set out in Annex IIa, which, in the Commission's view, did not satisfy the criteria of "special" benefits within the meaning of Article 4(2a) of the Regulation.

The Judgement, which was delivered in October 2007, found that these benefits - with the exception of the mobility component of the UK Disability Living Allowance - are sickness benefits within the meaning of Article 4 (1) (a) of Regulation 1408/71 and therefore wrongly included in Annex 11a - and exportable. Thus the Court has continued to expand the category of "social security".

#### *4. Excluded benefits: social assistance and benefits for victims of war*

Certain types of benefits are explicitly excluded from the material scope. The coordination regulations do not include social assistance and benefits in relation to which a Member State assumes the liability for damages to persons and provides for compensation, such as benefits for victims of war or its consequences as well as benefit schemes to compensate victims of crime, assassination or terrorist acts, for victims of damage occasioned by State agents in the course of their duties and for victims of political or religious repression. Furthermore, it does not apply to collective labour agreements or to advances to maintenance payments and to special childbirth and adoption allowance, as per Annex I to Regulation 883/2004.

### **Social assistance**

Social assistance is excluded from coordination. However, in most member countries social assistance is no longer discretionary but is increasingly a rule-based entitlement. Furthermore, many countries have introduced non-contributory categorical benefits, for example to meet the specific needs of disabled people, which have blurred the demarcation lines between contributory social insurance and non-contributory social assistance and straddle the traditional criteria for establishing entitlement. The question of what is social assistance and therefore excluded from coordination has been challenged before the courts and the ECJ gave a series of Judgements from *Frilli* (C-1/72) to *Newton* (C-356/89) that brought benefits, whether or not they were categorised as social assistance by the Member State, within the coordinating regulations if they were entitlement based (C-1/72, *Frilli*) and related to one of the contingencies enumerated in Article 4(1) of Regulation 1408/71 (C-248/83, *Hoeckx*).

## Savaş Mağdurlarına Verilen Yardımlar

Savaş mağdurlarına verilen yardımlar da koordinasyonun dışında kalmaktadır (79/76 sayılı *Fossi Davası*). Bu sebeple ikamet ibarelerini muaf tutmak için hiçbir açık hüküm bulunmamaktadır. Ancak, Adalet Divanı, başvuruda bulunanların başvuru yapıldığı sırada ya da yardımın verildiği dönem boyunca o ülkenin sınırları içerisinde ikamet ediyor olması koşuluyla savaş yardımı sağlayan bir mevzuatın; ABİA'nın 21. Maddesi'nde tanınan üye devletlerin sınırları dâhilinde serbest dolaşım ve ikamet etme hakkına ters düştüğüne karar vermiştir.

## Toplu İş Sözleşmeleri

Yukarıda da bahsedildiği gibi, Tüzük yalnızca “mevzuat”a uygulanır. Toplu iş sözleşmeleri, yaşlılık, işsizlik, ön emeklilik gibi sosyal güvenlik risklerine karşı koruma sağlamalarına rağmen, koordinasyon kurallarının kapsamına girmezler.

Fakat bazı antlaşmalar söz konusu olduğunda Tüzük kapsamının dışında tutulma durumu ilgili üye devletin Avrupa Birliği Parlamentosu ve Konsey'e yaptığı bildiriyle birlikte ortadan kaldırılabilir. Yasal sosyal güvenliği uygulamaya yarayan antlaşmalarda ya da kamu yetkililerinin aldığı ve antlaşmaları zorunlu kılan ya da kapsamalarını genişleten bir karara konu olan antlaşmalarda bu duruma rastlanmaktadır. Oluşturulma döneminde, işsizlik sigortası programı ve AGIRC ve ARRCO olarak adlandırılan ve toplu iş sözleşmeleriyle oluşturulan mesleki emeklilik programlarını Tüzük kapsamına almak üzere, sadece Fransa böyle bir bildirimde bulunmuştur.

### 5. Bazı yeni yardım türleri

Sosyal güvenlik durağan değildir. Üye devletler ortaya çıkan yeni riskler için yeni programlar oluşturdukça değişerek gelişmeye devam etmektedir. Buna karşılık olarak, koordinasyon kapsamına giren risklerin listesi babalık yardımlarını (analık yardımları uyarınca koordine edilen) ve ön emeklilik yardımlarını da içerecek şekilde genişletilmiştir.

#### a. Ön emeklilik yardımları

Ön emeklilik yardımları 883/04 sayılı Tüzük'ün 1. Maddesi'nde şöyle tanımlanmaktadır: belli bir yaştan itibaren gelir getiren faaliyetlerini azaltan, durduran ya da askıya alan işçilere yaşlılık aylıklarını veyahut da ilgili kişinin yetkili devletin iş bulma hizmetlerinde kayıtlı olması koşulu barındırmayan erken emeklilik aylıklarını alacak yaşa kadar verilen erken yaşlılık yardımları ya da işsizlik yardımları dışındaki bütün nakdi yardımlardır. Ön emeklilik yardımları, normal emekliliğe hak kazanma yaşına erişilmeden önce sağlanan bir yardım olan ve söz konusu yaşa erişildiğinde de ödenmeye devam eden veya başka bir yaşlılık yardımıyla değiştirilen “erken yaşlılık yardımları”ndan farklıdır (*Madde 1*).

## **Benefits for victims of war**

Benefits for victims of war are also outside coordination (Case 79/76, *Fossi*). Thus there is no explicit provision to waive residence clauses. However, the Court of Justice has ruled that national legislation which makes the payment of a war benefit conditional on the fact that applicants are resident in the territory of the State concerned at the time when the application is submitted or during the whole period of the granting of the benefit, is contrary to the right to move and to reside freely within the territory of the Member States, as conferred on every European citizen by Article 21 TFEU.

## **Collective labour agreements**

As described above the Regulation only applies to "legislation". Collective labour agreements, although they may provide for protection against social security risks such as for example, old age, unemployment, pre-retirement), do not fall within the scope of the coordination rules.

However, in respect of certain agreements, the exclusion from the Regulation's scope may be lifted by a declaration of the Member State concerned, notified to the European Parliament and of the Council. This is the case for agreements which serve to implement statutory social security or which have been the subject of a decision by the public authorities which makes them obligatory or extends their scope. At the time of writing only France has made such a declaration, in order to bring the unemployment insurance scheme and the occupational pension schemes AGIRC and ARRCO, which are both established by collective labour agreements, within the scope of the Regulation.

### *5. Some new kinds of benefits*

Social security is not static but continues to evolve as the Member States introduce new schemes to address perceived new risks. In response the list of risks covered by coordination has been slightly expanded to include Paternity benefits (coordinated as per Maternity benefits) and Pre-retirement benefits.

#### **a. Pre-retirement benefits**

Pre-retirement Benefits are defined in Article 1 of Regulation 883/04 as: all cash benefits, other than an unemployment benefit or an early old-age benefit, provided from a specified age to workers who have reduced, ceased or suspended their remunerative activities until the age at which they qualify for an old-age pension or an early retirement pension, the receipt of which is not conditional upon the person concerned being available to the employment services of the competent State. Pre-retirement benefits are distinct from "early old-age benefit" which is a benefit provided before the normal pension entitlement age is reached and which either continues to be provided once the said age is reached or is replaced by another old-age benefit (*Article 1*).

Ön emeklilik yardımları sadece kısmen koordine edilmektedir. Hak kazanmak için hiçbir sigorta birleştirme süreci söz konusu değildir. 883/04 sayılı Tüzük'ün 66. Maddesi'ne göre; uygulanabilir mevzuat ön emeklilik yardımı alma hakkını sigorta, hizmet akdiyle çalışma ya da kendi hesabına çalışma sürelerinin tamamlanması koşuluyla bağladığında, Madde 6 (sürelerin birleştirilmesi) uygulanmaz. (Madde 66)

b. Yeni sosyal riskler

İnsanlar artık daha uzun yaşadığı ve genellikle de ömürlerinin son senelerini başkalarına bağımlı olarak geçirdikleri için, uzun süreli bakım masraflarını hedef alan programlar uygulayan ülkelerin sayısı giderek artmaktadır. Ancak, sınırlı risk listesi uzun süreli bakım yardımlarının var olan risk kategorilerinin birinin kapsamına alınması gerektiği anlamına gelmektedir.

Buna ek olarak, bazı ülkeler uzun süreli yardımların özel primsiz yardımlar olduğu görüşündedir. Ancak *C-160/96 sayılı Molenaar* davasında AAD bu yardımların hastalık yardımları olduğuna karar vermiştir. Daha önce 1. Bölümde de belirtildiği gibi, bir yardım, kişisel ihtiyaçların bireysel ya da takdire bağlı değerlendirmesi yapılmadan, yasal bir şekilde tanımlanan pozisyona dayanarak alıcılara verildiği ve 883/04 sayılı Tüzük'ün 3.1. Maddesi'nde listelenen risklerden birini ilgilendirdiği takdirde koordinasyon tüzükleri çerçevesinde sosyal güvenlik yardımı olarak değerlendirilir. *Molenaar* davasında, Divan, bu iki koşuldaki ilkinin ilişkili olarak, bakım sigortası yardımlarının verilmesiyle ilgili hükümlerin alıcılara yasal bir şekilde tanımlanan haklar tanıdığı yönünde ortak bir zemin oluşturduğuna karar vermiştir. İkinci koşula ilişkin olarak ise, bakım sigortası yardımları bakım alan kişilerin bağımsızlığını geliştirmek için tasarlanmıştır. Bu tür yardımlar, esasen bakım alan kişilerin yaşam kalitesini ve sağlık durumunu iyileştirmek amacıyla, hastalık sigortası yardımlarına takviyede bulunma amacı taşırlar. Bu hallerde Adalet Divanı kendilerine has özellikler taşırsalar dahi bu tür ödemelerin "hastalık yardımı" olarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Ancak, uzun süreli bakım yardımlarının özellikleri hastalık bölümüne uymamakta ve bu yardım türünü yerleştirmek üzere gelecekte yeni bir bölüm oluşturulması muhtemel görülmektedir.

c. Ek emeklilik aylıkları: İşletme içi ve bireysel emeklilik

Bir şirket ya da kuruluş tarafından çalışanlarının yararına oluşturulan tamamlayıcı mesleki aylıklar İşletme içi emekli aylıklarıdır.

Bireysel özel emeklilik ise, kişisel aylıklardan oluşturulan bireysel birikim, mal varlığı ve hayat sigortalarını kapsamaktadır.

Dolaşım halindeki işçilerin, mesleki emeklilik aylıklarına ilişkin karşılaştıkları engeller şunlardır:

Pre-retirement benefits are only partially coordinated - there is no aggregation of periods of insurance to create entitlement. Article 66 of Regulation 883/04 provides that when the applicable legislation makes the right to pre-retirement benefits conditional on the completion of periods of insurance, of employment or of self-employment, Article 6 (Aggregation of periods) - shall not apply (*Article 66*).

#### b. New social risks

An increasing number of countries have introduced schemes to address the costs of long term care as people are living longer and often spending their last years in a state of dependency. However, the limitative list of risks means that long term care benefits must be placed under one of the existing risk categories.

Furthermore, some countries consider long term care benefits to be special non-contributory benefits. However, in Case C-160/96, *Molenaar*, the ECJ has found that they are sickness benefits. As described in point 1 a benefit is regarded as a social security benefit for the purpose of the coordination regulations in so far as it is granted, without any individual and discretionary assessment of personal needs, to recipients on the basis of a legally defined position and provided that it concerns one of the risks listed in Article 3.1 of Regulation 883/04. In *Molenaar*, the Court reasoned that with regard to the first of those two conditions, it is common ground that the provisions concerning the grant of care insurance benefits confer on recipients a legally defined right. With regard to the second condition, care insurance benefits are designed to develop the independence of persons reliant on care. Benefits of that type are essentially intended to supplement sickness insurance benefits, in order to improve the state of health and the quality of life of people who are reliant on care. In those circumstances, the Court concluded that, even if they have their own characteristics, such benefits must be regarded as "sickness benefits".

However, the characteristics of long term care benefits do not fit comfortably into the Sickness chapter and it is likely that a new chapter will need to be introduced to accommodate this type of benefit.

#### c. Pensions: 2nd and 3rd pillar pensions

The 2nd pillar comprises supplementary occupational pensions set up by a company or organisation for the benefit of its employees.

The 3rd pillar comprises individual savings through personal pensions, and assets and life insurance.

The obstacles confronting mobile workers with regard to occupational pensions include:

- Asgari giriş yaşı
- Bekleme süreleri
- İşverenin ödediği emeklilik birikimlerini hak edebilme süresi
- Koruma/Değerini artırma ve tahakkuk etmiş yardımlar üzerine zorunlu ya da takdire bağlı endekslemenin olmayışı
- Gelen transferler/transfer değerleri
- Bilgi sağlanması
- Devlet programları ve özel programlar arasında transfer edilebilirlik

Bekleme ve işverenin ödediği emeklilik birikimlerini hak edebilme süreleri, dolaşım halindeki işçileri işletme içi emeklilik üyeliği dışında bırakabilmektedir. Bazı üye devletler işverenleri bu kişilerin ödenmiş olan primlere ilişkin haklarının bir ya da iki yıl süreyle değerini korumak zorunda bırakırken, diğer bazıları ise birikmekte olan primlerden doğacak hakların zarara uğramaması açısından ve adaletli bir transfer değerine ilişkin hakkın önemi, nedeniyle çok daha uzun hak ediş süreleri talep etmektedir.

Öte yandan, yasal sosyal güvenlik hali hazırda 883/04 sayılı Tüzük tarafından etkili bir şekilde koordine edilirken, mesleki ve özel emeklilik aylıkları için aynısı geçerli değildir. Yasal sosyal güvenlik mevzuatları çok basit ve temel bir şekilde koordine edilirken (aşağıya bkz), diğerleri hiç bir şekilde koordine edilmemektedir.

2003/41 sayılı AB Direktifi (IORPS Direktifi), kurumların mesleki emeklilik edinimi için faaliyetler gerçekleştirmesi ve takibini yapması için kurallar belirlemektedir. 2003/41/EC sayılı Direktif, uygun bir vergi koordinasyonu derecesiyle tamamlanan mesleki emeklilik programlarının sınır ötesi yönetimine imkân tanıyan kurallar ihtiva etmektedir (bkz. <http://europa.eu/scadplus>). Mesleki Emeklilik Direktifi, programların, üyesi olan kişinin bulunduğu üye devletin sosyal ve çalışma kanununu gözlemlemesini gerektirmektedir.

Topluluk içi dolaşımda çalışanlar ve serbest çalışanlar için ek emeklilik sağlamaya ilişkin 98/49/AT sayılı Konsey Yönergesi, ek emeklilik programları üyeleri için bazı haklar ve yükümlülükler getirmekte ve ek emekliliğe ilişkin serbest dolaşımın önündeki engellerin kaldırılması yönünde atılacak ilk adımı belirlemektedir.

Temel hükümler şöyledir:

- Başka bir üye devlete taşındığı için bir programdan çıkmak zorunda olan kişiler, kazanılmış hakları uyarınca, programdan çıkan ama o üye devlette yaşamaya devam eden kişilerin gördüğünden daha farklı bir muamele görmemelidirler.
- Üye devletler, yardım ve sermayelerin serbest dolaşımına ilişkin bütün kısıtlamaların AT Antlaşması'nın 56. Maddesi gereğinde yasaklandığı göz önünde bulundurularak, ek emeklilik programları kapsamındaki yardımların üyelere, eski üyelere ve bütün üye devletlerde bu tür programlara ilişkin kazandıkları hakları hala elinde bulduran diğer kişilere ödenmesini sağlamak için gerekli önlemleri almalıdır (<http://ec.europa.eu/social>).

- Minimum age of entry
- Waiting periods
- Vesting periods
- Preservation/up-rating and lack of mandatory or discretionary indexation on accrued benefits
- Incoming transfers/transfer values
- Provision of information
- Transferability between public and private sector schemes.

Waiting and vesting periods can exclude mobile workers from membership of occupational schemes - some Member States oblige employers to preserve the value of accrued rights for people who have belonged to the scheme for one or two years, while others require very much longer vesting periods, while the right to a fair transfer value is important to avoid the erosion of rights that are in the course of being built up.

However, while statutory social security schemes are already effectively coordinated by Regulation 883/04 this is not the case with occupational and private pensions, the former being coordinated in a very basic and elementary way (see below) and the latter not at all.

The EU Directive on Institutions for Occupational Retirement Provision 2003/41 (IORPS) lays down rules for the taking-up and pursuit of activities carried out by institutions for occupational retirement provision. Directive 2003/41/EC includes rules permitting cross-border management of occupational pension schemes, supplemented by an appropriate degree of tax coordination (see <http://europa.eu/scadplus>). The Occupational Pensions Directive requires schemes to observe the social and labour law relevant to the Member State in which the member is based.

"Directive 98/49/EC on safeguarding the supplementary pension rights of employed and self-employed persons moving within the Community" sets out certain rights and obligations for members of supplementary pension schemes and constitutes what could be seen as a first step on removing obstacles to free movement relating to supplementary pensions.

The principal provisions are:

- A person who leaves a scheme because she or he moves to another Member State must not be treated differently to a person who leaves the scheme but remains in the Member State, as far as his/her vested rights are concerned.
- Member States should take the necessary measures to ensure that benefits under supplementary pension schemes are paid to members and former members as well as others holding entitlement under such schemes in all Member States, given that all restrictions on the free movement of payments and capital are prohibited under Article 56 EC of the Treaty (<http://ec.europa.eu/social>).

Ancak, söz konusu Direktif, ek maaşların taşınabilirliğini kapsamamaktadır. Örneğin, dolaşım durumunda, yeni bir programa emeklilik maaşı transfer etme ve emeklilik hakkını elinde bulundurma hakkı Direktif kapsamında mümkün değildir.

Komisyon, ek maaşların taşınabilirliğini azaltılmasının işçilerin serbest dolaşımı üzerinde olumsuz etkileri olduğunu gözlemlemiştir. Avrupa'daki sosyal taraflara danışmış ve bu alanda Avrupa çapında toplu bir sözleşme yapılmasını önermiştir. Ancak, sosyal taraflar görüşmelere başlama konusunda değişen görüşler taşımıştır. Bunun sonucunda, Komisyon, 20 Ekim 2005 tarihinde "Tamamlayıcı Emeklilik Haklarının Taşınabilirliğinin Geliştirilmesine İlişkin Direktif (COM(2005) 507 Final Sosyal Gündem)" için öneri sunmuştur.

Konsey ve AB Parlamentosu'nun ortak kararına tabi olan 'Tamamlayıcı Emeklilik Haklarının Taşınabilirliğinin Geliştirilmesine İlişkin Direktif (2005)' şunları öngörmektedir:

- Tamamlayıcı emeklilik haklarının edinilmesi ve dondurulmuş hakların korunması için asgari standartlar;
- Aktarılabirlik;
- İşçilerin bilinçli seçimler yapmak için ihtiyaç duyduğu bilgiye erişimi.

Yasama organının karşısına çıkan zorluk, ek emekliliğin özelliklerinin Avrupa çapındaki bir koordinasyona henüz hazır olmayışıdır: İşletme içi emeklilik sistemleri zorunlu değildir ve "özel" olarak düzenlenmişlerdir. Bunlar, geleneksel olarak çalışanın sadakatini teşvik etmekte, alınacak maaşla ilintili olarak tanımlanmış primlerle işlemekte, sistemler arasında küçük de olsa dayanışmayı sağlamakta ve kadınlara karşı ayrımcılık yapılmasını engellemektedir. Yardımlarla Maaşların Taşınabilirlik Direktifi görüşmelerinden de anlaşılacağı üzere, bu alanda yasal bir çerçeve belirlemek güçtür. Tüzüğün fazla külfet getirmesi halinde işverenlerin çekilme hakkı bulunmaktadır.



However, the Directive does not cover portability of supplementary pensions, i.e. the possibility of acquiring pension rights and retaining pension entitlements by transferring them to a new scheme in the event of mobility.

The Commission has recognised the negative implications that reduced portability of supplementary pensions can have on the free movement of workers. It has consulted the European social partners and suggested that they negotiate a European collective agreement in this field. However, the social partners have diverging opinions on the need to start negotiations. As a consequence, the Commission adopted on 20 October 2005 a proposal for a "Directive on improving the portability of supplementary pension rights" (COM(2005)507 final).

The Portability of Supplementary Pensions Directive 2005, which is subject to co-decision with the Council and European Parliament proposes:

- Minimum standards for the acquisition of supplementary pension rights preservation of dormant rights;
- Transferability; and
- Access to the information workers need to make informed choices.

The difficulty facing the legislator is that the characteristics of supplementary pensions do not readily lend themselves to pan-European coordination: Occupational pensions are not compulsory; are provided "privately", traditionally to encourage employee loyalty; defined contribution, with benefits closely linked to contributions generating little solidarity within the schemes and discriminating against women. As the negotiations over the portability directive demonstrate, it is difficult to put a legal framework in place in this area. Employers have the option of exit if regulation appears to them to be too onerous.

## **Bölüm 5.**

### **Avrupa Sosyal Güvenlik Hukukunda Uygulanabilir Mevzuat**

#### **I. İhtilaf Kuralları ve Temel İlkeler**

Uygulanabilir mevzuatın belirlenmesi, göçmen işçilerin sosyal güvenliği konusunda karşılaşılan en temel ve en zor ilkelerden biridir.

AB hukuku sadece sosyal güvenlik sistemlerinin koordinasyonunu kabul ettiği için, kişilerin sigortalanma koşulları ve ölçütlerini belirlemek üye devletlerin ulusal egemenliklerine aittir. Ölçütlere örnek olarak, çalışma yeri, ikamet yeri, hatta uyruk gösterilebilir. Ulusal yasa yapıcılar, bir kişinin sigortalanma ölçütlerini belirleme yetkisine sahip olduğu için, sınır ötesi durumlarda kanunların ihtilafı oluşabilir. Göçmen bir kişi aynı zamanda birden fazla hukuki sistemin kapsamına girdiğinde pozitif kanunlar ihtilafı, kişi hiçbir hukuki sistemin kapsamına girmediğinde ise negatif kanunlar ihtilafı söz konusu olur.

Bu durumu uygun bir örnekle açıklayalım. A üye devletinde, kişi o ülkede çalışıyorsa sigortalanabilmektedir. Kişinin yine aynı ülkede yaşayıp yaşamamasının hiçbir etkisi yoktur. Öte yandan, B üye devletinde, kişi o ülkede ikamet ettiği takdirde o ülkenin mevzuatına tabi olmakta ve kişinin yine aynı ülkede çalışıp çalışmamasının hiçbir etkisi olmamaktadır. Bir göçmen işçinin A üye devletinde çalışması ancak B üye devletinde yaşaması halinde, söz konusu kişi her iki üye devletin mevzuatına göre iki ülkede de sigortalı olacaktır. Bu durumda pozitif kanunlar ihtilafı yaşanmaktadır. Öte yandan, kişinin A üye devletinde yaşaması, ancak B üye devletinde çalışması halinde, durum daha farklı olacaktır. Çalışma hali A üye devletinde bağlayıcı bir faktör olduğu ve söz konusu kişi orada çalışmadığı için, o ülkenin mevzuatına göre sigortalı olmayacaktır. B üye devletinde yaşamadığı için bu ülkede de sigortalı olmayacaktır. Burada karşılaşılan durum ise, negatif kanunlar ihtilafıdır.

Kişi her iki ülkede de prim ödemesi yapmak zorunda olacağı için pozitif kanunlar ihtilafının ağır prim yüküne sebebiyet verdiği durumlarda, kişi hiçbir sistemde sigortalı olmadığı için negatif ihtilaf genellikle tamamen koruma eksikliğine neden olacaktır. İşte bu sebeple, uluslararası antlaşmalarda, göçmen işçilerin hangi mevzuata tabi olacağını belirleyen ihtilaf kuralları konur. Ortak bir noktada anlaşılacak hangi mevzuatın uygulanabilir olduğuna karar verilir. Ancak pozitif ve negatif kanunlar ihtilafından kaçınmak istendiğinde bu da yeterli değildir. Dolayısıyla, söz konusu ihtilaf kurallarının bağlayıcı ve münhasır bir yapıya sahip olması gerekir.

Kuralların münhasır olması, bir diğer sistem saf dışı bırakılarak uygulanabilir sistemin belirlenmesini gerektirir. Hangi mevzuatın uygulanabilir olduğuna uluslar arası antlaşma karar verir ve bir kişinin başka bir ülkenin ulusal ölçütlerine göre hala o ülkenin mevzuatına tabi olması uluslararası antlaşma kapsamında yapılan seçimi etkisiz hale getiremez.

## **Chapter 5.**

### **The applicable legislation in European social security law**

#### **I. The rules of conflict and basic principles**

The determination of the applicable legislation is one of the most fundamental, but also one of the most difficult principles of social security for migrant workers.

As European law only postulates the coordination of social security systems, it further belongs to the national sovereignty of any Member State to determine the conditions and criteria under which persons may be insured. Many criteria could be used as eg the place of work, the place of residence, even nationality, etc. Exactly as each national legislator is competent to determine its own criteria under which a person is insured, situations could arise where conflicts of law would appear in case of a cross-border situation. We speak of a positive conflict of law if a migrant person would fall simultaneously under the legal systems of more than one state and of a negative conflict of law if one would fall under no legal system at all.

Let us take the following example. In a Member State A, someone is insured if he/she is working in the country. It does not matter whether that person also lives in the country. On the other hand, we have a Member State B, where somebody is subject to the legislation as long as the person is residing in the country. It does not matter if the person is also working there. In case a migrant worker would work in Member State A, but live in Member State B, he would be insured in both A and B, according to the national criteria of both Member States. In this situation, we are confronted with a positive conflict of law. The situation would be different in case a person would live in Member State A, but work in Member State B. As working is a connecting factor in Member State A and the person concerned does not work there, he will not be insured under that state. Neither will he be insured in Member State B, as he is not living there. Here we are confronted with the situation of a negative conflict of law.

Where a positive conflict of law would lead to a heavy burden of contributions, as the persons concerned would be obliged to pay contributions under both social security systems, negative conflicts will usually lead to a total lack of protection, since one is not insured under any system at all. It is exactly for that reason that in international conventions, rules of conflict have been adopted which determine under which legislation a migrant person will be subject. With the aid of a uniform connecting point, it is established which legislation is applicable. However, this is not sufficient if one wants to avoid positive and negative conflicts of law. Therefore, these conflict rules need to have strong and exclusive characters.

The exclusive effect of a conflict rule implies that the applicable system is determined to the exclusion of any other system. The international convention will determine which legislation is applicable and the fact that someone might still be subject, according to the national criteria of another country, to the legislation of that country, may not counteract the choice made within the international convention.

Kişi bir ülkenin kendi hukuki sistemine ait olan ulusal mevzuatta belirtilen bölgesel ölçütlere tabi olmadığında ve uluslararası antlaşmanın kabul ettiği ölçütlere göre söz konusu sistem uygulanabilir olduğunda, antlaşmanın son hükmü ulusal sınır normunu saf dışı bırakır. Bağlayıcı etkiden kastedilen budur.

Şimdi de başka bir örneği ele alalım. B üye devletinde, kişi orada yaşadığı sürece oranın mevzuatına tabidir. Uluslararası antlaşmaya göre kişi yaşadığı yere bakılmaksızın çalıştığı ülkenin mevzuatına tabi olursa, B ülkesinde çalışan ama başka bir devlette yaşayan bir kişi B ülkesinin mevzuatına tabi olacaktır. Ulusal yasama organının kişinin o ülkede yaşamasını gerektirmesi halinde ise, antlaşmanın bu ihtilaf kuralının önüne geçemeyebilir. Kişinin sigortası devam eder. Aksi takdirde, devletler, oybirliği ölçütüne dayanarak uluslararası hukuk ilkelerine karşı çıkabilir.

Yine bir örnekle açıklamaya çalışalım. Antlaşmaya göre, kişi çalıştığı ülkenin mevzuatına tabidir. Söz konusu kişi ikamet yerini bağlayıcı kabul eden başka bir ülkede yaşadığında ve ulusal yasama organı ulusal ölçütlerini uygulama ve bu kişiyi sigortalama konumunda olduğunda, ihtilaf kuralına uygulanan hiçbir münhasır etki bulunmazsa her iki mevzuat da uygulanabilecektir.

Güçlü ve münhasır yapının bir sonucu olarak, kişi sadece bir tek mevzuata tabi olacaktır. 883/2004 sayılı yeni Tüzüğün 11. Maddesinde, bu Tüzüğün uygulandığı kişilerin sadece bir tek üye devletin mevzuatına tabi olduğu açık bir şekilde belirtilmiştir. Adalet Divanı'nın bazı davalarda da belirttiği gibi, "Tüzüğün uygulanabilir mevzuata ilişkin hükümlerinin amacı, birden fazla ulusal mevzuatın uygulanabilir olmasını engellemek ve bu durumdan doğabilecek karışıklıkların önüne geçmek üzere, ilgili kişilerin sadece tek bir üye devletin sosyal güvenlik sistemine tabi olmalarını sağlamaktır." (bkz. C-60/85 sayılı *Luijten* Davası; C-202/97 sayılı *Fitzwilliam* Davası).

Ancak ayrıntılara değinmeden önce belirtmek gerekir ki Adalet Divanı'nın yeni içtihat hukuku bu temel başlangıç ilkesini sorgulamıştır. Ünlü *Bosmann*-davasında (C-352/06) böyle bir durum yaşanmıştır. Bayan Bosmann Hollanda'da çalışmakta ancak Almanya'da yaşamaktadır. Çalıştığı ülke olduğu için yetkili konumda olan Hollanda'da, Hollanda sosyal güvenlik sistemi çocukların yaşı sebebiyle çocuk yardımı vermediği için hiçbir aile ödeneği almaya hakkı bulunmamaktadır. Divan, Tüzüğün uygulanabilir mevzuata ilişkin hükümlerinin, çalıştığı ülkenin sosyal güvenlik yönetmeliklerinin uygulandığı bir göçmen işçinin, ikamet ettiği ülkenin ulusal yönetmeliklerinin sağladığı aile yardımlarını diğer ülkede almasına engel olamayacağına karar vermiştir. Bu sebeple, Almanya'nın kendi sınırları dâhilinde ikamet eden bu kişilere çocuk yardımı yapmaması söz konusu olmamıştır. Bu yargının kesin kapsamı hala tartışılmaktadır.

The strong effect implies that, if on the grounds of territorial criteria laid down in the national legislation of a country's own legal system, one would not be subject, while on the ground of the criteria adopted by the international convention, the system concerned is applicable, this last provision in the convention will rule out the national border norm.

Imagine eg the following situation. In a Member State B, someone is subject to its legislation as long as one lives there. If, according to the international convention, someone would be subject to the legislation of the country where one is working, regardless the place where one lives, a person who works in B, but lives in another state, would be subject to the legislation of country B. The fact that the national legislator would however require that one is living in the country, may not interfere with this conflict rule of the convention. The person remains insured. Otherwise, national countries could counteract the principles of international law on the basis of unilateral criteria.

Or, imagine the following example. According to the convention, a person is subject to the country of employment. If the person concerned is now living in another state, which adopts the place of residence as a criterion for affiliation, and the national legislator would still be in a position to apply its national criteria and to insure this person, two legislations would still apply if no exclusive effect would be accorded to the conflict rule.

The result of the strong and exclusive character is that one will only be subject to one and only one legislation. In the new Regulation 883/2004, it is now expressly stipulated in its Art. 11 that the person to whom this Regulation applies, is subject to the legislation of a *single* Member State only. As the Court of Justice has clarified in some of its cases, "the aim of the provisions on applicable legislation of the Regulations is exactly to ensure that the persons concerned shall be subject to the social security scheme of only one Member State, in order to prevent more than one national legislative system from being applicable and to avoid the complications which may result from that situation."(Case C-60/85, *Luijten*; Case C-202/97, *Fitzwilliam*)

Without going further into detail, recent case law of the Court of Justice, however, seemed to have questioned this basic starting principle to one or another extent. This was the case in the famous *Bosmann*-case (C-352/06). Mrs Bosmann was working in the Netherlands, but lived in Germany. In the Netherlands – the competent Member State, as it was the country in which she was working – she was, however, not entitled to receive any family allowances, since the Dutch social security legislation did not grant child benefits due to the age of the children. The Court specified that the rules on applicable legislation of the Regulation did not prevent a migrant worker to whom the social security regulations of the working country applied from receiving family allowances under the national regulations of the country of residence in the latter country. Germany could therefore not be denied to grant child benefits to those persons residing on its territory. The precise scope of this judgment, however, remains controversial.

Davada Divan bir kişinin sadece tek bir mevzuata tabi olabileceğine ilişkin kuralı resmen sorgulamamış, hatta teyit etmiş olmasına rağmen, Divan'a göre Tüzük kişilerin ulusal yasalara göre hak kazandıkları yardımları kaybettikleri durumlara sebebiyet veremeyeceği için, bir başka üye devletin kendi mevzuatına dayanarak kişilere yardım sağlamasına müsaade etmektedir. *Bossmann* davasına bakıldığında, bir kişinin sadece tek bir mevzuata tabi olabileceği kuralının, eş zamanlı olarak iki veya daha fazla ülkenin mevzuatının sağladığı yardımları alma ihtimalini ortadan kaldırmadığı görülmektedir.

Tek bir üye devletin mevzuatının uygulanabilir olmasının açık bir şekilde teyit edilmesiyle birlikte, yeni Tüzük eski 1408/71 sayılı Tüzükte yer verilen ve kişilerin bazı özel durumlarda birden fazla üye devletin mevzuatına tabi olabilmesine imkân tanıyan çok özel bir istisnadan kurtulmuştur (kişilerin bir ülkede kendi hesabına, bir diğer ülkede de hizmet akdiyle çalıştığı bazı ülkelerde bu duruma rastlanmıştır. Bu durumdan Tüzüğün eklerinden birinde bahsedilmektedir). Önemli idari karışıklıklara sebep olan bu kural 883/2004 sayılı Tüzükle ortadan kaldırılmıştır.

Hizmet akdiyle çalışan bir kişinin ve işverenin hangi sosyal güvenlik yükümlülüklerini yerine getirmesi gerektiğine belirlenen bir mevzuat karar verir. Bütün primler o mevzuatın ait olduğu ülkede ödenmek zorundadır.

Uygulanabilir tek mevzuat ilkesinin haricinde, hali hazırdaki Tüzüklerin ihtilaf kuralları da bir takım kendine has özellikler sergilemektedir. Her şeyden önce, bu kurallar nesneldir. Göçmen işçilerin ikilemde kalmaması ya da korunma sağlamak için iki kez ödeme yapmamasını sağlayan ihtilaf kurallarının temel hedefi, göçmen işçilerin en yüksek miktardaki yardımlara hak kazanmasını sağlamak değildir. Aslında burada önemli olan, en yüksek miktardaki yardımlara hak kazanma ya da en düşük miktardaki primlerin ödenmesinden ziyade, idari karışıklıklardan kaçınılmasıdır. Hizmet akdiyle çalışan kişilere nihai mevzuatın uygulanmasının sağladığı yardım ve hak ya da yükümlülüklerin somut miktarı aslında önemli değildir. Bu sebeple, başka bir mevzuatın uygulanması halinde hizmet akdiyle ya da kendi hesabına çalışan kişilerin daha yüksek miktarda sosyal güvenlik yardımı almaları gerekirdi. Dolayısıyla, uluslararası özel hukuk ve çalışma hukuku kapsamında olduğunun aksine, Tüzükler kapsamındaki ihtilaf kuralları fark gözetmez.

Buna ek olarak, ihtilaf kurallarının uygulanması zorunludur. Tüzük hükümlerinin uygulanması tamamen göçmen işçilerin objektif durum ve koşullarına bağlıdır. Bu sebeple taraflar hangi sosyal güvenlik mevzuatının uygulanacağı konusunda serbest bir şekilde seçim yapma ya da karar verme hakkına sahip değildirler. Ancak bir karar Tüzükte açık bir şekilde öngörüldüğünde (bkz. C-345/09 sayılı *Van Delft* Davası) ve hali hazırdaki düzenleyici çerçeveye göre çok özel bir durum için seçenek hakkı kullanılabilir. (Örneğin, Avrupa topluluklarındaki geçici/yardımcı personel için, 883/2004 sayılı Tüzüğün 15. Maddesi). Sosyal güvenlik aynı zamanda kamu düzeninin bir parçasıdır. Hizmet akdiyle çalışan kişi yani daha güçsüz olan taraf, tercihini muhtemelen daha düşük miktarda prim ödenen ülkeden yana kullanacak olan işvereninden gelen baskıya karşı koyacak durumda olmayacağı için, bu serbest seçimin saf dışı bırakılması söz konusudur.

And although the Court in this case did not formally question the rule that people can only be subject to the legislation of one single country – it even confirms it – it allows another Member State to provide benefits to persons on the basis of its own legislation as, according to the Court, the Regulation may not result in the situation where people would lose allowances which they were entitled to under its national law. Following *Bosmann*, the fact that one is only subject to one legislation does not exclude the possibility of receiving benefits of two or more legislations at the same time.

With this explicit confirmation that only the legislation of one single Member State applies, the new Regulation gets rid of a very special exception which was provided for in the former Regulation 1408/71 and according to which a person might in some special circumstances still be subject to the legislation of more than one Member State (this was the case for certain countries, mentioned in an annex to the Regulation, where the person was working as a self-employed person in one country and as an employee in another country). This rule which led to huge administrative complications is now abolished under Regulation 883/2004.

The appointed legislation determines to which social security obligations an employee, but an employer as well, is subject to. All contributions must be paid in that state.

Apart from the principle of single applicable legislation, the actual conflict rules of the Regulations also show some further characteristics. First of all, they are neutral. The fundamental objective of the conflict rules according to which migrant workers neither fall between two stools, nor have to pay twice for protection, does not mean that a migrant worker has a right to the highest benefits. What is important, is indeed that administrative complications are avoided, rather than that the highest benefits or perhaps the lowest contributions should be paid. The concrete amount of benefits, rights or obligations the application of an possible legislation would bring for the employee, is indeed of no relevance. It might therefore be perfectly possible that an employed or self-employed person would obtain higher social security benefits in case another legislation were applied. So, the conflict rules under the Regulations do not know the principle of favouritism, as it is known under the rules of international private law and labour law.

In addition, the conflict rules are compulsory. The application of the provisions of the Regulations completely depends on the objective conditions and circumstances of the migrant worker and parties therefore do not have the option to freely decide and choose which social security legislation would apply. It is only when a choice has explicitly been foreseen in the Regulation that an option could be used (Case C-345/09, *Van Delft*, the actual regulatory framework knows one right of option in a very particular situation, ie for the auxiliary staff of the European communities – Art. 15 of Regulation 883/2004). Social security is also of public order. This free choice is also considered to be excluded as it is believed that the employee, the weaker party, would not be in a position to resist the pressure from the employer, who would presumably have a preference for the country with the lowest contributions.

## II. Tüzüklerde Yer Alan İhtilaf Kuralları

### A. Mevcut kurallar öncesinde durum

883/2004 ve 987/2009 sayılı Tüzüklerde bir dizi ihtilaf kuralına yer verilmektedir. 1408/71 sayılı Tüzüğün hükümleriyle karşılaştırıldığında ve bir basitleştirme ve rasyonalizasyon sürecinin sonucunda, birbirinden farklı hükümlerin sayısı azaltılmıştır. Günümüzde öncesine nazaran daha benzer kurallar ve daha az istisnai veya özel duruma rastlanmaktadır.

İhtilaf kurallarını anlamak için, farklı kaynaklara başvurmak gerekir. Öncelikle, 883/2004 sayılı temel Tüzükle birlikte Uygulama Tüzüğü olan 987/2009 sayılı Tüzüğün okunması gerekir. Uygulama Tüzüğü ihtilaf kuralları konusunda uygulanan farklı koşulları büyük ölçüde belirginleştirmekte ve açıklamaktadır. 1408/71 sayılı Tüzük kapsamındaki ihtilaf kurallarına Avrupa Adalet Divanı tarafından getirilen farklı açıklamalara yer verilmekte, böylelikle de hukuki anlamda belirginlik artırılmaktadır.

Ancak aynı zamanda İdari Komisyon'un kararlarının (özellikle de A1 ve A2 Kararları) yanı sıra, işçilere uygulanan mevzuat konusunda Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Koordinasyonu İdari Komisyonu'nun kabul ettiği Uygulama Kılavuzu'nun de dikkate alınması gerekmektedir. Tamamen gözden geçirilmiş bu yeni Uygulama Kılavuzu, bir yandan görevlendirme, bir yandan da iki ya da daha fazla ülkede eş zamanlı istihdam kurallarına ilişkin koşullar hakkında daha fazla açıklama içermektedir. Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Koordinasyonu İdari Komisyonu Tüzüklerin hükümlerinin yorumlanması görevini yerine getirirken sadece karar almamış, aynı zamanda hükümlere ilişkin net olmayan noktalara açıklık getirilmesine ve yorum sorunlarına bir çözüm bulunmasına imkân tanıyarak, Tüzüklerin uygulanması sürecine dâhil olan bütün idareleri desteklemeyi hedefleyen söz konusu Uygulama Kılavuzu'nu de geliştirmiştir. Adalet Divanı hali hazırda İdari Komisyon'un kararlarının hukuken hiçbir gücü olmadığına, dolayısıyla ulusal yönetimler açısından bağlayıcı olamayacağına karar vermesine rağmen (Dava 98/80, *Romano*) (söz konusu İdari Komisyon'un oluşturduğu uygulama kılavuzu konusunda daha geçerli bir karar), yönetmeliklerin günlük tüzük uygulamalarında EI Kılavuzunda bahsedilen bu koşullara özellikle dikkat etmeleri gerekecektir. Bu sebeple, işverenler için olduğu kadar hizmet akdiyle çalışanlar için de EI Kılavuzu önemli bir yönlendirme aracıdır.

Yeni düzenleyici çerçevenin modernizasyon ve rasyonalizasyonuna rağmen, temel haklar ve aynı zamanda 883/2004 sayılı Tüzükle birlikte belirlenen ihtilaf kurallarının çoğu bazı istisnalar haricinde, eski düzenleyici çerçeve kapsamında 50 senedir aşına olduğumuz kurallardan büyük ölçüde farklılık göstermemektedir. Geçmişte göçmen işçiler bütün aileleriyle birlikte çalışmak üzere yeni bir ülkeye gidip söz konusu ülkede tam anlamıyla entegre olma niyeti taşıırken, bugün farklı yerlere daha kısa dönemler için ve genellikle de mümkün olduğu takdirde kendi ülkelerinin sosyal güvenlik sistemine bağlı kalma fikriyle gitmektedirler. Bugün, geçici iş bulma kurumları, çokuluslu şirketler bünyesinde kısa süreli görevlendirmeler, büyüyen hizmet sektörü, entegre iş piyasası fikri ve tele-çalışma gibi yeni kısa süreli dolaşım türleri ve artan sayıda esneklik çeşidine rastlanmaktadır. Bu kuralların uygunluğu konusunda tartışmaya girmeksizin aynı kural ve ilkelerin büyük ölçüde uygulandığını görüyoruz.



## II. The set of conflict rules in the Regulations

### A. Up to the actual conflict rules

The Regulations 883/2004 and 987/2009 provide for a set of conflict rules. Compared to the provisions under Regulation 1408/71 and as a result of a simplification and rationalisation process, the number of different provisions has been reduced. We can find out more similar rules and less specific situations than before.

To understand the conflict rules, it is required to consult different sources. Firstly, one must read the basic Regulation 883/2004 and its Implementing Regulation 987/2009 together. The Implementing Regulation specifies and clarifies to a big extent the different conditions that apply with respect to the conflict rules. Here it inserts different clarifications that have been given by the European Court of Justice to the conflict rules under Regulation 1408/71, which leads to further legal certainty.

However, one should further also take into account the decisions of the Administrative Commission (in particular Decision A1 and A2), as well as the Practical Guide adopted by the Administrative Commission for the Coordination of Social Security Systems with respect to the legislation that applies to workers. This completely newly revised Practical Guide contains further explanation on the conditions with respect to, on the one hand, posting and on the other hand, the rules on simultaneous employment in two or more states. In its task to interpret the provisions of the Regulations, the Administrative Commission for the Coordination of Social Security Systems indeed not only adopts decisions, but has also developed this Practical Guide, which aims at supporting all administrations involved in the application of the Regulations, allowing to solve problems of interpretation and unclarities with respect to these provisions. Although the Court of Justice has already determined that decisions of the Administrative Commission have no force of law and can therefore not bind the national administrations (Case 98/80, *Romano*) - a conclusion which is even more valid with respect to a practical guide developed within this Administrative Commission - it may be expected that administrations, in their daily application of the provisions of the Regulation, will pay particular attention to these conditions as developed in the Practical Guide. For employees, as for employers, the Practical Guide is therefore an important guiding tool.

Notwithstanding the rationalisation and modernisation of the new regulatory framework, the basic principles and also most of the conflict rules adopted under Regulation 883/2004, do not, with some exceptions, differ to a big extent from those we have known for 50 years under the previous regulatory framework. Where in the past the migrant worker moved to his new working country with his entire family, with the intention to become fully integrated in the country concerned, migrant workers today are more likely to go to different destinations for shorter periods, usually with the idea of remaining subject, if possible, to the social security system of their country of origin. Today, we see increasing forms of flexibility, new forms of short mobility, like the use of temporary working agencies, short postings within multinational companies, a growing service market and an idea of migration for an integrated business market, teleworking etc. Without launching here the debate on the appropriateness of these rules, we can only notice that the same rules and principles apply further to a big extent.

Hangi mevzuatın uygulanabilir olduğu konusunda iki veya daha fazla üye devletin kurumları arasında görüş ayrılıkları olduğunda, kişiler geçici olarak bu üye devletlerden birinin mevzuatına tabi olurlar ve aşağıdaki öncelik sırası takip edilir:

- İlk sırada, eğer kendi hesabına ya da hizmet akdiyle sadece bir üye devlette çalışılmışsa, kişinin hali hazırda çalıştığı üye devletin mevzuatı;
- İkinci sırada, söz konusu kişinin faaliyetlerinin bir kısmını gerçekleştirdiği ya da kişinin kendi hesabına ya da hizmet akdiyle çalışmadığı yer olan üye devlet mevzuatı;
- Üçüncü sırada, kişinin iki veya daha fazla üye devlette belli bir faaliyet ya da faaliyetler gerçekleştirmesi durumunda, uygulanması ilk önce talep edilen üye devlet mevzuatı.

İlgili kurumlar arasında Antlaşmaya varılamaması halinde, konuyu İdari Komisyon'a taşımadan önce bir diyalog ve uzlaşma süreci izlenmesi gerekir. Ancak bu süreç, ulusal hukuka göre adli ya da idari bir temyiz prosedürüne konu olduğu andan itibaren askıya alınmalıdır. Diyalog sürecinin ilk aşamasında, uygulanabilir mevzuatın belirlenmesi konusunda şüpheleri olan kurum diğer kurumla irtibata geçer ve konuya açıklık getirilmesini ister. Kurum, azami 6 aylık bir süre içerisinde (3 ayda iki defa) teftişini sonuçlandırmaya çalışmalıdır. Eğer iki kurum da Antlaşmaya varamaz ya da taraflardan biri ilk altı aylık sürede teftişi tamamlayamazsa, her iki taraf da diyalog sürecinin ikinci aşaması için merkezi bir irtibat kişisi tayin eder. Bu kişi altı hafta içerisinde bir Antlaşmaya varılmasını sağlar. Eğer bu aşamada da Antlaşmaya varılamazsa, mesele İdari Komisyon'a götürülebilir. İdari Komisyon bünyesinde, bu konularla ilgilenmek üzere bir uzlaşma kurulu oluşturulmuştur. Uzlaşma kurulu altı ay içerisinde her iki kurumun bakış açılarını uzlaştırmaya çalışır.

İhtilaf kurallarına geçmeden önce, son bir noktaya daha değinilmesi gerekmektedir. İhtilaf kuralları kişinin hizmet akdiyle ya da kendi hesabına çalışmasına göre değişiklik gösterdiği için, hangi üye devletin kişinin hizmet akdiyle ya da kendi hesabına çalıştığına karar vereceğinin belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. Karar verildikten sonra ihtilaf kuralı da belirlenebilmektedir. Belli bir faaliyetin üye devletlerde farklı nitelik ve statüleri olmasına da oldukça sık rastlanmaktadır. Örneğin, bazı üye devletlerin ulusal yasalarına göre şirket yöneticileri kendi hesabına çalışan kişiler olarak görülürken, bazı ülkelerin mevzuatlarına göre bu kişiler hizmet akdiyle çalışıyor olarak kabul edilebilmektedir. Bu, oluşturulması beklenen bir ihtilaf kuralının belirleyeceği mevzuat temeline dayanılarak cevaplanamayacak bir ön sorudur.

Where there is a divergence of views between the institutions of two or more Member States concerning which legislation is applicable, the person will be made provisionally subject to the legislation of one of those Member States and this according to the following priority:

- the legislation of the Member State where the person actually pursues his employment or self-employment, if the employment or self-employment is pursued in only one Member State;
- secondly, the legislation of the Member State of residence, where the person concerned performs part of his activities or where the person is not employed or self-employed;
- thirdly, the legislation of the Member State, the application of which was first requested, where the person pursues an activity or activities in two or more Member States.

In case no agreement can be reached between the institutions concerned, a dialogue and conciliation procedure must be followed, before sending the matter to the Administrative Commission. This procedure must however be suspended from the moment the matter has become subject of a judicial or administrative appeal procedure, under national law. In a first stage of the dialogue procedure, the institution which has doubts on the determination of the applicable legislation, will contact the other institution and ask for clarification. Within a maximum period of six months (two times three months), this institution should try to conclude its investigation. If both institutions cannot reach an agreement or one was not in a position to complete the investigation within the first six months, each will appoint a central contact person during the second stage of the dialogue procedure. This contact person shall try to reach an agreement within six weeks. If no agreement can be reached, the matter can now be brought before the Administrative Commission. Within the Administrative Commission, a conciliation board is established that will deal with these matters. Within six months, the conciliation board shall try to reconcile the points of view of both institutions.

Before looking at the conflict rules, a last preliminary remark has to be made. As the conflict rules differ depending on whether a person is an employee or a self-employed, it is of the utmost importance to find out which Member State will determine whether a person is an employee or self-employed. Depending on this outcome, the conflict rule will be determined. It indeed happens quite often that a particular activity has another qualification and a different status in several Member States. A well-known example is the managing director of a company that is considered as a self-employed person according to national law of some Member States, contrary to eg the legislation of other countries, where the person concerned is considered to be an employee. This is a preliminary question that cannot be answered on the basis of the legislation determined by a conflict rule still to be appointed.

Adalet Divanı hali hazırda “ücret karşılığında çalışma” ve “karşılığında ücret alınmayan bir işte çalışma” ifadelerinin 1408/71 sayılı Tüzüğün 1. Maddesi ile uyumlu olarak yorumlanması gerektiğine karar vermiştir (C-221/95 sayılı *Hervein* Davası). Kişinin bu maddedeki anlamıyla hizmet akdiyle ya da kendi hesabına çalıştığına karar verilirken, kişinin tabi olduğu ulusal sosyal güvenlik sistemi temeline dayanılarak hareket edilir ve sadece bu sistemdeki tanımlar dikkate alınır. Dolayısıyla, kişinin hizmet akdiyle mi yoksa kendi hesabına mı çalıştığını belirlemek için, farklılık gösterebilen çalışma hukukuna değil, sosyal güvenlik mevzuatına bakılmalıdır. “Hizmet akdiyle çalışan kişi” ya da “kendi hesabına çalışan kişi” ifadelerinin, kişinin çalıştığı üye devletin sosyal güvenlik mevzuatı çerçevesinde belirlenmesi gerekir.

Görevlendirme söz konusu olduğunda, bu durum değişmektedir. Görevlendirme halinde, nitelendirme yetkisi kişinin tabi olduğu mevzuata aittir ve geçici çalışma faaliyetinin gerçekleştirildiği üye devlet mevzuatının, işin yapısının sınıflandırılmasında hiçbir etkisi olamaz. Görevlendirme, kişinin ev sahibi ülkede gerçekleştirdiği faaliyetlerin gönderici ülkede gerçekleşmiş gibi kabul edilmesini sağlayan sanal bir yapıya sahip olduğu için, sınır ötesi faaliyette bulunan kişinin görevlendirme kapsamında hizmet akdiyle çalışan mı yoksa kendi hesabına çalışan kategorisine mi dahil olduğunu belirlemek gönderici ülkeye kalır.

#### B. İhtilaf kuralları: Ortak çıkış noktası

883/2004 sayılı Tüzük önceliği çalışma yerine vermeye karar vermiş, faal kişiler için uygulanabilir mevzuatın belirlenme ölçütü olarak da “*lex loci laboris*” kavramını benimsemiştir. Bu ilke, ikamet yeri, işverenin iş merkezinin bulunduğu yer, hatta belki de söz konusu kişinin memleketi olan ülke gibi muhtemel seçenekler arasından seçilmiştir. Böyle bir seçim yapılmasının ardında birçok sebep yatmaktadır. Ayrıca, bu ilke, Avrupa Topluluğunun ortaya çıkışında koordine edilmek zorunda kalınmış olan başlıca sosyal güvenlik sistemlerine de uygundur. Daha da önemlisi, bu ilke, bir işverene bağlı olarak çalışan farklı kişiler arasında eşit muamele sağlamaktadır. Çalışan kişinin ikamet yerinin ölçüt olarak uygulanması, bir işvereni, işçilerin yaşadığı farklı devletler arasında değişiklik gösteren prim seviyelerine dayanarak işçisini seçmeye yöneltebilir. Çalışılan yerin ölçüt olması, bütün çalışanların aynı mevzuata tabi olmasını sağlamaktadır. Böyle bir seçim yapılmasıyla ilişkili olarak bir pratiklik unsuru da söz konusudur. (Örneğin, işi, göçmen kişinin mesleki yaşantısının çoğunluğunu geçirdiği üye devlette kurma kapasitesi.) Buna ek olarak, söz konusu ölçüt, sosyal güvenliğin işin ücretlendirilmesi için bir tamamlayıcı bir unsur olduğunu ve sosyal güvenlik ve çalışma hukukunun genellikle karşılıklı etkileşim halinde olduklarını yansıtmaktadır. Ayrıca, çalışma hukuku alanında uygulanabilir olan ihtilaf kuralıyla da örtüşmektedir. Böyle bir seçim yapılmasının sonucunda, işçiler arasındaki rekabet, işin gerçekleştirildiği piyasada uygulanabilir olan şartlara göre yaşanacaktır.

The Court of Justice has already determined (Case C-221/95, *Hervein*) that the terms "work in salaried employment" and "work other than in salaried employment" must be construed in accordance with the definitions of Art. 1 of Regulation 1408/71. A person will be considered to be an employee or self-employed within the meaning of this article on the basis of the national social security system, to which the person concerned is affiliated and only the definitions of that system must be taken into consideration. So, to find out if one is employed or self-employed, one has to look at the social security legislation and not to labour law, which might be different. The term "employee" or "self-employed" has to be determined on the basis of the social security legislation of each Member State where the work is performed.

This situation is different in case of posting. In case of posting, the qualification competence is for the legislation where the person remains subject to and the legislation of the Member State in which the temporary work is performed can have no bearing on the classification of the nature of the work. As posting introduces a fiction, according to which the activities one performs in the host state are considered to take place in the sending state, it remains up to this last state to check which category – employee or self-employed – the cross-border person belongs to for his posting.

#### B. The conflict rules: basic point of departure

Regulation 883/2004 has determined to give priority to the place of work, the so-called *lex loci laboris*, as the criterion for defining the applicable legislation for active persons. This principle was chosen instead of other possible options like the place of residence, the seat of the employer or perhaps even the country of nationality of the person concerned. Many reasons were behind this option. On the one hand, it is in line with the initial social security systems that had to be coordinated at the beginning of the European Community. Even more important on the other hand, is that it also guarantees an equal treatment between the different persons employed by an employer. Application of the place of residence of the worker could indeed encourage an employer to choose his employee on the basis of the level of contributions that might differ between the different states where the employees live. The place of work guarantees that all employees are subject to the same legislation. There is also an element of practicality linked to this choice, ie the capacity to locate the employment in a Member State where the migrant spends most of his or her professional career. It also further reflects the idea that social security is a compliment to wage work and that social security and labour law are often closely interrelated. It also coincides with the rule of conflict applicable in the area of labour law. The result of this choice is that competition, as regards workers, will take place according to the terms applicable to the market where the job is performed.

Ancak sadece bazı istihdam türlerinin yapısının, söz konusu çalışma yeri hukukunun geçerliliği kuralının katı bir şekilde uygulanmasını mümkün kılmadığı özel durumlarda, alternatif ihtilaf kuralları bulunmak zorundadır. Çalışma yeri kuralı, kişinin nerede çalıştığı ya da işverenin merkezini nerede bulunduğu bakılmaksızın, aktif kişilere uygulanabilmektedir. A üye devletinde çalışan ancak işverenin merkezini bulunduğu B üye devletinde yaşayan bir kişi, A üye devletin mevzuatına tabi olacaktır. Daha önce de açıkladığımız gibi, bütün primler işveren ve işçi tarafından bu üye devlette ödenmek zorundadır. Dolayısıyla, işverenin o ülkeyle olan tek bağı işçisinin kendisi için orada çalışması olsa ve söz konusu işverenin merkezi daha az prim ödeyeceği başka bir üye devlette kurulu olsa bile, hiçbir etkisi olmayacaktır (C-8/75 sayılı *Le Football-Club d'Andlau* Davası). İşverenin merkezini bir AB ülkesinde ya da üçüncü bir ülkede olmasının hiçbir etkisi olamaz. Ayrıca böyle bir durumda Tüzük uygulanır.

Aktif kişiler için çalışma yeri genel bağlayıcı kuralken, bazı gruplar için farklı bir kural geçerlidir.

Öncelikle, aktif olmayan kişiler ikamet ettikleri üye devletin mevzuatına tabi olurlar. İkinci olarak, devlet memurları için, istihdam edildikleri kurumun bulunduğu üye devlet mevzuatı belirleyicidir. Üçüncü olarak, denizciler için geminin hangi ülkenin bayrağını taşıdığı bağlayıcı olacaktır. Bir üye devletin bayrağını taşıyan bir gemide kendi hesabına ya da hizmet akdiyle gerçekleştirilen bir faaliyet, o ülkede gerçekleştirilmiş bir faaliyet olarak görülecektir. Bu ilkeyle ilgili tek bir istisna vardır. Bir üye devletin bayrağını taşıyan gemide çalışan ve ücreti, tescilli ofisi ya da iş yeri bir başka üye devlette bulunan bir işletme tarafından ödenen bir kişi, eğer diğer ülkede yaşıyorsa o ülkenin mevzuatına tabi olacaktır.

Yeni Tüzük, farklı ihtilaf kurallarının uygulandığı faal ve faal olmayan kişiler arasında temel bir ayırım yapmaktadır. Bu sebeple, kimlerin faal kişiler olarak kabul edildiğini bilmek önemlidir. Örneğin, bir kişi artık çalışmıyor ancak sosyal güvenlik yardımı alıyorsa ne olur? Bu kişi faal midir yoksa değil midir? Tüzüğe göre, faal olmayan kişilere uygulanan kurallar aynı zamanda malullük, yaşlılık ya da dul ve yetim aylığı alan kişilere, iş kazası ya da meslek hastalığı sebebiyle aylık alan ya da sınırsız bir süreyi kapsayan tedaviler için ayrılan nakdi hastalık yardımlarını alan kişilere de uygulanır. Sınırsız bir süreyi kapsayan bir tedavi için bir sosyal güvenlik ödeneği alan kişilerin sigortalılık süreleri sayılır ve bu kişiler faal olmayan kişiler olarak kabul edilir. İkamet adresini başka bir üye devlete transfer eden emekli bir kişi, yaşlılık aylığına başvurduğu sırada ya da daha ileriki bir aşamada, ikamet ettiği yerin mevzuatına tabi olacaktır. Ancak, kısa süre için hastalık yardımı ya da işsizlik yardımı alan kişiler gibi kısa süreli yardım alanlar faal olarak kabul edilecek ve bu sebeple de istihdam edildikleri ülkenin mevzuatına bağlı kalacaklardır. İkamet ettikleri ülkenin mevzuatına tabi olan diğer gruplar ise Tüzüğe (Mad.65) göre kendilerine uygulanan özel usule göre işsizlik yardımı alan işsiz sınır işçileri ve yukarıda bahsedilen genel kuralların hiçbirinin uygulanmadığı bütün kişilerdir.

It will only be in particular situations, when the nature of some types of employment renders the strict application of this rule of the law of the place of work impossible, that one has to look for alternative conflict rules. The rule of the place of work is applicable to active persons, regardless where the person is living or where the employer is based. A person who is working in a Member State A for an employer based in a Member State B, where he also lives, will be subject to the legislation of Member State A. As it has been mentioned, all contributions by employee as well as by employer, have to be paid in this state. It is therefore irrelevant if the employer has no other link to this state than the fact that this worker is working for him there, even if the employer is established in another Member State and pays less contributions there (Case C-8/75, *Le Football-Club d'Andlau*). It does not make any difference whether the employer is based in a Member State of the EU or a third State. Also in this last case, will the Regulation apply.

While the place of work is the general rule of attachment for active persons, for certain other groups of persons, another rule is provided for.

In the first place, non-active people will be subject to the Member State of residence. In the second place, a civil servant shall be subject to the legislation of the Member State to which the administration employing him, is subject. And in the third place, for seafarers normally the state of flag will be the connecting factor. An activity as an employed or self-employed person normally pursued on a vessel at sea flying the flag of a Member State shall be deemed to be an activity pursued in the said Member State. There is one exception to this principle. A person who works on the vessel of the flag state and is remunerated by an undertaking whose registered office or place of business is in another Member State, will be subject to the legislation of this last state if the person concerned lives there.

The new Regulation makes a fundamental distinction between active persons and non-active persons, to whom a different conflict rule applies. For that reason, it is important to know who is considered as an active person. What happens if someone is eg not working anymore, but receives a social security benefit instead? Is this person an active or a non-active person? According to the Regulation, the rules for non-active persons are also applicable to persons granted an invalidity, old-age or survivors' pension, or a pension in respect with accidents at work or occupational diseases, or to sickness benefits in cash, covering treatment for an unlimited period. Persons in receipt of a social security benefit for an "unlimited period" are therefore assimilated and considered as a non-active person. A retired person who transfers his residence to another Member State when claiming his old-age pension or at a later stage, will therefore be subject to the place of residence. However, persons who receive a short-term benefit, like eg someone who receives an unemployment benefit or a sickness benefit for a short period, will be considered as an active person and will therefore remain subject to the country of employment. Are further subject to the country of residence: unemployed frontier workers, who receive unemployment benefits in accordance with the special regime applicable for them under the Regulation (Art. 65), as well as any other person to whom none of the above mentioned general rules would apply.

Bu nedenle, özellikle faal olmayan kişiler için ikamet yerinin belirlenmesi önemlidir. Bu her zaman çok kolay değildir ve genellikle kişinin kendisi tarafından belirlenir. Kişilerin ikamet yerinin neresi olduğu konusunda farklı bakış açıları olduğu da elbette ki görmezden gelinemez. Adalet Divanı bu konuda, kişinin mutlak çıkar merkezinin ikamet yeri olduğu yönünde bir karar vermiştir (C-76/76 sayılı *Di Paolo* Davası). 987/2009 sayılı yeni Uygulama Tüzüğü'nün 11. Maddesinde, Tüzüğü'nün uygulama kapsamına giren bir kişinin ikamet yerinin belirlenmesi konusunda iki ya da daha fazla üye devlet arasında görüş ayrılığı olduğunda, bu kurumların ortak bir kararla söz konusu kişinin ilgi merkezini belirlemesi gerektiği belirtilmiştir. Belirleme işleminin, aşağıdaki ilgili gerçeklerle ilişkin bütün ulaşılabilir bilginin toplanması yoluyla gerçekleştirilmesi gerekmektedir:

- a) İlgili üye devletlerin sınırları dâhilinde geçirilen süre ve devamlılık;
- b) Kişinin birçok yönden içinde bulunduğu durum:
  - i. Sürdürülen faaliyetin yapısı ve kendine has özellikleri (faaliyetin mutlak yeri, faaliyetin istikrarı ve iş sözleşmesinin süresi);
  - ii. Aile statüsü ve aile bağları;
  - iii. Ücret karşılığı yapılmayan faaliyetler;
  - iv. Öğrenci olması halinde, gelir kaynağı;
  - v. Barınma durumu, özellikle de daimi olup olmadığı;
  - vi. Kişinin vergi amaçlı ikamet ettiği düşünülen üye devlet.

Uygulama Tüzüğü, kişilerin çıkar merkezinin nerede bulunduğuna karar verilirken dikkate alınması gereken unsurları açıklığa kavuşturmaktadır. Ancak ilgili kurumlar arasında yukarıda bahsettiğimiz ölçütler ışığında antlaşmaya varılamadığında, söz konusu gerçek ve koşullara, özellikle de kişinin taşınma sebeplerine bakılır ve söz konusu kişinin niyeti ikamet yerinin belirlenmesinde etkili olur.



It is therefore important to determine the place of residence, especially for non-active persons. This is not always an easy task and will often be set by the person himself or herself. It may certainly not be excluded that there is a difference of view on where somebody's place of residence is. The Court of Justice already determined that this is the state where someone's habitual centre of interest is situated (Case C-76/76, *Di Paolo*). The new Implementing Regulation 987/2009 now determines (Art. 11) that when there is a difference of view between the institutions of two or more Member States about the determination of the residence of a person to whom the Regulation applies, these institutions shall establish by common agreement the centre of interest of the person concerned, based on an overall assessment of all available information relating to relevant facts, which may include, as appropriate:

- a) the duration and continuity of presence on the territory of the Member States concerned;
- b) the person's situation; including:
  - i. the nature and specific characteristics of any activity pursued, in particular the place where such activity is habitually pursued, the stability of the activity and the duration of any work contract;
  - ii. his family status and family ties;
  - iii. the exercise of any non-remunerated activity;
  - iv. in the case of students the source of their income;
  - v. his housing situation, in particular how permanent it is
  - vi. the Member State in which the person is deemed to reside for taxation purposes

The Implementing Regulation therefore clarifies the elements that have to be taken into account for determining where someone's centre of interest is situated. It is only when the above mentioned criteria do not lead to an agreement between the institutions concerned, that the person's intention, as it appears from such facts and circumstances, especially the reasons that led the person to move, shall be considered to be decisive for determining the actual place of residence.

### III. Faal Kişiler İçin Temel İhtilaf Kuralı İstisnaları

#### A. Hizmet akdiyle çalışan kişilerin görevlendirilmesi

Tüzükler, faal kişilere uygulanan mevzuatın çalışılan yerin mevzuatı olması yönündeki genel kurala ilişkin birçok istisna getirmektedir. Belki de en önemli ve en sorunlu olanı da görevlendirme konusudur.

“Bir üye devlette işvereni adına hizmet akdiyle faaliyette bulunan, faaliyetlerini o ülkede sürdüren ve işvereni tarafından işvereni için çalışmak üzere başka bir üye devlete gönderilen bir kişi, beklenen iş süresi 24 ayı aşmadığı ve söz konusu işçi başka birinin yerini doldurmak üzere gönderilmediği sürece, ilk üye devletin mevzuatına tabi olmaya devam eder.” (883/2004 sayılı Tüzük, Mad. 12, §1)

Dolayısıyla, görevlendirmenin ardında yatan fikir, kişilerin geçici yurtdışı görevi süresince gittikleri ülkenin mevzuatına değil, normalde istihdam edildikleri ülkenin mevzuatına tabiliklerinin sürdürülmesidir. Bu da normalde uygulanabilir mevzuata ilişkin genel kuraldan çıkarılan sonuçtur. Burada amaç gayet açıktır. Genel kural uygulandığında, hem işçi hem de işverenin serbest dolaşımı açısından dezavantaj yaratan sonuçlarla karşılaşılacaktır. Bir üye devlet sınırları dâhilinde kurulu olan bir şirket, işçilerini, o ülkelerde geçici olarak çalışıyor olsalar dahi diğer üye devletlerin sosyal güvenlik sistemlerine göre sigortalamak zorunda kalacaktır. Bazı sosyal yardımların alınmasında kısa süreler genellikle göz ardı edildiği için, işçiler kendilerini dezavantajlı bir pozisyonda bulacaktır (C-35/70 sayılı *Manpower* Davası; C-202/97 sayılı *Fitzwilliam* Davası).

Görevlendirme hükümleri, işçilerin olduğu kadar hizmetlerin de serbest dolaşımının önünde engel teşkil edebilecek idari karışıklıklardan kaçınmayı amaçlamaktadır. Görevlendirme çok konuşulan bir konu olmasının yanı sıra, görevlendirme hükmü sosyal damping ve prim kaçakçılığı fenomenleriyle bağdaştırıldığı için oldukça tartışmalı bir meseledir.

Bu sebeple, görevlendirme koşulları yerine getirildiğinde ya da görevlendirme ve başka ülkeye gönderme arasında bir seçim yapmak mümkün olduğunda, görevlendirme hükümlerinin uygulanmasının zorunlu olup olmadığı sıklıkla sorgulanmaktadır. Bir işçi görevlendirme koşullarını yerine getirirse bile, çalışılan ülke daha düşük sosyal güvenlik primleri gibi daha uygun koşullara sahip olduğu takdirde işverenin *lex loci laboris* genel ilkesini uygulamayı tercih ettiği durumlar da görülmüştür. Ancak, yalnızca Adalet Divanı, Koordinasyon Tüzükleri sigortalı kişilere uygulanabilir mevzuat konusunda seçim hakkı verdiğinde açık olarak hükümleri uygulayacağını beyan ettiği için değil, daha birçok sebeple görevlendirme hükümlerinin uygulanması gerektiği de savunulabilir. Ancak görevlendirme konusunda durum böyle değildir (C-345/09 sayılı *Van Delft* Davası).

### III. Exceptions to the basic conflict rules for active persons

#### A. Posting for employees

The Regulations provide for several exceptions to the general rule of the place of work as applicable legislation for active persons. Perhaps the most important, but also most notorious one, is the situation of posting.

"A person, who pursues an activity as an employed person in a Member State on behalf of an employer, who habitually carries out his activities there and who is posted by that employer to another Member State to perform work on that employer's behalf, shall continue to be subject to the legislation of the first Member State, provided that the anticipated duration of such work does not exceed 24 months and that he is not sent to replace another person". (Art. 12, §1 Regulation 883/2004)

The idea behind posting is therefore that a person remains subject to the country of normal employment during the temporary employment abroad and not to the country of temporary employment, which would normally follow from the application of the general rule on applicable legislation. The objectives are clear. If the general rule would be applied, this would lead to disadvantaged consequences with regard to the free movement for both the worker and the employer. A company established in the territory of a Member State would be obliged to affiliate its employees time after time to the social security systems of other Member States, even though they were only temporarily working there. Workers would generally end up in a disadvantaged situation, given that short periods are mostly excluded with regard to receiving certain social benefits (Case C-35/70, *Manpower*; Case C-202/97, *Fitzwilliam*).

The posting provisions want to avoid administrative complications, which would impede the free movement of workers, as well as services. Exactly as posting is a very popular issue, it is also quite controversial, as it is often believed that the posting provision is associated with the phenomenon of social dumping and the evasion of contributions. It is in this respect often questioned whether the application of the posting provisions is obligatory when the posting conditions have been fulfilled or if still a choice would be possible between eg posting and expatriation. It happens that even if a worker meets the conditions for posting, an employer perhaps prefers to apply the general principle of the *lex loci laboris*, if the working country would be more favourable, eg due to lower social security contributions. It might, however, be defended that the posting provisions have to be followed, not at least as the Court of Justice declared that, where the Coordination Regulations give insured persons a right of choice with respect to applicable legislation, it does so expressively. This is, however, not the case for posting (Case C-345/09, *Van Delft*)..

Görevlendirme hükümlerinin uygulanması bir takım koşullara tabidir. Bu koşullar, Tüzüklerin kendisinde (örneğin, 883/2004 ve 987/2009 sayılı Tüzükler) ve bu koşulların bazılarında açıklık getiren A2 sayılı İdari Komisyon Kararı'nda da bulunabilir. Buna ek olarak, yönetimler, ticari işletmeler ve işçilerin durumlarını değerlendirmek için ölçütleri standardize eden bir Uygulama Kılavuzu geliştirmişlerdir. Daha önce de bahsettiğimiz gibi, özellikle bu Uygulama Kılavuzu'nun hukuki değeri çok düşük olmasına hatta hiç olmamasına rağmen, yönetimlerin topluluk hükümlerine ilişkin yaptıkları yorumlara ışık tutması açısından bu kılavuz önem arz etmektedir.

Öncelikle, görevlendirme hükümleri, makine dağıtımında teknisyenini gönderip makinenin kurulum ve işletimini sağlayan bir imalatçıdan, geçici süreyle çok uluslu şirketler bünyesinde görevlendirilen işçilere ve amacı tam olarak işçilerin başka şirketlerden ödeme almasını sağlamak olan geçici iş bulma kurumlarına kadar birçok kesime uygulanmaktadır.

O halde görevlendirme koşulları nelerdir?

### **İlk koşul: İşçinin kendi ülkesinin mevzuatına tabi olması**

Olağan durumda görevlendirilmiş bir işçinin, görevlendirmeyi gerçekleştiren işverenine bağlı olması gerekir. Bu koşulun, hizmet akdiyle çalışan kişinin, kendisini görevlendiren işverenin işinin kurulu bulunduğu üye devletin sosyal güvenlik sisteminde sigortalanmak zorunda olduğu şeklinde yorumlanması gerekir.

Bu noktada, kişilerin görevlendirilmeden önce asgari bir süre için sigortalı olup olmaması gerektiği konusunda önemli bir soru gündeme gelmektedir. Uygulama Tüzüğü'nün 14. Maddesi süre konusunda bir ibare barındırmasa da, İdari Komisyon'un A2 sayılı Kararı'na göre, kişinin işe başlamadan hemen önce kendi ülkesinin mevzuatına tabi olması gerekliliğini yerine getirebilmek için asgari 1 aylık bir süre gerekmektedir. Ancak, Karar'ın da belirttiği gibi, belki de Avrupa Adalet Divanı ile yaşanabilecek sorunlardan kaçınmak için daha kısa süreler de mümkün olabilmelidir. Fakat birçok unsurun vaka bazında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Sadece kişinin gönderici işveren için çalıştığı ülkenin mevzuatına değil, o ülkenin sosyal güvenlik mevzuatına tabi olması gerekmektedir. Dolayısıyla, kişinin işverenle sözleşme yapması ve derhal yurtdışına görevlendirilmek üzere gönderilmesi gayet mümkün olmaktadır.

### **İkinci Koşul: İşçi ve gönderici işveren arasında "organik" bağ olması**

İkinci önemli koşul, işçinin, işvereni tarafından, "işvereni adına" yurtdışına çalışmaya gönderilmesidir. Bu koşul, işçi ve işçiyi görevlendiren işveren arasında doğrudan bir ilişkinin var olması, sürdürülmesi ve bütün görevlendirme süresi boyunca devam ettirilmesiyle yerine getirilir. O nedenle, işveren ve işçi arasında yasal bir ilişki olması ve bir iş sözleşmesi yapılmış olması gerekmektedir. Burada etkili olan, başka bir şirketin ekonomik karar verme mercii değil, yasal ilişkidir.

The application of the posting provisions is subject to a number of conditions. These conditions can be found in both the provisions of the Regulations themselves (ie Regulation 883/2004 and Regulation 987/2009), and also in Decision A2 of the Administrative Commission that further clarifies certain of these conditions. Furthermore, the administrations have developed a Practical Guide creating a certain standardisation of criteria for assessing the situations of commercial enterprises and workers. As we already mentioned, although the legal value of in particular this Practical Guide is very low, and even zero, it is important as it sheds light on the interpretations of the community provisions by the administrations.

Preliminary, it may also be mentioned that the posting provisions apply to a wide variety of employers, going from a manufacturer who sends a technician when the machine is being delivered to install it and put it into operation, over workers who are temporarily posted within multinational companies, up to temporary employment agencies whose purpose it exactly is to engage workers who are made available to other companies for payment.

What are the conditions for posting ?

### **First condition: worker subject to the legislation of the country of origin**

A posted worker must normally be attached to his employer who posts him, at the time when he is posted. This condition must be interpreted as the employee has to be insured under the social security legislation of the Member State, where the employer who posts him is established.

An important question arose whether it is required that a person is insured during a minimum period before he/she can be posted? Although Art. 14 of the Implementing Regulation does not seem to indicate any periods, Decision A2 of the Administrative Commission requires a minimum period of one month, in order to meet the requirement that the person be subject to the legislation of the country of origin immediately before starting work. However, as the Decision states, shorter periods should also be possible – perhaps to avoid problems with the European Court of Justice – but they require a case by case evaluation of many factors.

It is only required that one is subject to the social security legislation of that state, not that one is already working for the sending employer. So, it is perfectly possible that someone might conclude a contract with an employer and be immediately posted abroad.

### **Second condition: organic link between the worker and the sending employer**

The second important condition is that the worker is being posted by his employer to undertake work abroad "on his behalf". This condition is fulfilled if it is established that a direct relationship exists and remains between the worker and the employer who posted him, and this during the whole period. For that reason, a legal relationship must exist between the employer and the worker and an employment contract should have been concluded. What counts is the legal relationship, not the possible economic decision-making power by another company.

Yurtdışında geçirilen geçici çalışma süresi boyunca organik bir bağ olup olmadığı konusuna istihdam koşulları açısından yaklaşılmalıdır. İdari Komisyon'a ait A2 Kararı'nda, söz konusu organik bağın varlığını devam ettirmesine imkân tanıyan ve çok geniş kapsamlı olmayan bir dizi ölçüte yer verilmektedir. İşe alma sorumluluğu, iş sözleşmesi, ücretlendirme, görevden alma ve işin yapısını belirlemekle sorumlu otorite, dikkate alınması gereken unsurlardır. Bu unsurlardan bazıları bir işverenin temel yetkilerine aittir. Üçüncü bir tarafın, bir işçinin görevden alınması konusunda karar verme yetkisi kesinlikle yoktur. Gerçekleştirilecek işin yapısına bakıldığında, son ürüne ilişkin karar verme yetkisi genel otoriteye ait olmasına karşın, işin yapılış şekline ilişkin muhtemel talimatlar konusunda durum böyle değildir. Aslında, kişinin geçici olarak birlikte çalıştığı işverenin, işin nasıl planlandırılması gerektiğine ilişkin talimatlarda bulunması da yasaklanmış bir durum değildir.

Ödemeler perspektifinden bakıldığında, önemli olan, ücretleri fiilen kimin ödediği değil, ücret maliyetini en nihayetinde kimin üstlendiğidir. Çok uluslu şirketlerde, kişinin geçici olarak istihdam edildiği şirketin söz konusu işçiye hizmet karşılığı para ya da ücret ödediği ve bunun akabinde gönderici ana şirkete fatura gönderdiği de sıklıkla rastlanan bir durumdur. Ücretleri fiilen ödeyen gönderici şirket olmamasına rağmen, ödeme yine de ana şirketin sorumluluğunda olmaktadır. Ev sahibi işverenin görevlendirilmiş işçiye ekstra yardım sağlaması da mümkündür. Ev sahibi işverenin işçinin ücret seviyesini belirlemesi halinde farklı bir durum oluşur.

Burada değinilmesi gereken bir nokta da, görevlendirilmiş işçi ile işçinin geçici olarak birlikte çalıştığı işveren arasında yerel bir sözleşme yapılması halinde görevlendirme hükümlerinin uygulanmadığıdır. Böyle bir durumda, söz konusu kişiye genel çalışma yeri ihtilaf kuralı uygulanır. Sosyal güvenlik, bu bakımdan, uygulanabilir çalışma hukukuna ilişkin 593/2008 sayılı Tüzükten farklılık gösterir. Tüzükte, yerel bir işverenle iş sözleşmesi yapmanın işin geçici yapısına zarar vermeyeceği açık bir şekilde belirtilmektedir.

Dolayısıyla, organik bağ koparıldığında, görevlendirilme hükümlerinin uygulanması durdurulur. Örneğin, işçinin görevlendirilerek gönderildiği işletme söz konusu kişiyi bulunduğu üye devlette başka bir işletmenin hizmetine sunarsa (A üye devletinde kurulu olan A şirketi işçiyi B üye devletindeki B şirketine gönderir, bunun sonucunda kişi B üye devletindeki C şirketinin de hizmetinde olur); ya da bir üye devlete görevlendirilerek gönderilen bir işçi başka bir üye devlette bulunan bir işletmenin hizmetine sunulursa (A üye devletindeki A şirketi söz konusu işçiyi B üye devletindeki B şirketine gönderir. Kişi dolayısıyla C üye devletindeki C tali şirketinin de hizmetinde olur); ya da işçi, ikinci bir üye devlette bulunan bir işletme tarafından üçüncü bir üye devletteki bir işletmeye gönderilmek üzere bir üye devlette istihdam edilirse (A üye devletinde kurulu olan A şirketinin işe aldığı bir işçi, B üye devletinde bulunan B şirketi tarafından C üye devletindeki C şirketine gönderilir) böyle bir durum yaşanır.

Whether there is also an organic link during the period of temporary employment abroad, must be seen from the circumstances of the employment. Decision A2 of the Administrative Commission mentions a non-exhaustive number of criteria, allowing to establish a continued existence of that organic link. Elements that have to be taken into account, are the responsibility for recruitment, the employment contract, the remuneration, the dismissal and the authority to determine the nature of the work. Some of these elements clearly belong to the fundamental prerogatives of an employer. It is certainly impossible that a third party would be able to decide on a dismissal of a worker. When looking at the nature of the work to be done, it relies more on the general authority to decide on the end product and not as such on possible instructions in relation to the way in which the work has to be carried out. It is indeed not forbidden that the employer with whom the person is temporarily employed, gives certain instructions on how the work has to be planned.

Concerning the aspect of pay, what is important, is who ultimately takes responsibility for the wage cost and not as such who actually pays the wages. Certainly in multinational companies, it often happens that the company where the worker is temporarily employed, pays a fee or wages to that worker and passes on the invoice to the sending parent company. Although it is as such not the sending company that has actually paid the wages, it remains its responsibility. This does not exclude that often the host employer could pay an extra allowance to the posted worker. It would, however, be completely different in case the host employer would also determine the level of pay of the worker.

It should be mentioned here that it is generally considered that the fact that a local agreement is concluded between the posted worker and the employer, with whom the worker is temporarily employed, excludes the application of the posting provisions. In such a situation, the general rule of conflict of the place of work will apply to the person concerned. Social security differs in this respect from Regulation 593/2008 on applicable labour law, where it is expressly stated that the conclusion of an employment contract with a local employer does not detract from the temporary nature of the employment.

Consequently, if this organic link is broken, the posting provisions shall cease to apply. This is eg the case if the undertaking to which the worker has been posted, places him at the disposal of another undertaking, in the Member State in which it is situated (company A established in Member State A posts the worker to company B in Member State B, which in turn makes him available to company C established in Member State B); or if the worker posted to a Member State is placed at the disposal of an undertaking situated in another Member State (company A established in Member State A posts the worker to company B in Member State B and the person concerned is subsequently made available to a subsidiary company C in Member State C); or if the worker is recruited in a Member State in order to be sent by an undertaking situated in the second Member State to an undertaking in a third Member State (company A established in Member State A engages a worker who is then posted by company B, established in Member State B to company C in Member State C).

### **Üçüncü koşul: Gönderen şirket ile diğer şirketin bulunduğu devlet arasındaki bağ**

Görevlendirme hükümleri, yalnızca kuruluş oluşturdukları üye devlette mutlak olarak faaliyette bulunan çalışanlar için uygulanabilir. Bu koşul ile “posta kutusu şirketi” olarak adlandırılan firmalara görevlendirme hükümlerinin uygulanışının engellenmesi hedeflenmiştir. Aksi takdirde kişiler kolaylıkla daha düşük sosyal güvenlik primleri olan bir devlette posta kutusu açıp çalışanlarını bu devletten bir diğerine “görevlendirebilirler”. Bu da sosyal dampinge yol açar. Bu nedenle 987/2009 sayılı Uygulama Tüzüğü, bir işçinin işini normal olarak işverenin işini yürüttüğü üye devlette gerçekleştirmesi gerekliliği işverenin yalnızca dahili yönetim faaliyetlerini değil de, genel olarak faaliyetlerinin önemli bir kısmını o devlette gerçekleştirmesi gerektiği anlamına gelir.

Avrupa Adalet Divanının içtihat hukukuna paralel olarak A2 Kararı, bir işverenin faaliyetlerinin önemli bir kısmını kuruluş oluşturmuş olduğu üye devlette gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin belirlenmesi amacıyla o işverenin faaliyetlerinin tanımlanmasında işverenin ofisini ve yönetimini kaydettiği yer, kuruluşun bulunduğu üye devlette ve diğer üye devlette çalışan idari personelin sayısı, görevlendirilen işçilerin çalıştıkları yer ve müşterilerle en fazla sözleşmenin imzalandığı yer, bir yandan işletmenin işçileriyle sonuçlandırdığı sözleşmelere uygulanan mevzuat ve diğer yandan müşterilerle imzalanan sözleşmelere uygulanan mevzuat, tipik bir süre zarfında üye devletlerin her birinde elde edilen ciro ve gönderici devlette imzalanan sözleşmelerin sayısı gibi farklı kriterlerin göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla bu açık liste, şirketin iş faaliyetlerinin doğasının da hesaba katılarak belirli durumların her birine uyarlanması gereken farklı kriterler içerir.

Kuruluşun bulunduğu üye devlet ve işçilerin görevlendirmeye yollandığı üye devlet arasında faaliyetlerin nicel bir değerlendirmesinin yapılması her zaman kolay değildir. Görevlendirme hakkındaki Uygulama Kılavuzu daha da ayrıntılı bir nicelleştirmeye yer vermektedir. Şirketin, kuruluşun bulunduğu devlette ciro elde etme kriteri, toplamın %25’i oranında bir cironun yeterli düzeyde olduğunu kabul eden bir koşula dönüştürülmüştür. Eğer ciro %25’ten düşükse vakaların ayrı ayrı ele alınması gerekir. Bir işletmenin görevlendirici devlette kuruluş sahibi olduğu sürenin uzunluğu da Uygulama Kılavuzundaki kriterler arasında yer almaktadır. Fakat 1408/71 sayılı Tüzük altında hazırlanmış olan Uygulama Kılavuzunda belirtilenlerin aksine, görevlendirme hükümlerinden yararlanabilmek için şirketlerin gönderici devlette geçirmeleri gereken sabit asgari bir süre mevcut değildir. Asgari bir süre belirlemenin amacı gönderici devlette daha yeni iş yapmaya başlamış olan şirketlerin anında işçilerini görevlendirebilmelerinin önüne geçmektir. Bu süreci devre dışı bırakarak yaklaşımda belirli düzeyde bir esneklik elde edilmesi istenmektedir. Elbette yeni kurulmuş olan şirketlerin ticari nedenlerden ötürü hemen işçi görevlendirebilmelerini engellemek için bir sebep yoktur. Şirketin işe yeni başladığı dönemde bu durum idareler tarafından ayrıntılı bir biçimde incelenir.



### **Third condition: link between the sending company and the state where the latter is established**

The posting provisions may only apply to employers, who habitually undertake their activities in the Member State where they are established. With this condition, one wants to avoid the application of the posting provisions to so-called "post box office firms". Otherwise, it would be extremely easy for persons to just open a post box in a country with lower social security contributions and then consequently "post" these employees from that country to another country. This would lead to social dumping. For that reason, the Implementing Regulation 987/2009 states that the requirement that the worker should normally perform his work in a Member State for an employer who normally conducts his business there, implies that the employer ordinarily performs substantial activities in that state, other than purely internal management activities.

In line with the case law of the European Court of Justice, Decision A2 now states that in order to determine if an employer indeed performs substantial business activities in a Member State where he is established, different criteria should be taken into account that characterise the activities of that employer, such as the place where the employer has his registered office and administration, the number of administrative staff working in a Member State of establishment and the other Member State, the place where the posted workers are recruited and the place where the majority of the contracts with the clients are concluded, the law applicable to the contracts concluded by the undertaking with its workers on the one hand and the contracts with its clients on the other hand, together with the turnover made in each of the Member States concerned during an appropriately typical period and the number of contracts executed in the sending state. This non-exhaustive list therefore contains different criteria, which must be adapted to each specific case, taking into account the actual nature of the company's business activities.

It will not always be easy to make such a quantitative assessment of the activities between the Member State of establishment and the Member State to which the workers are posted. The Practical Guide on Posting even contains a more detailed quantification. The criterion of the turnover that the company should have in the state of establishment, is converted into the notion that a turnover of about 25% of the total would have to be considered as sufficiently representative. If the turnover is less than 25%, the cases will have to be investigated separately. Also the length of time an undertaking is established in the posting State is mentioned in the Practical Guide as a criterion. However, contrary to what was the case under the previous Practical Guide under Regulation 1408/71, no fixed minimum period is set during which companies have to conduct their business in the sending country before they can invoke the posting provisions. The objective of setting a minimum period would be to avoid situations, where companies that have just started business in the sending country, would immediately be able to post their workers. By not mentioning this period, one wants to allow a certain flexibility in approach. There is certainly no reason why newly established companies would not be allowed to immediately post employees for commercial reasons. One might, however, imagine that administrations will closely look at the situation, when the company would just start up its business.

Fakat pratik değerlendirme hala pek çok soruna yol açabilir. Sosyal güvenlik kurumları için şirket cirolarının anlaşılması her zaman kolay değildir ve üye devletlerin her birinde tipik bir süre boyunca elde edilmesi gereken cirodan kastedilenin ne olduğu açık değildir. Burada esnek bir yaklaşımın kullanılması gerektiği savunulabilir. Ciro yıldan yıla farklılık gösterebilir. Bu kriterlerden pek çoğu sosyal güvenlikten çok iş hukuku ile alakalı meselelere atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla bir şirketin faaliyetlerinin önemli bir kısmını kurulu bulunduğu devlette icra edip etmediğini önceden belirlemek genelde mümkün değildir. Açık olan şudur ki, gönderici devlette yalnızca idari personelin bulunması görevlendirme hükümlerinin uygulanmasını engellemektedir.

### **Dördüncü koşul: Görevlendirmenin geçici olma özelliği taşıması**

Görevlendirme geçici bir eylemdir. Sosyal güvenlik koordinasyonu için bu süre 24 aydır. Fakat uygulamada görevlendirilen işçiler genelde daha uzun sürelerle yurtdışına yollanırlar. Bunu yapmak "16 sayılı Antlaşma Maddesi"ne dayanarak mümkündür. Tüzüğün bu maddesi uygulanabilir mevzuatla ilgili kurallar ve koşullardan sapılmasına izin verir. (Örneğin, azami görevlendirme süresi.) Fakat bu tür durumlarda gönderici devletin ve ev sahibi devletin yetkili kurumları arasında ortak bir Antlaşma imzalanması gerekmektedir. İlk 24 ay boyunca bir görevlendirme ile karşı karşıya olunup olunmadığını gönderici devlet belirler fakat daha uzun süreler için ev sahibi devletten onay almak gerekmektedir. (16 sayılı Antlaşma Maddesi hakkında daha ayrıntılı bilgi için §4'e bakınız.)

Bahsetmek istediğimiz son husus, kişinin görevlendirmesine hastalık veya tatil gibi nedenlerden ötürü ara vermesi veya talimat almak için işvereni tarafından geri çağırılması durumunda ne olduğudur. A2 Kararı kısa bir kesintinin görevlendirme sürecinde bir kesintiye yol açmayacağını ve dolayısıyla bu sürecin de görevlendirmeden sayılması gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla ilk görevlendirme süreci bu kısa kesinti nedeniyle uzatılmaz.

Görevlendirmenin sonunda görevlendirilen işçi anında yurtdışında başka bir şirkete veya başka bir ülkeye gönderilebilir. Görevlendirilen işçinin tekrar görevlendirilmeden önce gönderen devlette yeniden çalışması gerekmemektedir. A2 Kararı yalnızca aynı işçinin aynı işveren tarafından aynı ülkeye ard arda gönderilmesi halinde ilk iki ayın önceki sürenin sonundan itibaren sayılmasını gerektirecektir.

### **Beşinci koşul: Görevlendirilmiş işçinin yerini alması için başka bir işçi görevlendirilemez**

Görevlendirmenin son koşullarından birisi de bir işçinin, başka bir işçinin yerine geçmesi amacıyla görevlendirilememesidir. Burada görevlendirmelerin sürekli ve devamlı bir biçimde, tıpkı bir atıklarınca gibi, yurtdışında bulunan sigortalı kişiler tarafından kullanılmasını engellemek amaçlanmaktadır. Bu bir suistimal olarak görülebilir. Fakat bu koşulun yerine getirilip getirilmediğinin kontrolü uygulamada hiç de kolay değildir. Bir kişinin yerine yeni gelen bir kişinin getirildiği nasıl anlaşılacaktır? İş tanımındaki küçük bir değişiklik bile bir kişinin yerine başkasının geçtiğinin tespit edilmesini zorlaştırmaktadır.

The practical evaluation, however, will still lead to many problems. It is often not very easy for social security institutions to gain an insight into the turnover of a company and neither is it clear what is meant by the turnover having to be achieved during an appropriately typical period in each of the Member States. It is defensible that a flexible approach should be used here. The turnover might indeed differ from year to year. Many of these criteria also refer more to labour law issues than to social security matters. So, it is often unpredictable to determine on beforehand whether or not a company usually conducts activities of significance in the state where it is established. What is clear, is that the exclusive presence of only administrative staff in the sending country, precludes the application of the posting provisions.

#### **Fourth condition: the temporary nature of the posting**

Posting is a temporary occurrence. For the social security coordination, this is a period of 24 months. In practice, however, posted workers will often be sent abroad for a longer period. This is possible on the basis of an "Article 16-agreement". This article of the Regulation allows to deviate from the rules and conditions on applicable legislation, as eg the maximum duration of posting. In such cases, however, it is required that a mutual agreement is concluded between the competent institutions of both the sending state, and the host state. Whereas during the first 24 months, it is up to the sending state to decide if we are confronted with a posting situation, for a longer period approval is required from the host state. For more details on Article 16-agreements, we refer to §4.

A last element we want to mention, is what happens if someone has to temporarily interrupt his posting, eg due to illness or holidays, or is called back by his employer for instructions. Decision A2 specifies that a brief interruption does not constitute an interruption of the posting period and consequently this period will still count as a period of posting. The initial period of posting will therefore not be extended with this short period of interruption.

At the end of the posting, the posted worker might immediately be sent abroad to another company or to another country. It is not required that the posted worker first works in the sending country again before he can be posted again. It is only for successive postings to the same country for the same worker and to the same employer that Decision A2 requires that first two months should elapse from the end of the previous period.

#### **Fifth condition: no posting to replace another posted worker**

A last condition for posting is that a posted worker may not be sent out to replace another one. Herewith, one wanted to prevent a situation where certain posts are continually and constantly like a carousel occupied by persons who are insured abroad. This could be considered as an abuse. However, it will in practice not be easy to check the fulfilment of this condition. How can it be said that the previous person is replaced by a new one? Even a slight change in job description could make it difficult to demonstrate that one is posted to replace another one.

## B. Kendi hesabına çalışan kişilerin görevlendirilmesi

Tüzük kapsamında kendi hesabına çalışan kişilerin de kendilerini başka bir üye devlette görevlendirme imkanı mevcuttur. Hizmet akdiyle çalışanlarla ilgili hükümlere benzeyen ama bunun tamamen aynısı olmayan hükümler 883/2004 sayılı Tüzüğün Madde 12 §2'de bulunabilir: "Normalde bir üye devlette kendi hesabına faaliyetler yürüten ve başka bir üye devlete benzeri bir faaliyetin takibi için giden bir kişi, beklenen faaliyet süresinin yirmi dört ayı aşmaması halinde, ilk üye devletin mevzuatına tabi olur".

Kendi hesabına çalışan kişilerin kendilerini görevlendirebilmeleri doğal kabul edilmez, çünkü herhangi bir işveren bulunmadığı için görevlendirme kararını kişinin kendisi vermektedir. Kişi işveren olmadığı ve ikincisiyle arasında organik bir bağ olamayacağı için bazen gönderici ülkenin sosyal güvenlik sistemiyle bir bağının olmadığına inanılır. Bunun yanı sıra, kendi hesabına çalışan bir kişi olarak kayıt yaptırmak oldukça kolay olduğu için, özellikle kişi kendisini geçici çalışma için gittiği ülkede hizmet akdiyle çalışan kişiler tarafından yürütülen faaliyetleri sürdürmek amacıyla bir ülkeye görevlendirdiğinde, istismara açık bir durumla karşı karşıya olduğuna karşı şüpheler ortaya çıkar.

İstismarın önlenmesi amacıyla, kendi hesabına çalışanların görevlendirme durumundan yararlanabilmeleri için birtakım koşulları yerine getirmeleri gerekmektedir. 987/2009 sayılı Tüzüğün Madde 14, §3'ü "normalde kendi hesabına çalışan olarak faaliyet sürdüren kişiler" ifadesinin, kuruluş oluşturmuş olduğu üye devletin sınırları dahilinde mutad olarak faaliyetlerinin önemli bir kısmını sürdüren kişiye atıfta bulunduğunu belirtmiştir.

Dolayısıyla kendi hesabına çalışan bir kişinin aynı zamanda yaptığı işi görevlendirme hükmünü kullanmaya başladığı tarihten daha önce sürdürüyor olması gerekir ve başka bir üye devlette geçirdiği her geçici çalışma süresi için kuruluş oluşturduğu üye devlette çalışmasını sürdürebilmesi için gerekli olan koşulları karşılamayı sürdürmelidir. Böylece döndükten sonra da işine devam edebilir. Bu koşulun amacı geçici bağlantıları hariç bırakmaktır. Adalet Divanının mantığını takip eden A2 Kararı, bir altyapının korunmasının ofis alanına sahip olma, vergilerin ödenmesi, mesleki kart ve KDV numarasına sahip olmak ve/veya Ticaret Odasına veya mesleki bir örgüte kayıtlı olmak gibi koşullara bağlamıştır. Esasen bu ucu kapalı bir liste değildir ve her şey kişinin mesleğine bağlıdır. Bu da kriterlerin katı bir biçimde uygulanmasına neden olabilir. Fakat kendi hesabına çalışan bir kişi kendisini görevlendirmeden önce ne kadar süreyle faaliyetlerini yürütüyor olması gerekmektedir? A2 Kararı bu süreyi iki ay olarak belirlemiştir. Daha kısa sürelerin söz konusu olması halinde ilgili tüm faktörleri hesaba katarak her vakanın tek tek incelenmesi gerekmektedir. Aslında bu iki ay gerekliliği tüm meslekler için ve tüm durumlarda istenmeyen bir uygulamadır.

## B. Posting of self-employed people

Also self-employed persons have the possibility under the Regulation to post themselves to the territory of another Member State. A provision quite, although not completely, similar to that for employees, can be found back in Art. 12 §2 of Regulation 883/2004: "a person who normally pursues an activity as a self-employed person in a Member State who goes to pursue a similar activity in another Member State shall continue to be subject to the legislation of the first Member State, provided that the anticipated duration of such activity does not exceed twenty-four months".

That self-employed persons may post themselves is often considered to be somewhat unnatural, as it is obviously the self-employed person himself, in the absence of an employer, who decides to post himself. Because he is not an employer, there can neither be an organic link with the latter, so it is sometimes believed that there is hardly any connection with the social security system of the sending country. In addition, as it is often also very easy to register as a self-employed person, suspicion arises that we are confronted with a situation of abuse, in particular when such a self-employed person would post himself to a country, to undertake activities which are considered in the country of temporary employment as activities undertaken by an employee.

To avoid abuse, self-employed persons have to fulfil certain conditions in order to make use of the posting situations. Art. 14, §3 of Implementing Regulation 987/2009 specifies that "the words 'who normally pursues an activity as a self-employed person' shall refer to a person who habitually carries out substantial activities in the territory of the Member State in which he is established."

So, for a self-employed person, it is also required that he has already been doing his work some time before the date on which he wishes to invoke the posting provision and during each period of temporary work in another Member State, he must continue to fulfil the conditions for the execution of his work in the Member State where he is established, so that he can continue with it after his return. This condition wants to exclude pro forma-affiliations. Decision A2, following the reasoning of the Court of Justice, now determines that the maintenance of an infrastructure is eg proven by having office space available, the payment of taxes, the possession of a professional card and a VAT number and/or being registered with the Chamber of Commerce or a professional organisation. This is of course not an exhaustive list and everything will depend on the person's profession, which can lead to a more or less rigid application of these criteria. But, how long must a self-employed person already be undertaking his activities before he or she could post him- or herself? Decision A2 gives a period of two months by a way of indication. Case by case assessment will have to be made further in the case of shorter periods, taking account of all the relevant factors. Indeed, the strict requirement of two months seems undesirable for all professions and in all circumstances.

Kendi hesabına çalışan görevlendirilmiş işçinin başka bir üye devlette yürüttüğü çalışmalar aynı zamanda maaşlı iş ve maaşlı iş dışındaki çalışmalardan da oluşuyor olabilir. Tek koşul (883/2004 sayılı Tüzük ile birlikte getirildi) geçici olarak çalışılan ülkede yürütülen faaliyetlerin, gönderici ülkedeki faaliyetlere benzerliğidir. Bu noktada kendi hesabına çalışan kişilere ilişkin hükümler, hizmet akdiyle çalışanlara ilişkin olan ve çalışanın ev sahibi devlette yürüttüğü faaliyetlerin gönderici devlettekilerden farklı olmasının bir fark yaratmadığı hükümlerden ayrılmaya başlar. Uygulama Tüzüğü'nün de belirlemiş olduğu üzere (Madde 14, §4) "kendi hesabına çalışan bir kişinin sürdürmek için başka bir üye devlete gittiği faaliyetin normalde sürdürülen serbest faaliyetle benzerlik taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde kullanılan kriter, diğer üye devlet tarafından bu faaliyete verilebilecek olan hizmet akdine bağlı veya kendi hesabına çalışma özelliğinden çok, faaliyetin gerçek niteliğidir".

Dolayısıyla belirleyici olan geçici faaliyetlerin yürütüldüğü ülkedeki yapılan çalışma sınıflandırması değildir. Fakat "benzeri faaliyetler" ifadesinin ne şekilde anlaşılması gerektiği ise hala belirsizliğini korumaktadır. Bu terim belirli bir esneklik düzeyiyle yorumlanmalıdır ve kendi hesabına çalışan kişinin aynı faaliyeti tamamıyla gerçekleştirmesi istenmemelidir. Kendi hesabına çalışan kişinin benzer bir sanayi sektöründe çalışması yeterli olmalıdır. Dolayısıyla bir üye devlette büyükbaş hayvan yetiştiren bir kişi başka bir üye devlete gidip çilek toplayıcılığı yapmak için kendisini görevlendirebilmelidir. Başka bir devlette geçici olarak marangozluk yapmaya giden bir çiftçinin durumu ise daha sorunludur ve bu durumda kişi benzeri niteliğe sahip faaliyette bulunmamış olur.

### C. İdari formaliteler ve görevlendirme

Görevlendirme hükümlerinin uygulanabilmesi için çok sayıda idari formalitenin tamamlanmış olması gerekmektedir. Görevlendirme hükmü altında mevzuatı uygulanan üye devletin uygun yetkili mercisi ilgili kişinin talebi üzerine mevzuatının uygulanabilir olduğunu belirten ve aynı zamanda bu mevzuatın hangi tarihe kadar ve hangi koşullar altında uygulandığını da içeren bir bildiri yayınlar. Bu yeni taşınabilir belgenin adı "A1"dir. Kişinin gönderici devletin mevzuatına tabi olduğunun açıklanmasıyla ev sahibi devlet bunun sonucu olarak mevzuatını uygulayamaz.

Böyle bir A1 belgesine sahip olmak temel bir koşul olmadığı için şart koşulmaz. Bu türden bir formun var olmayışı görevlendirme hükümlerinin uygulanabilir olmasını engellemez (bkz. C-178/97 sayılı Dava, *Banks*). Çok bilinen bir sorun da kişi görevlendirme bildirisine sahip olsa da geçici olarak çalışacağı üye devletin bu görevlendirmenin gerçek durumlarla uyumlu olmadığı ve kurumun görevlendirme koşullarının yerine getirilmediği kanaatinde olmasıdır. Ev sahibi devlet bu tür durumlarda genel *lex loci laboris* kuralının, yani çalışılan yerin, dolayısıyla geçici olarak çalışılan ülkenin mevzuatının uygulanabilir olması kuralının uygulanması gerektiği görüşündedir.

The work the self-employed posted worker performs in the other Member State may comprise both work in salaried employment and work other than in salaried employment. The only condition and this is new under Regulation 883/2004 - is that the activities undertaken in the country where temporary work is done must be "similar" to those in the sending country. The provisions on self-employed differ in this respect from the posting provisions for employees, where it is irrelevant that the activities the employee performs in the host state, are different from those in the sending state. As the Implementing Regulation determines (Art. 14, §4), "the criterion for determining whether the activity that a self-employed person goes to pursue in another Member State is 'similar' to the self-employed activity normally pursued shall be that of the actual nature of the activity, rather than of the designation of employed or self-employed activity that may be given to this activity by the other Member State."

So, it is not the classification of the work in the country where temporary activities are being undertaken that plays a role. It remains unclear, however, what has to be understood as "similar activities". It seems that this term should be read with a certain degree of flexibility and that it is not required that the self-employed person completely exercises the same activity. It should be sufficient that the self-employed works in a similar sector of industry. So, it might perhaps be possible for someone to raise cattle in one Member State and then to post himself to pick strawberries in another Member State. A farmer, who eg temporarily goes to work as a carpenter in another state, is more problematic and does not seem to undertake further activities of a similar nature.

### C. Administrative formalities and posting

For the application of the posting provisions, a number of administrative formalities must be completed. The appropriate competent authority of the Member State whose legislation further applies under the posting provision will, at the request of the person concerned, issue a declaration that its legislation is applicable and it will also mention until what date and under which conditions. This is the new portable document with the name "A1". By stating that one is subject to the legislation of the sending state, the host state can consequently not apply its legislation.

The possession of such an A1 document is, however, not absolutely required, as it is not a constituent condition. Indeed, the absence of such a form does not preclude the posting provisions from being applicable (see Case C-178/97, *Banks*). A well-known problem relates to the fact that, although the person has a posting declaration, the Member State of temporary employment is of the opinion that this posting does not accord with the factual circumstances and that to the opinion of this institution, the posting conditions have not been fulfilled. The host state is of the opinion that in such circumstances the general rule of the *lex loci laboris*, the place of work, should apply, which is consequently the legislation of the country of temporary employment.

Fakat geçici olarak çalışılan devletin yetkili mercileri görevlendirme bildirisini bir kenara bırakabilirler mi? Adalet Divanı bu olasılığı büyük ölçüde kısıtlamıştır. Divana göre bir üye devletin yetkili mercii tarafından uygulanabilir mevzuatın uygulanması için yayınlanan belgeler veya sertifikalar verildikleri üye devlette geri çekilmedilerse veya geçersiz ilan edilmedilerse diğer üye devletlerin yetkili mercileri için de bağlayıcı olurlar. AT Antlaşmasında belirtilen temel hukuki işbirliği ilkesi, uygun yetkili mercileri ihtilaf kurallarının uygulanması için gerekli olan gerçeklerin desteklenmesi ve sonuç olarak A1-bildirisinde yer alan bilgilerin doğruluğunun garantilenmesi konusunda sorumlu kılmalıdır. A-1 bildiri görevlendirilmiş işçilerin gerektiği gibi gönderici devletin sosyal güvenlik sistemine bağlı olduğunu varsayımında bulunur. Ev sahibi devletteki kurumlar tek taraflı olarak bu görevlendirme bildirisini göz ardı edemezler. Ev sahibi devletteki kurumlar tarafından irtibata geçerek bu belgeyi veren yetkili kurum belgenin verilmiş nedenlerini baştan inceleyip gerekli görmesi halinde anılan kurum bunu geri çekip çekmeme kararı alabilir. Adalet Divanı bu formların yalnızca sosyal güvenlik kurumlarını değil aynı zamanda ev sahibi devletteki hakimleri de bağladığını belirtmiştir. Ev sahibi devlette adli makam olarak işlev gösteren bağımsız bir kurum yasal durumu inceleyemez ve bu türden bir bildirin dayandığı bilgilerin belgelendirilmesine ilişkin olarak görevlendirme bildirisinin geçerliliğini kontrol etme yetkisi yoktur (C-2/05 sayılı *Herbosch-Kiere* Davası).

Eğer bu belgeyi veren yetkili merci nedenlerini gözden geçirdikten sonra görevlendirme bildirisinin hala doğru olduğu kanısındaysa ve ev sahibi devlet hala bu konuda hemfikir değilse bu konu bir Antlaşmaya varılması için İdari Komisyona sevk edilir ve burada da çözülemezse Adalet Divanının huzuruna çıkarılır. Bu içtihat hukuku diyalog ve uzlaşma prosedürünün kurulduğu Uygulama Tüzüğüne yansıtılmıştır. Amaç, ilgili kurumların makul bir süre içerisinde, ilgili kişilerin çıkarı dahilinde olmadan, Antlaşmaya varmalarını sağlamaktır. Bölüm 2, §1'de tanımlanmış olan bu prosedür, vaka İdari Komisyona taşınmadan önce uygulanır.

#### D. 16. Madde Anlaşması

Yukarıda da bahsedildiği üzere, azami 24 ay olan görevlendirme süresinin uzatılması istendiği durumlar için Madde 16 çözümler sunmaktadır. Bu maddeye göre "iki ya da daha fazla üye devlet ortak Antlaşmaya varmak suretiyle belirli kişilerin veya kişi gruplarının çıkarına genel ihtilaf kuralları için istisnalar belirleyebilirler". Bu madde uygulamada genel olarak görevlendirme süresini uzatmak için kullanılsa da hükümler sadece bu durumla sınırlı değildir. Arada ortak bir Antlaşma olduğu sürece diğer ihtilaf kurallarının dışına çıkılabilir.

Madde 16 bu türden bir Antlaşmanın sonuçlandırılmasına yol açacak nedenlere veya durumlara değinmemektedir. Tek koşul, bunun belirli kişilerin veya kişi kategorilerinin çıkarına olmasıdır. Bu da işveren çıkarlarının, yani ekonomik çıkarların bir sebep olamayacağını göstermektedir. Çıkarlar aynı zamanda mevzuatın kendisinin uygulanışından çok uygulanacak olan mevzuatın teyit edilmesi ile alakalı görülmektedir. Bu da yardımların sayısı ve düzeyi ile ilgilidir. Madde 16 aynı zamanda geriye dönük etkisi olan durumları düzeltme imkanı da sunmaktadır.



But can the authorities in the country of temporary employment simply set aside the posting declaration? The Court of Justice has limited this possibility to a big extent. According to the Court, the documents issued by the authority of a Member State for the application of the applicable legislation, are binding for the authorities of the other Member States, as long as those documents or certificates have not been withdrawn or declared invalid by the Member State where they were issued. The fundamental principle of loyal collaboration as laid down in the EC Treaty, obliges the appropriate authorities to assist the facts that are relevant for the application of the conflict rules and consequently to guarantee the accuracy of the information in the A1 declaration. So, the A1 declaration creates a presumption that posted workers are duly affiliated to the social security system of the sending state. The institutions in the host state cannot unilaterally ignore the posting declaration. It will be the issuing authority that will, after it has been contacted by the institutions of the host state, reconsider the grounds for issuing the document and, if necessary, decide whether to withdraw it or not. The Court of Justice even declared that not only the social security institutions are bound by these forms, but also the judges in the host state. Also, an independent body as a judicial authority in the host state may not investigate the legal situation and is not authorised to check the validity of the posting declaration as regards the certification of the matters based on which such declaration has been issued (Case C-2/05, *Herbosch-Kiere*).

If the issuing authority, after reconsidering the grounds, is still of the opinion that the posting declaration was correct and the host state does still not agree, the case could be brought before the Administrative Commission in order to come to an agreement and if not, eventually before the Court of Justice. This case law is now reflected in the Implementing Regulation, where a dialogue and reconciliation procedure was instituted, which must enable the appropriate institutions to come to an agreement within a reasonable period in time, not at least in the interest of the people concerned. This procedure, as already described above under Chapter 2, §1, will be conducted before the case is passed on to the Administrative Commission.

#### D. Article 16 Agreement

As mentioned above, in case one wants to extend the maximum duration of 24 months for posting to a longer period, Art. 16 provides for a solution. According to this article "two or more Member States may, by common agreement, provide for exceptions to the general conflict rules, in the interest of certain persons or certain categories of persons". Although this article is in practice most of the time used to extend the posting period, these provisions are by no means limited to this situation. As long as one has a mutual agreement, one can even deviate from all other conflict rules.

Art. 16 does not mention any reasons or circumstances that might give rise to the conclusion of such an agreement. The only condition is that it is in the interest of certain persons or categories of persons. This seems to indicate that the interest of the employer, ie the economic interests, are not a reason. The interests also appear to relate to the confirmation of the legislation to be applied, rather than the application of the legislation itself, which means the number and level of benefits. Art. 16 also offers the opportunity to remedy a situation with retroactive effect.

Örneğin belirli bir sürenin geçmesinin ardından kişinin yanlış mevzuata tabi olduğunun anlaşılması durumunda iki üye devlet durumu düzenlemek için Madde 16'yı temel alarak Antlaşmaya varabilirler. Gelecek durumlar için doğru mevzuat uygulanır ve geçmiş için de durumun değiştirilmemesi konusunda Antlaşmaya varılır. Aksi takdirde yanlış devlete ödenen yardımların ve primlerin iadesi ve doğru devlete yeni primler ödenmesi istenebilir.

#### E. Görevlendirmeye karşı diğer istihdam biçimleri

İhtilaf kuralları arasında ayırım yapmak her zaman kolay değildir. En sorunlu durumlardan biri de görevlendirme (özellikle de kendi hesabına çalışan kişiler tarafından yapılan görevlendirme) ile aynı anda iki üye devlette çalışma durumu arasındaki ilişkidir. 987/2009 sayılı Uygulama Tüzüğü'nün Madde 14 §7'si bir veya daha fazla üye devlette çalışma durumunda, görevlendirmede eşzamanlı çalışıp çalışmama durumunda belirleyici olanın çalışmanın sürekli veya geçici olma özelliği olduğunu belirtmektedir. Bu amaçla, tüm ilgili gerçeklerin, özellikle hizmet akdiyle çalışan kişinin sözleşmesinde tanımlanmış olan çalışma yerlerini de dahil ederek, genel bir değerlendirmesi yapılır. Özellikle hangi durumlarda yurtdışında geçici çalışmanın ve hangi durumlarda daha yapılandırılmış bir durumun söz konusu olduğunun tespiti gerekmektedir.

#### F. Farklı ülkelerde çalışma

Bir kişinin iki veya daha fazla devlette çalışması durumunda elbette çalışılan yer kuralı mevzuatların ihtilafıyla ilgili ortaya çıkan sorunları çözmekte yardımcı olamaz. Genel kuralı izleyecek olursak mantıken ilgili kişinin her iki devletin mevzuatına da tabi olması gerekmektedir ve bu nedenle başka bir ihtilaf kuralının uygulanması gerekmektedir. Bu tür durumlarda temel ihtilaf kuralı ikamet edilen yerin mevzuatının uygulanması olacaktır. Tabiatıyla farklı durumlar ortaya çıkabilir. Bir ya da birden fazla işveren adına iki veya daha fazla ülkede çalışan; veya iki ya da daha fazla ülkede kendi hesabına faaliyet gösteren, ya da bir devlette hizmet akdiyle, diğerinde ise kendi hesabında çalışan kişilerle karşılaştırılabilir.

#### **İki veya daha fazla devlette faaliyet gösterme**

Bir kişinin iki ya da daha fazla devlette faaliyet gösterdiği durumlarda temel ihtilaf kuralı ikamet edilen yer olacaktır. Hangi durumlarda hangi mevzuatın uygulanabilir olduğunu tespit edebilmek için iki ön soru sorulmalıdır: İlk olarak, faaliyetler bir veya birden fazla işveren için mi yürütülüyor ve ikinci olarak, faaliyetler ikamet edilen devlette mi yürütülüyor? Bu iki sorunun cevabına dayanarak uygulanabilir mevzuat belirlenebilir. Burada, bahsi geçen sistemin 883/2004 sayılı Tüzüğe göre mesleklerine bakılmaksızın tüm işçiler için uygulandığı belirtilmelidir. Eski Tüzükte yer alan ve uluslararası taşımacılık işçilerine, havayolu personeline, vb. uygulanan ayrı ihtilaf kuralı kaldırılmıştır.

In case, eg, only after a certain period it becomes clear that one was subject to the wrong legislation, two Member States may conclude an agreement on the basis of Art. 16, to regulate the situation. For the future, the correct legislation will apply and for the past, it is agreed that the situation will not be changed. Otherwise, one would have to ask back payments of the benefits and the contributions paid to the wrong country and new payments of contributions to the right country.

#### E. Posting versus other forms of employment

It is not always easy to make the distinction between several conflict rules. A very problematic situation is eg the relation between posting - in particular posting by self-employed persons - on the one hand, and the simultaneous execution of work on the territory of two Member States on the other hand. Art. 14, §7 of the Implementing Regulation 987/2009 mentions that the duration of the work in one or more Member States, and in particular whether it is permanent, ad hoc or temporary in nature, will be the deciding factor in determining the distinction between simultaneous employment in cases of posting. For these purposes, an overall assessment shall be made of all the relevant facts, in particular including, in the case of an employed person, the places of work as defined in the employment contract. One will in particular have to find out from which moment we are only dealing with occasional work abroad or when, on the other hand, it is more structured.

#### F. Working in different countries

Surely, the general conflict rule of place of work cannot help to solve the conflict of laws in case somebody is performing activities of employment in two or more states. Logically, the person concerned would be subject, following the general rule, to both states. For that reason, another conflict rule needs to be found. In such cases, the basis conflict rule will be the place of residence. Different situations might occur. One could be confronted with an employee who works in two or more countries for one or for more than one employer; or with a self-employed person who performs activities as a self-employed person in two or more states; or with a person who is working as an employee in one state and as a self-employed person in another state.

#### **Activities of employment in two or more states**

When somebody is performing activities of employment in two or more states, the basis conflict rule will be the place of residence. In order to find out which legislation is applicable in which circumstances, two preliminary questions have to be asked: in the first place, are activities performed for one or more than one employer, and secondly, are activities performed in the state of residence? On the basis of the answer to those two questions, one can determine the applicable legislation. It has to be mentioned here that this system applies under Regulation 883/2004 to all workers, regardless of their profession. Indeed, the separate conflict rule that existed under the old Regulation and that applied to international transport workers, airline staff, etchas been abolished.

Faaliyetlerini normalde iki devlette sürdüren bir kişi eşzamanlı veya sürekli olarak iki devlette de değişken faaliyetlerin yürütüldüğü durumları kapsar.

Örnek olarak,

- bir kişi bir üye devlette çalışırken, süresine ve niteliğine bakılmaksızın bir veya daha fazla üye devlette eşzamanlı ayrı bir faaliyet sürdürür;
- veya kişi farklı faaliyetlerin sıklığına, düzenliliğine veya düzensizliğine bakılmadan iki veya daha fazla devlette marjinal olmayan değişken faaliyetleri devamlı olarak sürdürür.

İlk durumda, örneğin kişi aynı anda iki hizmet akdine sahipken genelde aynı zamanda farklı üye devletlerde faaliyetler yürütmektedir. Bunun tipik bir örneği hafta içi belirli bir faaliyeti yerine getirirken hafta sonunda veya tatiller sırasında da başka bir iş yapan kişidir. İkinci durum genellikle kişinin tek bir hizmet akdine sahip olduğu ama işvereni için faaliyetleri birden fazla üye devlette gerçekleştirdiği durumları kapsar. Fakat bu son durumda ikinci devlette sürdürülen faaliyetin marjinal olması halinde kişi sanki tek bir üye devlette çalışıyormuş gibi kabul edilir ve ikinci faaliyet göz ardı edilir. Dolayısıyla kişi, iki veya daha fazla üye devlette faaliyet sürdürüyormuş gibi düşünülmez ve bu tür durumlarda genel ihtilaf kuralı olan çalışılan yer kuralı uygulanır. Şu sıralar marjinal nitelik taşıyan faaliyetlerin nasıl tanımlanacağına ilişkin tartışmalar sürmektedir. “Marjinal” teriminin zaman açısından ve ekonomik açıdan önemsiz olan faaliyeti ifade ettiğine inanılmaktadır. Bunun yüzdelerle nasıl ifade edilebileceği konusundaki tartışma devam etmektedir.

Şu anda yanıtlanması gereken ilk soru kişinin bir mi yoksa birden fazla işveren için mi çalıştığıdır.

### **Tek işveren için çalışan kişi**

Eğer kişi tek bir işveren için çalışıyorsa bir sonraki soru faaliyetlerin ikamet edilen devlette yürütülüp yürütülmediğidir. Eğer bu devlette faaliyetlerin önemli bir kısmı gerçekleştiriliyorsa bu durumda ikamet edilen devlet yetkili devlet olarak kabul edilir. Bu bakımdan 883/2004 sayılı Tüzük, ikamet edilen devlette faaliyetlerin sadece bir kısmının gerçekleşmesini yeterli kabul eden 1408/71 sayılı önceki Tüzükten farklıdır. Bu durumda ikamet edilen yerde herhangi bir faaliyet veya faaliyetlerin önemli bir kısmı ikamet edilen yerde yürütülmemektedir ve yetkili devlet işverenin bulunduğu devlettir. Bu devlet de işverenin işletmesinin veya kayıtlı ofisinin bulunduğu yerdir.

O halde sürdürülen faaliyetlerin önemli bir kısmı ifadesinden ne zaman söz edebiliriz? Artık bu kavram Tüzükte daha ayrıntılı bir biçimde tanımlanmaktadır. Önemli bir kısım demek, faaliyetlerin nicel açıdan önemli bir bölümü demektir ve bu kısmın faaliyetlerin çoğunluğunu oluşturması gerekmez (987/2009 sayılı Tüzük, Madde 14 §8). “Önemli kısım”, kişinin çalışma zamanının %25’inden fazlasını ikamet ettiği üye devlette geçirmesi ve/veya gelirin %25’inden fazlasını ikamet ettiği üye devlette kazanması anlamına gelir.

A person who normally pursues his activities in two states, covers situations where someone either simultaneously or continuously performs alternating activities in two states, ie:

- while working in one Member State, a person at the same time carries out another separate activity in one or more other Member States, irrespective of the duration or the nature of that separate activity
- or the person who continuously exercises alternating activities, excluding activities of a marginal extent, in two or more Member States, irrespective of the frequency, regularity or irregularity of the different activities.

In the first situation, a person will most often perform activities in different Member States at the same moment, while he has eg two labour contracts at the same time. A typical situation will be someone who, during the week, performs one particular activity and during the weekend or holidays performs another job. The second situation will most often cover a situation, where a person has one employment contract, but normally carries out his activities for his employer on the territory of more than one Member State. However, in this last situation, in case the activity in the second state would be marginal, one ignores this second activity as if one was only working on the territory of one Member State. The person would therefore not be considered as someone who was normally pursuing an activity in two or more Member States and in such cases, the general conflict rule of the place of work will apply. At this moment, discussions take place how to define if an activity is of a marginal extent. It is believed that "marginal" means that the activity is insignificant in time and in economic terms. Further discussion takes place if one would specify this with a certain percentage.

The first question which we now have to answer, is if the employee is working for one or more than one employer.

### **Person working for one employer**

If someone is working for one employer, the following question is whether activities are performed in the state of residence. If a substantial part of activities is fulfilled in that state, it will be the state of residence that will be considered as the competent state. In this respect, Regulation 883/2004 is different from the previous Regulation 1408/71, where it was only requested that a part of the activities was performed in the state of residence. In case, however, no activities or no substantial activities are performed in the state of residence, it will be the state of the employer which will be the competent state. This is where the place of business or registered office of the employer is situated.

But when are we speaking of the performance of substantial activities? This is now further defined in the Regulation. A substantial part is a quantitatively substantial part of all activities, without necessarily the major part of those activities (Art. 14, §8 Regulation 987/2009). In particular, "substantial" means that the person concerned carries out more than 25% of his working time in the Member State of residence and/or more than 25% of the person's remuneration is earned in the Member State of residence.

Eğer durum böyleyse kişinin faaliyetlerinin önemli bir kısmını ikamet ettiği üye devlette gerçekleştirdiği kabul edilir. Genelde en az 12 aylık bir süre içerisinde gerçekleşen çalışmanın nitelikleri incelenir. Fakat bu başka kriterlerin de hesaba katılmayacağı anlamına gelmez. Özellikle uluslararası taşımacılık sektörü için kişinin faaliyetlerinin önemli bir kısmını nerede gerçekleştirdiğini tespit etmek her zaman kolay değildir. Hollanda'da yer alan bir şirkette çalışan ve her hafta Hollanda'dan Belçika, Almanya, Avusturya ve İtalya'ya giden bir kamyon şoförünü düşünelim. Bu kişi Belçika'da yaşamaktadır. Burada çalışma zamanı önemli bir kriter olarak dikkate alınır. Bu görev çizelgesi veya yükleme gibi unsurlar kullanılarak tanımlanabilir.

İlgili kişinin faaliyetlerinin önemli bir kısmını ikamet ettiği devlette gerçekleştirmemesi durumunda işletmenin veya kayıtlı ofisin bulunduğu devlete bakılır, çünkü yetkili devlet bu devlettir. Fakat işletmenin veya kayıtlı ofisin bulunduğu yerin neresi olduğu Tüzükte tanımlanmamıştır ve bu farklı sektörlerde değişiklik gösterebilmektedir. Bu yerin, işveren kuruluşun ne zaman kurulduğu, ofiste çalışan idari personelin sayısı, müşteriyle imzalanan sözleşmelerin çoğunluğunun bulunduğu yer, işletmenin kayıtlı ofisinin ve yönetiminin bulunduğu yer, şirketin politikasını ve işlevsel meselelerini belirleyen ofisin yeri veya AB Tüzükleri tarafından düzenleyici kayıtların yönetiminden ve tutulmasından sorumlu tutulmuş olan yer gibi çeşitli kriterlere bakarak belirlenmesi öngörülmüştür.

#### *Örnek*

Belçika'da yaşayan ama Fransa'da bulunan bir işveren için haftanın dört günü Fransa'da, bir günü Belçika'da çalışan bir kişi düşünelim. Kişi faaliyetlerinin önemli bir kısmını ikamet ettiği devlet olan Belçika'da yürütmüyor. Belçika'da toplam çalışma zamanının %25'inden daha az (%20 oranında) çalışıyor. Yukarıda bahsi geçen kurallara göre işletmenin veya şirketin kayıtlı ofisinin bulunduğu yer olan Fransa'nın yetkili devlet olması gerekmektedir. Eğer ilgili kişi Fransa'da üç gün, Belçika'da da iki gün çalışıyor olsaydı faaliyetlerinin önemli bir kısmını ikamet ettiği devlette yürüttüğü söylenebilirdi ve bu durumda yetkili devlet Belçika olurdu.

### **Birden fazla işveren için farklı devletlerde yürütülen faaliyetler**

Kişinin birden fazla işveren için birden fazla üye devlette çalışması durumunda, kişinin faaliyetlerinin önemli bir kısmını ikamet ettiği devlette sürdürüp sürdürmediğine bakılmaksızın yetkili devlet ikamet edilen devlet olarak belirlenir.

#### *Örnek*

Kişi İngiltere'de ve Almanya'da bulunan iki ayrı işveren için Belçika'da ve Hollanda'da çalışıyor. Bu kişinin farklı işverenler için farklı devletlerde çalışması nedeniyle ikamet edilen devlet olan Fransa yetkili devlettir. Farklı bir örnekte kişi İtalya'da ikamet ediyor ve haftanın bir günü bir işveren için İtalya'da, dört günü de başka bir işveren için Almanya'da çalışıyor olsun. Bu örnekte kişi birden fazla işveren için çalıştığından yetkili devlet İtalya olacaktır. Dolayısıyla Almanya'da bulunan diğer işverenin çalışmanı için İtalyan mevzuatına uygun olarak İtalya'da prim ödemesi gerekmektedir.

If this is the case, one considers that one is performing a substantial part of activities in the Member State of residence. In general, one will look at the work patterns over a time frame of at least 12 months. There is, however, a possibility that also other criteria would be taken into account. It could be mentioned here that especially for the international transport sector, it is not always easy to define where someone is performing his substantial activities. Imagine eg the case where a truck driver works for a company based in the Netherlands and weekly drives from the Netherlands through Belgium, Germany and Austria to Italy. He lives in Belgium. The idea is that one would in particular look at the working time as an important criterion. This might be defined by using elements as duty rosters or loading, etc.

If the person concerned would not perform substantial activities in the state of residence, one will have to look at the state where the place of business or registered office is situated, as this will be the competent state. What is to be considered as the place of business or registered office, is, however, not defined in the Regulation and might also be different between different sectors. It is proposed that this place will be determined by several criteria as the length of time established, the number of administrative staff working in the office, the place where the majority of contracts with the client is concluded, the place where the undertaking has its registered office and administration, the office that dictates the company's policy and operational matters or the place indicated by EU Regulations as responsible for managing and maintaining regulatory records.

#### *Example*

Imagine the case of a person living in Belgium, but working four days in France and one day in Belgium for an employer who is based in France. The person is not performing a substantial part of his activities in Belgium, his country of residence. Indeed, he is only working less than 25%, ie 20% of his time in Belgium. According to the above mentioned rules, France will be the competent state, as the place of business or registered office of the company is situated there. If the person concerned would, however, work three days a week in France and two days a week in Belgium, it can be said that he performs a substantial part of his activities in the state of residence and therefore Belgium will be the competent state.

#### **Activities for more than one employer in different states**

In case someone is working in more than one Member State for more than one employer, the state of residence will be the competent state, regardless the fact if substantial activities are performed in this state or not.

#### *Example*

A person works in Belgium and in the Netherlands for a UK and a German employer. The person lives in France. As the person is working for different employers in different states, France, the place of residence, will be the competent state. Or a person lives in Italy and works one day a week for one employer in Italy and four days a week for another employer in Germany. As he is working for several employers, the competent state will be Italy. The other employer, based in Germany, will therefore have to pay contributions in Italy for his employee, according to the Italian legislation.

## **Üçüncü ülkede bulunan bir işveren adına farklı işverenler için faaliyet yürütülmesi ve ikamet edilen üye devlette önemli bir faaliyette bulunulmaması durumu**

883/2004 sayılı Tüzük üçüncü ülkelerde bulunan işverenler için bir ihtilaf kuralı sağlamaktadır. Böyle bir durumda ikamet edilen yerin mevzuatı uygulanır. Genel ihtilaf kuralına göre kişi yalnızca önemli faaliyetler sürdürmesi halinde ikamet ettiği yerin mevzuatına tabi tutulur. Burada durum böyle olmadığı için normalde işverenin bulunduğu yerin mevzuatının uygulanması gerekir. Fakat Tüzük üçüncü ülkenin mevzuatını uygulanabilir mevzuat olarak belirleyemeyeceği için ikamet edilen devletin mevzuatını uygulanabilir kılan duruma özel bir kuralın belirlenmesi gerekmiştir.

### *Örnek*

Kişi İngiltere'de yaşıyor ve işvereni de ABD'de bulunuyor. Haftanın bir günü Almanya'da, üç günü ise Belçika'da çalışıyor. Aynı zamanda ayın beş günü de ABD'de çalışıyor. Almanya'da ve Belçika'da yürüttüğü faaliyetler için yetkili devlet ikamet ettiği yer olan İngiltere olacaktır. Elbette Avrupa hukuku kişinin ABD'de yürüttüğü faaliyetler için ne olacağını belirleyemez.

## **Farklı devletlerde kendi hesabına faaliyet yürütme**

İki veya daha fazla devlette kişi kendi hesabına faaliyet yürütüyorsa, faaliyetlerinin önemli bir kısmını burada gerçekleştirmesi durumunda yetkili devlet ikamet edilen devlet olur. Buradaki kural iki veya daha fazla devlette faaliyet gösteren bir kişiye uygulanan kural ile büyük benzerlik göstermektedir. Burada da kişinin faaliyetlerinin önemli bir kısmını nerede yürüttüğünün tespiti için faaliyet yoğunluğu gerektirmeyen nicel kriterler belirlenmiştir. Belirleyici kriterler elde edilen ciro, çalışma zamanı, gerçekleştirilen hizmetlerin sayısı ve/veya gelirdir (987/2009 sayılı Uygulama Tüzüğü, Madde 14, §8). Genel değerlendirme çerçevesinde, bu kriterlere ilişkin olarak görülen %25'ten az oranlar ilgili üye devlette faaliyetlerin önemli bir kısmının yürütülmediğinin göstergesidir.

### *Örnek*

Kişi aynı zamanda ikamet ettiği Belçika'da tuğla örme ustası olarak çalışıyor. Hafta sonları Hollanda'da bir restoranda zaman zaman kendi hesabına çalışıyor. Faaliyetlerin önemli bir kısmı ikamet edilen yerde yürütüldüğü için yetkili devlet Belçika'dır.

Fakat eğer faaliyetlerin önemli bir kısmı ikamet edilen yerde gerçekleştirilmiyorsa kişinin çıkar odağının bulunduğu devletin mevzuatı uygulanabilir hale gelir (883/2004 sayılı Tüzük, Madde 13, §2). Çıkar odağı kişinin işinin sürekli ve sabit olduğu yer, sürdürülen faaliyetlerin mutlak nitelikleri veya süreleri, yerine getirilen hizmetlerin sayısı ve tüm durumlar ışığında ortaya çıkan kişinin niyeti gibi kişinin mesleki faaliyetlerinin tüm yönleri göz önünde tutularak belirlenir.



### **Activities for different employers on behalf of an employer established in a third country and no substantial activities in the Member State of residence**

The Regulation 883/2004 provides for a conflict rule in case the employer is based in a third State. In such case, the state of residence will be the applicable legislation. Following the general conflict rule, one would be subject to the place of residence only in case one would carry out substantial activities there. As this is not the case, the legislation where the employer is established should normally apply. However, as the Regulation cannot designate the legislation of a third country as applicable, a specific rule had to be adopted according to which the legislation of the state of residence is applicable.

#### *Example*

A person lives in the UK and his employer is established in the United States. He works one day a week in Germany and three days a week in Belgium. He also works five days a month in the US. For the activities he performs in Germany in Belgium, the competent state will be the place of residence, which is the United Kingdom. Of course, European law cannot indicate what happens with the activities one performs in the US.

### **Only activities of self-employment in different states**

When activities as a self-employed are exercised in two or more states, the state of residence will be the competent state, in case a substantial part of activities is fulfilled in this state. The rule here is very similar to the one we know for activities as an employee in two or more states. Here also, for determining where someone performs his substantial activities, a quantitative criterion has been chosen, without this necessarily being the major part of the activities. Indicative criteria are the turnover, the working time, the number of service rendered and/or the income (Art. 14, §8 Implementing Regulation 987/2009). In the framework of an overall assessment, a share of less than 25% in respect of these criteria shall be an indicator that no substantial part of the activities is pursued in the relevant Member State.

#### *Example*

A person performs activities as a bricklayer in Belgium, where he also resides. During the weekend, from time to time he works as a self-employed in a restaurant in the Netherlands. As substantial activities are performed in his place of residence, Belgium will be the competent state.

In case no substantial activities are however, performed in the state of residence, it will be the state where someone has his centre of interest that will become applicable (Art. 13, §2 Regulation 883/2004). The centre of interest shall be determined by taking account of all the aspects of that person's occupational activities, notably where the person's fixed and permanent place of business is located, the habitual nature or the duration of the activities pursued, the number of services rendered and the intention of the person concerned as revealed by all the circumstances.

### *Örnek*

Kişi Almanya'da ve Lüksemburg'da kendi hesabına faaliyetler yürütüyor. Bu devletlerde sürekli ve kalıcı bir konuma sahip değil. Fransa'da yaşıyor. Hizmetlerin pek çoğu şu anda yatırım yaptığı Almanya'da veriliyor ve ileride Almanya'yı da çıkar odağı haline getirmek istiyor. Bu durumda yetkili devlet Almanya olur.

Kayda geçmesi açısından burada hizmet akdiyle çalışanlardan farklı olarak ihtilaf kuralının kişinin ikinci devlette marjinal faaliyetler yürütmesi halinde uygulanamayacağını belirtmemizde fayda var. Dolayısıyla netice şu olacaktır: Kişi başka bir devlette kendi hesabına çok küçük bir faaliyet yürütüyor olsa bile eşzamanlı çalışma ile alakalı kurallar uygulanır.

### **İki veya daha fazla üye devlette eşzamanlı olarak hizmet akdi altında ve kendi hesabına faaliyet yürütme**

Kişi normalde farklı üye devletlerde hizmet akdi altında ve kendi hesabına faaliyetler yürütüyorsa hizmet akdi ile çalıştığı üye devletin mevzuatına tabi olur (883/2004 sayılı Tüzük, Madde 13, §3). Dolayısıyla faaliyetlerin hizmet akdi altında yürütüldüğü devlet, kişinin kendi hesabına çalıştığı devletten öncelikli konumdadır. Hizmet akdi altında yürütülen faaliyetlerin, kişinin kendi hesabına yürüttüğü faaliyetleri tamamlayıcı nitelikte olmasının önemi yoktur.

### *Örnek*

A üye devletinde dükkân sahibi olan, kendi hesabına çalışan bir kişi hafta sonları B üye devletinde hizmet akdiyle çalışıyor. Bu durumda kişi B üye devletin mevzuatına tabi olur.

### *Example*

A person performs activities as a self-employed person in Germany and Luxembourg. He has no permanent and fixed premises in these states. He lives in France. Most of the services are rendered in Germany, where he is investing for the moment and he also has plans to make Germany his centre of interest. In such case, the competent state will be Germany.

For the record, we just want to mention here that, contrary to what we have seen for employees, the conflict rule does not mention the non-application of this rule in case one performs marginal activities in a second state. The conclusion would therefore be that, even when someone just takes up a very small activity as self-employed in another state, the rules on simultaneous employment will apply.

### **Simultaneously employed and self-employed activities in two or more Member States**

In case a person normally pursues an activity as an employed person and as a self-employed person in different Member States, he or she will be subject to the legislation of the Member State in which he pursues an activity as an employed person (Art. 13, §3 Regulation 883/2004). The state where activities as employee are fulfilled has therefore priority over the place where someone is working as self-employed. That the activities as employee are only subsidiary to the main activities as self-employed, is not important.

### *Example*

A self-employed person, who owns a shop in a Member State A and works as an employee in a Member State B during the weekend, will be subject to the legislation of Member State B.

## Bölüm 6. Temel Koordinasyon İlkeleri

### I. Eşit Muamele

#### A. Geçmiş ve amaç

Üye devlet vatandaşlarına eşit muamelede bulunma ilkesi, AB oluşumunun temel ilkesidir. Bu ilke “*Antlaşmaların uygulanması kapsamında*” uyruğa dayalı bütün ayrımcılıkların ortadan kaldırılmasını gerektirmektedir (TFEU Madde 18) . Bunun bir sonucu olarak, TFEU’nun 45. Maddesi’ne göre; sosyal güvenlik koordinasyonu alanında *işçilerin serbest dolaşımı, istihdam, ücretlendirme ve diğer çalışma ve istihdam koşulları konusunda üye devletlerin işçileri arasında uyruğa dayalı her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını gerektirir*. Bu nedenle, eşit muamele ilkesinin koordinasyon Tüzüklerinin en temel ilkesi olarak karşımıza çıkmasının şaşırtıcı bir yanı yoktur. 1408/71 sayılı tüzüğün 3(1).maddesinde, “*Bu tüzüğün özel hükümlerine bağlı olarak, tüzüğün uygulandığı üye devletlerden birinin sınırları içerisinde ikamet eden kişiler, o ülkenin mevzuatına tabi olarak o ülkenin vatandaşlarıyla aynı haklara sahiptir ve aynı yükümlülükleri taşır.*” ibaresi yer almaktadır. 883/2004 sayılı Tüzüğün 4. maddesindeki ibare ise şu şekilde kısaltılmış ve sadeleştirilmiştir: “*Bu Tüzük tarafından aksi ispatlanmadığı sürece, Tüzüğün uygulama kapsamına giren kişiler bir üye devletin mevzuatına tabi olarak o üye devletin vatandaşlarıyla aynı haklara sahiptir ve aynı yükümlülükleri taşır.*”

Bu ilkenin amacı Adalet Divanı tarafından şöyle vurgulanmıştır: Amaç, TFEU’nun 45. Maddesi uyarınca, üye devletlerin ulusal mevzuatlarından kaynaklanan her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırarak, bu tüzüğün uygulandığı kişilere uyruğa farkı gözetilmeksizin sosyal güvenlik meselelerinde eşit muamele sağlamaktır (124/99 sayılı *Borawitz Davası*).

Bir üye devletin vatandaşları ile diğer üye devletlerin vatandaşlarına sosyal güvenlik alanında eşit muamele sağlama ilkesinin uygulanması karışık bir konudur. Aslında, Adalet Divanı gerçek ve hukuki bağlamda, ayrımcılıkların ortadan kaldırılmasını garanti altına almak için koordinasyon tüzüğünden ziyade AB’nin hukuki araçlarına başvurabilir. Tüzükte boşluklar olduğunda başvurulan yöntem budur. Örneğin, AAD TFEU’nun 18. Maddesine dayanarak, bir grup sağlık personelinin, ulusal sosyal güvenlik sistemine bağlı olan yerleşik kişilere uyguladıkları sağlık hizmeti ücretleri ve analık bakımı ücretlerinden daha yüksek fiyatlarla Avrupa Komisyonu personeline hizmet vermesinin uyruğa dayalı ayrımcılık teşkil ettiğine dair bir karar vermiştir (C-411/98 sayılı *Ferlini Davası*). AAD, AB’de göçmen bir işçinin sosyal güvenlik yardımlarına hak kazanıp kazanamayacağına ilişkin bir davada, bir üye devletin yetkili sosyal güvenlik kurumlarının ve mahkemelerinin başka üye devletlerin yetkili kurumlarınca verilen kişisel statülerle ilgili benzeşen belgeleri ve sertifikaları kabul etmesi gerektiğine karar verirken de TFEU’nun 45. Maddesine başvurabilir (C-336/94 sayılı *Dafeki Davası*).

## Chapter 6. The fundamental principles of coordination

### I. Equality of treatment

#### A. Background and objective

The principle of equality of treatment between nationals of Member States is the core principle of the EU construction. It entails the abolition of any discrimination based on nationality “*within the scope of application of the Treaties*” (Article 18 TFEU). As a consequence, in the area of social security coordination, Article 45 TFEU provides that freedom of movement for workers “*shall entail the abolition of any discrimination based on nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration and other conditions of work and employment*”.

Therefore, it is not surprising to find out that the principle of equality of treatment is the most fundamental principle of the coordination regulations. Whereas Article 3(1) of Regulation 1408/71 stated that “*subject to the special provisions of this Regulation, persons resident in the territory of one of the Member States to whom this Regulation applies shall be subject to the same obligations and enjoy the same benefits under the legislation of any Member State as the nationals of that State*”, the wording of Article 4 of Regulation 883/2004 has been shortened and simplified: “*Unless otherwise provided for by this Regulation, persons to whom this Regulation applies shall enjoy the same benefits and be subject to the same obligations under the legislation of any Member State as the nationals thereof*”.

The objective of this principle has been highlighted by the Court of Justice: it is to ensure, in accordance with Article 45 TFEU, equal treatment in matters of social security, without distinction based on nationality, for the persons to whom that regulation applies by abolishing all discrimination in that regard deriving from the national legislation of the Member States (Case C-124/99, *Borawitz*).

The application in the area of social security of the principle of equality of treatment between nationals of a Member State and nationals from other Member States is complex. Indeed, depending on the factual and legal context, the Court of Justice may refer to EU legal instruments other than the coordination Regulation in order to guarantee the absence of discrimination. It is usually the case when there are gaps in the Regulation. For instance, the ECJ ruled on the ground of Article 18 TFEU that *the application by a group of healthcare providers to EC staff members of fees for medical and hospital maternity care which are higher than those applicable to residents affiliated to the national social security scheme constitutes discrimination on the ground of nationality* (Case C-411/98, *Ferlini*). The ECJ may also refer to Article 45 TFEU, for example in a case where it ruled that *in proceedings for determining the entitlements to social security benefits of an EU migrant worker, the competent social security institutions and the courts of a Member State must accept certificates and analogous documents relative to personal status issued by the competent authorities of the other Member States* (Case C-336/94, *Dafeki*).

Ancak bazen, Tüzükteki eşit muamele ilkesinin uygulanabileceği bir durum olsa bile, bir davayı karara bağlarken hukuki dayanak olarak Antlaşma kullanılabilir. Örneğin, Adalet Divanı, 1612/68 sayılı tüzüğün 7(2). Maddesinde belirtilen sosyal avantaj kavramına dayanarak muamele eşitliği ilkesinin bir sosyal güvenlik yardımı konusunda uygulanmasına müsaade etmektedir<sup>16</sup>.

Her halükarda koordinasyon tüzüğünde belirtildiği şekliyle eşit muamele ilkesi, Antlaşmanın yetkisinde kalmaktadır. Muamele eşitliği ilkesi koordinasyon tüzüğündeki haliyle istisnalara mahal verdiği için bunu bilmek önemlidir. Aslında 883/2004 sayılı tüzüğün 4. maddesine göre, bu ilke “*Tüzük tarafından aksi ispat edilmedikçe*” uygulanabilmektedir. Muamele eşitliği ilkesi AB’nin ve sosyal güvenlik koordinasyonunun temel bir ilkesi olduğu için, istisnaları da katı bir şekilde ve Antlaşmaya uygun olarak yorumlanmalıdır. Bu sebeple, ünlü bir davada, AAD, “*Fransız mevzuatına tabi olan bir işçinin, Fransa dışında başka bir üye devlette ikamet eden aile fertleri olması sebebiyle, bu aile fertlerinin ikamet ettiği ülkenin mevzuatınca verilen aile ödeneklerini alma hakkı vardır*” ibaresiyle Fransa’ya özel bir muamele getiren 1408/71 sayılı tüzüğün 73(2). Maddesinin, Antlaşmanın 48. Maddesinde [TFEU 45] bahsedilen eşit muamele ilkesine ters düştüğüne, dolayısıyla da geçersiz sayıldığına karar vermiştir (41/84 sayılı *Pinna* Davası).

## B. Çerçeve

### 1. *Faydalanıcılar*

883/2004 sayılı Tüzüğün kapsamındaki bütün AB vatandaşları eşit muamele ilkesi kapsamında korunur. Bu ilke, koordinasyon kuralları ve serbest dolaşımdan yararlı etki sağlayabilmek için mümkün olduğunca geniş bir şekilde yorumlanır.

Ancak, bu ilkenin uygulama çerçevesi dikkatli bir şekilde tasarlanmalıdır. Öyle ki, bu ilkenin ilgili olmadığı ve bireyler tarafından sosyal güvenlik hakkı talep etmek amacıyla başvurulmadığı durumlar vardır. Özellikle;

---

<sup>16</sup> Örnekler için Bölüm 2’ye bakınız.

Sometimes though, the Treaty is used as a legal ground to rule a case even if the principle of equality of treatment set out in the Regulation could have been applicable. For instance, the Court of Justice allows the application of the principle of equality of treatment to a social security benefit through the concept of social advantage laid down in Article 7(2) of Regulation 1612/68<sup>16</sup>.

*In any case, the principle of equality of treatment such as set out in the coordination Regulation remains under the authority of the Treaty. This remark is important since the principle of equality of treatment, such as drafted in the coordination regulation, allows for exceptions. Indeed, according to Article 4 of Regulation 883/2004, it is applicable “unless otherwise provided for by this Regulation”. Since the principle of equality of treatment is a fundamental principle of the EU and of the social security coordination, its exceptions must be interpreted strictly and in conformity with the Treaty. This is why, in a famous case, the Court of Justice considered that Article 73(2) of Regulation 1408/71, which arranged a specific treatment for France by providing that “ a worker subject to French legislation shall be entitled, in respect of members of his family residing in the territory of a Member State other than France, to the family allowances provided for by the legislation of the Member State in whose territory the members of the family reside”, was contrary to the principle of equality of treatment laid down by Article 48 of the Treaty [45 TFEU] and therefore was invalid (Case 41/84, Pinna).*

## B. Framework

### 1. Beneficiaries

All EU citizens falling within the scope of Regulation 883/2004 are protected by the principle of equality of treatment. This principle is interpreted as broadly as possible in order to ensure the useful effect of rules of coordination and of freedom of movement.

However, its framework of application needs to be carefully designed. Indeed, there are situations in which this principle is not relevant and cannot be invoked by individuals to claim social security rights. In particular:

---

<sup>16</sup> See Chapter 2 for examples.

- Tamamen iç hukuku ilgilendiren durumlarda (durumu en az iki üye ülkeye bağlayan yabancılık unsurları olmaksızın), 4. madde uygulanmaz<sup>17</sup>. Örneğin, sadece İtalya'da çalışmış ve bu ülkede ikamet etmiş bir İtalyan, diğer üye devletlerin vatandaşlarının İtalyan mevzuatınca kendisinden daha iyi muamele gördüğünü ileri sürse bile muamele eşitliği ilkesinin uygulanmasını talep edemez<sup>18</sup>. Aslına bakılırsa, herhangi bir vatandaş kendi ülkesinde uyruğa dayalı ayrımcılık mağduru olduğunu iddia edemez. Bu durumda, serbest dolaşım hakkının önünde ayrımcı olmayan bir engel bulunduğunu söylemek zorunda kalacaktır<sup>19</sup>: böyle bir durum TFEU'nun 45. Maddesine ters düşer<sup>20</sup>;
- Daha genel olarak, ayrımcılık yapmama ilkesi, sosyal güvenlik yardımı alma hakkı olan bir kişinin koordinasyon tüzüğü kapsamına girmediği (C-105/89 sayılı Dava, Buhari Haji [1990]: kişi İngiliz vatandaşıdır ve yardım talebinde bulunduğu İngiltere Avrupa Topluluğu'na üye değildir, ancak İngiliz vatandaşlığından çıktıktan sonra üye olmuştur (söz konusu kişi 1960'da Nijerya'nın bağımsızlığını ilan etmesinin ardından Nijerya vatandaşlığına geçmiştir) ve maddesel kapsamda bulunmayan bir yardım talep ettiği durumlarda uygulanmaz. Talebin, başka temellere değil, uyruğa dayalı bir ayrımcılık yapıldığına dair bir iddiaya dayanması gerekir. Örneğin, Madde 4, eşler arasında muamele eşitliğini sağlamak amacını gütmemektedir (C-144/96 sayılı *Cirotti* Davası). AB hukuku sosyal güvenlik alanındaki uyruğa dayalı ayrımcılık dışındaki ayrımcılık türleriyle mücadele etmektedir ancak bu durumda doğru hukuki araca başvurulması gerekir<sup>21</sup>;
- Diğer üye devletlerin vatandaşları, yardımı ya da avantajı sağlayan devletin vatandaşlarıyla eşit muamele gördüğü sürece, eşit muamele prensibi üye devletlerin sosyal güvenlik programlarına hak kazanma koşullarını ya da yardım miktarını belirleme hakkını etkilemez. Yeni uygulanabilir mevzuat daha önce tabi olunan mevzuattan daha az avantaj sağlıyor olduğu için, bir kimse bir üye devletin sınırları dışına çıkıp dolaşım haline geçerek sosyal güvenlik haklarını kaybetse bile, esasında bir koordinasyon mekanizmasının doğal sonucu olan bu duruma karşı koymak için muamele eşitliği ilkesine başvuramaz. Başka bir deyişle, muamele eşitsizliği, uygulanabilir mevzuatı değiştirerek yardım seviyelerinin korunacağı anlamına gelmez. Muamele eşitsizliği ilkesi ulusal mevzuatlar arasındaki farklılıklardan kaynaklanan olumsuz sonuçlara karşı koruma sağlamaz.

<sup>17</sup> Tamamen dahili durumlar kavramı ve sonuçlarıyla ilgili olarak 2. Bölüm'e bakınız.

<sup>18</sup> Bu durum "tersine ayrımcılık" kapsamına girer: Bkz Bölüm 2.

<sup>19</sup> Bkz Bölüm 2

<sup>20</sup> Bkz Bölüm 2.

<sup>21</sup> Eğer iddia edilen ayrımcılık toplumsal cinsiyetle ilgili ise, o zaman sosyal güvenlik meselelerinde kadın-erkek arasında eşit muamele ilkesinin aşamalı uygulamasıyla ilgili 19 Aralık 1978 tarihli 79/7/AET Konsey Direktifi uygulanabilir (Bkz Bölüm ...).



- where situations are purely internal (without elements of extraneity connecting it to at least two Member States), Article 4 does not apply<sup>17</sup>. For instance, an Italian person who has worked only in Italy and has resided in this country cannot require the application of the principle of equality of treatment, even if he could argue that citizens from other Member States receive a better treatment by the Italian legislation than he does<sup>18</sup>. Indeed, a national cannot claim to be a victim of a discrimination on the grounds of nationality in his own State. In this situation, he would have to argue that he is subject to a non-discriminatory obstacle to his freedom of movement<sup>19</sup>: such a situation is contrary to Article 45 TFEU<sup>20</sup>;
  
- more generally, the principle of non-discrimination does not apply to a situation where the person entitled to a social security benefit does not fall within the scope of the Regulation coordination (Case C-105/89, Buhari Haji: the person was a national of a State (UK) which was not at the time of the claim of the benefit a member of the European Community and became a member only after the person ceased to be a national of it (in 1960, he became Nigerian after the independence of this country) or claims a benefit which is not in its material field. It is also necessary to check that the request is actually based on an alleged discrimination on the grounds of nationality, and not on other grounds. For example, Article 4 is not intended to establish equality of treatment between spouses (Case C-144/96, Cirotti). Some forms of discrimination other than on the grounds of nationality in the area of social security are combated by EU law, but in this case, the right legal instrument must be invoked<sup>21</sup>;
  
- *the principle of equal treatment does not affect the right for Member States to determine the conditions of affiliations to their social security schemes or to set the amount of benefits, as long as nationals from other Member States are treated in the same way as nationals from the State providing the benefit or the advantage. Even if, by being mobile and crossing the border of a Member State, an individual loses social security rights because the new applicable legislation (through the rules of conflict of the Regulation) is less favourable than the one he was subject to before, the principle of equality of treatment cannot be invoked to challenge this situation which is, in fact, the natural consequence of a mechanism of coordination. In other words, inequality of treatment does not imply that by changing of applicable legislation, the level of benefits must be maintained. The inequality of treatment principle does not preserve from negative consequences due to differences between national legislations.*

---

<sup>17</sup> On the concept and the consequences of purely internal situations, see Chapter 2.

<sup>18</sup> This situation refers to « reverse discriminations » : see Chapter 2.

<sup>19</sup> See Chapter 2.

<sup>20</sup> See Chapter 2.

<sup>21</sup> If the alleged discrimination concerns a matter of gender, then Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security could be applicable (see Chapter ...).

Genel olarak, Adalet Divanı eşit muamele ilkesini geniş bir şekilde yorumlamaktadır. Bu kavram özellikle de işçileri ve bir üçüncü devletin vatandaşı olsalar bile işçilerin aile fertlerini kapsamaktadır. Aslında işçilerin serbest dolaşımı, serbest dolaşımdan kaynaklanabilecek kötü sonuçlardan kaçınmak için ev sahibi ülkede entegre olma hakkını beraberinde getirmektedir (C-308/93 sayılı *Buhari-Haji Davası*). Bu sebeple, uyruk ölçütü aile fertleri için geçersizdir.

Aynı zamanda, 859/2003 sayılı tüzüğün koordinasyon kurallarını üçüncü ülke vatandaşları için geçerli kılmasıyla birlikte<sup>22</sup>, muamele eşitliği ilkesi sadece AB vatandaşlarını değil, koordinasyon kurallarına tabi olan bütün bireyleri kapsar hale getirilmiştir. Ancak muamele eşit muamele ilkesinin kapsamının genişletilmesinin sonuçları açık bir şekilde değerlendirilmelidir. Aslında bu durum, üçüncü ülke vatandaşlarının bütün koşullarda uyruğa dayalı ayrımcılık yapılmaması ilkesine tabi oldukları anlamına da gelmemektedir: Söz konusu ilke yalnızca, bir üye devletin sınırları içerisinde yasal olarak ikamet eden ve her anlamda tek bir üye devletin sınırları içerisinde sıkışıp kalmayan kişileri kapsar (0000/2010 sayılı Tüzük, Madde 1). Örneğin, Kanada'dan Finlandiya'ya taşınan bir Kanada vatandaşı, AB sınırları içerisinde bir yabancılık unsuru söz konusu olmadığı için tüzüğün kişisel kapsamına girmez (benzeşmesi açısından bkz. C-85/99 sayılı *Khalil Davası*). Bu nedenle, söz konusu vatandaş Finlandiya mevzuatından ayrımcılık yapmama ilkesinin uygulanmasını talep edemeyecektir. Aynı Kanada vatandaşı Finlandiya'da çalışmak ve İsveç'te ikamet etmek üzere Kanada'dan ayrılırsa, durum artık tamamen iç hukuk meselesi olmaktan çıkar: Kişi AB vatandaşıymış gibi ayrımcılık yapmama ilkesi bütünüyle uygulanır. Bu noktada yabancılık koşulunun yerine getirilmesi daha kolay olur. Örneğin, bir üçüncü ülke vatandaşı, geçmişte bir üye devlette çalışıp ikamet etmiş ve ardından da başka bir üye devlette çalışıp ikamet etmeye gitmeden önce üçüncü ülkeye geri dönmüş ise, muamele eşitliği ilkesinden yararlanabilir. Başka bir deyişle, iki üye devlet arasında bir bağlantı kurulabildiği sürece, iki üye devlet arasında doğrudan dolaşımın olmaması durumu geçersizdir. AB içerisinde dolaşım hedefi de bu durumda ilgisiz kalır: Bunun mesleki veya kişisel nedenleri olabilir.

## 2. Bölgesel Kapsam

Muamele eşitliği konusunda 1408/71 sayılı Tüzük ile 883/2004 sayılı Tüzük arasındaki en önemli fark bölgesel kapsamdır. Öyle ki eski tüzüğe göre muamele eşitliği "*bir üye devletin topraklarında ikamet eden kişilere*" uygulanırken, yeni Tüzükte böyle bir koşula yer verilmemektedir.

Yeni Tüzükteki değişikliği gösteren somut bir örnekle devam edelim: A üye devletinde, ülkenin kendi sosyal güvenlik sisteminin sağladığı emeklilik aylıklarının, emekli kişi dünya üzerindeki başka bir ülkede ikamet etse bile verilmesi mümkünse; yeniden şekillendirilmiş eşit muamele ilkesi, A üye devletinin ödediği emeklilik aylığını alan bütün AB vatandaşlarının dünyanın her yerinde ihraç etme hakkını kullanabileceği anlamına gelir.

---

<sup>22</sup> Bölüm 13'e bakınız.

*On the whole, the Court of Justice has promoted a broad interpretation of the principle of equality of treatment. In particular, it covers workers as well as their family members even if they are citizens from third States. Indeed, freedom of movement for workers entails the right of integration into the host State in order to avoid the adverse consequences for freedom of movement which would otherwise arise (Case C-308/93, *Buhari-Haji*). Therefore, the criterion of nationality is irrelevant for family members.*

*Also, with the extension of coordination rules to third country citizens by Regulation 859/2003<sup>22</sup>, the principle of equality of treatment now covers not only EU citizens but all individuals subject to the coordination rules. The consequences of this extension as regards the principle of equality of treatment must however be clearly defined. Indeed, it does not mean that third country citizens are subject to the principle of non-discrimination on the grounds of nationality in all circumstances: it only covers individuals who are legally resident in the territory of a Member State and who are in a situation which is not confined in all respects within a single Member State (Regulation 0000/2010, Article 1). For instance, a Canadian national who moves from Canada to Finland does not fall within the personal scope of the regulation since there is no element of extraneity within the EU (see, by analogy, Case C-85/99, *Khali*). Therefore, he will not be able to claim the application of the principle of non-discrimination against the Finnish legislation. If the same Canadian citizen was moving to Finland where he would work and would set his residence in Sweden, the situation would no longer be purely internal: the principle of non-discrimination would fully apply as if he were an EU citizen. The condition of extraneity is therefore rather easy to fulfill. For example, a third country citizen would take advantage of the principle of equality of treatment if, in the past, he used to work and reside in a Member State, then returned to the third State before going back to work or to reside in another Member State. In other words, the fact that there is no direct or immediate mobility between two Member States is not relevant, as long as a connection with two Member States can be established. The goal of the mobility within the EU is also indifferent: it can be motivated by professional or personal reasons.*

## *2. Territorial scope*

As regards equality of treatment, the territorial scope is the major change between Regulation 1408/71 and Regulation 883/2004. Indeed, whereas the old Regulation applied it to “*persons resident in the territory of one of the Member States*”, this condition is no longer required by the new Regulation.

Let us take a concrete example which shows the improvement of the new Regulation: if Member State A provides that the old-age pensions granted by its social security scheme must be paid even if the pensioner resides in any other country in the world, the reshaped principle of equality of treatment implies that any EU citizens receiving an old-age pension paid by Member State A can take advantage of this right of exportation throughout the world.

---

<sup>22</sup> See Chapter XIII.

Muamele eşitliği ilkesinin bu şekilde sınırlar ötesinde uygulanmasına, Adalet Divanı'ndaki birçok davada rastlanmıştır. Bir davada Divan, bir şirkette çalışan bir Belçika vatandaşının sigortasının, işçi geçici olarak Nijerya'da çalışırken Fransız sosyal güvenlik sisteminde yapılmasına karar vermiştir (237/83 sayılı *Prodest Davası*).

### C. Ayrımcılık Kavramı

Adalet Divanı'nın içtihadına göre; iki türlü yasaklanmış ayrımcılık vardır: doğrudan (açık) ayrımcılık ve dolaylı (gizli) ayrımcılık.

#### 1. Doğrudan ayrımcılık

Doğrudan ayrımcılık en belirgin olan ayrımcılık türüdür. Bu türden ayrımcılıklara aslında, bir hak, yardım ya da avantaj sağlarken açık bir şekilde uyruk ölçütünün kullanıldığı ulusal mevzuat ya da uygulamalarda rastlanır. Böyle durumlarda, üye devlet herhangi bir avantajdan faydalanma hakkının yalnızca vatandaşlara ait olduğunu belirtir. Daha 20 yıl önce, ulusal sosyal güvenlik mevzuatlarında, özellikle de gelir testi yapılarak verilen yardımlarda ve primsiz yardımlarda “uyruk ibaresi” bulmak mümkündü. Burada amaç, ulusal dayanışma kaynağını vatandaşlara saklamaktı. Uyruk ibareleri yavaş yavaş ulusal yasalardan çıkarıldı. Bunda, koordinasyon kurallarının baskısının olmasının yanı sıra, bu tür ibarelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ters düşmesi de etkili olmuştur (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 17371/90 sayılı *Gaygusuz Davası*).

Adalet Divanı'nda görülen doğrudan ayrımcılık davalarının sayısı azdır: Bu durumlarda AB yasasının ihlali o kadar açıktır ki Divan'ın müdahalesi gerekmez. Bir avantajdan yararlanabilmek için uyruk koşulu getirilmişse, dava daha ziyade koordinasyon Tüzüğü'nün kişisel veya maddesel kapsamı yorumlanarak ele alınır. Öyle ki Belçika mevzuatına ilişkin yeni bir dava örnek teşkil edebilir. Bu davada, uyruk koşulunun açık bir şekilde getirilmesine rağmen, karşımıza farklı şekillerde de çıkabildiğini görüyoruz. Avrupa Adalet Divanı, 1408/71 sayılı tüzüğü'nün 3(1). Maddesinin, Belçika vatandaşları için böyle bir zorunluluk bulunmazken, Belçika dışında başka bir ülkenin vatandaşı olan bir kişinin işsizlik yardımı alma hakkının, yardım talebinde bulunulduğunda söz konusu kişinin Belçika'da belli bir istihdam süresini doldurmamış olması gerekçesiyle reddedilmesini olanaksızlaştırdığına karar vermiştir (C-346/05 sayılı *Chateignier Davası*).

#### 2. Dolaylı Ayrımcılık

Dolaylı veya gizli ayrımcılık kavramının daha ayrıntılı olarak açıklanması gerekmektedir. Aslında, böyle bir kavram ortaya çıkmamış olsaydı, uyruğa dayalı ayrımcılık davalarının çoğu koordinasyon kurallarıyla sonuca bağlanamazdı. Muamele eşitliği kavramının dinamik yorumu Adalet Divanı'nın davalarıyla mümkün olmuştur: Görülen bir davaya göre, 883/2004 sayılı Tüzüğü'nün 4. maddesinde belirtildiği gibi, eşit muamele ilkesi sosyal güvenlik programlarından yararlananlar bakımından uyruğa dayalı açık ayrımcılıkları değil, başka ayrımcı ölçütler kullanılarak açık ayrımcılıkla aynı sonucun alındığı bütün gizli ayrımcılık türlerini yasaklamaktadır.

This extra-territorial application of the principle of equality of treatment codifies the case law of the Court of Justice in which, for instance, it ruled that *the insurance of a Belgian national employed by the company should be maintained under the French social security scheme while the worker was working temporarily in Nigeria* (Case 237/83, *Prodest*)

### C. Concept of discrimination

According to the case law of the Court of Justice, there are two types of prohibited forms of discrimination: direct (overt) and indirect (covert).

#### 1. *Direct discrimination*

Direct forms of discrimination are the most obvious. Indeed, they refer to national regulations or practices which explicitly use the criterion of nationality to provide a right, a benefit or an advantage. In this type of situation, a Member State provides that only nationals will be entitled to such or such advantage. Even 20 years ago, it was usual to find “nationality clause” in national social security legislations, especially for means-tested and non-contributory benefits. The point was to reserve the national solidarity to nationals. The nationality clauses have been removed gradually from domestic law, not only under the pressure of coordination rules, but also because they were contrary to the European Convention on Human Rights (ECHR, case 17371/90, *Gaygusuz*).

There are therefore few cases of direct discrimination which have been ruled by the Court of Justice: the violation of EU law is so obvious in such cases that it did not require the intervention of the European court. In fact, when there is a condition of nationality set in order to benefit from an advantage, the case will more likely deal with the interpretation of the personal or material field of the coordination regulation. One recent example, however, can be drawn from a case involving the Belgian legislation. It shows that the condition of nationality, although used explicitly, can take various shapes. Indeed, the ECJ ruled that Article 3(1) of Regulation 1408/71 precludes denials of unemployment benefits to a national of a State other than Belgium on the ground that, on the date when the benefit claim was submitted, the person concerned had not completed a specified period of employment in Belgium, whereas there is no such requirement for nationals of that Member State (Case C-346/05, *Chateignier*).

#### 2. *Indirect discrimination*

The concept of indirect – or covert – discrimination requires more explanation. Indeed, if such a concept had not emerged, most cases of discrimination based on nationality could not have been combated by coordination rules. The dynamic interpretation of the concept of equality of treatment has been made possible by the action of the Court of Justice: according to settled case-law indeed, the principle of equal treatment, as laid down in Article 4 of Regulation 883/2004, prohibits not only overt discrimination based on the nationality of the beneficiaries of social security schemes but also all covert forms of discrimination which, through the application of other distinguishing criteria, lead in fact to the same result.

Bir ayrımcılık ne zaman dolaylı ayrımcılık olarak değerlendirilir? Ulusal mevzuatın gerektirdiği koşullar “uyruktan bağımsız olarak uygulansalar da, özellikle göçmen işçileri etkilediklerinde ya da etkilenenlerin çoğunluğu göçmen işçiler olduğunda veya ayırım gözetmeksizin getirilen bu koşullar göçmen işçilere nazaran o ülkenin vatandaşları tarafından daha kolay yerine getirilebildiğinde ya da bu koşullar özellikle göçmen işçilerin aleyhine işlediğinde dolaylı olarak ayrımcılık niteliği taşıdıkları yönünde değerlendirilmelidirler” (C-237/94 sayılı O’Flynn Davası).

Doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın arasındaki kilit farklılıklardan birisi de ilki gerekçelendirilemezken ikincisinin (teoride) “ilgili işçilerin uyruklarından bağımsız olarak ve ulusal mevzuat tarafından izlenen yasal amaçla bir şekilde nesnel görüşler yoluyla gerekçelendirilebilir” olmasıdır (teoride)”. (C-237/94 sayılı O’Flynn Davası). AAD uygulamada dolaylı ayrımcılık vakalarıyla karşılaştığında, 883/2004 sayılı Tüzükte vurgulanan ayrımcılık yapmama ilkesine ters düştüğüne karar vermiştir. AAD içtihadından alınan çeşitli örnekler, dolaylı ayrımcılık kavramının birçok şekilde karşımıza çıkabildiğini göstermektedir:

- Bir aile yardımının verilmesini annenin çocuğunun uyruğuna bağlı hale getirmek (237/78 sayılı Toia Davası);
- Üniversitelerde istihdam edilen yabancı dil öğretmenlerinin sosyal güvenlik programlarına dâhil edilmesini reddetmek (33/88 sayılı Allué Coonan Davası);
- Emeklilik aylığı başka bir üye devlette ödendiğinde daha yüksek bir asgari aylık miktarının belirlenmesi (C-124/99 sayılı Borawitz Davası);
- Bir yardımı verirken o ülkenin topraklarında belli bir süre için ikamet etme ön koşulu koymak (C-326/90 sayılı Dava, Komisyon– Belçika).

Yurtdışına ihraç edilen bir yardımı özel bir harca tabi tutmak da, yurtdışında hak talep edenler daha ziyade o ülkenin vatandaşı olmayanlar olduğu için dolaylı ayrımcılık olarak değerlendirilebilir. Harçların bankacılık ücretleri ve/veya idari masrafları karşılamak için alınması durumu da muhtemelen mahkemeler tarafından geçerli gerekçelendirmeler olarak geri çevrilecektir.

When is a discrimination considered to be indirect? Conditions imposed by national law must be regarded as indirectly discriminatory “ *where, although applicable irrespective of nationality, they affect essentially migrant workers or where the great majority of those affected are migrant workers, as well as conditions which are applicable without distinction but can more easily be satisfied by national workers than by migrant workers or where there is a risk that they may operate to the particular detriment of migrant workers*” (Case C-237/94, O’Flynn).

One key difference between direct and indirect discrimination lies in the fact that, if the former ones cannot be justified, the latter ones can (in theory) be “*justified by objective considerations independent of the nationality of the workers concerned, and if they are proportionate to the legitimate aim pursued by the national law*”(Case C-237/94, O’Flynn). In practice, however, every time the ECJ is confronted with an indirect discrimination, it is considered as contrary to the principle of non-discrimination set out in Regulation 883/2004.

Several examples drawn from the case law of the ECJ show that the concept of indiscriminate takes many shapes:

- Making the provision of a family benefit conditional upon the nationality of the mother’s young beneficiary(Case 237/78, *Toia*);
- Refusing social security coverage for foreign language lecturers employed by universities (Case 33/88, *Allué Coonan*);
- Setting a higher minimum amount of pension to provide it when pension is paid in another Member State (Case C-124/99, *Borawitz*);
- Submitting a benefit to a prior condition of residence of a certain period on the territory which provides it (Case C-326/90, *Commission v. Belgique*).

Subjecting a benefit provided abroad to a special fee would also be an indirect discrimination since it is mostly non-nationals who will claim rights abroad. The fact that the fees aim to compensate banking and/or administrative costs would probably be turned down as relevant justifications by Courts.

## II. İhraç (Kazanılmış hakların korunması)

TFEU'nun 48. Maddesine göre, Avrupa Parlamentosu ve Konsey, çalışan ve kendi hesabına çalışan göçmen işçiler ve onlara bağımlı yaşayanlara "üye devlet topraklarında ikamet eden kişilere sağladığı yardımları" sağlama garantisini vermelidir. Antlaşmada bulunan açık bir referans, "ikamet ibarelerinin geçersiz sayılması" ilkesine göre 1408/71 ve 883/2004 sayılı Tüzüklerde uygulanan bu kuralın önemini vurgulamaktadır.

1408/71 sayılı tüzüğün 10(1). Maddesinde daha karmaşık bir tanım yer almaktadır. Bu tanıma göre; *"Bu Tüzükte aksi öngörülmedikçe, bir veya birden fazla üye devletin mevzuatına tabi olunarak kazanılan nakdi malullük, yaşlılık ya da dul ve yetim yardımları, iş kazası ve meslek hastalığı hallerinde verilen emeklilik aylıkları ve cenaze yardımları, yardımı alan kişinin yardımı ödemekle yükümlü olan kurumun bulunduğu ülkeden başka bir üye ülkede ikamet etmesi gerekçesiyle, hiçbir azaltma, değiştirme, askıya alma, geri çekme ya da el koymaya tabi tutulamaz."* İstisnalara mahal bırakması ve kapsanan riskler listesinin sınırlı olması, ihracın genel bir ilke olmadığı izlenimini verebilir.

Bu sebeple, 883/84 sayılı tüzüğün 7. maddesindeki daha basit ve genel olan ifade kabul görmelidir. Bu ifadeye göre; *"bu Tüzük tarafından aksi ispatlanmadıkça, bir veya birden fazla üye devletin mevzuatına veya bu tüzüğe göre yapılan nakdi yardımlar, yararlanıcı ya da aile fertlerinin yardımı sağlayan kurumun bulunduğu üye devletten başka bir üye devlette ikamet etmeleri gerekçesiyle, hiçbir azaltma, değiştirme, askıya alma, geri çekme ya da el koymaya tabi tutulamaz."*

### A. Amaçlar ve geçmiş

İkamet ibarelerinin geçersiz sayılmasının önemi, bir yandan muamele eşitliği bir yandan da kişilerin serbest dolaşımıyla arasındaki güçlü bağla açıklanabilir. Aslında, yardımların ihraç edilebilirliği, vatandaşlar ve vatandaş olmayanlara eşit muamelede bulunma ilkesinin bir parçasıdır:

- Yardımların ihracının reddedilmesi, esasen vatandaş olmayanları etkileyeceğinden ya da etkilenenlerin büyük çoğunluğu vatandaş olmayan kişiler olacağından, bir dolaylı ayrımcılık türü olacaktır<sup>23</sup>;
- Yardımların ihracının reddedilmesi, bireyleri AB içerisinde dolaşım halinde olmaktan caydıracaktır. Çünkü eğer kişiler sınırı geçerek haklarını kaybedeceğini bilse, uluslararası bir kariyer yapmaktan vazgeçebilirler. AAD'nin de belirttiği gibi, *"ikamet ibarelerinin amacı, ilgili kişilerin başka bir üye devlette ikamet etme başladıktan sonra bile sosyal güvenlik yardımı alma hakkını garanti altına almak ve ikametini bir üye ülkeden başka bir üye ülkeye almalarından doğabilecek zararlı sonuçlardan işçileri koruyarak işçilerin serbest dolaşımını sağlamak"* (C-282/91 sayılı *de Wit* Davası) olduğu için, bu ibarelerin uygulanması bir kenara bırakılmalıdır.

<sup>23</sup> 2. Bölüme bakınız.



## II. Export (maintenance of acquired rights)

According to Article 48 TFEU, the European Parliament and the Council must secure for employed and self-employed migrant workers and their dependants “*payment of benefits to persons resident in the territories of Member States*”. The explicit reference in the Treaty emphasises the importance of this rule which has been implemented in Regulation 1408/71 and 883/2004 under the principle of “waiving of residence clauses”.

Article 10(1) of Regulation 1408/71 came up with a rather complex definition, according to which “*save as otherwise provided in this Regulation invalidity, old-age or survivors' cash benefits, pension for accidents at work or occupational diseases and death grants acquired under the legislation of one or more Member States shall not be subject to any reduction, modification, suspension, withdrawal or confiscation by reason of the fact that the recipient resides in the territory of a Member State other than that in which the institution responsible for payment is situated*”. The fact that it allowed for exceptions and that there was a limited list of risks covered could give the impression that the exportation was not that of a general principle.

This is why the new wording of Article 7 of Regulation 883/84, simpler and more general, must be approved. It states that “*unless otherwise provided for by this Regulation, cash benefits payable under the legislation of one or more Member States or under this Regulation shall not be subject to any reduction, amendment, suspension, withdrawal or confiscation on account of the fact that the beneficiary or the members of his family reside in a Member State other than that in which the institution responsible for providing benefits is situated*”.

### A. Objectives and background

The importance of the waiving of residence clauses can be explained by its strong link with equality of treatment on one side and with free movement of persons on the other side. Indeed, exportation is a mere application of the principle of equality treatment between nationals and non-nationals:

- denying the right to export benefits would be an indirect form of discrimination since it would affect essentially (or the great majority) non-nationals<sup>23</sup>;
- denying the exportation of benefits would also deter individuals from being mobile within the EU, since if they knew that they would lose their rights by crossing the border, they may avoid an international career. As the ECJ states, *the application of residence clauses must be set aside since their “purpose is to guarantee the person concerned his right to social security benefits even after taking up residence in a different Member State and to promote the freedom of movement of workers, by insulating those concerned from the harmful consequences which might result when they transfer their residence from one Member State to another”* (Case C-282/91, *de Wit*)

---

<sup>23</sup> See chapter 2.

Yardımların ihracı uygulamaları konusunda üye devletlerde birçok sorun yaşanmaktadır. Hala ikamet kartıyla verilen birçok yardım bulunmaktadır. Üye devletlerin bu konuda direnmelerinin sebepleri çeşitlidir. İlki yapısaldir: ulusal sosyal güvenlik programları bölgesel bir kapsama dayalıdır, bunun bir sonucu olarak da yurtdışında gelişen durumlar, olaylar ya da gerçekler genellikle dikkate alınmaz. Buna ek olarak; programlar genel ve ikamete dayalı olduğunda ihraç, programların mantığına yönelik bir tehdit oluşturur. Daha pragmatik bir perspektiften yaklaştığımızda, ikamet koşulu genellikle gelir düzeyine bakılarak verilen ya da primsiz yardımlarla bağlantılıdır. Çünkü bu yardımlar bir üye devletin dayanışma ifadesidir ve finansal bir boyut kazanmış olan bu dayanışma ulusal sınırların ötesine geçemez. Yurtdışında yardım ödemesi yapmak birçok somut problem yaratabilir: Yararlanıcının statüsünün tespitinin zor olması (Kişi hala hak kazanma koşullarını yerine getirebiliyor mu? Kişinin sağlaması gereken belge ve bilgiler doğru mu? vs.), özellikle de verilen yardım geçinmek için asgari bir gelir sağlamayı amaçlıyor ve gelir testi barındırıyorsa ödenen yardımın miktarıyla ikamet edilen ülkedeki hayat şartları arasında bir mantık bulunmamasıdır.

Bütün bu sebepler, üye devletlerin ikamet ibarelerini geçersiz sayma konusundaki isteksizliklerini ve Tüzüklerde istisnalara yer verme mücadelelerini açıklamaktadır. Üye devletlerin bu direnişi, AAD'ye birçok davanın götürülmesine ve koordinasyon kurallarının daha sonra değiştirilmesine sebebiyet vermektedir<sup>24</sup>.

## B. Uygulamalar

İkamet hükümlerinin geçersiz kılınması "*işçilerin gelir kaybının telafisine yönelik olarak tasarlanmış olan*" nakdi yardımlar ile ilişkilidir (61/65 sayılı *Vaassen Davası*). Uygulamada yaşlılık aylıkları, mesleki olmayan hastalık yardımları, meslek hastalığı ve iş kazası ödenekleri, ölüm yardımları, aile yardımları, işsizlik yardımları, dul ve yetim aylıkları, malullük yardımları, analık ve babalık yardımları ve ön emeklilik yardımlarına atıfta bulunulur.

883/84 sayılı Tüzüğün 7. Maddesi ikamet hükümlerinin geçersiz kılınması konusunun geniş bir biçimde yorumlanması gerektiğini öngörmektedir. Aslında bunun aşağıdaki gibi anlaşılması gerekir:

- Yardımlar yurtdışında verilmeleri sebebiyle azaltılamazlar. Örneğin amaçları para transferi veya sınır ötesi işlemlerin ek idari masraflarını karşılamak olsa da yardımdan kesinti yapılmamalıdır<sup>25</sup>. Ayrıca sağlanan koruma belirli bir programın kapsamında oluşturulmuşken bir aylığın değerini arttırıcı nitelikte olan yardımları da kapsamak durumundadır (379/85 sayılı *Giletti Davası*);

<sup>24</sup> Aşağıda özel primsiz yardımların statüsünü görebilirsiniz.

<sup>25</sup> Bu türden ücretler aynı zamanda dolaylı ayrımcılığa girer. Yukarıya bkz.

The implementation of the exportation of benefits raises many problems in Member States. There are still many benefits indeed which remain subject to a condition of residence. The reasons for the resistance of Member States are multiple. The main cause is structural: national social security schemes are based on a territorial coverage with the consequence that situations, events or facts occurring abroad are traditionally ignored. Furthermore, when schemes are universal and residence based, the exportation becomes a threat to the rationale of the schemes. From a more pragmatic perspective, the condition of residence is usually associated with means-tested and/non-contributory benefits: since they are the expression of the solidarity within a Member State, this solidarity (which takes financial forms) cannot go beyond the national borders. Paying benefits abroad may raise many concrete problems: the difficulty to check the status of the beneficiary (does he still fulfill the entitlement conditions? Are the documents and information he is required to provide accurate? etc.), the absence of logic between the amount of benefit paid and the cost of life in the residence state especially if this is a means-tested benefit designed to guarantee a minimum subsistence income.

All these reasons explain why Member States are reluctant to waive the condition of residence and have struggled to keep exceptions inside the regulations. This resistance led to several cases of the ECJ and to subsequent amendments of the coordination rules<sup>24</sup>.

## B. Implementations

The waiving of residence clauses concern cash benefits which cover “*those designed to compensate for a worker's loss of earnings*” (Case 61/65, *Vaassen*). In practical terms, it refers to old-age pensions, non-occupational sickness benefits, occupational diseases and accident at work allowances, death grants, family benefits, unemployment benefits, survivors' benefits, invalidity benefits, maternity and paternity benefits, and pre-retirement benefits.

The wording of Article 7 of Regulation 883/84 tells that the waiving of residence clauses must be interpreted broadly. Indeed, it means that:

- benefits must not be reduced for the reason that they are provided abroad. For instance, fees should not be taken from the benefit even if their target is to compensate for banking costs of the transfer or for administrative extracosts relating to the cross-border operation<sup>25</sup>. Furthermore, *the protection provided must necessarily cover benefits which, while created within the confines of a particular scheme, take the form of an increase in the value of the pension* (Case 379/85, *Giletti*);

---

<sup>24</sup> See below the status of special cash non contributory benefits.

<sup>25</sup> Such fees would also be an indirect form of discrimination. See I. C.2.

- Yardımlar geri çekilemez ve haczedilemezler. Bu hak da bir üye devlette yardım almaya hak kazanan bir kişinin yalnızca ikametini başka bir üye devlete taşıdığı için bu yardımdan mahrum kalmaması anlamına gelir. Bu aynı zamanda bir kişinin sadece ödemediği sorumlu olan kurumun bulunduğu devlette ikamet etmiyor olması nedeniyle bir sosyal güvenlik yardımından mahrum bırakılmayacağı anlamına da gelir (379/85 sayılı *Giletti* Davası). Örneğin A üye devletinde birkaç yıl çalıştıktan sonra B üye devletine taşınan bir kişinin çalışma süresi sona erdikten sonra o üye devlete bir daha dönmemesi durumunda bile A üye devleti tarafından ödenen emeklilik aylığını alma hakkı vardır.
- Yardımlar askıya alınamaz. Faydalanıcının ödemeyi yapan devlete geri dönmesi halinde almayı sürdürdüğü yardımlar dışında askıya alma durumu haczetmek veya geri çekmekle aynı etkiye sahiptir. Bu durumda yardım yalnızca dondurulur. Fakat 883/2004 sayılı Tüzüğün 7. maddesine göre buna dahi izin verilmez.

Yardımları ihraç etme hakkı aile fertleri için de geçerlidir. Aile uzantısının, özellikle aile fertlerinin üzerinden sosyal güvenlik haklarına erişimlerini sağladığı kişi ile aynı üye devlette yaşamamaları durumunda somut sonuçları vardır. Örneğin bir kişi A üye devletinde çalışırken aile fertleri B üye devletinde ikamet ediyorsa, bu kişilerin A üye devleti (yetkili üye devlet) tarafından ödenen aile yardımlarını alma hakları vardır<sup>26</sup>.

## C. İstisnalar

### 1. Nakdi yardımlar

883/2004 sayılı Tüzüğün 4. Maddesinin en başında belirtildiği gibi ikamet hükümlerinin geçersiz kılınması durumu Tüzükte yer alan olan birtakım istisnalara tabidir. Üç temel istisna vardır.

İlk istisna aile yardımları ile ilgilidir. Aslında Tüzüğün 1)z) maddesine ve Ek I'ine göre aile yardımları Ek I'de devletlerin her biri için sayılan "*bakım ödemesi, özel çocuk doğumu ve evlat edinme ödemelerinin avanslarını*" hariç tutmaktadır. Bu hariç bırakma durumunun sonuçlarından birisi de bu ödeneklerin 883/2004 sayılı Tüzük kapsamında ihraç edilememesidir. Fakat ikamet hükümlerinin geçersiz kılınması başka zeminlere dayanarak da talep edilebilir: bu türden ödenekler 1612/68 sayılı Tüzüğün 7(2) Maddesine göre "sosyal avantaj" olarak sınıflandırılabilirler ve AAD belirli koşulların karşılanması durumunda ikamet koşullarının geçersiz kılınabileceği kararını almıştır<sup>27</sup>. Aile yardımlarıyla ilişkili olarak, Tüzüğün iki üye devletin birden verdiği yardımların çakışmasını engellemek amacıyla oluşturmuş olduğu sistem ikamet edilen devlet dışındaki diğer üye devletin verdiği yardımları azaltmasına veya tamamen kesmesine yol açabilir<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Özellikle çakışma ile ilgili daha net bilgi alabilmek için aile yardımlarıyla ilgili aşağıda yer alan XI. Bölüme bakınız.

<sup>27</sup> Bkz. Bölüm 2.

<sup>28</sup> Bkz. Bölüm 11

- benefits must not be withdrawn or confiscated. This right means that a person who is granted a benefit in a Member State may not be deprived from it for the sole reason that he transfers his residence in another Member State. It also means that a person *may not be prevented from acquiring a social security benefit merely because he does not reside in the territory of the State in which the institution responsible for payment is situated* (Case 379/85, *Giletti*). For instance, a person who has worked for some years in Member State A and then who moves to Member State B is entitled to an old-age pension paid by Member State A, even if, after the termination of the working period, he never went back to that Member State.
- benefits must not be suspended. Suspension would barely have the same effect as confiscation or withdrawal, except in case of suspension, the beneficiary would get the benefit back in case he would return to the paying State. In this case, the benefit is only frozen. However, according to Article 7 of Regulation 883/2004, this is not even allowed.

The right to export benefits applies to family members. The family extension has concrete consequences, in particular when family members do not reside in the same Member State as the person from which they have access to social security rights. For instance, if an individual works in Member State A while the family resides in Member State B, they are entitled to family benefits paid by Member State A (competent Member State)<sup>26</sup>.

## C. Exceptions

### 1. *Benefits in cash*

As written in the very beginning of Article 4 of Regulation 883/2004, the waiving of residence clauses is subject to exceptions provided by the Regulation itself. There are three main exceptions.

The first exception concerns family benefits. Indeed, according to Article 1)z) and to Annex I of the Regulation, family benefits exclude “*advances of maintenance payments and special childbirth and adoption allowances*” which are listed, State by State, in Annex I. One of the consequences of this exclusion is that these allowances cannot be exportable on the grounds of Regulation 883/2004. However, the waiving of residence clauses could be claimed on other grounds: such allowances could be classified as “social advantages” under Article 7(2) of Regulation 1612/68 and the ECJ has agreed to waive the condition of residence if certain conditions are met<sup>27</sup>. Still concerning family benefits, the system set out by the Regulation in order to avoid the overlapping of benefits provided by two Member States may lead to the reduction or even the confiscation of benefits which are provided by a Member State other than the State of residence<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> See below chapter 11 on family benefits for a more precise presentation, in particular about overlapping.

<sup>27</sup> See Chapter 2. .

<sup>28</sup> See Chapter 11.

İkinci istisna ise işsizlik yardımlarıyla ilgilidir. İkamet kurallarının geçersiz kılınması yalnızca Tüzüğün 64 ve 65. Maddelerinde belirlenmiş olan durumlarda ve orada tanımlanmış olan kapsam dâhilinde uygulanır<sup>29</sup>.

Son istisna ise “özel primsiz nakdi yardımlar” kategorisi ile ilgilidir. 883/2004 sayılı Tüzüğün 70(4) Maddesine göre bu tür yardımlar “*yalnızca ilgili kişinin ikamet ettiği üye devlette, o üye devletin mevzuatına uygun olarak sağlanırlar. Bu tür yardımlar ikamet edilen devletin kurumu tarafından verilir ve karşılanırlar*”. Madde 70(3)’te belirtildiği gibi hem sosyal güvenlik hem sosyal destek özelliği taşıyan karma yardımlara ikamet hükümlerinin geçersiz kılınması uygulanmaz. Bunların net tanımı Madde 70(2)’de verilmiş olup, bunları sağlama amacını taşıyan yardımlara atıfta bulunur: (b) finansmanın genel kamu harcamalarını karşılamaya yönelik zorunlu vergilerden yapıldığı ve yardımların sağlanma ve hesaplanma koşullarının faydalanıcının ödediği primlere bağlı olmadığı durumlarda, (i) Tüzüğün kapsamına giren sosyal güvenlik dallarına dâhil olan risklere karşı olan ve ilgili üye devletteki ekonomik ve sosyal durumla bağlantılı olarak ilgili kişilere asgari geçim geliri sağlayan tamamlayıcı, ek veya yardımcı koruma; veya (ii) ilgili kişinin ilgili üye devletteki sosyal çevresiyle yakından ilişkili olarak sadece özürülüler için özel korumadır. Eğer bu kriterleri karşılıyorsa ve Tüzüğün X Ekinde sayılmışlarsa ihraç edilebilirlik ilkesine tabi tutulmazlar<sup>30</sup>. Fakat X Ekinde yer almalarına rağmen Tüzüğün 70(2). Maddesine göre belirlenmiş olan kriterleri karşılamamaları durumunda Avrupa Adalet Divanına başvurulabilir.

## 2. Aynı yardımlar

Aynı yardımlar temel olarak sağlık sigortası masraflarını karşılamaya yöneliktir<sup>31</sup>. 883/2004 sayılı Tüzüğün 7. maddesinde belirtildiği gibi ikamet hükümlerinin geçersiz kılınması durumu yalnızca nakdi yardımlara uygulanır. Dolayısıyla nakdi yardımlar yalnızca ikamet eden kişilere verilir. İşte bu nedenle sağlık hizmetlerinin sınıflandırılması oldukça önemli bir konudur: sınıflarına göre (aynı veya nakdi yardımlar) ihraç edilebilir olup olmadıkları belirlenir. Pek çok durumda eğer bu iki yardım kategorisi arasındaki ayrım açık ise bu başkalarına bağımlı halde yaşayan kişilere / bakıma muhtaç kişilere verilen yardımlar için doğru olmayıp, özelliklerine bağlı olarak nakdi veya aynı yardım olarak sınıflandırılırlar<sup>32</sup>.

Fakat aynı hastalık yardımlarının ihraç edilemez oluşu bir üye devlette sigortalı olmuş olan ve başka bir üye devlette ikamet eden bir kişinin o üye devlette sağlık hizmeti masraflarının karşılanamayacağı anlamına gelmez. Böyle bir durumda sigortalı kişi ikamet ettiği üye devlette, bu devlette sigortalıymış gibi kapsama girer. Ama nihai masraflar yetkili Devlet tarafından karşılanır<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Bkz. Bölüm 10.

<sup>30</sup> Daha ayrıntılı bir durum için bkz. Bölüm 4.

<sup>31</sup> Net tanım için bkz. Bölüm 8.

<sup>32</sup> Ayrımı yapmak için kullanılan kriterlerle ilgili, Bölüm 8.

<sup>33</sup> Üye devletler arasında fatura değiştirme sistemi yoluyla. Daha fazla açıklama için, bkz Bölüm 8.

The second exception concerns unemployment benefits. Indeed, the waiving of residence rules applies only in the cases provided for by Articles 64 and 65 of the Regulation and within the limits prescribed therein<sup>29</sup>.

The last exception deals with the category of “special non-contributory cash benefits”. According to Article 70(4) of Regulation 883/2004, these benefits “*shall be provided exclusively in the Member State in which the persons concerned reside, in accordance with its legislation. Such benefits shall be provided by and at the expense of the institution of the place of residence*”. It is explicitly provided by Article 70(3) that Article 7 providing the waiving of residence clauses does not apply to these hybrid benefits which have characteristics both of social security and of social assistance. Their precise definition is set out in Article 70(2). They refer to benefits which are intended to provide either (i) supplementary, substitute or ancillary cover against the risks covered by the branches of social security covered by the Regulation and which guarantee the persons concerned a minimum subsistence income having regard to the economic and social situation in the Member State concerned; or (ii) solely specific protection for the disabled, closely linked to the said person's social environment in the Member State concerned, and (b) where the financing exclusively derives from compulsory taxation intended to cover general public expenditure and the conditions for providing and for calculating the benefits are not dependent on any contribution in respect of the beneficiary. If they meet such criteria and if they are listed in Annex X of the Regulation, they are not subject to the principle of exportation<sup>30</sup>. However, even if they are inserted in Annex X, their classification could be challenged before the ECJ in case they would not meet the criteria set by Article 70(2) of the Regulation.

## 2. *Benefits in kind*

Benefits in kind mainly refer to the coverage of health care costs<sup>31</sup>. As said in Article 7 of Regulation 883/2004, the waiving of residence clauses only applies to benefits in cash. Therefore, benefits in cash can be provided only to residents. This is why the classification of health care is such an important question: depending on their classification (benefit in kind or in cash), they will be exportable or not. If, in most cases, the distinction between these two categories of benefits is obvious, this is not true for benefits granted to dependent persons / persons reliant on care: depending on their characteristics, they are classified either as in cash or in kind benefits<sup>32</sup>.

However, the non-exportation of sickness in kind benefits does not mean that a person who is insured in one Member State and who resides in another Member State will not be covered for the health care expenses in that Member State. Indeed, in such a situation, the insured person will be covered in the State of residence as if he were insured in this country. But the final costs will be borne by the competent State<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> See Chapter 10.

<sup>30</sup> For a more thorough presentation, see Chapter 4.

<sup>31</sup> For a precise definition, see Chapter 8

<sup>32</sup> On the criteria used to make the distinction, Chapter 8.

<sup>33</sup> Through a system of exchange of bills between Member States. For more explanation, see Chapter 8.

### III. Elde etme sürecinde hakların korunması

#### A. Sürelerin birleştirilmesi

##### 1. Hedefler ve gerekçe

TFEU madde 48, üye devletlerin çalışan ve kendi hesabına çalışan göçmen işçiler ve bakmakla yükümlü oldukları kişiler için “yardım alma hakkının elde edilmesi ve korunması ve yardım miktarlarının hesaplanması amacıyla farklı devletlerin kanunları altında geçirilmiş tüm sürelerin birleştirilmesinin” güvence altına almasını sağlayacak düzenlemeler yapmasını gerektirir.

Pek çok sosyal güvenlik yardımının, özellikle de yaşlılık aylıklarının ve diğer “uzun süreli” yardımların miktarı faaliyet ve sigorta sürelerine veya bağlı olma durumuna dayandığı için bu kilit bir ilkedir. Dolayısıyla uluslararası kariyerlerde sosyal güvenlik haklarının kaybının önüne geçilmesi için tüm üye devletlerde tamamlanmış olan sürelerin birleştirilmesi oldukça büyük bir öneme sahiptir. Sürelerin birleştirilmesi ilkesi ve temel serbest dolaşım amacı arasında kuvvetli bir bağ vardır. Adalet Divanının da belirttiği gibi koordinasyon Tüzüklerinin “amacı göçmen işçilerin, bir üye devletten diğerine göç etmelerinin bir sonucu olarak çalıştığı sürelerdeki yardımlarını yitirmesini ve dolayısıyla kariyerini tek bir üye devlette tamamlamış olsaydı içinde bulunacağı durumundan daha kötü bir duruma düşmesini önlemektir. Bu amaçla aynı türden yardımların farklı devletlerde de elde edilmesi ve korunması ve bu türden yardımların miktarlarının hesaplanması için tüm çalışma sürelerinin birleştirilmesini sağlayan bir sistem getirilmiştir” (232/83 sayılı *Baccini* Davası).

Sürelerin birleştirilmesi ilkesinin amacı sosyal güvenlik kurumları arasında yardımların eşitlenmesini güvence altına almak değil, kendisine aylık almaya hak kazandıracak kadar uzun olmayan prim sürelerinin getireceği hakları kaybetme ihtimali olabilecek işçilerin birleştirme yoluyla bu türden kayıplarla karşılaşmasını engellemektir (C-2/67 sayılı de *Moor* Davası).

Birleştirme kuralları yalnızca AB sınırları dahilinde geçerlidir (21/87 sayılı *Borowitz* Davası).

##### 2. Uygulama

Birleştirme ilkesinin uygulanması yeni Tüzük ile sadeleştirilmiştir. 1408/71 sayılı Tüzük bunu her bölüme dahil etmiş olsa da (örneğin 18.madde sürelerin birleştirilmesi ilkesi hastalık yardımlarına uygulanmıştır, 64. maddede ise cenaze yardımlarına uygulamıştır, vb.) şu anda buna yalnızca tek bir hüküm atıfta bulunmaktadır, o da 883/2004 sayılı Tüzüğün 6. maddesidir: “Mevzuatı yardım haklarının elde edilmesini, korunmasını, süresini veya yeniden elde edilmesini düzenleyen; zorunlu, isteğe bağlı veya gönüllü sigortaya erişimi veya bunların muafiyetini çalışan veya kendi hesabına çalışan kişinin başka bir üye devletin mevzuatı altında tamamlamış olan süreleri de kendi uyguladığı mevzuat kapsamında tamamlanmışcasına dikkate alarak belirleyen üye devletin yetkili kurumu” denmektedir. Yalnızca AB sınırları dahilinde tamamlanan süreler birleştirmeye tabidir.



### III. Maintenance of rights in the course of acquisition

#### A. Aggregation of periods

##### 1. Objectives and rationale

Article 48 TFEU provides that Member States must make arrangements to secure for employed and self-employed migrant workers and their dependants “*aggregation, for the purpose of acquiring and retaining the right to benefit and of calculating the amount of benefit, of all periods taken into account under the laws of the several countries*”.

This is a key principle since the amount of many social security benefits, in particular old-age pensions and other “long term” benefits, depend on the periods of activity, insurance or affiliation accomplished. It is therefore of the utmost importance that periods completed in all Member States can be aggregated so that international careers do not lead to losses of social security rights. The principle of aggregation is strongly connected to the core objective of free movement. As the Court of Justice stated, coordination regulations “*are intended to prevent the migrant worker, as a result of his migration from one Member State to another, from losing the benefit of his periods of employment and thus being placed in a worse position than that in which he would have been if he had completed his entire career in only one Member State. For that purpose they introduced a system of aggregation of all the periods of employment which may thus be taken into account for the purpose of acquiring and retaining the right to benefits of the same kind in different Member States and for the purpose of calculating the amount of such benefits*”(Case 232/83, *Baccini*).

The aim of the aggregation principle is not to secure the equalisation of benefits between social security institutions, but to enable a worker, who may lose the benefit of a period of contributions not long enough to give him the right to a pension, to avoid such a loss by aggregation (Case C-2/67, *de Moor*).

Rules of aggregation only apply within the territory of the EU (Case 21/87, *Borowitz*).

##### 2. Implementation

The implementation of the principle of aggregation has been simplified by the new Regulation. Indeed, whereas Regulation 1408/71 had inserted it in each chapter (for instance, Article 18 applied aggregation to sickness benefits, Article 64 to death grants, etc), only one single provision refers to it now, Article 6 of Regulation 883/2004: “*the competent institution of a Member State whose legislation makes: – the acquisition, retention, duration or recovery of the right to benefits, – the coverage by legislation, or – the access to or the exemption from compulsory, optional continued or voluntary insurance, conditional upon the completion of periods of insurance, employment, self-employment or residence shall, to the extent necessary, take into account periods of insurance, employment, self-employment or residence completed under the legislation of any other Member State as though they were periods completed under the legislation which it applies*”. Only periods accomplished within the territory of the EU are subject to aggregation.

Sunumu sadeleştirilmiş ve uygulaması yeni Tüzükte uyumlaştırılmış olsa da sürelerin birleştirilmesi ilkesi iki istisnaya tabidir. İki ön emeklilik yardımları ile alakalıdır (883/2004 sayılı Tüzük, Madde 66): uygulanabilir mevzuat bu tür yardımlardan yararlanma hakkını tamamlanmış olan sigortalılık, çalışma veya kendi hesabına çalışma sürelerinin tamamlanması koşuluna bağlıyorsa Tüzüğün 6. maddesi uygulanmaz. İkincisi ise Tüzüğün 61. maddesinde belirtilmiş olan özel birleştirme kurallarına tabi işsizlik yardımları ile ilgilidir. Birleştirme ilgili kişinin tabi olduğu yardım talebinde bulunulan mevzuata uygun olarak en son tamamladığı sigortalılık / çalışma / kendi hesabına çalışma sürelerine bağlıdır (Md.61 (2))<sup>34</sup>.

Sürelerin birleştirilmesi ilkesinin ulusal kurumlar tarafından pratikte uygulanışı karmaşıktır. Bunun da temel nedeni ulusal mevzuatlar tarafından sağlanan yardımlar arasında kıyaslama yapmanın oldukça zor oluşudur. 987/2009 sayılı Uygulama Tüzüğü'nün 12. maddesi prosedürlere ilişkin bazı kurallar oluşturmuştur. Bu maddeye göre yetkili kurum diğer ulusal mevzuatlar altında tamamlanmış olan sürelerin de tespiti için kişinin mevzuatlarına tabi olduğu diğer üye devletlerin kurumlarıyla irtibata geçmek durumundadır. Aynı zamanda sürelerin birleştirilmesi durumunun adil olmayan sosyal güvenlik haklarına yol açmasını engellemeyi amaçlayan birtakım kurallar da belirlemiştir:

- Bir üye devletin mevzuatı altında tamamlanan süreler, bir çakışma olmadığı sürece başka bir üye devletin mevzuatı kapsamında tamamlanmış olan süreye eklenir. Yalnızca kıyaslanabilir durumda olan süreler birleştirildiği için, bir üye devletin mevzuatına göre zorunlu sigortaya uygun olarak tamamlanmış olan bir sigorta veya ikamet süresi başka bir üye devletin mevzuatı altında tamamlanmış olan gönüllü veya isteğe bağlı sigortalılık süreleriyle çakıştığında yalnızca zorunlu sigorta temelinde tamamlanmış olan süre dikkate alınmalıdır;
- Aynı karşılaştırma nedeninden ötürü, bir üye devletin mevzuatı çerçevesinde tamamlanan sürelere eşdeğer olmayan bir sigortalılık veya ikamet süresinin başka bir üye devletin mevzuatına göre eşdeğer olan bir süreyle çakışması durumunda yalnızca eşdeğer süre dışında kalan süre dikkate alınır;
- İki veya daha fazla üye devletin mevzuatı kapsamında eşdeğer olarak kabul edilen herhangi bir süre yalnızca kişinin bu süreye zorunlu olarak en son tabi olduğu mevzuatın ait olduğu üye devlet tarafından dikkate alınır. Eğer bu süreden önce ilgili kişi bir üye devletin mevzuatına zorunlu olarak tabi olmamışsa, bu durumda ikincisi ilgili kişinin o süreden sonra ilk defa zorunlu olarak tabi olduğu mevzuatın ait olduğu üye devletin kurumu tarafından dikkate alınır;
- Eğer bir üye devletin mevzuatına göre tamamlanmış olan belirli sigorta veya ikamet süreleri net olarak belirlenemiyorsa bu sürelerin başka bir üye devletin mevzuatı çerçevesinde tamamlanmış olan sigortalılık ve ikamet süreleriyle çakışmadığı varsayılır ve ilgili kişinin yararınaysa dikkate alınabilirler.

---

<sup>34</sup> Bkz. Bölüm 10.

Even if its presentation is simplified and its application is harmonised in the new Regulation, the principle of aggregations is subject to two exceptions. The first one concerns pre-retirement benefits (Article 66, Regulation 883/2004): when the applicable legislation makes the right to such benefits conditional on the completion of periods of insurance, of employment or of self-employment, Article 6 of the Regulation shall not apply. The second one is about unemployment benefits which are subject to specific rules of aggregation set out in Article 61 of the Regulation. In particular, aggregation is conditional on the person concerned having the most recently completed, in accordance with the legislation under which the benefits are claimed, periods of insurance/employment/self-employment (art.61 (2))<sup>34</sup>.

The practical implementation of the principle of aggregation by national institutions is complex, mainly because the comparison between benefits provided by national legislations is tough. Article 12 of implementing Regulation 987/2009 sets some procedural guidelines. It provides that the competent institution must contact the institutions of the Member States to whose legislation the person concerned has also been subject in order to determine all the periods completed under their legislation. It also sets rules aiming to avoid that the aggregation of periods create unjustified social security rights:

- the periods completed under the legislation of a Member State must be added to those completed under the legislation of any other Member State provided that these periods do not overlap. Since only comparable periods can be aggregated, where a period of insurance or residence which is completed in accordance with compulsory insurance under the legislation of a Member State coincides with a period of insurance completed on the basis of voluntary insurance or continued optional insurance under the legislation of another Member State, only the period completed on the basis of compulsory insurance must be taken into account;
- for the same reason of comparability, where a period of insurance or residence other than an equivalent period completed under the legislation of a Member State coincides with an equivalent period on the basis of the legislation of another Member State, only the period other than an equivalent period must be taken into account;
- any period regarded as equivalent under the legislation of two or more Member States must be taken into account only by the institution of the Member State to whose legislation the person concerned was last compulsorily subject before that period. In the event that the person concerned was not compulsorily subject to the legislation of a Member State before that period, the latter shall be taken into account by the institution of the Member State to whose legislation the person concerned was compulsorily subject for the first time after that period;
- in the event that the time in which certain periods of insurance or residence were completed under the legislation of a Member State cannot be determined precisely, it must be presumed that these periods do not overlap with periods of insurance or residence completed under the legislation of another Member State, and account must be taken thereof, where advantageous to the person concerned, insofar as they can reasonably be taken into consideration.

---

<sup>34</sup> See Chapter 10.

## B. Yardımların, gelirin, olayların veya durumların eşit muameleye tabi olması

### 1. Geçmiş ve gerekçe

“Eşdeğer kabul ilkesi” 883/2004 sayılı Tüzüğün sağladığı bir katkıdır. Aslında bu Adalet Divanı içtihadının kodifikasyonundan ibarettir. İşçilerin serbest dolaşımının uygulamadaki etkisinin korunması için üye devletlerde olanlarla avantajın sağlandığı üye devlette gerçekleşmiş olan durumların eş değer kabul edilmesi gerekmektedir. Örneğin, AAD TFEU 45. maddeye dayanarak (işçilerin serbest dolaşımı) birtakım kararlar almıştır:

- Uyuşunu taşıdığı devletteki askerlik hizmeti yükümlülüklerini yerine getirmek için başka bir üye devlette bulunan bir şirkette çalışmasını durdurmak zorunda kalan göçmen işçinin o şirketteki kıdemi hesaplanırken askerlik hizmetinin süresinin de o devlette askerlik hizmetinin yardımlar söz konusu olduğunda göz önünde tutulduğu boyutta hesaba katılması hakkı vardır (15/69 sayılı *Ugliola* Davası);
- Bir üye devletin kamu kurumu personelini işe alırken AB vatandaşlarıyla ilgili olarak kamu sektöründe daha önceki çalışmalar da dikkate alınır ve böyle bir çalışmanın o devletin kamu sektöründe mi yoksa başka bir üye devletin kamu sektöründe mi olduğunun ayrımı yapılamaz(C-419/92 sayılı *Scholz* Davası);
- Bir üye devletin kamu hizmetlerine uygulanabilen ve kıdeme göre sekiz yıllık çalışmadan sonra bu sözleşme tarafından belirlenen bir maaş grubuna terfiyi gerektiren toplu sözleşme maddesi başka bir üye devlette tamamlanmış olan kamu hizmeti sürelerini de hesaba katmak durumundadır (C-15/96 sayılı *Schöning-Kougebetopoulou* Davası).

883/2004 sayılı Tüzük yürürlüğe girmeden önce sosyal güvenlik alanındaki bu tür durumların halledilmesine yönelik olarak Antlaşmadaki dayanaklar (işçilerin serbest dolaşımı) dışında herhangi net bir hüküm yoktu. Fakat eşit muamele ilkesini 1612/68 sayılı Tüzüğün 7(2) maddesinde verildiği şekliyle uygulama şansı bulunmaktaydı<sup>35</sup>. Bir üye devlette görülen vakaların benzeşmesi durumu aslında dolaylı ayrımcılık olarak değerlendirilebilmektedir..

Aslında sosyal güvenlik alanında benzeşme ilkesi çalışma, ilişkilendirme, ikamet veya sigorta sürelerinin birleştirilmesi gibi teknikler veya eşit muamele kuralı yoluyla yardıma hak kazanma durumunun belirlenmesi veya yardımların hesaplanması 883/2004 sayılı Tüzükten önce de uygulanır durumdaydı. Ayrıca 1408/71 sayılı Tüzüğün koordinasyon kuralları da meslek hastalıkları gibi alanlarda uygulanmaktaydı. Fakat eşdeğer olarak kabulle ilgili belirli bir hüküm mevcut değildi. Dolayısıyla yeni Tüzükte olayların vakaların eşdeğer olarak kabul edilmesi ilkesinin, sürelerin birleştirilmesi ve eşit muamele ilkeleri gibi bir koordinasyon ilkesi olarak yer alması şaşırtıcı değildir.

<sup>35</sup> « Sosyal avantajlar » kavramı yoluyla : bkz Bölüm 2.

## B. Equal treatment of benefits, income, facts or events

### 1. *Background and rationale*

The “principle of assimilation” is an input of the Regulation 883/2004. In fact, it is a codification of the case law of the Court of Justice. Indeed, in order to protect the *effet utile* of free movement of workers, it is necessary to make sure that facts occurred in Member States may be assimilated to facts occurred in the Member State where an advantage is granted. For instance, the ECJ ruled on the ground of Article 45 TFEU (free movement of workers) that:

- *Amigrant worker who had to interrupt his employment with an undertaking in another Member State in order to fulfill his obligations for military service in the country of which he is a national, is entitled to have the period of his military service taken into account in the calculation of his seniority in that undertaking, to the extent to which the periods of military service in the country of employment are also taken into account for the benefit of national workers (Case 15/69, Ugliola);*
- *where a public body of a Member State, in recruiting staff for posts, provides for account to be taken of candidates' previous employment in the public service, that body may not, in relation to EU nationals, make a distinction according to whether such employment was in the public service of that particular State or in the public service of another Member State (Case C-419/92, Scholz);*
- *a clause in a collective agreement applicable to the public service of a Member State which provides for promotion on grounds of seniority for employees of that service after eight years' employment in a salary group determined by that agreement must take account of previous periods of comparable employment completed in the public service of another Member State (Case C-15/96, Schöning-Kougebetopoulou).*

Before the entry into application of Regulation 883/2004, there was no specific provision to tackle these situations in the area of social security, except the grounds of the Treaty (free movement of workers). However, it was also possible to invoke the principle of equality of treatment such as provided by Article 7(2) of Regulation 1612/68<sup>35</sup>. Indeed, the absence of assimilation of facts occurred in another Member State can be analysed as a form of indirect discrimination.

In fact, in the area of social security, the principle of assimilation was already applied before Regulation 883/2004 for the entitlement or the calculation of benefits through techniques such as the aggregation of periods of employment, affiliation, residence or insurance, and through the rule of equality of treatment. Also, specific rules of coordination of Regulation 1408/71 applied it, for instance for occupational diseases. But there was no specific provision dealing with the assimilation. It is therefore not a surprise if in the new Regulation the principle of assimilation of facts is recognised as a coordination principle as such, inserted between the aggregation and equality of treatment principles.

---

<sup>35</sup> Through the concept of « social advantages » : see Chapter 2.

Yeni hükmün kaynağı da yeni Tüzükten önce TFEU 45.madde ve/veya 48.maddeye dayalı olarak oluşturulan Adalet Divanı içtihadı olmuştur. Yukarıda bahsi geçen *Pinna* davası bir dönüm noktası olmuştur: Divan işçilerin aile fertlerinin başka bir devlette ikamet etmesinin, aile yardımlarını veren devlette ikamet etmekle eşdeğer olması gerektiğine karar vermiştir. Sonraki davalar da durumların eş değer kabul edilmesini vurgulamıştır: örneğin, ulusal kurallara göre bir kişinin daha yüksek düzeyde işsizlik yardımı alması bu kişinin aile fertleriyle birlikte yetkili üye devletin sınırları içerisinde yaşamasına bağlıysa başka bir üye devlette ikamet etme durumu da eşdeğer kabul edilir (C-212/00 sayılı *Stallone* Davası). Meslek hastalıklarıyla ilgili olarak AAD bir kişiye konulan meslek hastalığı teşhisinin, bu teşhis başka bir üye devlette o devletin mevzuatına göre belirlenmiş olsa da, yardım ödeme yükümlülüğüne sahip üye devlet tarafından tanınması gerekmektedir (28/85 sayılı *Deghillage* Davası). Adalet Divanı aynı zamanda “ortalama maaş veya aylık” hesabının “*çalışma geçmişine bakarak, eğer yetkili kurumun bulunduğu üye devlette çalışmayı sürdürseydi kazanabileceği miktarı*” da göz önünde bulundurmasına karar vermiştir (205/05 sayılı *Nemec* Davası). Son bir örnek daha sunmakta fayda vardır: Antlaşma bir malullük aylığının referans süresinin uzatılmasını belirli koşullara bağlayan ama uzatmayı sağlayacak aynı durum ve koşulların başka bir üye devlette gerçekleşmesi durumunda uzatma olanağı sunmayan mevzuatları yasaklamıştır (C-349/87 sayılı *Paraschi* Davası).

## 2. 883/2004 sayılı Tüzükte durumların eş değer kabul edilmesi

Adalet Divanının içtihat hukuku durumların ve yardımların eşdeğer olarak kabulü olmak üzere iki çeşit benzeştirme olduğunu belirtmiştir. 883/2004 sayılı Tüzüğün 5. Maddesine göre uygulanan ayırım aşağıdaki gibidir:

- Yetkili üye devletin mevzuatı kapsamında sosyal güvenlik yardımlarının ve diğer gelirlerin belirli yasal etkileri olduğu durumlarda o mevzuatın ilgili hükümleri aynı zamanda başka bir üye devletin mevzuatına göre elde edilmiş olan eşdeğer yardımlara veya başka bir üye devlette elde edilmiş olan gelirlere de uygulanır;

- Yetkili üye devletin mevzuatına göre yasal etkiler birtakım olayların veya durumların ortaya çıkması ile ilişkilirse bu üye devlet başka üye devletlerde ortaya çıkan olayları ve durumları da kendi sınırları dâhilinde oluşmuş gibi dikkate alır.

As a matter of fact, the new provision has been inspired by the case law of the Court of Justice prior to the new Regulation, which was based on Article 45 and/or 48 TFEU. The *Pinna* case (abovementioned) was a turning point: the Court ruled that the residence of workers' family members in other States should be considered as equivalent as if they had their residence in the State providing the family benefits. Subsequent cases have insisted on assimilation: for instance, *if under national rules receipt of a higher rate of unemployment benefit is conditional on the unemployed person living together with the members of his family in the territory of the competent Member State, the residence in another Member State is considered to be equivalent* (Case C-212/00, *Stallone*). *Concerning occupational diseases, the ECJ ruled that a diagnosis that a person is suffering from an occupational disease must be recognized by the Member State which is under a duty to pay the benefits, even if that diagnosis was made in another Member State and in accordance with its legislation* (Case 28/85, *Deghillage*). *The Court of Justice even ruled that the calculation of the "average wage or salary" takes into account the pay that the person concerned "could reasonably have earned, given his subsequent employment record, had he continued to work in the Member State in which the competent institution is situated"* (Case 205/05, *Nemec*). A last example is worth being presented: the Treaty precludes a *legislation which permits a reference period for the grant of an invalidity pension to be prolonged, subject to certain conditions, but does not provide for the possibility of a prolongation where events or circumstances corresponding to the events or circumstances which would enable a prolongation to be granted occur in another Member State* (Case C-349/87, *Paraschi*).

## 2. Assimilation of facts in Regulation 883/2004

The case law of the Court of Justice indicates that there are two forms of assimilation, of facts and of benefits. This is the distinction applied by Article 5 of Regulation 883/2004:

- where, under the legislation of the competent Member State, the receipt of social security benefits and other income has certain legal effects, the relevant provisions of that legislation shall also apply to the receipt of equivalent benefits acquired under the legislation of another Member State or to income acquired in another Member State;
- where, under the legislation of the competent Member State, legal effects are attributed to the occurrence of certain facts or events, that Member State shall take account of like facts or events occurring in any Member State as though they had taken place in its own territory.

Adalet Divanı bu benzeştirme türlerinin her biri için örnekler sunar. İlkiyle ilgili olarak (yardımların benzeştirilmesi) işsizlik durumunda verilen yaşlılık aylığının verilmesini yalnızca o üye devletten aylığa başvurulmadan önce belirli bir süre boyunca işsizlik sigortasından kişiye ödeme yapılmış olma koşuluna bağlayan üye devlet mevzuatları AB hukuku tarafından yasaklanmıştır (C-373/02 sayılı *Öztürk* Davası). Aynı mantıktan yola çıkarak AB hukuku bir üye devletin aile yardımları verilirken başka bir üye devlette benzeri bir yardım alındığı süreyi kendi sınırları dâhilinde gerçekleştirmiş gibi göz önünde bulundurmaya reddetmesine izin vermez (C-507/06 sayılı *Klöppel* Davası). İkinciyle ilgili olarak (durumların benzeştirilmesi/eş değer kabul edilmesi) AAD, bir üye devletin mevzuatı askerlik hizmetiyle eğitimi kesintiye uğrayan kişilere yetim maaşının 25 yaştan sonrasına uzatılması hakkını tanıyorsa, bu devletin kendi mevzuatındaki askerlik hizmetiyle başka bir üye devlette geçen bir askerlik hizmetini eşdeğer olarak kabul etmesi gerektiğine karar vermiştir (C-131/96 sayılı *MoraRomero* Davası).

Eşdeğer kabul ilkesinin kodifikasyonu uygulamada bazı somut sorunlara yol açmaktadır. Adalet Divanının asimilasyonun tam anlamının ve kapsamının belirlenmesi için bu ilke ile eşit muamele ve birleştirme ilkeleri arasındaki bağlantıyı tanımlaması gerekmektedir. Diğer bir deyişle ne türden durumların eşdeğer olarak kabul ilkesine tabi olduğunu ve buna ne zaman gerek duyulmadığını bilmemiz gerekiyor. Aslında bu ilkenin uygulanışı adil olmayan sonuçlara ve aynı çalışma veya ikamet süresi için üye devlet tarafından ödenen yardımlarda haksız ödemeye yol açmamalıdır. Asimilasyon ilkesinin uygulanması özellikle de çatışma kuralları tarafından belirlenen mevzuat dışında bir uygulanabilir mevzuat belirlenmesine yol açmamalıdır. Sonuç olarak asimilasyon yalnızca çatışma kurallarına göre yetkili olduğu belirlenmiş Devlet tarafından uygulanabilir. Ayrıca sigortalılık, çalışma veya ikamet süreleri söz konusu olduğunda eşdeğer kabul ilkesi birleştirme kuralının yerine geçmemelidir. Ancak bu yasaklama aynı durum için her iki ilkenin de aynı anda uygulanmasını tamamen ortadan kaldırmaz: birleştirme sürelerin nicel olarak değerlendirilmesinde uygulanırken asimilasyon göçmen tarafından erişilen “statünün” belirlenmesinin yanı sıra sürelerin nitel değerlendirilmesi için uygulanabilir.

883/2004 sayılı Tüzük eşdeğerlik/benzeştirme ilkesinin uygulanmadığı belirli birtakım istisnalara yer vermektedir. Örneğin nakdi hastalık yardımlarının hesaplanması için 883/2004 sayılı Tüzüğün 21(2) maddesi şunları öngörmektedir: “*Mevzuatı nakdi yardım hesaplamalarının ortalama gelire veya ortalama primlere dayandıran bir üye devletin yetkili kurumu böyle bir ortalama geliri veya ortalama prim temelini bahsi geçen mevzuata göre tamamlanmış süreler sırasında ödenmiş olan gelirler veya primleri referans alarak belirler*”. İşsizlik yardımlarının hesaplanması için “*mevzuatı yardımların hesabını önceki ücret veya mesleki gelir miktarına göre yapan bir üye devletin yetkili kurumu yalnızca ilgili kişinin bahsi geçen mevzuata göre çalışan veya kendi hesabına çalışan statüsünde gerçekleştirdiği son faaliyette elde ettiği ücreti veya mesleki geliri göz önünde bulundurur*” (Md.62(1)). Yaşlılık yardımları içinse 51(3) maddeye göre: “*Bir üye devletin mevzuatının, yardım hakkının elde edilmesini, elde tutulmasını veya geri kazanımını kişinin riskin ortaya çıktığı sırada sigortalı durumda olması koşuluna bağlaması halinde bu koşul Ek XI’de her bir üye devlet için belirlenmiş olan usullere uygun olarak başka bir üye devletin mevzuatı kapsamındaki sigortalı olma durumunda da yerine getirilmiş kabul edilir*”.



The Court of Justice provides examples for each of these two types of assimilation. Regarding the first one (assimilation of benefits), EU law precludes the application of legislation of a Member State which makes entitlement to an early old-age pension in the event of unemployment conditional upon fulfillment of the requirement that the person concerned has received, within a certain period prior to his application for the pension, unemployment insurance benefits from that Member State alone (Case C-373/02, *Ozturk*). With the same reasoning, EU law precludes a Member State from refusing to take into account, for the purposes of granting a family benefit, the period during which a comparable benefit was drawn in another Member State as if that period had been completed in its own territory (Case C-507/06, *Klöppel*). Regarding the second one (assimilation of facts), the ECJ ruled that *where the legislation of a Member State provides for extension of the right to orphan's benefit beyond the age of 25 for recipients of benefits whose training has been interrupted by their military service, that State is required to assimilate military service in another Member State to military service under its own legislation* (Case C-131/96, *MoraRomero*).

The codification of the principle of assimilation of fact raises some concrete problems of implementation. The Court of Justice will have to define the connections between this principle and the principles of equal treatment and of aggregation in order to determine the exact meaning and scope of assimilation. In other words, we still need to know which types of situations are subject to the principle of assimilation and when it is not required. Indeed, its application must not lead to unfair results or to unjustified provision of benefits paid by Member States for the same period of employment or residence. In particular, the application of the principle of assimilation must not lead to the determination of an applicable legislation other than the one determined by the rules of conflict. Consequently, the assimilation can be proceeded only by a State which is already competent according to rules of conflict of law. Also, assimilation must not take the place of rules of aggregation for the account of periods of insurance, employment or residence. However, this prohibition does not entirely exclude the simultaneous application of both principles for the same situation: aggregation may apply for the quantitative evaluation of periods whereas assimilation may apply for the qualitative evaluation of periods as well as for the determination of the "status" researched by the migrant.

It must also be noted that Regulation 883/2004 provides for some specific exceptions in which the principle of assimilation does not apply. For instance, for the calculation of sickness cash benefits, Article 21(2) of Regulation 883/2004 states that "*the competent institution of a Member State whose legislation stipulates that the calculation of cash benefits shall be based on average income or on an average contribution basis shall determine such average income or average contribution basis exclusively by reference to the incomes confirmed as having been paid, or contribution bases applied, during the periods completed under the said legislation*". For the calculation of unemployment benefits, "*the competent institution of a Member State whose legislation provides for the calculation of benefits on the basis of the amount of the previous salary or professional income shall take into account exclusively the salary or professional income received by the person concerned in respect of his last activity as an employed or self-employed person under the said legislation*" (Art.62(1)). For old-age benefits too, Article 51(3) provides that "*Where the legislation of a Member State makes the acquisition, retention or recovery of the right to benefits conditional upon the person concerned being insured at the time of the materialisation of the risk, this condition shall be regarded as having been satisfied in the case of insurance under the legislation of another Member State, in accordance with the procedures provided for in Annex XI for each Member State concerned*".

## **Bölüm 7.**

# **Katılım Zorlukları: Tüzükleri Anlama Ve Uygulamaya Hazır Olmak Uzun Bir Süreç**

### **I. Topluluk Müktesebatı**

Avrupa Birliği oluşumu birçok zorlukla karşılaşılan uzun ve zorlu bir süreçtir. Aday ülkeler, 1993 Kopenhag Kriterleri'yle formüle edilen bütün ekonomik (işleyen piyasa ekonomisi ve piyasa güçleriyle mücadele etme kapasitesi) ve siyasi ölçütleri (demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan hakları, azınlıklara saygı duyulması ve azınlıkların korunması ölçütlerini sağlayabilen istikrarlı kurumlar) yerine getirmenin yanı sıra, ilk aşamada "Topluluk Müktesebatı"nı da benimsemek zorundadır. 1995 yılında Madrid Avrupa Konseyi'nde aday ülkelerin topluluğa uyum sağlamak için gereken en iyi koşulları sağlamak adına, idari yapılarını uyumlu hale getirerek entegrasyonları için gereken koşulları yaratmış olmalarını zorunlu kılan ek kriterler getirilmiştir.

Aday ülkelerin yalnızca "Topluluk Müktesebatı" olarak bilinen AB mevzuatını değil, aynı zamanda bu mevzuatın uygun idari ve hukuki yapılar ve süreçler yoluyla etkili bir biçimde uygulanmasının önemini de benimsemeleri oldukça önemlidir. Söz konusu "Topluluk Müktesebatı"nın kabulü, aday ülkelerin, ulusal mevzuatlarda değişiklik ve düzeltmelerin yapılmasını gerektirebilecek ve müzakere sürecine dâhil olan bütün tarafların karşısına zorluklar çıkarabilecek olan yeni bir AB yasal çerçevesiyle tanışmaları gereken uzun bir hazırlık sürecidir. Tarama süreci ise, "Topluluk Müktesebatı"nın bütün yönlerinin analitik olarak incelenmesi anlamına gelmektedir.

Bu bölümde, sadece sosyal refah alanındaki ya da daha özgül bir yaklaşımla göçmen işçilerle ilgili sosyal güvenlik Tüzükleri alanındaki bazı unsurlara odaklanmak istiyoruz. Sosyal alan aday ülkelerin üzerinde çalışması gereken fasıllardan sadece bir tanesi ve bu fasıl en karmaşık fasıl olmasa bile, sadece birkaç tanesinin altını çizeceğimiz bir dizi zorluk doğurabilmektedir. Ancak belki de başlangıçta olumlu bir durumdan söz edilebilir. Bugüne kadar hiçbir aday ülkenin serbest dolaşım ve sosyal alan fasıllarında sorun yaşayarak katılım sürecini tamamlayamadığı görülmemiş, müzakereler başarıyla tamamlanmıştır.

Avrupa Birliği'ne katılım sürecinin en tipik özelliklerinden biri, yeni aday ülkelerin hali hazırda bulunan ve sadece bir yol kılavuzu niteliğinde olan "Topluluk Müktesebatı"nı kabul ve takip etmek zorunda olmalarıdır. "Topluluk Müktesebatı" yaklaşık 100.000 sayfadan oluşan bir hukuk metnidir. Bu manada, sosyal alanla ilgili çeşitli Tüzük ve Direktifleri kapsamaktadır. Buna ek olarak, aday ülkeler üçüncü ülkelerle yapılan uluslararası antlaşmaları ve tavsiyeleri ya da yumuşak hukuk gibi bağlayıcı olmayan araçları da kabul etmek zorundadırlar.

## **Chapter 7.**

### **Challenges of accession: getting ready to understand and apply the Regulations – a long process**

#### **I. The Acquis Communautaire**

The creation of the European Union is a long and difficult process that poses many challenges. Candidate Member States have to, in addition to the fulfilment of all the economic (functioning market economy and capacity to cope with market force...) and political criteria (stable institutions that guarantee democracy, the rule of law, human rights and respect for and protection of minorities...) which have been formulated by the Copenhagen Council of 1993, adopt in the first place the so-called "Acquis Communautaire". Additional criteria have been added in 1995 by the Madrid European Council now requiring candidate countries to have created the conditions for its integration by adapting its administrative structures to create the perfect conditions for integration into the community.

A candidate Member State should not only have accepted the EU legislation, also well known as the "Acquis Communautaire", but also equally important is that this legislation is effectively implemented through the appropriate administrative and judicial structures and processes. The acceptance of this "Acquis Communautaire" is a long process of preparation, where candidate Member States are required to get acquainted with a new European legal framework that could lead to modifications and adjustments of national legislation and that will pose many challenges to all actors involved in this negotiation process. The screening process implies an analytical investigation of all aspects of the "Acquis Communautaire".

In this chapter, we only want to focus on some of the elements of the "Acquis Communautaire" in the social welfare field and even more in particular, in the domain of the social security for migrant persons' regulations. The social field is certainly only one of the chapters that candidate Member States have to face and although this chapter might perhaps not be the most complicated one, it nevertheless poses a raft of challenges, of which we just want to highlight a few ones. But perhaps we can already give a consolation at the start. Never has any candidate Member State failed accession on the basis of the chapter on free movement and the social field. In the end, everybody was successful.

One of the most typical characteristics of accession of the European Union, is that new candidate states have to accept this pre-existing "Acquis Communautaire", which is nothing more than a kind of road book that candidate Member States have to accept and follow. The "Acquis Communautaire" today encompasses around 100.000 pages of legal texts. In this respect, it comprises several regulations and directives in the social field. In addition candidate States will also have to accept international agreements with third States and non-binding instruments as recommendations or soft law.

Kabul etmek gerekir ki, söz konusu bağlayıcı olmayan araçların sosyal alanda oynadığı rol çok önemlidir. Buna ek olarak, aday ülkeler yalnızca hukuki metinleri değil, Avrupa Adalet Divanı'nın bu metinleri yorumlama şeklini de kabul etmek zorundadırlar. Avrupa Adalet Divanı'nın rolü, özellikle de Avrupa sosyal güvenlik koordinasyonu alanındaki rolü hafife alınmamalıdır. Uzun yıllar boyunca AAD, göçmen işçilerin sosyal güvenliği ile ilgili Tüzük çerçevesinin yorumlanması konusunda ulusal mahkemelerle sürekli bir diyalog halinde olmuştur. Avrupa Topluluğu'nun oluşmaya başladığı dönemlere baktığımızda, Adalet Divanı'nın bir ön kararla ilgili vardığı tüm yargıların neredeyse onda birinin göçmen işçilerin serbest dolaşımıyla ilgili olduğu görülmektedir. Bu sayı, Avrupa Tek Senedi ve Maastricht Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden önce çok daha yüksekti. O dönemde bu tür davalar Divan'ın gördüğü davaların neredeyse % 20'sini teşkil ediyordu. Bu anlamda, Adalet Divanı tarafından Koordinasyon Tüzüğü'nün hükümleri ile ilgili yapılan somut yorumlara bakmadan Koordinasyon Tüzüğü hükümlerini yorumlayabilmek imkânsızdır. Buna mukabil, Avrupa Koordinasyon Tüzükleri çerçevesinde kurulan ve hükümlerin yorumlanmasına ilişkin önemli kararlar alabilen göçmen işçilerin sosyal güvenliği ile ilgili İdari Komisyon'un kararlarının da dikkate alınması gerekir.

Avrupa Birliği mevzuat bütününün kabulü, bir bakıma tek yönlü bir süreçtir. Öyle ki aday ülkeler bu mevzuat bütününü kabul etmek zorundadırlar ve içeriği ile ilgili pazarlık yapamazlar. Aday ülkeler mevzuatı kabul ederler ya da etmezler. Katılım tarihinde bütün topluluk hukukunu uygulamak mümkün olmadığı için olası geçici hükümler konusunda görüşülebilmesi tek küçük ihtimal olarak karşımıza çıkmaktadır. Geçici hükümler aday ülkelere AB hukukunun bazı bölümlerinin uygulanması konusunda zaman kazandırabilir. Ancak tam tersi de geçerli olabilir. Üye devletler de bu mekanizma sayesinde bazı AB hükümlerinin kendi mevzuatları ve toprakları üzerindeki doğrudan etkisini erteleyebilirler ve bu erteleme önceki katılım müzakerelerinde de görüldüğü gibi, işçilerin serbest dolaşımı alanında olabilir. Ayrıca, geçici süreçler aday ülkelerin kısa süre içinde katılımdan vazgeçmelerine imkân tanırsa da, bu seçenek sosyal güvenlik Tüzükleri konusundaki rolü daha azdır. Önceki katılım müzakerelerinde bu durumla ilgili birçok açık örnek yer almaktadır.

Aslında, işçilerin serbest dolaşımıyla ilgili hükümler katılımın ilk gününden itibaren uygulanmasa da, bu tam anlamıyla işçilerin serbest dolaşımını uygulamak için kabul edilen Koordinasyon Tüzüklerinin de kesinlikle uygulanmadığı anlamına gelmez. Kesinlikle unutulmamalıdır ki, Koordinasyon Tüzükleri, işçilerin serbest dolaşımı tam olarak gerçekleştirilemediğinde bile uygulanabilmektedir. Aslına bakılırsa, göçmen işçilerin sosyal güvenliği ile ilgili ilk Tüzük olan 3/57 sayılı Tüzük 1958 yılında, Avrupa Topluluğu içerisinde işçilerin serbest dolaşımının sağlanmasından 10 yıl önce yürürlüğe girmiştir. Ulusal hukuk temeline dayanarak ülkeler arasında dolaşım halinde olan Türk vatandaşları da sosyal güvenlik durumlarıyla ilgili olarak Tüzüklerden yararlanabilmektedirler. Bu sebeple, aday ülkeler katılımın ilk gününden itibaren Koordinasyon Tüzüklerini uygulayacak konumda olmaları gerektiğinin bilincinde olmalıdırlar. Ayrıca, işçilerin serbest dolaşımıyla ilgili geçici hükümler kabul edildiğinde göçmen işçilerin sayısı ve benzeri konularda kısıtlamalar getirilmesine rağmen, katılımdan önce bir AB ülkesinde yerleşik halde bulunan Türk vatandaşlarına Tüzüğü uygulandığını unutmamak gerekir.

One has to admit that exactly in the social field, these non-binding instruments play an important role. But there is more. One has not only to accept the legal texts, but also the way these texts have been interpreted by the European Court of Justice. The role of the European Court of Justice may not be underestimated, in particular not in the field of European social security coordination. Throughout the years, the European Court of Justice has been in a constant dialogue with the national courts with regard to the interpretation of the regulatory framework on social security for migrant workers. Looking back at the beginning of the European Community, in all the judgements pronounced by the Court of Justice in a reference for a preliminary ruling, almost one out of ten concern the social security of migrant workers. This number was much higher before the entering into force of the Single European Act and the Maastricht Treaty, when it was even almost up to 20% of all cases. In this respect, it is impossible to read the provisions of the Coordination Regulations, without looking at the concrete interpretation of these provisions by the Court of Justice. In addition, one also has to take into account the decisions of the Administrative Commission of social security for migrant workers, the institution set up within the framework of the European Coordination Regulations, that enacts important decisions with respect to the interpretation of the provisions.

The acceptance of this corpus of European Union legislation is in a certain way a one-way process. Indeed, candidate Member States have to accept this corpus and cannot really negotiate about the contents. Candidate Member States have to accept it or not. One slight possibility could be, in particular when it is clear that it might not be possible to implement all community law on the date of accession, to agree on possible transitional provisions. Transitional provisions allow candidate states to win some time in the implementation of certain parts of EU law – but vice versa also the Member States can, through this mechanism, postpone the direct impact of some EU provisions on their legislation and territory- and has, certainly in the field of free movement of workers, been used during previous accession rounds.

And although transitional periods allow candidate states to opt out shortly, this might play less a role in the case of the Regulations on social security. Previous accession rounds have given clear examples of that.

Indeed, although the provisions of the free movement of workers were not applicable from the first date of accession, this did not imply that the Coordination Regulations which were adopted exactly to implement this free movement of workers- were also not immediately applicable. One may indeed not forget that the Coordination Regulations also apply, even when the free movement of workers is not yet fully realised. As a matter of fact, the first Regulation on social security for migrant workers ie Regulation 3/57 already entered into force in 1958, which is ten years before the free movement of workers was realised within the European Community. Also Turkish people who move between countries on the basis of national law could rely on the Regulations for their social security situation. Candidate Member States should therefore be well aware that from the first date of accession on, they should be in a position to apply the Coordination Regulations. And although the number of migrant workers, and as such cases, might be limited when transitional provisions in the field of free movement of workers would be enacted, one may not lose sight of the application of the Regulation to Turkish nationals, who are for the moment already established in a EU Member State before enlargement.

Hali hazırda bazı Avrupa Birliği ülkelerinde çalışan ve/veya ikamet eden Türk vatandaşlarının fazla sayıda olmasını dikkate aldığımızda (Örneğin, Almanya'da 3 milyon Türk vatandaşı yaşamaktadır), ortaya çıkan dava sayısının bu Türk vatandaşlarının sayısıyla doğru orantılı olması beklenebilir.

Tanımlarına baktığımızda Koordinasyon Tüzükleri sadece ulusal sosyal güvenlik sistemlerini koordine ettiği ve bu sebeple de sosyal güvenlik sistemlerini uyumlaştırma amacıyla değiştirmeyi hedeflemediği için, koordinasyonun her açıdan yansız (nesnel), tamamen tehlikesiz ve zararsız olduğu sonucuna da ulaşamayabiliriz. Bu koordinasyon ilkelerinin uygulanması bazı durumlarda o kadar geniş kapsamlı olabilmektedir ki, üye devlet uygulamada mevzuatını uyarlamak ve uyumlaştırmak zorunda kalabilir. Başka bir deyişle koordinasyon, bazen asgari düzeyde uyumlaştırma gerektirebilir.

Öte yandan, üye devletlerin sosyal güvenlik sistemleri arasındaki farklar, yeni sistemler dikkate alınırken bazı Tüzük uyarlamalarının yapılmasına sebebiyet vermiştir. Ancak genişlemenin çeşitli aşamaları, Koordinasyon Tüzüklerinin ne kadar esnek olduğunu göstermiştir. Başından beri farklı geçmişleri ve sistemleriyle AB'ye katılan çeşitli ülkeler, bugün yeni ülkeleri daha pürüzsüz bir şekilde karşılayan ve oldukça esnek olan yeni bir düzenleyici çerçevenin oluşumuna öncülük etmişlerdir.

İleriki sayfalarda, kısaca aday ülkelerin yeni koordinasyon çerçevesini hazırlarken karşılaştıkları zorlukların bazılarını tanımlayacağız. Bu zorluklar daha ziyade ihtiyari olarak görölmelerine rağmen, daha önce aday ülkelerin karşılaştığı bazı sorunlara dayanmaktadırlar. Bu zorlukları üç gruba ayırabiliriz; düşünsel zorluklar, siyasi zorluklar ve idari zorluklar.

Taking into account the relatively high number of Turkish nationals already working and/or residing in some of the Member States of the European Union (eg 3 million Turkish nationals in Germany), a relatively high number of cases might be expected.

As the Coordination Regulations per definition only coordinate national social security schemes and therefore not seek to modify the social security schemes aiming for a harmonisation, this may, however, not lead to the conclusion that coordination would be neutral in all its aspects and completely innocuous and harmless. Exactly the application of these coordination principles may in certain cases be so far reaching that the state is practically forced to adapt or to harmonise its legislation, so that one could say that the Coordination sometimes leads to a mini-harmonisation.

On the other hand, the differences between the social security systems of the Member States have also led to certain adaptations of the Regulations in order to take the new systems into account. The different phases of enlargement have however shown how flexible the Coordination Regulations are. The numerous countries that have joined the European Union since the beginning, all with their different backgrounds and systems, have led to a certain new regulatory framework that is very flexible and that today is able to welcome new countries in a rather smooth way.

In the following pages, we will shortly describe some of the challenges that candidate Member States are confronted with when preparing for the new coordination framework. And although these challenges might be considered as rather arbitrary, they are, however, based on some of the challenges that were encountered by previous candidate Member States. Looking at these challenges, one might divide them into three different categories, ie intellectual challenges, political challenges and administrative challenges.

## II. Tüzükleri Anlamak ve Uygulamadaki zorluklar

### A. Düşünsel Zorluklar

#### 1. Tüzükler sadece "Tüzük" değildirler...

Tüzükler kolay anlaşılabilen edebi eserler olarak tanımlanamaz; Tüzükler daha ziyade teknik ayrıntılar içeren ve genel hükümlere istisnalar getiren hukuk metinlerdir. 883/2004 ve 987/2009 sayılı Tüzüklerin yeni düzenleyici çerçeveleri kabul edildiğinde gerçekleştirilen sadeleştirme ve rasyonalizasyon süreçleri sayesinde daha anlaşılır metinler elde edilmiş olsa da, bu Tüzüklerin içeriğini anlamak hala zor bir iş olarak karşımıza çıkmaktadır.

Unutmamamız gereken noktalardan birisi, iki tüzüğü birden ele aldığımızdır. 987/2009 sayılı Tüzük 883/2004 sayılı Tüzük için Uygulama Tüzüğü olarak görülebilse de, bu çıkarım tamamen doğru değildir. Aynı zamanda, zamanında uzlaşmaya varılamadığı için çözüm bekleyen bazı konuların 2004 yılında on yeni ülkenin birliğe katılımıyla ertelenmesi sebebiyle, Uygulama Tüzüğü olan 987/2009 sayılı Tüzük birçok temel hüküm barındırmaktadır. 1408/71 ve 574/72'nin önceki düzenleyici çerçevesine göre durum böyle olduğu için, iki Tüzük de aynı anda ve birlikte okunmalıdır. 883/2004 ve 987/2009 sayılı yeni Tüzüklerle birlikte, 1408/71 sayılı Tüzük kapsamında bilinen ve Tüzüğün uygulanmasına ilişkin ulusal hükümler ve uluslara özgü durumların bir listesini içeren birçok ekin kaldırılması kesinlikle çok büyük bir başarı olmuştur. Ancak bu başarı halen var olan yorum sorunlarını ortadan kaldırmış değildir.

Tüzüklerle ilgili en temel sorunlardan bir tanesi de ulusal yasaların aksine, bazı hükümlerin yorumlanmasıyla ilgili şüpheler var olduğunda, bir kimsenin hazırlık dokümanlarına tabi olamamasıdır. Bu aynı zamanda Avrupa hukukunun genelinde de görülen bir durumdur. Aslında bir hükmün neden belli bir şekilde yürürlüğe girdiği ve neden böyle bir kural veya hükmün kabul edildiği sorularına cevap bulmak çok zordur. Özellikle de önceki 1408/71 sayılı Tüzüğün düzeltme sürecinin başı ve 883/2004 sayılı Tüzüğün yeni düzenleyici çerçevesinin yürürlüğe girme tarihi arasında on yıldan fazla bir zaman diliminin bulunduğunu dikkate aldığımızda bu risk görmezden gelinmemelidir.

Fakat anlayış sorunları yalnızca hazırlık dokümanlarının eksikliğiyle ilgili değildir. Düşünsel sorunlardan bir tanesi de, Tüzük metninin haricinde çeşitli dokümanlar, ilkeler ya da araçların Tüzüklerin uygulanmasını olduğu kadar yorumlanmalarını da etkiledikleri göz önünde bulundurulması gerektiği için doğmaktadır. Öyle ki düzenleyici çerçeve Tüzüklerin kendi metinleriyle sınırlı değildir; Tüzüklerin hükümlerinin nasıl yorumlanacağıyla ve Adalet Divanı'nın oynadığı önemli rol ile ilgili daha fazla açıklama getiren İdari Komisyon'un göçmenlerin sosyal güvenliği ile ilgili kararlarını da içermektedir. Tüzükleri anlamak için bu iki kaynağın da dikkate alınması gerekir.



## II. Understand and apply the Regulations: a raft of challenges

### A. Intellectual challenges

#### 1. *The Regulations are more... than the Regulations*

The Regulations can certainly not be described as an easy understandable literature, but is rather a legal text with all its technicalities and exceptions to general provisions. And although the simplification and rationalisation processes that took place when adopting the new regulatory framework of Regulations 883/2004 and 987/2009 resulted in a more understandable text, it often remains a difficult task to understand the contents of this Regulation.

One of the first issues we may not forget, is that we are dealing with two regulations. Even if Regulation 987/2009 could be seen as the Implementing Regulation for Regulation 883/2004, this conclusion is not completely correct. Also the so-called Implementing Regulation 987/2009 contains several basic provisions, as through the imminent accession of ten new Member States in 2004 some burning issues were postponed as no agreement could be reached in time. So more than it was the case under the previous regulatory framework of 1408/71 and 574/72, one should read both Regulations at the same moment and together. It is certainly a big achievement that with the new Regulations 883/2004 and 987/2009 a lot of annexes that were known under Regulation 1408/71 and that contained a list of national provisions and national particularities with respect to the implementation of the Regulation, were abolished. This does, however, not exclude that many interpretation problems might remain.

One of the fundamental problems with the Regulations, but this is in general also the case for European law, is that one – contrary to national law – cannot, when doubts exist about the interpretation of certain provisions, rely on preparatory documents. It is indeed a very difficult issue to find out why a certain provision is enacted like that and why such rule or provision was adopted. This risk may not be neglected, in particular when one takes into account that a timeframe of more than ten years elapsed between the initial start of the revision process of the previous Regulation 1408/71 and the date of entering into force of the new regulatory framework of Regulation 883/2004.

But the problems of understanding are not only related to the lack of preparatory documents. One of the intellectual challenges is also due to the reason that apart from the text of the Regulation itself, several other documents, principles or instruments have to be considered as they influence as well the interpretation as the implementation of the Regulations. Indeed, the regulatory framework is not limited to the texts of the Regulations themselves, but also contains the decisions of the Administrative Commission on social security for migrant persons, which give further indications on how to interpret the provisions of the Regulations, as well as the essential role that is played by the Court of Justice. One should take these two sources into account in order to understand the regulations.

## 2. “Ulusal” Anlayış – “Avrupa” Anlayışı

Tüzüğün hükümlerini okurken başlangıçta, kullanılan terminolojinin ulusal manada anlaşılması söz konusu olmaktadır. Ancak bu yaklaşım yanlıştır ve Tüzükler okunurken tamamen bir kenara bırakılmalıdır. Tüzüğün uygulanmasında kavramların ulusal anlamlarını kullanma yaklaşımı yanlıştır. Tüzüklerin maddesel uygulama alanına giren yardım türleri konusunda, özellikle de sosyal güvenlik yardımı ve sosyal yardım arasındaki farkın belirlenmesinde buna örnek olabilecek durumlar yaşanmaktadır.

Ayrıca sosyal yardımları prensipte Tüzük kapsamına girmemektedir. Ancak Adalet Divanı sosyal güvenlik kavramını o kadar geniş bir şekilde yorumlamıştır ki Tüzük kapsamına girmeyen yardımların sayısı aşırı derecede azaltılmıştır. Birçok yardımın şu anda Tüzük kapsamına girmesinin sebebi de Adalet Divanı'nın sosyal güvenlik kavramına getirdiği geniş yorumdur. Şüphesiz ki Tüzüğü kaleme alanların asıl niyeti bu değildir. Adalet Divanı, Tüzüğün hedeflerini ve kişilerin serbest dolaşımını güçlendirme mantığını dikkate alarak her zaman için teorik bir yorumda bulunduğu için, geleneksel ulusal kavramlar değişken bir şekilde yorumlanmıştır.

Aslında sosyal güvenlik yardımlarının ulusal yasalara has özelliklerden bağımsız olarak değerlendirilmesi ve bu yardımların amaç ve hedefinin göz önünde bulundurulması gerektiğini Adalet Divanı içtihadında görüyoruz (C-171/82 sayılı *Valentini* Davası; C-102/91 sayılı *Knoch* Davası). Birçok davada Avrupa Adalet Divanı, üye devletlerin ulusal mevzuatlarında sosyal destek olarak sınıflandırılmış olsun ya da olmasın, birçok yardımı koordinasyon tüzüğü çerçevesine dahil etmiştir. Öyle ki bir sosyal güvenlik yardımı, eğer kişinin bu yardımı almaya yasal olarak hakkı varsa (yardımı vermek kurumun takdirine bırakılmaz) ve Tüzükte sıralanan risklerden birine ilişkinse, Tüzük kapsamına girer (C-1/72 sayılı *Frili* Davası; C-248/83 sayılı *Hooockx* Davası; C-63/76 sayılı *Inzirillo* Davası). Bu, temel olarak, yalnızca herkese verilen genel asgari desteğin Tüzüğün maddesel kapsamına girmediği anlamına gelmektedir. Primsizlik ve gelir testine dayalılık unsurları da Koordinasyon Tüzüğüne göre sosyal güvenlik yardımı olarak tanımlamada etkili değildirler. Bu tür yardımların Tüzüğe göre sosyal güvenlik yardımı olarak kabul edilmesi, ulusal yasalarda durum genellikle böyle olmasa da, bu yardımların ihraç edilebilir olduğu anlamına geldiği için ulusal yardımlardan doğacak sonuçlar çok büyük olabilmektedir.

Bu yorumla birlikte yeni bir yardım sınıfı ortaya çıkmaktadır. Bu sınıftaki yardımlar, sosyal güvenlik ve sosyal destek arasında bulunur ancak Tüzüklerin uygulama alanına girerler. (Örneğin, özel primsiz yardımlar.)

## 2. “National versus European” understanding

Reading the provisions of the Regulation, one will always be tempted to start from the national understanding of the terminology used. This approach is, however, wrong and should be completely forgotten, when looking at the Regulations. In the implementation of the Regulation, it is the wrong approach to use the national understanding of concepts. A clear example of that relates to the range of benefits that fall under the material field of application of the Regulations and in particular the drawing line between what is a social security benefit or social assistance.

Also under the Regulation, social assistance benefits are in principle not covered, but the Court of Justice has interpreted the concept of social security so broadly that the number of benefits that still fall outside the scope of the Regulation, has become extremely limited. It is exactly due to this broad interpretation of the concept of social security by the Court of Justice that a lot of benefits are now covered by the Regulation, even if this was without any doubt not the intention of the original drafters of the Regulation. Exactly as the Court of Justice has always favoured a theological interpretation, taking into account the objectives of the Regulation and their rationale, which is ultimately to foster the free movement of persons, traditional national concepts have been interpreted in an evolving way.

It is indeed established case law of the Court of Justice that social security benefits must be regarded irrespective of the characteristics peculiar to the various national laws, and that one has to look at the purpose and object of these benefits (Case C-171/82, *Valentini*, Case C-102/91, *Knoch*). In a lot of cases, the European Court of Justice brought a lot of benefits, whether or not they were categorised as social assistance under national legislation by the Member State within the Coordinating Regulations. Indeed, a social security benefit is covered by the Regulation, if someone has a legal entitlement to it –the granting of this benefit is not within the discretion of the institution as such – and it is related to one of the risks enumerated in the Regulation (Case C-1/72, *Frili*, Case C-248/83, *Hooockx*, Case C-63/76, *Inzirillo*). This basically implies that only benefits that give a general minimum support to everybody, do not fall under the material field of application of the Regulation. Elements as the non-contributory character or the means-tested characteristic are also irrelevant for qualification as a social security benefit under the Coordination Regulations. The consequences for national benefits might be enormous as exactly the fact that such benefits are now considered as being a social security benefit under the Regulation, implies that they should normally be exportable, although quite often under national law this might certainly not be the case.

This interpretation has led to a situation where a new category of benefits arose, that is benefits that can be situated somewhere between social security and social assistance but which fall under the field of application of the Regulations, ie the so-called special non-contributory benefits.

Sosyal güvenlik ve sosyal yardım kavramları arasında kategorik bir ayırım yapmanın zorluğu ve Adalet Divanı'nın bu özel primsiz yardımlar sınıfını geliştirmesi Konsey'in özel primsiz yardımları bütün sosyal güvenlik yardımlarını ihraç etme zorunluluğundan ayrı tutma amacıyla 1408/71 sayılı Tüzükte değişiklik yapmasına sebebiyet vermiştir. Bu yüzden üye devletler, hangi ulusal yardımların özel primsiz yardım olarak sınıflandırılacağını oybirliğiyle belirlemeye karar vermişler ve Tüzükteki özel Ek II-a'ya eklemişlerdir. Ancak, daha sonraki davalarda Adalet Divanı sosyal güvenlik, sosyal destek ve özel primsiz yardımlar arasındaki çizgiyi netleştirmiş ve sosyal güvenlik sınıfını daha da genişletmiştir.

Adalet Divanı içtihadına göre, bir yardımın ihraç edilemez özel primsiz yardım olabilmesi için Ek II-a'daki listede yer alması yeterli değildir; aynı zamanda kısıtlayıcı nitelikteki "özel ve primsiz" olma kriterini yerine getirmesi gerekmektedir (C-215/99 sayılı *Jauch* Davası; C-43/99 sayılı *Leclere* Davası). Bu sebeple, Adalet Divanı üye devletlerin kabul ettiği listeyi sınırlandırmıştır. Bu yardımların çoğu AAD içtihadındaki özel primsiz yardımlar kapsamına girdiği için Ek'ten çıkarılmış ve böylece Tüzükte değişiklik yapılmıştır. Ancak bazı üye devletler inatçı davranmayı sürdürmüş ve yardımlarının hala Adalet Divanı'nın özel primsiz yardım tanımına uygun olduğunu, bu sebeple de genel ihraç ibaresinden kurtulmak için bir ekte yer almaları gerektiğini savunmuşlardır. Fakat çok özel bir davada, Komisyon bu kararı ertelemek için Konsey ve AB Parlamentosuna karşı ihlal kovuşturması uygulamış ve AAD bu yardımların aslında sosyal güvenlik yardımları olduğuna karar vermiştir (C-299/05 sayılı *Dava, Komisyon – Avrupa Parlamentosu ve Konsey*). Bu örnek, Divan ve kanun koyucu arasındaki kuvvetli etkileşimin özel primsiz yardımlar için ayrı bir koordinasyon sistemi oluşturulmasına nasıl sebebiyet verdiğini ve Divan'ın Konsey ve üye devletlerin kendi istekleri doğrultusunda Tüzükleri kabul etmesine nasıl engel olduğunu göstermektedir.

Buna ek olarak, Avrupa sosyal güvenlik kavramı, şüphesiz ki ulusal hukuka göre iş kanunu kapsamında olduğu kabul edilecek olan ulusal yardımların artık Koordinasyon Tüzüklerine dahil edilmesine olanak vermiştir. Başından beri Adalet Divanı, yardımın amacı sebebiyle hastalık halinde işveren tarafından ücret ödemesinin devam etmesinin de Tüzük kapsamına giren bir sosyal güvenlik yardımı olduğuna hükmetmiştir (C-45/90 sayılı *Paletta II* Davası). Bu geniş yorum işverenler için ciddi sonuçlar doğurabilmektedir. Özellikle, bir işverenin bir başka üye devletin sosyal güvenlik kanununa tabi olan bir kişiyi işe alması halinde böyle durumlar yaşanmaktadır. Örneğin, Belçika yasasına göre, prensipte bir işveren hastalık halinde azami 30 günlük bir süre boyunca çalışanına maaş ödemesi yapmak zorundayken, Hollanda kanunlarına göre bu zorunluluk iki yıla bile varabilmektedir. Bu durum işveren için ciddi mali sıkıntılar yaratabilmektedir. Örneğin, Belçikalı bir işveren için Hollanda'da hizmet akdiyle çalışan bir kişi Hollanda'nın sosyal güvenlik mevzuatına tabi olacaktır. Aslında Belçika mevzuatı kapsamında sahip olduğu sınırlı sorumluluğu dikkate alırsak Belçikalı işveren prensipte sadece maaş ödemelerinin devam etmesi için sınırlı bir mali kaynak öngörmüş olur. Ancak, işçi hastalanırsa, Hollanda sosyal güvenlik mevzuatına tabi olduğu için Belçikalı işveren maaş ödemesini azami 30 gün boyunca değil, 2 yıl boyunca yapmaya devam etmek zorunda olacaktır.

The difficulty of making a categorical distinction between the concept of social security on the one hand and the concept of assistance on the other and the development by the Court of Justice of this special category of non-contributory benefits has finally led to an amendment of the Regulation 1408/71 itself by the Council, aiming to exclude these special non-contributory benefits from the general obligation to export all social security benefits. The Member States therefore unilaterally decided which national benefits should be considered as special non-contributory benefits by putting them in a special Annex IIa to the Regulation. However, in further case law, the Court of Justice has clarified the demarcation lines between social security, social assistance and special non-contributory benefits and has clearly further expanded the category of social security.

In its case law, the Court found that for a benefit to be a non-exportable special non-contributory one, it was not simply sufficient to list them in Annex IIa, but this benefit must meet the restrictive criteria of special and non-contributory (Case C-215/99, *Jauch*, Case C-43/99, *Leclere*). The Court herewith considerably limited the list enacted by the Member States, which finally again led to an amendment of the Regulation, where most of these benefits listed were taken out of the Annex, as they would clearly fall under the concept of special non-contributory benefits of the case law of the Court. Some Member States were, however, rather stubborn and argued that their benefits still fulfilled the criteria described by the Court of Justice to be considered as special non-contributory benefits and should therefore be further listed in an annex, so as to exclude them from the general export clause. In a very special procedure, however, the Commission took infringement proceedings against the Council and the European Parliament to annul this decision and the Court of Justice decided that these benefits are in fact social security benefits (Case C-299/05 *Commission v. European Parliament and Council*). This example shows how these strong interactions between court and legislator have led to a separate coordination system for special non-contributory benefits and how the Court counteracted the Member States and the Council to adapt the Regulations to their wishes.

The European concept of social security has also led to situations, where national benefits that would, surely under national law, even be seen as labour law, are now also included in the Coordination Regulations. Already from early on, the European Court of Justice has decided that exactly because of the purpose of the benefit the continued payment of wages by the employer in the event of sickness is also a social security benefit covered by the Regulation (Case C-45/90, *Paletta II*). This broad interpretation may lead to severe consequences for employers. This is particularly the case when an employer would employ a person to whom the social security law of another Member State is applicable. Where for example under Belgian law, an employer is in principle only obliged to continue the payment of the wage of the employee in case of sickness for a maximum period of 30 days, under Dutch law this obligation even extends to two years. This might lead to severe financial consequences for an employer. For instance, an employee who is working in the Netherlands for a Belgian employer, will be subject to Dutch social security legislation. In principle of course, the Belgian employer, taking into account the limited responsibility he has under Belgian legislation, will have only foreseen a limited financial reserve for the continuation of payment of wages. However, if his employee falls sick, and as Dutch social security legislation social security is applicable to him, the Belgian employer will now be obliged to continue the payment of the wage, not during a maximum of 30 days, but during a maximum of 2 years.

Ulusal sosyal güvenlik yardımının Tüzük kapsamına girmesi için Tüzükte sıralanan sınırlı sayıdaki gruplardan birine dahil olması gerekir. Bu gruplar 1952 tarihli 102 sayılı ILO Sözleşmesi'nden bildiğimiz sosyal güvenlik yardımları listesiyle sınırlıdır. Demografik gelişmeler, toplumun yaşlanması ve aile yapısındaki çeşitli değişiklikler gibi farklı gelişmeler ulusal sosyal güvenlik sistemlerinde birçok değişikliğin meydana gelmesine neden olmuş, böylelikle de farklı yeni yardım türleri oluşturulmuştur.

Adalet Divanı genellikle bir yardımın amaç ve hedefini göz önünde bulundurur ve ulusal sınıflandırmadan farklı olarak bu ulusal yardımları Tüzük kapsamında değerlendirir. Örneğin, aile politikalarının bir parçası olarak ebeveynlerden birinin küçük yaştaki çocuğunun yetiştirilmesine kendini adanmasını sağlamak için verilen çocuk yetiştirme ödenekleri, amaçları tam anlamıyla aile masraflarını karşılamak olduğu için Adalet Divanı tarafından koordinasyon sistemi açısından aile yardımı olarak değerlendirilmektedir (C-245/94 ve C-312/94 sayılı *Hoever & Zachow* Davaları). Aynı sebepten ötürü, çocuk yuvalarına alternatif olarak çocuk bakımının organizasyonunu mali anlamda desteklemek için verilen çocuk bakım ödeneği de bir aile yardımı olarak değerlendirilir (C-333/00 sayılı *Maaheimo* Davası).

Doksanlı yıllarda demografik değişimin ihtiyaçlarını karşılamak ve günlük yaşamlarında dışarıdan yardım almak zorunda olan kişilere yardım sağlamak amacıyla yeni ulusal bakım yardımı sistemlerinin oluşturulması, bu yardımların tam niteliğiyle ilgili endişelere sebebiyet vermiştir. Bazı üye devletler bu yardımların özel primsiz yardımlar olması gerektiğini düşünürken (yalnızca ihraçtan kaçınmak için değil), bazıları da bu yardımları malullük, hatta hastalık yardımlarıyla ilişkilendirmektedir. Ulusal sistemler sıklıkla aynı ve nakdi yardımların bir birleşimini önerdiği için, bu yardımların aynı hastalık yardımı mı yoksa nakdi hastalık yardımı mı olduğu konusunda doğan soru işaretleri geçerliliğini korumaktadır.

Yalnızca işlevi sebebiyle değil, aynı zamanda tamamlayıcı kamu sağlık sigortası olduğu ve sağlık sigortası fonlarıyla örgütsel/kurumsal bağları bulunduğu için, Adalet Divanı bakım sigortasını hastalık riskiyle ilişkili olarak değerlendirmiştir. Daha spesifik bir ifadeyle, ihtiyaç sahibi kişiler genellikle özerk oldukları ve bu yardımları nasıl kullanacaklarına karar verebildikleri için bu yardımlar nakdi yardım olarak görülmüştür. Bir ulusal yardımın Tüzük çerçevesinde nitelendirilmesi önemli sonuçlar doğurabilir. Belli bir ulusal yardımın Tüzük içerisindeki sınıf ve risklerden birine kesin ayrımlarla dâhil edilmesi, Tüzüğün uygulanma çerçevesini belirlemesi açısından elbette faydalıdır. Bir yardımın aynı veya nakdi şeklinde nitelendirilmesi sonucunda, söz konusu riske göre Tüzüklerin farklı hükümleri sebebiyle, kişiler yardımdan mahrum kalabilir ya da kalmayabilir. Bu durumu bir örnekle açıklayalım. A üye devletinde sigortalı olan bir kişi, uzun süreli bir sigorta sistemi için prim ödemektedir. Ancak bu kişi, ayrı bir uzun süreli sigorta sisteminin olmadığı B üye devletinde yaşamaktadır. Bu yardımların aynı hastalık yardımı olarak kabul edilmesi durumunda, söz konusu kişi uzun süreli sigorta yardımından mahrum kalacaktır. Aslında, aynı hastalık yardımlarına uygulanan Tüzüğün kurallarına göre, yetkili devletin dışında başka bir ülkede ikamet eden bir kişinin, ikamet ettiği ülkenin mevzuatı ve ilkelerine göre yetkili devlet üzerinden aynı yardım almaya hakkı vardır.

In order to be covered by the Regulation, it is necessary that the national social security benefit should be classified under one of the limited number of branches enumerated in the Regulation. These branches are limited to the traditional list of social security benefits, as we know them under ILO Convention 102 from 1952. Different evolutions, as demographic developments or ageing of society and further changes in the family structure, has led to further evolutions in the national social security systems, leading to the introduction of different, new kinds of benefits.

By looking at the aim and purpose of a benefit, the Court of Justice has often classified some of these national benefits under the category of the Regulation, different from its national classification. For instance, child-raising allowances, introduced as part of a family policy to enable one of the parents to devote him or herself to the raising of a very young child, are treated by the Court of Justice as family benefits for the coordination system as their aim is exactly to meet family expenses (Cases C-245/94 and C-312/94, *Hoever & Zachow*). For the same reason is a child-care allowance that gives entitlement to financial support for the organisation of child care as an alternative to a daycare place, also to be treated as a family benefit (Case C-333/00, *Maaheimo*).

The introduction during the nineties of new national care benefit systems, designed to meet demands of demographic change and to assist people, who need to rely on external assistance for their day-to-day living, also raised concerns on the exact qualification of these benefits. Where some Member States were of the opinion that these benefits should be a special non-contributory one (not at least to avoid export), other Member States rather related them to invalidity or even sickness benefits. As the national systems quite often offer a combination of benefits in kind and cash benefits, the question remained if they should now be seen as a sickness cash benefit or a sickness benefit in kind.

Not at least due to its function and as it is supplementing statutory health insurance and as a result of the organisational links with health insurance funds, the Court of Justice considered care insurance as related to the risk of sickness. More in particular, it was seen as a cash benefit as most often persons in need have the autonomy and can decide on how they will intend to use these benefits. The exact qualification of a national benefit under the regulatory framework could have a enormous consequences. The demarcation of a certain national benefit under one of the risks and categories of the Regulation has a certain usefulness, as it also determines the framework for the application of the Regulation. The qualification as a benefit in cash or in kind could lead to situations, where someone would be deprived of his benefit or not, just as a result of the different provisions of the Regulations according to the risk involved. Let us simply take the following example. A person insured in a Member State A pays contributions for a long-term care insurance system. He however lives in a Member State B that has no separate system of long-term insurance care. In case these benefits would be considered as sickness benefits in kind, the person concerned would be deprived of long-term care insurance benefits. Indeed, according to the rules of the Regulation applicable to sickness benefits in kind, someone who resides in another state than the competent state has a right to benefits in kind according to the principles and legislation of the country of residence and this on behalf of the competent state.

İkamet edilen ülkede uzun süreli bakım sigortası olmadığında, kişi hak sahibi değildir. Öte yandan uzun süreli bakım sigortası yardımlarının nakdi yardımlar olarak değerlendirilmesi halinde, bu yardımların nakdi yardımlara uygulanan hükümlerle uyumlu olarak ihraç edilmesi gerekir. Yetkili A üye devleti bu sebeple başka bir üye devlette ikamet eden söz konusu kişiye yardımları ihraç etmek ve ödemekle yükümlüdür. Bu örnekten de anlaşılacağı üzere, üye devletlerin sistemlerinin yapısı ve düzenine özerk bir şekilde karar verebilmeleriyle birlikte, Adalet Divanı'nın sınıflandırması ve Tüzüğün uygulanması ulusal sosyal güvenlik sistemlerinde genellikle istenmeyen, ciddi sonuçlara neden olabilmektedir.

Ancak bazı yardımlar 1408/71 sayılı Tüzüğün geniş sosyal güvenlik kavramının kapsamına girmediğinde bile, bu durum, Avrupa hukukunun bu yardımlar üzerinde bir etkisi olamayacağı anlamına gelmez. Divana göre, çiftçiler için çalışan önceki kişilere yönelik olan ve işsizlik yardımlarına eklenen tazminatlar bu Tüzüğün altında belirtilmiş olan risklerin (C-57/96 sayılı *Meints Davası*) herhangi biriyle doğrudan bağlantılı olmadığı için burslarda (C-337/97 sayılı *Meeusen Davası*) olduğu gibi Tüzük kapsamına girmeyebilir. Ama bu eşit muamele yükümlülüğü içeren, işçilerin serbest dolaşımına ilişkin 1612/68 sayılı Tüzüğe göre sosyal avantaj olarak değerlendirilemeyeceği anlamına gelmez. Bunun yanı sıra Adalet Divanı 1612/68 sayılı Tüzüğe göre üye devletler, alıcıların kendi sınırları dahilinde ikamet etmeleri koşuluyla sosyal avantaj ödemesi yapamadıkları için bunların aynı zamanda ihraç edilebilir olduklarına karar vermiştir. Bu davalarda Tüzüklerin birlikte nasıl var olduğu açık bir şekilde görülmüştür.

### 3. AB Tüzükleri AB hukukuna dahil edilmiştir

Sosyal güvenlik koordinasyon Tüzükleri, Avrupa topluluğunun temel ilkelerinden biri olan kişilerin serbest dolaşımı ilkesini gerçekleştirmek için yürürlüğe soktuğu ilk hukuki araçlardandır. Bu yüzden, AB Koordinasyon Tüzükleri amaç değil, kişilerin serbest dolaşımı hedefini yakalamak için kullanılan bir araçtır. Tüzüklerin diğer uluslararası ikili sosyal güvenlik araçlarından farklılık gösterdiği nokta olan bu hedef, Adalet Divanı tarafından Koordinasyon hükümlerinin yorumlanması için çerçeve olarak görüldüğünden, temel hedef niteliği taşımaktadır.

Avrupa Adalet Divanı, işçilerin serbest dolaşımı için en uygun koşulları sağlamak için, Koordinasyon Tüzüklerinin hükümlerini çok geniş bir şekilde yorumlamıştır ve bu yaklaşımını göçmen işçileri korumak için benimsemekle gerekçelendirmiştir. Ayrımcılık yapmama temel ilkesinin yanı sıra kapsamlı sosyal güvenlik kavramı bu yaklaşımın en önemli örnekleridir. Göçmen işçilerin üye devletler arasında hiç dolaşım yapmamış olan vatandaşlarından daha iyi bir pozisyon elde etmesi bu hedefin yalnızca mantıksal bir sonucudur (55/77 sayılı Dava, *Maris* ve C-212/06 sayılı Dava, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon vs Gouvernement flamand*).



Exactly as the country of residence has no system of long-term care insurance, the person would have no right to it. On the other hand, in case long-term care insurance benefits are considered as cash benefits, they need to be exported in accordance with the provisions applicable to cash benefits. The competent Member State A is therefore obliged to pay and to export the benefits to the person concerned residing in another Member State. This example shows that, notwithstanding the fact that national Member States remain autonomous in deciding the structure and the organisation of their system, the categorisation of the Court of Justice and the application of the Regulation might lead to severe – often undesired – consequences on the national social security systems.

But even when certain benefits would not be covered under the broad concept of social security under Regulation 1408/71, this does not imply that European law may not have an impact on these benefits. According to the Court, benefits as the compensation scheme for people previously working for farmers, which is added to an unemployment benefit may indeed perhaps not fall under the Regulation, as it has no direct link with one of the risks enumerated under this Regulation (Case C-57/96, *Meints*) just as this is the case eg with a study finance (Case C-337/97, *Meeusen*). This does, however, not exclude that they may be considered as a social advantage according to the Regulation 1612/68 on free movement of workers, which contains an obligation of equal treatment. In addition, as the Court of Justice determined that Member States can no longer make payments of a social advantage within the meaning of this Regulation 1612/68 dependent on the condition that the recipients be resident within its territory, they are also exportable. These cases clearly show how both Regulations exist side by side.

### 3. *The EU Regulations are embedded in the EU law*

The social security Coordination Regulations were one of the first legal instruments enacted by the European Community to realise the fundamental principle of the free movement of persons. The EU Coordination Regulations are for that reason not an end in itself, but just an instrument, a tool, used to reach the goal of free movement of persons. This objective, through which the Regulations in particular also differ from other existing international bilateral instruments on social security, is fundamental as it has always been considered by the Court of Justice as the framework for the interpretation of the Coordination provisions.

In order to guarantee the most favourable conditions to the free movement of workers, the European Court of Justice often interpreted the provisions of the Coordination Regulations in a very broad way, justified by this desire to protect the migrant worker. The extensive concept of the notion of social security as well as the fundamental principle of non-discrimination are just paramount examples of this trend. That migrant workers would therefore obtain even a better position than their fellow nationals, who never moved between the Member States, is just a logical consequence of this objective (Case 55/77, *Maris* and Case C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon vs Gouvernement flamand*).

Adalet Divanı (C-290/00 sayılı) *Duchon Davasında* 1408/71 sayılı Tüzüğün önceki 9a maddesinin durumların benzeşmesi ilkesine bir istisna teşkil ettiği için geçersiz olduğuna karar vermiştir. Öyle ki bu madde, bir iş kazası programına göre ödenen mesleki maluliyet aylığı başka bir üye devlette alındığında bir aylığı almaya hak kazanma ve elde etme süreçlerinin tamamlandığı referans sürecinin uzatılma ihtimalini ortadan kaldırmıştır. Bu madde durumların karşılıklı tanınması veya denkliğini sağlamadığı için, Tüzükte sosyal güvenlik kurumlarını başka bir üye devlette gelişen durum, olay veya gerçekleri dikkate almakla yükümlü kılan genel bir ibare olmadığında bile, AB Antlaşması ve işçilerin serbest dolaşımına ters düşmektedir. Bu son örnek de yine AB hukukunun doğrudan etkisini bizlere göstermektedir. Genel bir ibare olmamasına rağmen, Adalet Divanı eşit muamele ilkesini geniş bir yaklaşımla yorumlayarak, yalnızca üye devletlerin vatandaşlarının ev sahibi devletin vatandaşlarıyla aynı muameleyi görmesine değil, başka bir üye devlette gelişen durum, olay ve vakaların yetkili üye devlette gerçekleşen benzer durum, olay ve gerçeklerle benzeştirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Buna örnek olarak, hak kazanmanın aynı yardıma veya başka bir yardıma daha önceden başvurmuş olmak koşuluna bağlı olduğu ulusal sınırlar içerisinde yerine getirilen askerlik hizmetini, ulusal bir kurumda alınan eğitimi, sigorta süresinin bazı durumlar neticesinde bölünmesi halinde referans sigorta süresinin uzatılması gibi durumları gösterebiliriz.

Sosyal güvenlik kurumlarını ülke dışındaki vakalar ve durumları benzeştirmekle yükümlü kılan genel bir ibareyi ortadan kaldırmak için Adalet Divanı'nın içtihadının somut etkisiyle ilgili olan belirsizlik, 883/2004 sayılı yeni Tüzükte genel yatay bir "gerçeklerin benzeşmesi" ibaresinin yer almasına sebebiyet vermiştir. Bu, göçmen işçilerin korunmasına yönelik önemli bir adım olmuştur. Üye devletlerin sosyal güvenlik programlarının kapsamını tanımlarken ulusal unsurları kullanma ve hak kazanma ve yardımların ödenme koşullarını belirleme özgürlüklerini büyük ölçüde sınırlandırmaktadır. Aslında yere (Örneğin, bu tür özel gerçeklerin, olayların ve durumların gerçekleştiği ülke) dayalı farklı adli etkilerin tanınmasının göçmen işçiler açısından olumsuz sonuçlar doğuracağı açıktır. Öte yandan, uygulama hala birçok düşünsel zorluk yaratmaktadır. Bu ilke ne kadar kapsamlıdır? Yalnızca ulusal koşulları kapsayan ulusal hükümler ne ölçüde uygulanabilir? Bir kimse kendi mevzuatını tüm gerçek ve durumlar Avrupa'nın tamamı için geçerliymiş gibi uygulamak zorunda mıdır? Bunlar cevaplanması gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

In the Case *Duchon* (Case C-290/00), the Court of Justice declared the previous Article 9a of the Regulation 1408/71 as invalid, because it provided for an exception to the principle of assimilation of facts, in so far as it excluded the possibility for a prolongation of the reference period, during which the qualifying and the acquisition of a right to a pension must have been completed when an occupational disability pension under an accident at work scheme was received under another Member State. As this article did not provide in a mutual recognition or equivalence of situations, it was therefore contrary to the EU Treaty and the free movement of workers, even in the absence of a general clause in the Regulation, obliging social security institutions to take into account situations, events or facts that took place in another Member State. This last example again shows the direct influence of EU law. Although a general clause was missing, the Court of Justice – through a broad interpretation of the principle of equal treatment – realised that not only nationals of Member States are treated in the same way as nationals of the host state, but also that facts, events and situations occurred in another Member State should be assimilated to similar facts, events and situations that took place in the competent state. As examples we could think of conditions as military service fulfilled in the country; studies fulfilled in a national institution; where entitlement is conditional upon reception prior to the application for that benefit, another benefit; the prolongation of a reference insurance period in case this period of insurance was interrupted by certain situations, etc.

The uncertainty related to the concrete impact of this case law from the Court of Justice to circumvent the absence of a general clause obliging social security institutions to assimilate foreign facts and situations, finally led to the adoption of a general horizontal clause of assimilation of facts in the new Regulation 883/2004. This was an important step forward for the protection of the migrant workers. It limits to a big extent the freedom of Member States to use territorial elements in defining the scope of their social security schemes and in determining the qualifying conditions and conditions of payments of benefits. It is indeed clear that recognising different judicial effects, depending on the place, ie the territory where such particular facts, events or situations occur, would lead to negative consequences for migrant persons. On the other hand, however, the application still poses a lot of intellectual challenges. How far-reaching is this principle? It remains unclear to find out to what extent national provisions that only look at national conditions, are still acceptable. Does one have to apply its national legislation as if all facts and situations apply for the whole of Europe?

#### 4. Birincil ve İkincil Hukuk Bir Arada İşlev Gösterir

AB Koordinasyon Tüzükleri, AB Antlaşmasının temel ilkelerini uygulamak için kabul edilmiş olan ikincil AB hukuku araçlarıdır, dolayısıyla ortaya çıkış nedenleri budur. Aslında AB hukukunun birincil hükümleri elbette ikincil hukuktan üstün durumdadır. Bu, geçmişte Tüzüklerin hükümlerinin AB Antlaşmasına aykırı olduğunun düşünülmesine de neden olmuştur. Yıllar önce Adalet Divanı Fransa'daki işçiler ve onların yurtdışında yaşayan aile fertlerine yapılan aile yardımı ödemeleri için belirli bir düzen uygulayan aile yardımlarına ilişkin hükümleri, kişilerin serbest dolaşımına aykırı bir biçimde uyuğa dayalı gizli ayrımcılık içerdiği gerekçesiyle geçersiz kılmıştır (C-4/84 sayılı *Pinna* Davası). Aslında diğer devletlerden farklı olarak, başka bir üye devletin sınırları dahilinde ikamet eden çocuklara verilen aylık, çocukların ikamet ettiği devletin mevzuatına uygun olarak Fransa tarafından ödeniyordu.

Birincil AB hukukunun ve Tüzüğün eşzamanlı olarak var olması ilgili kişiler için faydalı olurken idari organlar için ise hukuki belirsizliklere yol açması nedeniyle pek çok zorluğa neden olmaktadır.

Bu durumlarla ilgili daha pek çok örnek verilebilir. 90'lı yılların sonunda Divan Tüzük sisteminin ve başka bir üye devlette hasta olunması durumunda talep edilen aynı hastalık yardımlarına ilişkin ulusal hükümlerin, malların serbest dolaşımı ve hizmet verme özgürlüğü ile ilgili AT Antlaşmasının hükümleri ile çelişip çelişmediğini sorgulamak durumunda kalmıştır (C-120/95 ve C-158/96 sayılı *Kohll & Decker* Davaları). Ulusal mevzuatın yanı sıra Tüzük, başka bir devletin sınırları dahilinde alınacak tıbbi muayene için yetkili kurumdan ön izin alınmasını gerektiren bir sistem oluşturmuştur.

Bu tür durumlarda Divan, üye devletlerin ulusal sosyal güvenlik sistemlerini düzenlerken, yapılandırırken yetkilerini kullanırken Topluluk hukukuna uymaları gerektiğini açık bir biçimde belirtmiştir. Ulusal mevzuatlar çelişkiye düşme imkanları olmayan Antlaşma kuralları ile çerçevelendirilmiştir. Hizmetlerin ve malların serbest dolaşımı ilkeleri ile ilgili olarak Divandan gelen doğrudan istinat Avrupa vatandaşlarının yalnızca yurtdışında tıbbi bakım görmek için Koordinasyon hükümlerinden yararlanmalarını değil, aynı zamanda AB Antlaşmasının temel ilkelerine dayanarak geri ödeme talebinde bulunabilmelerini de sağlamıştır. Şu anda sağlık hizmeti giderlerinin geri ödenmesine ilişkin iki sistem bir arada işlemektedir. Bir yandan sağlık hizmeti masrafların yetkili kurum tarafından hizmetin verildiği devletin mevzuatındaki tarifelere göre geri ödenmesini sağlayan Tüzüğe dayalı sistem mevcutken, öte yandan da yetkili devletin tarifelerine dayalı olarak geri ödeme yapan bir sistemin varlığı söz konusudur. Avrupa vatandaşları artık serbest dolaşım ilkesine dayanarak doğrudan sosyal haklar edinmektedirler.

#### 4. *Primary and Secondary Law exist side by side*

The EU Coordination Regulations are a secondary instrument of EU law, as such adopted to implement the fundamental principle of the EU Treaty and are therefore indebted to these. As a matter of fact, the primary provisions of EU law are of course superior to the secondary law. In the past, this already led to situations, where even provisions of the Regulations themselves, were considered to be contrary to the EU Treaty. Already some decades ago, the Court of Justice invalidated a former provision on family allowances that provided for a specific regime with regard to payment of family allowances for workers in France and whose families were residing abroad, as it contained a form of disguised discrimination according to nationality, contrary to the free movement of persons (Case C-4/84, *Pinna*). Indeed, contrary to the other countries, the allowance for children residing on the territory of another Member State were paid by France according to the legislation of the state in which the children reside.

The simultaneous existence of the principles of primary EU law and the Regulation might certainly be beneficial to the persons concerned, but for administrations it poses a lot of challenges as it often leads to legal uncertainty.

Several further examples can be found for this trend. At the end of the nineties, the Court had to investigate whether both the system of the Regulation, and the national provisions concerning claims for sickness benefits in kind in the case of sickness in another Member State, did or did not contradict the provisions of the EC Treaty concerning the free movement of goods and the freedom to supply services (Cases C-120/95 en C-158/96, *Kohll & Decker*). Both the national legislation, and the Regulation provided for a system that requires prior authorisation of the competent institution for a medical treatment in the territory of another state.

In these cases, the Court made clear that Member States must comply with community law, when exercising their power to organise and structure their national social security system. National legislations are framed by the rules of the Treaty, with which they may not enter into conflict. The direct reliance from the Court on the fundamental principles of free movement of services and goods, has led to a situation where European citizens are no longer in a position where they just rely on the Coordination provisions for obtaining medical care abroad, but could also ask for reimbursement based directly on these fundamental principles of the EU Treaty. Two systems of reimbursement for costs of health care now exist next to each other: on the one hand, the system based on the Regulation which basically guarantees reimbursement of medical costs payable by the competent state, but in accordance with the tariffs of the legislation of the state on which territory the services were provided and on the other hand, a reimbursement according to the tariffs of the competent state. European citizens now directly obtain social rights on the basis of the principles of free movement.

Dolayısıyla bugün Koordinasyon Tüzükleri göçmen işçilerin sosyal güvenlik hakları söz konusu olduğunda artık izlenebilecek tek yol değildir. Diğer AB araçları da hesaba katılmak durumundadır ve bu araçların da oldukça önemli rolleri olabilir. Örneğin Avrupa Birliği vatandaşlığı kavramının oluşturulması, Adalet Divanının da yorumladığı şekilde (C-85/96 sayılı *Martinez-Sala* Davası, C-184/99 sayılı *Grzelczyk* Davası, C-138/02 sayılı *Collins* Davası) yeni haklar doğurmuştur ve ekonomik olarak faal olmayan kişilere sosyal refah hükümlerinin aktif hak sahipleri statüsü verilmiştir. Bu önem Adalet Divanının, Avrupa vatandaşlığı hükümlerini Avrupa Tüzükleri tarafından kapsanan vakalara da uygulanmıştır.

Fakat sorunlardan birisi de bu iki kuralın uygulanışının paralel olarak işlememesi ve idareler için uygulamayla ilgili sorunlar yaratmasının yanı sıra ilgili vatandaşlar için de önüne geçilemez beklenmeyen durumlar oluşturmasıdır. Bir diğer zorluk da düzenleyici çerçeveyi bu yeni akıma uyarlamaktır. Bunun yanı sıra söz konusu vatandaşların hakları konusunda daha büyük bir netlik ve koruma sağlanması için de gereklidir. Divan Avrupa vatandaşlığı ile alakalı içtihat hukukunda AB vatandaşları için refah hükümleriyle ilgilenirken, ikincil mevzuat, özellikle de Koordinasyon Tüzükleri tarafından oluşturulan düzenlemelerden bağımsız olarak AB'nin birincil hukukunda güvence altına alınan ayrımcılık yapmama ilkesine doğrudan dayanır. Avrupa vatandaşları artık ikincil mevzuat tarafından izin verilenin ötesinde refah hükümleri elde edebiliyor ve talepte bulunabiliyorlar. Örneğin, *Grzelczyk* davasında AB vatandaşı Tüzük kapsamına girmeyen bir yardım olan genel asgari geçim yardımını da içeren refah yardımlarıyla ilgili olarak eşit muamele talep edebilmiştir (C-184/99 sayılı *Grzelczyk* Davası). Aynı durum bakım yardımlarının alınmasına (C-209/03 sayılı *Bidar* Davası) veya iş arayanlara verilen aylıklara (C-138/02 sayılı *Collins* Davası) da uygulanır. Bu içtihat hukuku, bir kanun koyucu potansiyel talep sahiplerinin sınıfını refah hükümleri ile sınırlandırma kararı olsa bile, bunun AB birincil hükümleri altındaki haklarını etkilemeyeceğini belirtmiştir.

Avrupa vatandaşlığı ilkesi ve Birlik vatandaşlığının getirilmesi yoluyla, her hak iddiası sahibi, her Avrupa Birliği vatandaşı artık AB hukukunun genel ilkelerinden ve özellikle de uyruğa dayalı ayrımcılığa karşı genel hükümlerden yaralanabilmektedir. Yalnızca AB üye devletlerinin vatandaşı temel statüsü AB birincil hukukunun temel ilkelerine dayanmayı ve yardımlara erişimi mümkün kılar. Genelde Avrupa Birliği yasaları altında destek görememiş olan ve kişilerin serbest dolaşımından yararlanamamış olan ekonomik olarak faal olmayan kişiler, ekonomik bir faaliyet sürdürmemeleri durumunda bile artık sosyal refah hükümlerinin aktif hak sahipleri statüsünü elde etmişlerdir.

Diğer bazı durumlarda AB Antlaşmasının genel serbest dolaşım ilkesine doğrudan dayanmak, her zaman ulusal mevzuattan değil aynı zamanda AB Tüzüklerinin uygulanmasından da kaynaklanan olası kısıtlamalarla mücadele etmek için kullanılmıştır. Bu tür durumlarda, Tüzük kapsamında özel primsiz yardım veya işsizlik yardımı olarak birtakım yardımların ihraç edilemezliği sorgulanmıştır. C-406/04 sayılı *deCuyper* davasında Divan işsizlik yardımlarının ihraç edilemezliğinin ne ölçüde gerekçelendirilebilir olduğunu soruşturmak durumunda kalmıştır.

Today the Coordination Regulations are therefore not the only path anymore to walk on in the framework of social security rights for migrant persons. Also other EU instruments have to be taken into account and may play an important role. The creation of European Union citizenship for instance, as interpreted by the Court of Justice (Case C-85/96, *Martinez-Sala*, Case C-184/99, *Grzelczyk*, Case C-138/02, *Collins*) has established a new set of rights and has also given the status of active claimants of social welfare provisions to economically inactive people. This importance has even been strengthened as the Court of Justice has also applied the provisions of European citizenship in cases that are covered by the European Regulations.

One of the problems, however, is that the application of these two rules does not necessarily work in parallel and leads to inevitable imprecision for the citizen concerned, as well as to problems of applications for the administrations. Another difficulty is to adapt the regulatory framework to this new trend, notwithstanding the fact that this is necessary in order to obtain greater clarity and protection of citizens' rights. In its case law on European citizenship, the Court directly based itself on the general principle of non-discrimination as guaranteed by EU primary law to look at the eligibility to welfare provisions for EU citizens, regardless of regimes established by secondary legislation, ie in particular the Coordination Regulations. European citizens obtained and might now claim welfare provisions beyond what is allowed by secondary legislation. In the *Grzelczyk* case for instance, the EU citizen could claim equal treatment in relation to welfare benefits including a general minimum support benefit, a benefit that is not covered under the Regulation (Case C-184/99, *Grzelczyk*). The same applies eg to the receipt of maintenance grants (Case C-209/03, *Bidar*) or eg job seekers' allowances (Case C-138/02, *Collins*). This case law has made clear that, even if a legislator might have taken the decision to limit the class of potential claimants to welfare provisions, it does not affect their rights under the primary EU provisions.

Through the principle of European citizenship and the introduction of Union citizenship, every claimant, citizen of the European Union, could now rely on the general principles of EU law and in particular the general provision of discrimination on grounds of nationality. Solely the fundamental status of a national of the EU Member States opens a possibility to rely on the fundamental principles of EU primary law and to have access to benefits. Economically inactive people, who were most often ignored support under European Union law, and this from the perspective of the free movement of persons, now obtain the status of an active claimant of social welfare provisions, even when they have not been or not exercising an economic activity.

In some other cases, the direct reliance on the general principle of free movement of the EU Treaty was used to combat possible limitations that do not always follow from national legislation, but also even from the application of the EU Regulations themselves. In these cases, eg the traditional non-exportability under the Regulation of certain benefits, as special non-contributory benefits or unemployment benefits was questioned. In the *deCuyper* case (Case C-406/04), the Court had to investigate to what extent it is justifiable not to export unemployment benefits.

C-287/05 sayılı *Hendrix* davasında Divan genç ve özürlü bir kişiye verilen ve özel primsiz olan bir yardımın ihraç edilemezliğini AB Antlaşmasında tanımlanan serbest dolaşım ilkeleriyle sorgulamıştır. Tüm bu davalar AB Tüzüklerinin sosyal güvenliğin koordinasyonu alanında artık tek çerçeve olmadıklarını göstermektedir. Ulusal kuralların uygulanmasından kaynaklanan kısıtlamalar (bazen AB Tüzüklerinin uygulanmasından da kaynaklanabilir) bugün birincil AB hukukuna bağlı olarak gitgide daha ayrıntılı olarak irdelenmektedir.

Bu tür durumlarda yargıç serbest dolaşımın genel kurallarını uygular ve buna uygun olarak gerçek durumların bir değerlendirmesini yaparak özellikle reddin kamu çıkarına dayalı olarak gerekçelendirilip gerekçelendirilemeyeceğini ve oransallık gerekliliğini karşılayıp karşılamadığını araştırır. Bu oransallık kriterine uymak genelde oldukça zordur ve aynı zamanda tehlikeli olarak da değerlendirilir. Bu, AB birincil hukukunun hükümlerine dayanarak temel çıkış noktalarını ve Tüzüklerin hayata geçirilmesinde rol oynayan siyasi görüşleri sorgulamaktır. Tüm bu birincil hükümlerin somut etkisi belirsizdir. Dolayısıyla doğrudan birincil AB yasalarına dayanmak yasa koyucuların yanı sıra Tüzüğün uygulanmasına dahil olan kişiler için de ciddi zorluklar oluşturur.

Ulusal hükümetlerin karşılaşılabileceği bir diğer zorluk da, AB hukukuyla uyumlu olmasına rağmen kendilerinden ulusal mevzuat hükümlerinin uygulanmamasının istenmesi olabilir. Adalet Divanı için bir göçmen işçiye veya yer değiştirmeyen ulusal bir işçiye ulusal mevzuatın uygulanması kişilerin serbest dolaşımı amacına uymayan birtakım beklenmedik sonuçlara yol açabilir. Bu durumun güzel bir örneğini C-165/81 sayılı *Van Munster* davasında görmek mümkündür. Bu dava Belçika'da uygulanan emeklilik aylıklarının birikmemesi kuralının uygulanışı ile ilgiliydi. Ulusal mevzuata göre bir emeklilik aylığı eşi tüm mesleki faaliyetini yitirmiş olan ve emeklilik maaşı almayan (aile maaşı) işçi için brüt tazminatın %75'ine diğer işçilerde ise %60'ına kadar olan sigorta sürelerine dayanarak hesaplanır (tek oranlı emeklilik aylığı). Faydalanıcı aile oranına göre hesaplanan Belçika emeklilik aylığı aldıktan sonra aldığı aylığın Hollanda'da ikamet eden eşi emeklilik yaşına ulaştığı ve Hollanda mevzuatı kapsamında bireysel emeklilik aylığı elde ettiği için tek orana düşürüldüğünü görecektir. Fakat Hollanda'da eşinin hak ettiği emeklilik aylığı çiftin toplam gelirini arttırmamaktadır. Çünkü bu aylık aynı oranda kocanın aldığı aylığın azaltılmasına neden olacaktır. Adalet Divanı Belçika'nın birikmeme kuralının Avrupa Birliği hukukuna uygun olduğunu teyit etse de Divan, bu kuralın belirtilen durumda göçmen işçilere göçmen olmayan işçilerle aynı şekilde uygulanmasının göçmen işçinin sosyal güvenlik avantajını yitirmesine ve dolayısıyla serbest dolaşım hakkını kullanmamasına neden olacağı kanaatine varmıştır.



In the *Hendrix* case (Case C-287/05), the Court questioned the non-exportability of a benefit for young disable people, which was accepted as a special non-contributory benefit, with the principles of freedom of movement as described in the EU Treaty. All these cases clearly show that the EU Regulations are not the only single framework anymore in the field of social security coordination. Limitations resulting from the application of national rules, but sometimes even from the application of the EU Regulations themselves, are scrutinised more and more today against the background of primary EU law.

Important in this respect is also that in such cases, the judge will apply the general rules of free movement and will accordingly proceed to an assessment of the actual circumstances and in particular investigate whether eg the refusal is justified as it pursues a public interest and further meets the requirement of proportionality. To pass this proportionality test is often a very difficult task. What is sometimes also considered as dangerous, is exactly that to rely on these provisions of EU primary law also question the fundamental points of departure and political options that have been taken when enacting the Regulations. The concrete impact of all these primary provisions is uncertain. The direct reliance on the provisions of EU primary law therefore poses considerable challenges for all people involved in the implementation of the Regulation, not at least for the legislatoras well.

Another very difficult challenge national administrations might be confronted with is that they may be required not to apply some of the provisions of their national legislation, notwithstanding the fact that these provisions are as such compatible with EU law. For the Court of Justice, the application of national legislation to a migrant worker, in the same manner as to a national permanent settled worker, may sometimes lead to unforeseen consequences, which are incompatible with the aim of the free movement of persons. A beautiful example of this situation happened in the case *Van Munster* (Case C-165/81). This case was dealing with the application of a Belgian anti-cumulation rule on pensions. According to the national legislation, a retirement pension is calculated on the basis of periods of insurance up to a limit of 75% of the gross compensation for the worker whose spouse has ceased all professional activity and does not receive a pension (family pension), and of 60% for other workers (single rate pension). The beneficiary, after having received the Belgian retirement pensions at the family rate, was, however, confronted with the fact that his pension was suddenly reduced up to the single rate, due to the consequence that his spouse, who resided in the Netherlands, reached the pensionable age and acquired a personal pension under the Dutch legislation. The particularity was that the award of a pension to his spouse in the Netherlands had not resulted in any increase in the couple's overall income, because in turn it had also led to a reduction on the same scale of the husband's pension. Although the Court of Justice confirmed that the Belgian anti-cumulation rule is as such in conformity with European Union law, the Court is of the opinion that application of this anti-cumulation rule in this situation to migrant workers, in exactly the same way as to non-migrant workers, could lead to a situation where the migrant worker would lose his social security advantage and as such be discouraged from actually exercising his right to freedom of movement.

Bir AB ilkesi olan iyi niyetli işbirliği yükümlülüğü ulusal otoritelerin, yani ulusal idarelerin ve mahkemelerin ulusal mevzuat uygulanırken hükümleri topluluk hukukunun gereklerine göre yorumlamalarını gerektirir. Divanın daha sonra C-262/97 sayılı *Engelbrecht* davasında da teyit ettiği gibi artık ulusal bir hakimden uygulanışı kişilerin serbest dolaşımı ile alakalı hedefleri etkileyen ulusal hükümleri kenara bırakması beklenmemektedir. Aksi takdirde bir üye devletin ulusal otoritelerinin iyi niyetle hareket etme görevleri yerine getirilmemiş olur. İşçilerin serbest dolaşımı önünde ulusal mevzuatlar arasındaki farklılıklardan kaynaklanan her türlü engel ortadan kaldırılmalıdır.

## B. Siyasi zorluklar

### 1. Üye devletlerin sosyal güvenlik rejimlerini yapılandırma ve düzenleme konusundaki özerkliklerinin üzerinde Tüzüklerin etkisi

Avrupa hukukunun ulusal sosyal güvenlik sistemleri üzerindeki olası etkisinin ciddi politik çıkarımları olabilir. Ulusal yasa oluşturucuların yeni yardımlar oluştururken Avrupa Birliği hukukunun olası sonuçlarını göz önünde bulundurmaları gerekir. Kanun koyucular için yeni bir politika oluştururken kanunlarının “*Europroof*” sürecine tabi tutulup tutulmadığı ve Avrupa hukuku altında belirtilen gereklilikleri karşılayıp karşılamadığının test edilmesi önerilir.

Bu olası siyasi sonuçların açık bir örneği de Adalet Divanının uzun süreli yardımların Tüzüklerin maddi kapsamına dahil edilmesiyle ilgili içtihat hukukudur. Divanın nakdi hastalık yardımlarını (C-160/96 sayılı *Molenaar* Davası) nitelendirmesi sonucunda bu yardımların ihraç edilebilirliği konusuna o sırada uzun süreli bakım sigortası uygulamasını başlatmayı planlayan birtakım üye devletler tarafından özel ilgi gösterilmiştir.

Almanya primli uzun süreli bakım sigortası sisteminin sağlık sigortası tarafından sağlanan bir aynı yardım sistemi olarak görülmesi görüşündeydi; böylece bu yardımın transferini hariç tutabileceklerdi. Divan bu yardım türünü nakdi yardım olarak tanımlayarak bu argümana karşı çıktı. Aynı anda, örneğin Avusturya’da tamamen alıcıların prim ödemek durumunda olmadığı genel bütçeden finanse edilen uzun süreli bakım sigortası uygulanmaya başlanmıştır. Böylece bu yardım özel primsiz bir yardım olarak kabul edilebilecekti ve dolayısıyla ihraç edilmek zorunda olmayacaktı. Adalet Divanının içtihat hukukunun değişimi bu varsayımın sürdürülemediğini göstermiştir. Uzun süreli bakım sigortasının düzenlenmesinde izlenen yolun seçimi bu yardımların transfer edilebilirliğine ilişkin Tüzüğün olası sonuçları tarafından da etkilenmiştir.

The general obligation of cooperation in good faith, a principle of EU law, requires that national authorities, ie national administrations or courts, must – when applying their national legislation – interpret the provisions of it in such a way that it accords with the requirements of community law. As the Court later confirmed in the *Engelbrecht* case (Case C-262/97), a national judge is now even required to set aside such a national provision, the application of which affects the achievement of the objectives of the free movement of persons, as otherwise the duty for national authorities of a Member State to act in good faith would not be respected. Any obstacle to the free movement of workers resulting from disparities between national legislations should be avoided.

## B. Political challenges

### *1. The impact of the Regulations on the autonomy of the Member States to structure and organise social security regimes*

The possible impact of European law on national social security systems might also have serious political implications. It would be advisable for national legislators when enacting new benefits, eg to fully take the possible consequences of European Union law into account. Perhaps it might be advisable and a very good idea for legislators when enacting a new policy to test in advance whether their laws are Euro-proof and are in conformity with the requirements under European law.

A clear example of this possible political consequence was the case law of the Court of Justice on the inclusion of long-term care benefits within the material field of application of the Regulations. The qualification by the Court as sickness cash benefits (Case C-160/96, *Molenaar*) and as a consequence its principle of exportability were looked at with special interest by several Member States that at that moment had planned to introduce a long-term insurance care.

Whereas Germany was of the opinion that their contributory long-term care insurance system should be seen as a form of benefit in kind system, granted by health insurance, exactly allowing them to exclude the transfer of this benefit, the Court contradicted this argumentation by qualifying these as cash benefits. At the same moment, eg in Austria, a long-term care insurance was introduced which was exclusively financed by general taxation where recipients did not have to pay contributions, so that it could be considered as a special non-contributory benefit, which therefore did not have to be exported. The evolution of the case law of the Court of Justice has, however, shown that also this presumption could not be upheld. The choice made for one or another way of organising their long-term insurance care was clearly also influenced by the possible consequences of the Regulation on the transferability of these benefits.

Bir diğerk örnek de Tüzüğün ve özellikle de Tüzüğün hükümlerinin Adalet Divanı tarafından yorumlanışının somut politik çıkarımları olduğı durumlarda bir üye devletle üçüncü bir ülke arasında sonuçlandırılan Antlaşmaların geliştirilmesidir. Yeni bir üye devlet için Tüzüklerin yürürlüğe girişı aynı zamanda bu yeni üye devletin üçüncü ülkelerle imzaladığı bu türden Antlaşmaların hükümlerini gözden geçirmesini gerektirir. Önemli bir dava olan C-55/00 sayılı *Gottardo* davasında Divan, uluslararası Antlaşmalarda geçen taahhütleri hayata geçirirken (bu üye devletler arasında imzalanan bir Antlaşma olabileceğı gibi bir üye devletle bir veya birden fazla üye olmayan devlet arasında imzalanan bir Antlaşma da olabilir) üye devletlerin topluluk hukukunun gerektirdiğı yükümlülöklere uyması gerekmektedir. Bu durumda üçüncü ülkenin topluluk hukukunun getirdiğı yükümlülöklere uymak gibi bir zorunluluğı asla yoktur. AB hukukuna göre temel eşit muamele ilkesi bir üye devletin, başka üye devletlerin vatandaşlarına da kendi vatandaşlarının yararlandığı aynı avantajları sağlamak için üçüncü bir ülkeyle ikili Antlaşma yapmasını gerektirir.

Bu eşit muamele ilkesi yoluyla uluslararası Antlaşmalarda geleneksel olarak kullanılan karşılıklılık ilkesi bir kenara bırakılmıştır. Adalet Divanının bu içtihadına yanıt olarak Göçmen İşçilerin Sosyal Güvenliğine İlişkin İdari Komisyon, üye devletlerin bundan sonra üçüncü ülkeler ile imzaladıkları sosyal güvenlik anlaşmalarında Adalet Divanı tarafından yorumlandığı şekliyle ayrımcılık yapmama ilkesini dahil etmelerini teşvik eden bir tavsiyede bulunmuştur.

Öte yandan üye devletler şunu da unutmamalıdır ki, Koordinasyon ilkeleri tarafsız olsalar da ve ulusal mevzuatı gözetmeler de bu ulusal mevzuatın Tüzük ilkelerinin etkisinde olmadığını göstermez. Ulusal iç mevzuatı gözden geçirmek zorunlu olmasa da topluluk hukukunun hakim olması durumu, değişikliklerin fiili olarak uyruk, ikamet yeri veya devlet bağımsızlığı kavramlarının ötesinde kalan olaylar veya durumlar sonucu ortaya çıktığını gösterir. Bu özellikle ulusal kanun koyucular kendi iç hukuklarına yabancı olan Tüzük ilkeleriyle karşılaştığında gözlemlenir.

Tipik bir örnek de uygulanabilir mevzuatla ilgili olarak verilebilir. Tüzük kapsamında "*lex loci laboris*", yani çalışılan yer ilkesi, yetkili sosyal güvenlik programı ile bağlantı oluşturabilmek için seçilmiştir. Çalışılan yeri uzun süreden beri ilişki faktörü olarak kullanmakta olan ülkeler için bu çok büyük sorunlar yaratmamıştır. Bu durum sosyal güvenlik sistemi, sınırları dahilinde ikamet etme ilkesine dayanan ülkelerde ise daha farklıdır. Bu tür ülkeler topluluk kurallarının veya ulusal mevzuatın kendilerine özgü (*sui generis*) uygulamasını yerine getirmek durumundadırlar. İkamet edilen ülkeye dayanan ulusal mevzuatlar bu sonuçları da göz önünde bulundurmam durumundadır.

Another example, where the Regulation and in particular also the interpretation of the provisions of the Regulation by the Court of Justice might have concrete political implications, is the development of agreements concluded by a Member State with third countries. The coming into effect of the Regulations for a new Member State will also oblige this new Member State to revise some of its obligations under these agreements with the third country. In its important case *Gottardo* (Case C-55/00), the Court made clear that when giving effect to commitments assumed under international agreements, be it an agreement between Member States or an agreement between a Member State and one or more non-member countries, Member States are required to comply with the obligations that community law imposes on them. It is in this respect of no relevance that the third country is by no means obliged to comply with any community law obligation. Indeed, the fundamental principle of equal treatment under EU law obliges a Member State that concludes or has concluded a bilateral international convention with a third country, to grant nationals of other EU Member States the same advantages as those which its own nationals enjoy under that convention.

Through this principle of equal treatment, the traditional principle of reciprocity used in international conventions is put aside. As a reaction on this case law of the Court of Justice, the Administrative Commission on Social Security for Migrant Workers has adopted a recommendation encouraging the Member States to explicitly refer in their new bilateral social security conventions with third countries to the principle of non-discrimination as interpreted by the Court of Justice.

On the other hand, Member States may also not forget that although the Coordination principles are neutral and fully respect national legislation, it cannot be said that national legislation would remain free of all contamination from the principles of the Regulation. And while it is also true that it is not compulsory to review the national domestic legislation, the prevalence of community law often implies that changes are produced *de facto* as a consequence of cases or situations that go beyond nationality, territoriality or state sovereignty. This is in particular the case when national legislators are confronted with principles of the Regulation that are foreign to their domestic legislation.

A typical example can be given with respect to applicable legislation. Within the Regulation, the choice was made for the "*lex loci laboris*", the place of work for creating the link to the competent social security scheme. For countries that already use the place of work as connecting factor, this does not pose too many problems. The situation might be different for countries where their social security system would be based on the principle of residence in its territory. Such countries are now more or less forced to apply a *sui generis* application of either the community rules or the national legislation. National legislations based on the country of residence should take these consequences into account.

Örneğin birkaç yıl önce Belçika'daki Flaman Bölgesel Hükümeti ikamet yerine dayalı bir uzun süreli bakım sigortasını uygulamaya başladı. Bölgede yaşayan herkes bu yardımlardan yararlanma hakkına sahip olacaktı. Ulusal açıdan yaklaşıldığında, bu ikamet bağı mantıklı görünüyordu ve bu yardımlarda bir tür sosyal destek yardımı olarak değerlendiriliyordu. Avrupa Adalet Divanı içinse bu yardımlar, aynı nakdi hastalık yardımları Tüzüğü göre sosyal güvenlik yardımı sınıfına giriyordu (C-212/06 sayılı Dava, *Fransız Topluluğu Hükümeti ve Valon Hükümeti – Flaman Hükümeti*). Fakat bu mevzuatın uygulanışı Avrupa Komisyonundan gelen şikayetlere de yol açtı, bu da bölgesel yardımın uygulama alanında değişiklikler yapılmasına neden oldu. Ayrıca bu Tüzükten yararlanabilen ve bu bölgenin sınırları dahilinde çalışan kişiler yurtdışında ikamet etseler dahi bu yardımdan yararlanma hakkına sahipler. Bu Tüzükte geçen *lex loci laboris* ilkesinin tam bir uygulamasıdır.

Hükümet bağlayıcı faktörü ikamet edilen yerden çalışılan yere değiştirmek zorunda olmasa da (elbette bu üye devletlerin ulusal koşullar söz konusu olduğunda yetkili oldukları koordinasyon felsefesiyle çelişirdi) üye devletler ve yönetimleri göçmen işçilerin de başta iç hukuka yabancı olan bağlayıcı faktör aracılığıyla bu yardımlardan faydalanma hakkı elde edebileceklerinin farkında olmak durumundadırlar.

## 2. Olası Ekonomik ve Mali Etki

AB Tüzüklerinin uygulanışı aynı zamanda birtakım mali sonuçlar doğurabilmektedir (doğru ya da yanlış). Fakat bu üyeliğin getirdiği ekonomik ilerlemeden kaynaklanan genel olumlu etkiyle eşit güçte değildir.

Yine de bazı belirli durumlarda ulusal kanun koyucular büyük mali sonuçların ortaya çıkmasını engellemek için mevzuatlarını değiştirmek durumunda kalabilirler. Bu konuda Danimarka'nın AB'ye katılım sürecine ilişkin bir örnek sunulabilir. Katılımdan önce Danimarka emeklilik sistemi tüm Danimarka vatandaşlarına, durumun ortaya çıkışından önce en az bir yıl süreyle Danimarka'da ikamet etmeleri durumunda emeklilik veya malullük aylığı alma hakkı vermektedir. Bu türden bir cömertlik, Koordinasyonun elde edilmiş haklar ilkelerinin uygulanmasının ve aylıkların ihracının tanınmasının sonucu olarak Danimarka sosyal güvenlik sisteminde orantısız masraflara ve külfete yol açabilirdi. Emeklilik yaşına erişmeden önce bir sene boyunca Danimarka'da kalan AB vatandaşları tam emeklilik hakkı elde edebilirdi ve elde edilen bu aylık aynı zamanda ihraç edilebilirdi. Danimarka mevzuatı bu tür durumlarda sürelerle orantılılık (*pro rata temporis*) maddesini uygulamadığı için bu emeklilik aylıkları tam ödeniyordu. Danimarka'nın iç hukukunu tam emekliliğin 40 yıllık ikamet sonucu verilecek ve 40 yıldan az süreyle ikamet edilmesi halinde kısmi emeklilik verilecek hale getirmesiyle bu durum Avrupa Birliğine katılım esnasında değiştirilmiştir.

A couple of years ago for instance, the Flemish Regional Government in Belgium introduced a long-term insurance care, which was based on the place of residence. Everybody living in the region would have right to these benefits. From a national perspective, this link of residence was considered as logical, not at least as these benefits were seen as a kind of social assistance benefit. For the European Court of Justice, these benefits were clearly social security benefits, ie sickness cash benefits, according to the Regulation (Case C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon vs Gouvernement flamand*). But the enactment of this legislation also led to complaints from the European Commission, leading to a modification of the field of application of this regional benefit. Also persons who can rely on the Regulation and as such are working on the territory of this region, have right to this benefit, even if they reside abroad. This is the full application of the principle of the *lex loci laboris* of the Regulation.

Although the government is of course not obliged to change the connecting factor from place of residence to place of work – this would of course be contradictory to the philosophy of coordination, where national Member States remain competent to determine the national conditions – nevertheless, Member States and administrations should be very well aware that migrant workers can also obtain rights to these benefits and this through the application of the connecting factor, which is in the first place foreign to domestic law.

## 2. Possible economic and financial impact

The application of the EU Regulations might also lead to – correctly or not – possible financial consequences. This does, however, not presumably counterbalance the positive impact in general that will result from the economic progress due to accession.

However, in certain circumstances, national legislators might be forced to change their legislation, exactly in order to avoid enormous financial consequences. An example can be given from the accession from Denmark to the EU. Before accession, the Danish pension system awarded to all Danish nationals a retirement or invalidity pensions, provided they fulfilled the requirement of only one year of residence in Denmark, before the materialisation of the contingency. This generosity could lead to huge expenses and burdens that were out of proportion to the Danish social security system as a result of the application of the Coordination principles of acquired rights and the recognition of the export of pensions. EU nationals remaining in Denmark for a year before retirement age, would acquire the right to a full pension. A pension that they might also export. Exactly because Danish legislation was not applying the *pro rata temporis* clause in such cases, Danish pensions had to be paid in full. This situation was changed when acceding to the European Union, as Denmark modified its domestic legislation by only establishing a full pension after 40 years of residence and a proportional pension for shorter periods than the 40 years.

Yeni ülkelerin katılımının getirdiği korkulardan birisi de Tüzükte belirtildiği gibi yurtdışında alınan tıbbi hizmetlerin masraflarının geri ödenmesi sistemi ile ilgilidir. Tüzüğe göre bir üye devlette sigortalı olan kişilerin başka bir üye devlette kaldıkları veya ikamet ettikleri süre boyunca hastalık halinde tedavi görme ve kalınan veya ikamet edilen yerin yetkili kurumunun aynı koşul altında kendisine bağlı sigortalı kişilere sağladığı aynı yardımlardan yararlanma hakları vardır. Daha sonra yetkili kurum bu tedaviden kaynaklanan masrafların geri ödemesini yapmak durumunda kalır.

Tedavinin verildiği ülkedeki masrafların yetkili ülkedekinden yüksek olması ise daha büyük endişelere neden olmaktadır. Bu kuralın bir sonucu olarak örneğin Türkiye'nin, başka bir üye devlette tatil yaparken sigortalı vatandaşlarının başına gelen durumlardan ötürü ortaya çıkan ve varsayımsal olarak Türkiye'de olduğundan daha yüksek olan ve ilgili kişilerin Türk sağlık sigortası sistemine ödedikleri primlerin karşılığında daha fazla olan masrafların geri ödemesini yapması gerekecektir. Bu uygulama tedavi masraflarının daha düşük olduğu aday devletlerin sağlık sigortası sistemlerinde mali birtakım zorluklara yol açabilir. Genelde yabancı tedavi masraflarının tüm sağlık bütçesinin sadece küçük bir kısmını oluşturması ile birlikte (AB'de bu oran ortalama olarak maksimum %1,5 civarındadır) bu turistlerin oluşturduğu masrafların yüksek bir miktar oluşturabileceği göz ardı edilemez. Öte yandan elbette Türkiye de diğer üye devletlerden geri ödeme alacaktır.

## C. İdari zorluklar

### 1. Örgütlenmeye İlişkin Sorular

Koordinasyon Tüzüğü'nün uygulaması ve takibi de yeni üye devletler için kayda değer idari zorluklar oluşturacaktır. Sorun teşkil eden yalnızca içerik olmayacaktır, koordinasyonun kusursuz bir biçimde işlemesi aynı zamanda farklı ulusal idareler arasında etkin işbirliğine de bağlıdır. Bu da ulusal kurumlar açısından sorunlara sebep olabilir. Elbette günümüzde aday üye devletlerin ikili Antlaşmalarla göçmen işçilerin sosyal güvelik durumlarının yönetimine ilişkin deneyimleri mevcuttur. Fakat vakaların sayısında büyük bir artış olacaktır ve bu da kurumların üzerindeki idari baskıyı arttıracaktır.

Yeni Tüzüklerde kurumlar arası iyi işbirliği Avrupa sosyal güvenlik hukukunun beşinci temel ilkesi haline getirilmektedir. Yetkili kurumlar arası işbirliği ve iletişim koordinasyonun diğer ilkeleri için esastır ve zorunlu bir şarttır (*condition sine qua non*), ilki olmadan ikincisinin işleyişi imkansız hale gelir. Eşit muamele, sürelerin birleştirilmesi, yardımların ihracı veya uygulanabilir mevzuatın tespiti ilkelerinin pratikte uygulanışı üye devletlerin ilgili ulusal kurumlarının katılımı olmadan gerçekleştirilemez. Dolayısıyla Tüzüğü'nün iyi bir biçimde uygulanışı ve yerine getirilişi birtakım kurumsal gerekliliklere bağlıdır. Kötü örgütlenmenin kötü mevzuat kadar kötü, hatta ondan daha da kötü olduğu söylenebilir. Dolayısıyla modernleştirilmiş bölgesel ve merkezi bir yönetimin koordinasyon sistemini uygulaması gerekir.



A traditional element of fear encountered with the accession of new countries is related to the system of reimbursement of costs for medical care incurred abroad, as written down in the Regulation. According to the Regulation, the insured persons in a Member State are entitled in the case of a stay or a residence in another Member State to treatment in the event of sickness, and where the institution of the place of stay or residence will grant these benefits in kind under the same conditions as those applying to the persons who are insured with it. Later, the competent institution will have to reimburse the expenses arising from this treatment.

The link which is made with the height of costs in the country of treatment and not in the competent state, often leads to big worries. As a consequence of this rule, Turkey eg would have to reimburse the expenses from their insured people arising during a holiday journey in another Member State, which will presumably be much higher than in Turkey and this from the contributions which were paid by the person concerned to the Turkish health insurance. It is clear that this provision might impose financial challenges to the health insurance systems of candidate Member States with rather low costs of treatment. Notwithstanding the fact that in general the costs for foreign treatment are only a small portion of the complete budget for health (in average in the EU this is only up to a maximum of around 1.5%), it may not be ignored that the costs of these tourists might constitute a high amount. On the other hand, of course, Turkey will also receive reimbursement from other Member States.

## C. Administrative challenges

### 1. Organisational questions

The implementation and the follow-up of the Coordination Regulation will also pose considerable administrative challenges to new Member States. Indeed, it will not only be the content that might pose problems, the smooth functioning of coordination will also depend on an effective cooperation between the different national administrations. This can pose challenges to the national organisation. Of course, already candidate Member States today have experience in administrating the social security situation of migrant workers through the application of bilateral conventions, but the number of cases will enormously increase and put a lot of administrative pressure on the organisations.

Exactly in the new Regulations, good cooperation between administration is now upgraded to a fundamental fifth basic principle of European social security law. Cooperation and communication between the competent institutions is clearly the fundament and a *conditio sine qua non* for the other principles of coordination, the latter being impossible to operate without the former. It is clear that the practical application of principles of equal treatment, aggregation of periods, export of benefits or the determination of the applicable legislation will not be achievable without the intervention of the relevant national administrations of the Member States. A good implementation and application of the Regulation therefore requires some organisation necessities. One might even say that a bad organisation can be as harmful or even more harmful than bad legislation. A modernised local regional and central administration might therefore be required to implement the coordination system.

Yeni düzenleyici çerçeve altında elektronik veri alışverişi sisteminin getirilmesi yoluyla iyi idarenin gereklilikleri kuvvetlenmiştir. Bugün bile pek çok üye devletin önemli idari gelişmeler kaydetmesi ve yatırımlar yapması gerekmektedir. Bilginin karşılıklı ve etkin biçimde elektronik değişimi iyi düzenlenmiş ve etkili ulusal idareye bağlıdır. Bu açıdan değinilmesi gereken önemli bir konu ve alınması gereken önemli bir karar da merkezi mi yoksa ademi merkezîyetçi idarelere mi daha fazla vurgu yapılması gerektiğiyle ilgilidir. Ademi merkezîyetçi bir yapının göçmen kişilere mümkün olduğunca ulaşabilecekleri hizmet ofislerinin bulunması oldukça büyük bir avantajdır. Fakat merkezi sistemde de Tüzüklerle ilgili bilgi ve davaların yakından takibi konusunda daha fazla tutarlılık ve teminat sunma avantajı mevcuttur.

Fakat bu açıdan baktığımızda ülkenin boyutu da önemli rol oynamaktadır. Türkiye gibi büyük bir ülkede daha fazla ademi merkezîyetçi yapı sahibi olmak da öngörülebilir. Açık kurumsal bir yapının oluşturulması için erken bir aşamada strateji geliştirilmelidir. Ayrıca önemli idari kararların alınması gerekli olacağı için kurumsal yetkiyle ilgili net bir anlayış mevcut olmalıdır. Yetkili kurumlar hangileri olacak? Hangileri ikamet edilen veya kalınan yerin kurumları olacak ve hangileri irtibat organı olarak işlev gösterecektir? Hangisi Tüzük kapsamında gerekli olan belgeleri verecektir? Ayrıca hastalık halinde verilen yardımlara ilişkin bir geri ödeme kanalı kurmak da faydalı olabilir. Bu özellikle Türkiye gibi çok fazla sayıda turist çeken bir ülke için gereklidir. Geçmişte karşımıza çıkan örnekler bunun olası etkilerini göstermiştir. Örneğin İspanya'da iyi düzenlenmemiş bir sistem göz ardı edilemeyecek boyutlarda bir gelir kaybına yol açmıştır. Katılımdan birkaç yıl sonra İspanya, İspanyol vatandaşlarının tedavi masrafları için diğer devletlere, onlardan aldığından dört katı daha fazla para öder hale gelmiştir. Gelen turistlerin giden turistlere oranı 15'e 1'dir. Bu sorunun temelini oluşturan asıl unsur İspanya'daki hekimlerin veya sağlık merkezlerinin turistlere aynı yardımlar sağlarken geri ödeme için gerekli olan faturaları veya belgeleri hazırlamaması olmuştur.

## *2. Personele İlişkin Gereklilikler*

Bahsettiğimiz kurumsal ihtiyaçların yanı sıra personel de bu yeni düzenleyici çerçeveye alışmaya hazır hale getirilmelidir. Vakaların sayısının artması nedeniyle bu duruma dahil olan kişilerin sayısı da artacak, daha fazla kişinin Tüzüklerin sistemine aşina olması ve tüm bu uluslararası dosyaları ele alabilecek duruma gelmesi gerekecektir. Ayrıca konunun dil ile ilgili boyutu da unutulmamalıdır.

Kişilerin iş yükü yalnızca sayısı yükselen uluslararası davalara bağlı olarak değil, aynı zamanda AB düzenleyici çerçevesinin uygulanmasında görev yapan farklı organlarda ihtiyaç duyulan mevcudiyet ve katılıma da bağlı olarak artar. Brüksel'deki İdari Komisyon, Denetçiler Kurulu, Danışma Komitesi, Teknik Komite ve Tüzüğün parçası olan tüm diğer kurumlar düzenli aralıklarla toplanırlar. Bunun yanı sıra özellikle Tüzükte yapılan olası değişikliklerle ilgilenen Sosyal Çalışma Partisi Konseyi için de temsilciler atanması gerekmektedir. Tüm bu yerine getirilmesi gereken işler ikili Antlaşmalarda geçen yükümlülüklerle ek olarak ortaya çıkar.

Certainly through the introduction of an electronic data exchange system under the new regulatory framework, the requirements of a good administration are strengthened. Already today, many of the actual Member States are confronted with important administrative improvements and investments that need to be introduced. Effective electronic exchange of information depends on a well-organised and effective national administration. An important issue and decision that needs to be taken in that respect, is the question whether more emphasis should be put on a centralised or a decentralised administration. Although decentralisation might have as a big advantage of having an office as close as possible to the migrant persons themselves, a centralised system has the advantage of offering more consistency and guarantees to the knowledge on the Regulations and a close follow-up of the cases.

However, also the size of the country can play a role in this respect. In a large country as Turkey, one might certainly envisage to also have more decentralised structures. A strategy for a clear institutional structure should be designed at an early stage. A clear understanding of the organisational competence is required as well, as important administrative decisions have to be taken. Which will be the competent institutions? Which will be the institutions of the place of residence or stay and which institutions will act as liaison body? Who will deliver the required certificates under the Regulation? Also the setting up of a channel for refunds concerning benefits in the event of sickness might be useful. This is certainly the case for a country that attracts a lot of tourists, like Turkey. Examples of the past have shown the possible impact of this. A not well-organised system eg led to considerable loss of income for Spain. A few years after accession, Spain itself paid four times more money for medical care for Spanish nationals to other states than it received itself from the other states. However, the ratio of tourists received and tourists sent was 15 to 1. The problem was basically the result of the fact that doctors or health centres in Spain, when providing benefits in kind to tourists, did not prepare the invoices or documents which are necessary to claim the reimbursement.

## *2. Staff requirements*

Apart from these organisation necessities, also the staff should be prepared for getting acquainted with this new regulatory framework. Due to the increase of cases, it might also be that the number of people involved will also increase. Many more people will have to be acquainted with the system of the Regulations and should be capable of handling all these international files. Also language aspects should not be forgotten.

The work load of the people might not only increase due to a higher number of international cases, but also due to the required presence in and participation in the different bodies involved in implementing the EU regulatory framework. At regular intervals, there are meetings of the Administrative Commission in Brussels, there is an Audit Board, there is a Consultative Committee, there is a Technical Committee, ..., all institutions being part of the Regulations. In addition, people will need to appoint representatives for the Social Working Party council that in particular deals with possible modifications to the Regulation. All these works are acquired, next to other obligations under the bilateral treaties.

Aynı zamanda Tüzüklerin yorumlanmasında Adalet Divanının oynadığı önemli rol göz önünde bulundurularak Divanın içtihat hukukunun yakından takibinin de düzenlenmesi iyi bir fikir olabilir. Bazı ülkelerde Adalet Divanının huzuruna çıkartılan yeni davaların ulusal mevzuat üzerindeki olası etkilerini önceden araştıran komiteler oluşturulmuştur.

Ama elbette yalnızca Tüzüklerin çerçevesi yoktur. Sosyal alan çok daha geniştir, Dolayısıyla AB sosyal hukuku ve politikası çerçevesindeki eşit muameleyle ilgili Direktifler, SKK (Sosyal Koruma Komitesi), altında yapılan çalışmalar Missoc Sekreterliği (üye devletlerin Sosyal Güvenlik Sistemlerine ilişkin Ortak Bilgi Sistemi) gibi diğer ilgili alanlarda ve iç pazar önlemleri gibi sosyal güvenlik konusunda etkisi olabilecek diğer konularda çalışacak personele ihtiyaç duyulacaktır.

Tüm bu yükümlülükler önemli düzeyde bir zaman, katkı ve iş gücü gerektirir. Bu farklı görevlerin yönetimin içyapısına yansıtılıp yansıtılmayacağına ilişkin bir karara varılması gerekecektir. Ayrı sosyal güvenlik koordinasyonu birimi içeren ayrı bir AB bölümümü mü kurulmalıdır?

#### D. Son Söz

Yukarıda bahsi geçen zorluklar, zamanı geldiğinde Tüzüklerin başarılı bir biçimde uygulanması konusunda hazır olunması için yeni Tüzüklerle ilgili olarak iyi bir hazırlık ve çalışma sürecinin gerekli olduğunu göstermiştir. Katılımın ilk gününden itibaren düzenleyici çerçevenin uygulanabilir hale geleceği unutulmamalıdır. Elbette tüm üye devletlerin başlangıçta Tüzüklerin hazırlanması ve uygulanması ile ilgili olarak az çok aynı zorluklarla yüzleştiği inkar edilemez. Fakat iyi bir hazırlık süreci ileriye yönelik büyük bir adım olacaktır.

It might also be a good idea to arrange a close follow-up of the case law of the Court of Justice, taking into account the important role this Court plays in the interpretation of the Regulations. In a few countries, a committee has been set up that, in advance, investigates new cases brought before the Court of Justice regarding a possible impact these (foreign) cases might have for their national legislation.

But of course, there is not only the framework of the Regulations. The social field is much broader and therefore also staff will be required to tackle issues related to other domains of EU social law and policy, as eg the directives on equality of treatment, the work delivered under the SPC (Social Protection Committee), the Missoc Secretariat (the Mutual Information System on Social security schemes of the Member States) or other issues that might have an impact on social security, as internal market measures.

All these obligations might include a considerable time, input and manpower. A decision will have to be taken if these different tasks will be reflected in the internal structure of the administration. Will a separate EU department be established with a separate unit for the social security coordination?

#### D. Concluding Remarks

The above mentioned challenges have made clear that a good preparation and timely study of the new Regulations is required to be ready in time for a successful implementation of the Regulations. One may not forget that presumably from the first day of accession on, this regulatory framework will be applicable. Of course, nobody can ignore that in the beginning all Member States more or less have difficulties in preparing and applying the Regulations. But a good preparation would be a big step forward.

## **Bölüm 8.**

### **Hastalık, Analık ve Eşdeğeri Olan Babalık Yardımları**

883/2004 ve 987/2009 sayılı Tüzükler, hastalık yardımlarına uygulanan koordinasyon kurallarına önemli değişiklikler getirmemiştir. Bu bölüm aşağıdaki ana ayrımlar üzerinde yoğunlaşacaktır: Nakdi yardımlar/ayni yardımlar; yetkili devletin dışında başka bir devlette ikamet etme/yetkili devletin dışında başka bir devlette geçici olarak kalma; emekliler/emeklilerin dışında kalan sigortalı kişiler.

Ancak, bu kurallar hizmetlerin ve malların serbest dolaşımı ilkesinin sağlık hizmeti programlarına uygulanmasından kaynaklanan ayni yardımlara hak kazanma kurallarıyla birleştirilmelidir<sup>36</sup>.

#### **I. Ayni ve Nakdi Hastalık Yardımlarının Ortak İlkeleri**

##### **A. Benzeştirme ve birleştirme ilkeleri**

Bazı ulusal mevzuatlarda kapsama girmek veya hastalık yardımı almak için öncelik veya sigorta şartları yer alabilmektedir. Devletler arasında dolaşımı kolaylaştırmak için 1408/71 sayılı Tüzüğün 18. maddesine göre, mevzuatı sigorta, istihdam veya ikamet sürelerinin tamamlanması koşuluyla bir yardımı edinme, muhafaza etme, ya da geri kazanma hakkını tanıyan bir devletin yetkili kurumu, gerekli düzeyde, başka bir devletin mevzuatına tabi olunarak tamamlanan sigorta, istihdam veya ikamet sürelerini kendi mevzuatına göre tamamlanmış gibi kabul eder. Bu hüküm artık 883/2004 sayılı Tüzüğün kapsamında olmasa da, durum benzeştirme ilkesinin artık uygulanmadığı anlamına gelmez. Öyle ki, bu ilke şu anda tam anlamıyla hastalık yardımlarına uygulanan sürelerin birleştirilmesi ve vakaların benzeştirilmesi genel ilkeleri (883/2004 sayılı Tüzüğün 6 ve 7. maddeleri) yoluyla uygulanmaktadır.

97/2009 sayılı Tüzüğün 12. Maddesi, birleştirme ilkesinin nasıl uygulanması gerektiğini belirtmektedir<sup>37</sup>. Aynı Tüzüğün 13. Maddesi sürelerin dönüştürülmesine ilişkin kuralları belirler: Bu madde bir devlet mevzuatına tabi olunarak tamamlanan sürelerin başka bir devletin mevzuatınca sağlanan birimlerden farklı birimlerde ifade edildiğinde oluşan durumlarla ilgilidir.

##### **B. İçtihat hukuku**

1408/71 sayılı eski Tüzük kapsamındaki Adalet Divanı içtihat hukuku yeni Tüzük'te de kapsam dahilindedir. Bu, sürelerin benzeştirme/birleştirmesi prensiplerinin sigortalı kişilerin hakları üzerindeki somut etkisini göstermektedir.

---

<sup>36</sup> Bkz Bölümü 14.

<sup>37</sup> Bkz Bölüm 6.

## **Chapter 8.**

### **Sickness, maternity and equivalent paternity benefits**

Regulations 883/2004 and 987/2009 have not made significant changes to rules of coordination applicable to sickness benefits. The chapter follows some major distinctions : benefits in cash / benefits in kind ; residence in a Member State other than the competent State / temporary stay on a State other than the competent State; pensioners / insured persons other than pensioners.

However, these rules must be combined with the rules of entitlement to benefits in kind stemming from the application of the principle of free movement of services and free movement of goods to healthcare schemes<sup>36</sup>.

#### **I. Common principles to sickness benefits in cash and in kind**

##### **A. Principles of assimilation and of aggregation**

Some national legislations may require conditions of prior affiliation or insurance in order to be covered or to be granted sickness benefits. In order to facilitate mobility between Member States, Article 18 of Regulation 1408/71 provided that the competent institution of a Member State whose legislation makes the acquisition, retention or recovery of the right to benefits conditional upon the completion of periods of insurance, employment or residence shall, to the extent necessary, take account of periods of insurance, employment or residence completed under the legislation of any other Member State as if they were periods completed under the legislation which it administers. Even if this provision is no longer incorporated into Regulation 883/2004, it does not mean that the principle of assimilation is no longer active. Indeed, it is now applicable through the general principles of aggregation of periods and of assimilation of facts (Articles 6 and 7 of Regulation 883/2004), which fully apply to sickness benefits.

Article 12 of Regulation 97/2009 indicates how the principle of aggregation must apply<sup>37</sup>. Article 13 of the same Regulation sets rules for conversion of periods: it deals with situations where periods completed under the legislation of a Member State are expressed in units different from those provided for by the legislation of another Member State.

##### **B. Caselaw**

Caselaw of the Court of Justice under the old Regulation 1408/71 remains relevant under the new Regulation. It shows the concrete impact of the principles of assimilation/aggregation of periods on insured persons' rights.

---

<sup>36</sup> See Chapter 14 of the book.

<sup>37</sup> See Chapter 6.

Örneğin, bir devletin uygulanabilir mevzuatı nakdi hastalık yardımlarını, sigortalı kişinin kendi programlarına göre sigortalandığı sırada çalışmaya uygun durumda olmaması koşuluyla verdiğinde, yetkili kurum bu kişinin başka bir devletin mevzuatına göre tamamlanan sigorta sürelerini, kendi mevzuatına göre tamamlanmış gibi değerlendirmelidir. İkametgahını bir ülkeden başka bir ülkeye alan söz konusu kişinin kısa bir süredir işsiz olması ya da taşındığı ülkede iş arayan kişi konumunda kayıtlı olmaması bu kişinin tamamladığı sigorta sürelerinin devamlılığını kesintiye uğratmaz, ya da 1408/71 sayılı Tüzüğün 18(1). Maddesinde tanınan birleştirme kuralının uygulanmasının önünde bir engel teşkil etmez (C-482/93 sayılı *Klaus Davası*).

Analık yardımları ise, Lüksemburg mevzuatına, hak kazanma tarihinden önceki bütün bir yıl boyunca Lüksemburg Büyük Dükalığı'nda yasal olarak ikamet etmiş veya eşi hak kazanma tarihinden önceki üç yıl boyunca Lüksemburg Büyük Dükalığı'nda yasal olarak ikamet etmiş, gebe ya da doğum yapmış olan bütün kadınlara verilmektedir. Adalet Divanı, Lüksemburg'un başka bir devletin mevzuatına tabi olunarak tamamlanan ikamet sürelerini Lüksemburg mevzuatına tabi olunarak geçirilmiş gibi değerlendirmesi gerektiğine karar vermiştir (C-111/91 sayılı Dava, *Komisyon – Lüksemburg*).



For instance, where the applicable legislation of a Member State makes the grant of cash sickness benefits subject to the condition that the insured person was not already unfit for work at the time when he became insured under the scheme which it establishes, the competent institution must also take into account periods of insurance completed by that person under the legislation of another Member State, as if those periods had been completed under the legislation which it administers. The fact that, having transferred his residence from one Member State to another Member State, the person concerned was for a short period neither employed nor registered as seeking employment in the latter State does not interrupt the continuity of the insurance periods completed by that person or preclude application of the aggregation rule laid down by Article 18(1) of Regulation 1408/71 (Case C-482/93, Klaus ).

As regards maternity allowances, the Luxembourg legislation provided that the maternity allowance was paid to every woman who is pregnant or has given birth, provided that either she had been officially resident in the Grand Duchy for the entire year preceding the beginning of her entitlement, or her husband had been officially resident in the Grand Duchy for three years preceding the entitlement date. the Court of Justice ruled that Luxembourg is obliged to take account of periods of residence completed under the legislation of any other Member State, as if they were periods completed under Luxembourg legislation (Case C-111/91, Commission v. Luxembourg).

## II. Nakdi Yardımlar

Nakdi yardımlar, geçici olarak veya hiçbir zaman çalışamayacak olan kişilere gelir sağlamak amacı taşıyan yardımlardır. Örneğin, hasta olan ya da çalışamayan sigortalı kişilere hastalıkları mesleki nitelikte olsun ya da olmasın yapılan periyodik para aktarımları nakdi hastalık yardımları olarak sınıflandırılır.

### A. İkamet/Kalma yeri

883/2004 sayılı Tüzüğün 21. Maddesine göre, yetkili devletin dışında başka bir devlette kalan ya da ikamet eden sigortalı bir kişi veya onun aile fertlerinin, yetkili kurumun kendi mevzuatı uyarınca sağladığı nakdi yardımları alma hakkı vardır. Yeni temel tüzüğün 7. Maddesindeki ikamet ibarelerinin yasaklandığı tek uygulama budur. Öyle ki bir devletin mevzuatına göre ödenen nakdi yardımlar, yararlanıcı veya onun aile fertlerinin yardımı sağlamakla yükümlü kurumun bulunduğu devletin dışında başka bir devlette ikamet etmesi gerekçesiyle hiçbir azaltma, değiştirme, askıya alma, geri çekme ya da el koymaya maruz bırakılamaz.

Ancak, nakdi yardımlar yetkili kurum ve kalınan ya da ikamet edilen yerdeki kurum arasında Antlaşmaya varılması halinde kalınan ya da ikamet edilen yerdeki kurum tarafından sağlanabilir. Bu istisna sadece pratik amaçlar için getirilmiştir. Aslında, nihai yardım ödemeleri yetkili devletin mevzuatıyla uyumlu olarak yetkili kurumun hesabından yapılır.

### B. Hesaplama

Hesaplama yöntemleri 883/2004 sayılı Tüzüğün 21 (2)(3). Maddesinde belirlenmiştir:

- Mevzuatı nakdi yardımların hesaplanmasını ortalama gelire ya da ortalama prim temeline dayandırma şartını getiren bir devletin yetkili kurumu, yalnızca söz konusu mevzuata tabi olunarak tamamlanan süreler boyunca ödenmiş olduğu onaylanan gelirler ya da uygulanan prim temellerine bakarak böyle bir ortalama gelir ya da ortalama primi belirler;

- Mevzuatı nakdi yardımların hesaplanmasının standart gelire dayalı olarak yapılmasını gerektiren bir devletin yetkili kurumu, yalnızca standart geliri ve uygun olduğunda da söz konusu mevzuata tabi olunarak tamamlanan süreçlerdeki standart gelirin ortalamasını hesaba katmalıdır.

## II. Benefits in cash

Benefits in cash are benefits which aim to provide an income to persons who are incapable of working, either provisionally or definitely. For instance, periodical transfer of money to insured persons who are sick and who cannot work, whether sickness is due to professional or non professional reasons, are classified as sickness benefits in cash.

### A. Place of residence/stay

According to Article 21 of Regulation 883/2004, an insured person and members of his family residing or staying in a Member State other than the competent Member State are entitled to cash benefits provided by the competent institution in accordance with the legislation it applies. This is a mere application of the prohibition of residence clauses provided by Article 7 of the new basic regulation. Indeed, cash benefits payable under the legislation of one Member State cannot be subject to any reduction, amendment, suspension, withdrawal or confiscation on account of the fact that the beneficiary or the members of his family reside in a Member State other than that in which the institution responsible for providing benefits is situated.

By agreement between the competent institution and the institution of the place of residence or stay, cash benefits may, however, be provided by the institution of the place of residence or stay. This exception is set only for practical purposes. Indeed, the benefits remain at the final expense of the competent institution in accordance with the legislation of the competent Member State.

### B. Calculation

Article 21 (2)(3) of Regulation 883/2004 sets methods of calculation :

- the competent institution of a Member State whose legislation stipulates that the calculation of cash benefits is based on average income or on an average contribution basis determines such average income or average contribution basis exclusively by reference to the incomes confirmed as having been paid, or contribution bases applied, during the periods completed under the said legislation;
- the competent institution of a Member State whose legislation provides that the calculation of cash benefits is based on standard income must take into account exclusively the standard income or, where appropriate, the average of standard incomes for the periods completed under the said legislation.

Bu hesaplama yöntemleri, prensipte sosyal güvenlik yardımlarına uygulanan gerçeklerin benzeşmesi ilkesine getirilen istisnalardır. Ancak, bu tür istisnalar yararlanıcıların adil olmayan muameleler görmesine sebebiyet verdikleri özel durumlarda Adalet Divanı tarafından sorgulanabilir. Bu bağlamda bir dava örneği vermekte fayda görülmektedir: Söz konusu dava asbeste maruz kaldığı Fransa'daki bir işletmede yıllarca çalışan ve daha sonra 1994 yılında Belçika'da bulunan bir işletmede iş bulan bir Fransız vatandaşıyla ilgilidir. Söz konusu kişi, asbeste maruz kaldığı için 2004 yılında Fransa'dan nakdi bir yardım almaya hak kazanır. Fransız yasaları ve eski koordinasyon tüzüğü'nün nakdi hastalık yardımlarının hesaplanmasına ilişkin kurallarına göre, bu ödeneğin miktarı kişinin Fransa'da çalıştığı son 12 ayda kazandığı ortalama gelir temeline göre hesaplanmaktadır. Bu sebeple, Fransız kurumu yardımı 10 yıl önce kazanılan gelire göre hesaplar. Adalet Divanı'na göre koordinasyon tüzükleri katı bir şekilde uygulanmamalıdır ve Antlaşmayla belirlenen hedefe uygun bir şekilde yorumlanmalıdır: "Divan 'ortalama aylık veya gelir' hesaplamasında ilgili kişinin, daha sonraki çalışma kayıtları da göz önünde bulundurularak, yetkili kurumun bulunduğu devlette çalışmaya devam etmiş olsaydı kazanabileceği miktar dikkate alınır" hükmüne varmıştır.(C-205/05 sayılı *Nemec Davası*).

These methods of calculation are exceptions to the principle of assimilation of facts which, in principle, applies to social security benefits. However, such exceptions could be challenged by the Court of Justice in specific situations where they may lead to unfair treatments of beneficiaries. In this respect, a case must be introduced: it concerned a French national who worked for several years for an undertaking established there where he was exposed to asbestos, and then in 1994 found a job with an undertaking established in Belgium. In 2004, he was notified a French cash allowance due to his exposition to asbestos. In accordance with the French law and with rules of calculation of sickness benefits in cash of the old coordination regulation, the amount of that allowance was calculated on the basis of the average pay earned in the last 12 months of his employment in France. Therefore, the French institution calculated the benefit on the ground of income received 10 years before. For the Court of Justice, the coordination regulations must not be applied strictly and must be interpreted in accordance with the objective set out with the Treaty: *“calculation of the ‘average wage or salary’ takes into account the pay that the person concerned could reasonably have earned, given his subsequent employment record, had he continued to work in the Member State in which the competent institution is situated”* (Case C-205/05, *Nemec*).

### III. Ayni Yardımlar

#### A. “Ayni yardım”ın tanımı

“Ayni yardım” kavramı Tüzük’te tanımlanmamıştır. Hastalık programlarının yapısına bağlı olarak iki anlamı olabilir:

- Sigortalı kişilerin aldıkları bakım için ödeme yapmak zorunda olmadıkları ülkelerde (tamamen veya kısmen), ayni yardımlar hastalıkla ilgili yetkili kurumca sağlanan geri ödemelerdir, ayrıca kişinin hizmet sunucusuna ödemek zorunda olmadığı ve kişiye hastalıkla ilgili yetkili kurum tarafında geri ödenecek olan para miktarıdır. Bu sebeple, ayni yardımlar, nakdi yardımlar gibi para aktarımlarının yapılmasını gerektirebilir. Ancak, nakdi yardımlar mesleki bir faaliyetin askıya alınması sebebiyle kaybolan gelirleri telafi ederken, ayni hastalık yardımları yapılan sağlık harcamalarını telafi eder;
- Sağlık hizmetlerinin Ulusal Sağlık Sistemi tarafından ücretsiz verildiği devletlerde (örneğin İspanya, Birleşik Krallık ve İrlanda), ayni yardım kavramı bakım değil, masrafların tamamen bir kamu kurumu tarafından karşılanması anlamına gelir. Ulusal Sağlık Sistemlerinde masraflar hastalar için şeffaftır ancak bunlar bir hastalık kurumu tarafından karşılanır.

İdari Komisyon’un 2 Ekim 2010 tarihli S5 sayılı kararında, ayni yardımların tam bir tanımına yer verilmektedir. Bu yardımlara sigortalı kişinin bakım alması ve kişinin doğrudan yardımından kaynaklanan belli bir harcamanın tamamen veya kısmen doğrudan ödenmesine hak tanıyan ayni bakım sigorta yardımları da dahildir. Örneğin, hemşire bakımı ve evde ya da özellikle bu hizmeti veren kurumlarda sağlanan ev bakımı, bakım malzemelerinin satın alınması ya da ev ortamının iyileştirilmesi için gerçekleştirilen çalışmalar gibi yardımlar, esasen kişilerin sağlık durumunu iyileştirmek ve bakım hizmeti alan kişilerin –yaşam kalitelerini artırmak amacıyla ayni sağlık sigortalarını tamamlamak amacıyla taşırlar.

Ancak aynı idari karara göre, aşağıdakiler ayni yardım gideri olarak değerlendirilmemelidir:

- Hastalık sigorta programlarının idaresiyle bağlantılı harcamalar (örneğin, bireylere yapılan ya da kurumlar arasında gerçekleştirilen geri ödemelerin işleyişi ve idaresinden kaynaklanan masraflar);
- Yardımlarla bağlantılı harcamalar (örneğin, iddia sahibinin malullük ya da çalışabilirlik derecesini değerlendirmek için ihtiyaç duyulan tıbbi sertifikaların verilmesi için doktorlara ödenen ücretler);
- Genel sağlık koruma önlemleri için kamu sağlığı kurumlarına verilen yardımlar, tıbbi araştırma harcamaları ve genel önlemlerden (riskle bağlantılı olmayan) kaynaklanan harcamalar;
- Bireyler tarafından yapılan ortak ödemeler.

### III. Benefits in kind

#### A. Definition of “benefit in kind”

The concept of “benefit in kind” is not defined by the Regulation. Depending on the structure of the sickness scheme, it may have two meanings:

- in States where insured persons must pay for care (whether fully or partially), benefits in kind are the reimbursement provided by the sickness competent institution, as well as the amount of money which the insured person did not have to pay to the care provider and which will be reimbursed to him by the sickness competent institution. Therefore, benefits in kind may lead to money transfers like benefits in cash. However, whereas benefits in cash compensate for the loss of income due to the suspension of a professional activity, sickness benefits in kind compensate for the incurred costs of healthcare;
- in States where healthcare is provided for free by a National Health System (for example, in Spain, in the UK or in Ireland), the concept of benefits in kind does not refer to the care themselves, but to the fact that costs are entirely covered by a public institution. In fact, in the case of National Health Systems, costs are transparent for patients but they are borne by a sickness institution.

Decision S5 of 2 October 2010 of the Administrative Commission gives a complete definition of the benefits in kind which include care insurance benefits in kind giving entitlement to full or partial direct payment of certain expenditure entailed by the insured person’s reliance on care and incurred for his or her direct benefit, for example nursing care and home help provided in the home or in specialised establishments, purchases of care equipment, or work carried out to improve the home environment; benefits of this kind are essentially intended to supplement sickness insurance benefits in kind in order to improve the state of health and the quality of life of persons reliant on care.

However, according to the same administrative decision, the following must not be regarded as costs for benefits in kind:

- expenditure linked to the administration of the sickness insurance scheme, for example costs which are incurred by the handling and processing of reimbursements to individuals and between institutions;
- expenditure linked to the award of benefits, such as doctor’s fees for issuing medical certificates needed to evaluate a claimant’s degree of invalidity or ability to perform work;
- expenditure on medical research and subsidies to institutions of preventive medicine, granted for general health protection measures, as well as expenditure on measures of a general (not risk-related) nature;
- co-payments made by individuals.

## B. Yetkili devletin dışında başka bir devlette ikamet etmek

### 1. İlkeler

Yetkili devletin dışında başka bir devlette ikamet eden sigortalı bir kişi veya o kişinin aile fertleri, ikamet ettikleri ülkenin mevzuatına göre sigortalanmışlar gibi o mevzuata tabi olarak yetkili devlet adına ikamet ettikleri ülkeden aynı yardım alırlar. (Madde17, 883/2004 sayılı Tüzük).

Bu madde, koordinasyon tüzüklerinin uygulanabilir ve uygulanan mevzuat arasında fark gözettiği anlamına gelmektedir: Bir kişi bir devletin mevzuatına tabi olsa bile, ikamet ettiği ülkede, o ülkede sigortalanmış gibi kapsam dâhiline girer. Örneğin, İspanya'da çalışan ve Portekiz'de ikamet eden bir İspanyol vatandaşı ikamet ettiği ülkede (Portekiz) sanki orada sigortalanmış gibi muamele görecektir. Burada yapılmaya çalışılan, bütün AB vatandaşlarının AB topraklarında eşit muamele görmesini sağlamaktır. Bu sebeple, yukarıda verdiğimiz örnekte, İspanyol vatandaşı olan kişi aynı yardımları İspanya'da verilenler kadar avantajlı olmasa bile Portekiz mevzuatına göre alacaktır. Ancak, İspanya yetkili devlet olduğu için, yetkili İspanyol kurum Portekiz'deki yetkili sağlık kurumuna bütün yardım masraflarının geri ödemesini yapmak zorundadır<sup>38</sup>.

İkamet edilen ülkede aynı yardımlara ulaşımı garanti altına almak için, sigortalı kişi veya bu kişinin aile fertleri ikamet edilen yerdeki kuruma kayıtlı olmalıdır. Bu kişilerin ikamet edilen devlette aynı yardım alma hakları, sigortalı kişinin ya da ikamet edilen yerdeki kurumun talebi üzerine yetkili kurum tarafından verilen bir dokümanla belgelendirilir (Madde 24, 987/2009 sayılı Tüzük). Bu belge, yetkili kurum ikamet edilen yerdeki kurumu herhangi bir iptal durumundan haberdar edene kadar geçerliliğini korur. Yetkililer ve yetkili kurumlar, aynı yardımlar yetkili kurumun bulunduğu ülkenin dışında başka bir devlette verildiğinde, sigortalı kişilere yardımların verilme koşulları ve prosedürle ilgili gerekli bilgilendirmeyi yapmalıdır.

Adalet Divanı ikamet edilen ülkenin mevzuatının kapsamıyla ilgili görüşünü çok açık bir şekilde ifade etmiştir: Bir işçi, aile fertleriyle birlikte, tüzük uyarınca mevzuatına göre sigortalandığı yer olan çalıştığı ülkenin dışında başka bir ülkede ikamet ettiğinde, bu kişinin aile fertlerinin aynı hastalık yardımlarına hak kazanma koşulları, aile fertlerinin ikamet ettikleri ülkede bu yardımları alma hakkı olmadığı için, bu kişinin çalıştığı devletin mevzuatınca yönlendirilir (C-451/93 sayılı *Delavant Davası*).

---

<sup>38</sup> Bkz Bölüm 5.



## B. Residence in a Member State other than the competent Member State

### 1. Principles

An insured person or members of his family who reside in a Member State other than the competent Member State must receive in the Member State of residence benefits in kind provided, on behalf of the competent institution, by the institution of the place of residence, in accordance with the provisions of the legislation it applies, as though they were insured under the said legislation (Article 17, Regulation 883/2004).

It means that the coordination regulations make a distinction between the applicable and the applied legislation: even if the person is subject to the legislation of a Member State, he will be covered in the State of residence as if he was insured in this State. For example, a Spanish citizen who works in Spain and who resides in Portugal will be treated in the country of residence (Portugal) as if he was insured there. The idea is that all Union citizens must be treated equally on the same territory. Therefore, in the example above, the Spanish person will receive benefits in kind according to the Portuguese legislation, even if these benefits are not as favourable as benefits in kind provided in Spain. However, since Spain is the competent State, the Spanish competent institution will have to reimburse to the Portuguese sickness institution the full costs of benefits<sup>38</sup>.

In order to guarantee the access to benefits in kind in the State of residence, the insured person and/or members of his family must register with the institution of the place of residence. Their right to benefits in kind in the Member State of residence is certified by a document issued by the competent institution upon request of the insured person or upon request of the institution of the place of residence (Article 24, Regulation 987/2009). The document remains valid until the competent institution informs the institution of the place of residence of its cancellation. The competent authorities or institutions must ensure that any necessary information is made available to insured persons regarding the procedures and conditions for the granting of benefits in kind where such benefits are received in the territory of the Member State other than that of the competent institution.

The Court of Justice has been very clear about the scope of the legislation of the State of residence: *when a worker resides with the members of his family in the territory of a Member State other than the Member State in which he works, under whose legislation he is insured by virtue of the regulation, the conditions for entitlement to sickness benefits in kind for members of that person's family are also governed by the legislation of the State in which that person works in so far as the members of his family are not entitled to those benefits under the legislation of their State of residence (Case C-451/93, Delavant).*

---

<sup>38</sup> See Chapter 5, below.

Yukarıda tanımlanan ilke, aynı hastalık yardımı olarak sınıflandırıldıklarında başkalarına bağımlı olanlara verilen bakım yardımlarına da uygulanır. Bu sebeple, AAD, istihdam edildiği ülkenin dışında başka bir devlette ikamet eden bir işçinin, bu devletin mevzuatı, ait olduğu sosyal koruma programına hangi özel isim verilirse verilsin istihdam edilen devlette bakım sigortasının kapsadığı risklerin aynısını kapsamak üzere tasarlanan aynı yardımların ödemelerini sağladığı için, bakım sigortası (bakmakla yükümlü olunan kişiler) gibi aynı yardımları ikamet ettiği ülkede almasına karar vermiştir. Bu yardımlar, ikamet edilen devletin mevzuatınca belirlenen hükümlerle uyumlu olarak, ikamet edilen yerdeki kurum tarafından ödenir (C-160/96 sayılı *Molenaar* Davası). Burada risk, yetkili devlette başkasına bağımlı olanlar için yardımlar sağlanırken, ikamet edilen ülkede bu tür yardımların bulunmamasıdır. Bu durumda, Adalet Divanı koordinasyon kurallarının mantığına saygı gösterir ve şöyle bir açıklama getirir: “koordinasyon tüzüğü bu yardımların yetkili kurum tarafından ya da yetkili kurum adına yetkili devletin dışında sağlanmasını gerektirmemektedir.” Ancak tüzükten şu anlam çıkarılamaz: Yetkili devletin dışında başka bir devlette ikamet etme durumunda, sosyal güvencesi olan kişinin aynı yardımlara erişimi ikamet edilen devletin mevzuatınca düzenlenir. Böylece, ikamet edilen devlet, aynı yardım hakkının talep edilmesiyle ilgili riskleri kapsayan aynı yardımların verilmesini sağlamadığında, bu hükümler yetkili kurumun bu tür aynı yardımları vermesin, engelleme etkisi yaratır (C-208/07 sayılı *Von Chamier* Davası).

## 2. Aile fertleri: Öncelik kuralları

883/2004 sayılı Tüzüğün 17. Maddesinden yararlanmak için, aile fertlerinin ikamet ettikleri ülkede yardım almaya hak kazanmamış olmaları gerekir. Örneğin, aile fertlerinin ikamet ettikleri ülkede mesleki bir faaliyette bulunmaları halinde, yetkili mevzuatın belirlenmesinde öncelik mesleki faaliyete aittir. 883/2004 sayılı Tüzüğün 32. Maddesi bu kuralı mümkün olduğunca açık bir şekilde belirlemiştir: Bir devletin mevzuatına dayanan aynı yardımlarla ilgili bağımsız bir hak, aile fertlerinin bir yardım ile ilgili sahip oldukları türev hakka göre önceliklidir. Ancak, aynı yardımlarla ilgili türemiş bir hak, ikamet edilen devletteki bağımsız hak doğrudan ve yalnızca ilgili kişinin o devlette ikamet etmesi temeline dayandığında, bağımsız haklara nazaran önceliklidir.

883/2004 sayılı Tüzüğün 32. Maddesine göre, eğer eş veya sigortalı kişinin çocuklarına bakan kişi söz konusu ülkede hizmet akdiyle ya da kendi hesabına çalışıyorsa veya bu ülkeden hizmet akdiyle ya da kendi hesabına çalışma faaliyetine dayalı bir aylık alıyorsa, sigortalı bir kişinin aile fertleri aynı yardımlara hak kazanmak için hizmet akdiyle ya da kendi hesabına çalışma faaliyeti veya sigorta koşulları getirmeyen bir mevzuatın olduğu bir devlette ikamet ederken, aynı yardımlar bu kişilerin ikamet ettiği devletteki yetkili kurum tarafından karşılanır.

The principle described above fully applies to reliant care benefits when they are classified as sickness benefits in kind. Hence, the ECJ ruled that *an employed person residing in a Member State other than that in which he is employed is to receive, in the Member State in which he resides, benefits such as care insurance (reliant) benefits in kind in so far as the legislation of that State, whatever the more specific name given to the social protection scheme of which it forms part, provides for the payment of benefits in kind designed to cover the same risks as those covered by care insurance in the Member State of employment. Those benefits are to be paid by the institution of the place of residence in accordance with the provisions laid down by the legislation of the Member State of residence (Case C-160/96, Molenaar). The risk is that the State of residence does not provide any reliant care, whereas in the competent State, such benefits would be provided. In this case, the Court of Justice respects the rationale of the rules of coordination by stating that coordination regulation “does not, of itself, require that those benefits be provided outside the competent State by or on behalf of the competent institution”.* However, the regulation cannot be interpreted to mean that, in the case of residence in a Member State other than the competent State, the socially insured person’s access to benefits in kind is governed exclusively by the legislation of the Member State of residence, so that, where the legislation of the latter Member State does not provide for the grant of benefits in kind covering the risk in respect of which entitlement to such benefits is claimed, those provisions have the effect of preventing the competent institution from granting such benefits in kind (Case C-208/07, *Von Chamier*).

## 2. Family members: rules of priority

In order to take advantage of Article 17 of Regulation 883/2004, members of the family must not be entitled to benefits according to the State of residence. For instance, in case family members would exercise a professional activity in the State of residence, the professional activity has priority for the determination of the competent legislation. Article 32 of Regulation 883/2004 sets this rule as clearly as possible: an independent right to benefits in kind based on the legislation of a Member State takes priority over a derivative right to benefits for members of a family. However, a derivative right to benefits in kind must take priority over independent rights, where the independent right in the Member State of residence exists directly and solely on the basis of the residence of the person concerned in that Member State.

According to Article 32 of Regulation 883/2004, where the members of the family of an insured person reside in a Member State under whose legislation the right to benefits in kind is not subject to conditions of insurance or activity as an employed or self-employed person, benefits in kind are provided at the expense of the competent institution in the Member State in which they reside, if the spouse or the person caring for the children of the insured person pursues an activity as an employed or self-employed person in the said Member State or receives a pension from that Member State on the basis of an activity as an employed or self-employed person.

Aile fertleri için istihdam edilen ülkede öncelik varsa, ikamet edilen ülkenin yardımlarını sağlarken bağlı kalacağı “aile fertleri” kavramını tanımlamak da istihdam edilen ülkeye düşer (yetkili devlet hesabından). Bu da, bir kişi ikamet edilen ülkenin mevzuatına göre “aile ferdi” olarak kabul edilmese de, bu devletin, kişi yetkili mevzuat tarafından “aile ferdi” olarak kabul ediliyorsa yardımı vermesi gerektiği anlamına gelmektedir. Aslında, koordinasyon tüzüğü yardımların aile ferdi olarak kabul edilen kişilere sağlanan yardımların uyumlu olarak verildiği mevzuat anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, sigortalı kişinin aile fertlerinin aynı hastalık yardımlarına hak kazanma koşulları yetkili devletin mevzuatınca düzenlenir (C-451/93 sayılı *Delavant Davası*). Ancak, yardımların miktarı (ayrıca hükmün uzunluğu gibi diğer kurallar da) ikamet edilen ülkenin mevzuatına göre değerlendirilir.

### 3. İkamet yeri başka bir devlette iken yetkili devlette kalma

Yetkili devlette kalan sigortalı bir kişi ve aile fertlerinin, başka bir devlette ikamet etseler bile aynı yardım almaya hakları vardır. Aynı yardımlar yetkili kurum tarafından, uyguladığı mevzuatın hükümlerine göre, söz konusu kişiler bu devlette ikamet ediyormuş gibi sağlanır. Geçici bir kalma halinde aynı yardımlar 883/2004 sayılı Tüzüğün 19. Maddesine belirlenen koşullara tabi tutulmaz<sup>39</sup>.

Ancak, 883/2004 sayılı Tüzüğün 18(2) sayılı Maddesi bir sınır işçisinin aile fertleriyle ilgili özel kuralları şöyle belirlemiştir: Bu kişiler yetkili devlette kaldıkları süre boyunca, bu ülke Ek III’de sayılmamışsa aynı yardım alma hakkı vardır. Eski 1408/71 sayılı Tüzüğe göre söz konusu devletler arasındaki ön Antlaşmaya bağlı (acil durumlar hariç) opsiyonda bulunulduğundan bu yana, bu durum bir gelişme niteliğindedir. Örneğin, Fransa’da sınır işçisi olarak çalışan ve ailesiyle birlikte Belçika’da ikamet eden bir Belçikalı, Fransa’da tedavi edilebilir ve aynı yardımları Fransız mevzuatına göre alabilir. Yeni mevzuatla birlikte bu opsiyon şimdi de aile fertleri için geçerli bir hale gelmiştir: Fransa’da alınan bakım hizmeti planlanmış ya da planlanmamış olsun, geçici olarak kalınan ülkenin aynı yardımlarına erişimleri olacaktır (bu devlet yetkili devletse). Ek III’de bu seçeneği uygulamayan 11 devletin listesi bulunmaktadır (Danimarka, Estonya, İrlanda, İspanya, İtalya, Macaristan, Litvanya, Hollanda, Finlandiya, İsveç, Birleşik Krallık<sup>40</sup>) ve bu sebeple 18(2). Maddenin kapsamı daralmıştır. Ekteki devletler için sınır işçilerinin aile fertleri yetkili devlette kalırken diğer sigortalı kişiler için belirlenen koşulları karşıladıkları takdirde aynı yardım alabilirler (Bkz. C ve D, aşağıda).

<sup>39</sup> Bir kişinin sigorta kapsamına girmesi için, kaldığı süre boyunca yardımların yapısı ve beklenen kalış süresi göz önünde bulundurularak aynı yardımların tıbbi gerekçelerle zorunlu olması anlamına gelmez.

<sup>40</sup> Bu ülkelerin 6’sı için (Estonya, İspanya, İtalya, Litvanya, Macaristan ve Hollanda), kısıtlama Mayıs 2014’te son bulacaktır.

When, for family members, the State of employment has priority, it is for this State to define the concept of “family members” under which benefits will be provided by the State of residence (at the expense of the competent State). It means that, even if a person is not considered as a “family member” under the legislation of the State of residence, this State must provide benefits if the person is classified as a “family member” by the competent legislation. Indeed, the coordination regulation *refers to the legislation under which benefits are provided for determining the persons considered to be family members. In other words, the conditions for entitlement to sickness benefits in kind for members of the insured person's family are governed by the legislation of the competent State* (Case C-451/93, *Delavant*). However, the amount of benefits (and other rules such as the length of provision) will depend on the legislation of the State of residence.

### 3. *Stay in the competent Member State when residence is in another Member State*

The insured person and the members of his family are entitled to benefits in kind while staying in the competent Member State, even if they reside in another Member State. The benefits in kind are provided by the competent institution and at its own expense, in accordance with the provisions of the legislation it applies, as though the persons concerned resided in that Member State. Benefits in kind during a temporary stay are not subject to the conditions set by Article 19 of Regulation 883/2004<sup>39</sup>.

However, Article 18(2) of Regulation 883/2004 sets specific rules for the members of the family of a frontier worker: they are entitled to benefits in kind during their stay in the competent Member State, unless this Member State is listed in Annex III. This is an improvement since under the old Regulation 1408/71 the option was subject (except in case of emergency) to the prior agreement between Member States concerned. For instance, a Belgian person who works in France as a frontier worker and who resides with his family in Belgium can also be treated in France and can receive the benefits in kind according to the French legislation. With the new regulation, the same option is now true for his family members: whether care provided in France are occasional or planned, they will give right to benefits in kind of the State of temporary stay (when this State is the competent State). Annex III sets a list of 11 States which do not apply this option (Denmark, Estonia, Ireland, Spain, Italy, Hungary, Lithuania, Holland, Finland, Sweden, UK<sup>40</sup>) which reduces the scope of Article 18(2). Indeed, for States which are in the Annex, it means that frontier workers' family members can receive benefits in kind while staying in the competent Member State only if they meet the conditions set for any other insured person (See C and D, below).

---

<sup>39</sup> It means that it is not required, for the person to be covered, that benefits in kind become necessary on medical grounds during their stay, taking into account the nature of the benefits and the expected length of the stay.

<sup>40</sup> For 6 of these States (Estonia, Spain, Italy, Lithuania, Hungary and Holland), the restriction will end in May 2014.

## C. Yetkili devlet dışında başka bir devlette alınan acil bakım hizmeti

### 1. *Prosedür: Avrupa Sağlık Sigortası Kartı*

Prensipite, yetkili devletin dışında başka bir devlette kalan sigortalı bir kişi ve aile fertleri, yardımların yapısı ve beklenen kalış süresi dikkate alındığında, kaldıkları süre boyunca tıbbi gerekçelerle gerekli hale gelen aynı yardımları almaya hak kazanırlar. Bu yardımlara, gebelik ve doğumun yanı sıra kronik veya hali hazırdaki hastalıklarla bağlantılı olarak verilen yardımlar da dâhildir (İdari Komisyon'un 12 Haziran 2009 tarihli S1 Kararı). Bu yardımlar yetkili kurum adına, kalınan yerdeki kurum tarafından, söz konusu kişiler o ülkenin mevzuatına göre sigortalanmışlar gibi o mevzuat uygulanarak sağlanır (883/2004 sayılı Tüzüğün 19(1). Maddesi).

Başka bir deyişle, planlanmamış bir bakım hizmetinden yararlanan kişi o devlette sigortalanmış gibi muamele görür (prosedür ve tarife açısından). Bu sebeple geri ödeme oranları ve yardımı verme koşulları geçici olarak kalınan ülkenin mevzuatınca belirlenir. 31 Mart 2004 tarihli 631/2004 sayılı Tüzükten beri, hastaların geçici olarak kaldıkları yerde idari formaliteleri yerine getirmesi gerekmemektedir: Bakım hizmetini sağlayan kuruma Avrupa Sağlık Sigortası Kartı (EHIC)'ni göstererek doğrudan erişim sağlayabilirler. Bu kartın hastalık sigortası olduğunu kanıtlaması açısından ulusal bir belgeyle aynı yasal değeri taşımaktadır. Bu kart, yetkili devletin dışında başka bir devlette kalan sigortalı kişi ve aile fertlerinin, yardımların yapısı ve beklenen kalış süresi dikkate alındığında, kaldıkları süre boyunca tıbbi gerekçelerle gerekli hale gelen aynı yardımları almaya hak kazandıklarını belgeler. Verdiği EHIC'in geçerlilik süresini devletin kurumları belirler: Geçerlilik süresi sigortalı kişinin farz edilen hak kazanma süresi dikkate alınarak belirlenir. EHIC sigortalı kişinin kalış amacından bağımsız olarak (turistik, mesleki faaliyet ya da eğitim amaçlı olabilir) sağlık hizmeti alması gerektiği geçici ziyaretlerdeki tüm durumlarda kullanılır. Kalınan devletin kurumu tarafından geçerli bir EHIC karşılığında sağlanan aynı yardımlar yetkili kurum tarafından geri ödenmelidir (mali hükümler için, 4'e bkz). Ancak, yurtdışında kalma amacı yalnızca sağlık hizmeti almak olduğunda (planlanmış hizmet) EHIC kullanılamaz.

Eğer sigortalı kişi EHIC sahibi değilse, kalınan yerdeki kurum talep üzerine ya da aksi gerekliyse, kart elde etmek için yetkili kurumla irtibata geçmelidir. Bu da aynı yardım almak için EHIC'in zorunlu olmadığı anlamına gelmektedir: Kart talebinde bulunmayan, kartını kaybeden ya da unutan veya da kartının süresi dolan sigortalı kişiler de, tüzük kapsamına giren bir devlet programına göre sigortalanmışlarsa, 883/2004 sayılı Tüzüğün 19(1). Maddesine kapsama alınırlar.

## C. Occasional care in a Member State other than the competent State

### 1. Procedure : *European Health Insurance Card*

In principle, an insured person and the members of his family staying in a Member State other than the competent Member State are entitled to the benefits in kind which become necessary on medical grounds during their stay, taking into account the nature of the benefits and the expected length of the stay. They include benefits provided in conjunction with chronic or existing illnesses as well as in conjunction with pregnancy and childbirth (Decision S1 of 12 June 2009 of the Administrative Commission). These benefits are provided on behalf of the competent institution by the institution of the place of stay, in accordance with the provisions of the legislation it applies, as though the persons concerned were insured under the said legislation (Article 19(1) of Regulation 883/2004).

In other words, the beneficiary of an occasional care is treated (as regards procedure and tariffs) as if he was insured in this State. Thus, the reimbursement rates and the conditions of granting of benefits are set by the legislation of the temporary stay. Since Regulation 631/2004 of 31 March 2004, the patients do not need to complete administrative formalities in the temporary stay: they have direct access to the care provider, to whom they will present the European Health Insurance Card (EHIC). This form has the same legal value as a national document proving the sickness insurance. It certifies the entitlement of an insured person as well as the members of their family, staying in a Member State other than the competent Member State to benefits in kind which become necessary on medical grounds taking into account the nature of the benefits and the expected length of the stay. Institutions of the Member State determine the period of validity of the EHIC they issue: its period of validity takes into account the presumed duration of the insured person's entitlement. The EHIC is used in all situations of temporary stay during which an insured person requires health care irrespective of the purpose of the stay, be it for reasons of tourism, professional activity or study. Benefits in kind provided by the institution of the Member State of Stay on the basis of a valid EHIC must be reimbursed by the competent institution (for financial provisions, see IV. below). However, the EHIC cannot be used when the purpose of the stay abroad is solely to obtain health care (scheduled care).

If the insured person does not hold the EHIC, the institution of the place of stay, upon request or if otherwise necessary, must contact the competent institution in order to obtain one. It means that the EHIC is not necessary to be provided benefits in kind: insured persons who did not claim it, who lost or forgot it, or whose card has expired, are still covered by Article 19(1) of Regulation 883/2004 if they are insured by a scheme of a Member State falling within the scope of the regulation.

Başka bir devlette kalınan sürede sağlanması için, pratik sebeplerle, söz konusu kişi ve hizmeti veren kurum arasında bir ön Antlaşma yapılmasını gerektiren aynı yardımlar da vardır (883/2004 sayılı Tüzüğün 19(2). Maddesi). Bu özel prosedür ön izinle karıştırılmamalıdır. Aslında bu hükmün amacı, bu tür muameleleri ön izne tabi tutmak değil, geçici kalıŖlarda hizmetin verilmesini sağlamaktır. Bu, sadece özel tıbbi birimlerde ve/veya özel personelle ve/veya özel donanımla erişilebilen böbrek diyalizi, oksijen terapisi, özel astım tedavisi, kronik otoimmün hastalıklarında gerek duyulan ekokardiyografi ve kemoterapi gibi her türlü hayati tıbbi tedaviyi ilgilendirmektedir (İdari Komisyon'un 12 Haziran 2009 tarihli S3 Kararı).

## 2. Geri Ödeme Prosedürleri

987/2009 sayılı Tüzüğün 25(B). Maddesi masrafların karşılanması ve aynı yardımların geri ödemesinin yapılmasıyla ilgili ayarlamalar ve prosedürleri açıklamaktadır. Sigortalı kişinin kaldığı ülkenin yetkili kurumuna mı yoksa sigortalı olduğu ülkenin yetkili kurumuna mı geri ödeme talebinde bulunduğuna bağlı olarak üç temel geri ödeme kategorisi bulunmaktadır:

a) Sigortalı kişi aynı yardımların getirdiği masraflarının bir kısmı veya hepsini ödemişse ve kalınan ülkedeki kurumun uyguladığı mevzuat sigortalı kişiye bu masrafların geri ödemesinin yapılmasına imkan tanırıyorsa, kaldığı yerdeki kuruma geri ödeme başvurusunda bulunabilir. Bu durumda, bu kurum kendi mevzuatında belirtilen geri ödeme oranlarının koşulları dahilinde ve o koşullara uyararak bu yardımlarla ilgili masraf miktarını söz konusu kişiye doğrudan geri ödemelidir.

Teorik olmasına rağmen normal süreç budur. Aslında, özellikle kalış kısa olduğunda, bir kişinin geri ödeme almak için bilinmeyen bir prosedürden (muhtemelen yabancı dilde hazırlanan) geçmesi pratik anlamda çok zor olacaktır. Kişi muhtemelen faturayı sigortalı olduğu devlette bulunan ve irtibat halinde bulunduğu kuruma yollayacaktır.

b) İşte bu nedenle, bu tür masrafların geri ödemesi kalınan yerdeki kurumdan doğrudan talep edilmiyorsa, söz konusu kişiye yetkili kurum tarafından geri ödeme yapılır. Ancak, geri ödemenin, kalınan yerin kurumu tarafından uygulanan geri ödeme oranlarıyla ya da kalınan yerdeki kuruma yapılacak geri ödemelerin miktarıyla uyumlu olarak yapılmasına dikkat etmek gerekir. Bu, yetkili kurumun başka bir devletin geri ödeme kurallarını uygulaması gerektiği anlamına gelmektedir. Bu sistem, devletler arasında iyi bir işbirliği gerçekleştirilmesini gerektirir. Uygulama tüzüğüne göre kalınan yerdeki kurumun talep üzerine yetkili kuruma bu oranlarla ve miktarlarla ilgili bilgiyi sağlaması gerekir. Böylece işbirliğinin kurulması kolaylaşır.



There are also benefits in kind which, in order to be provided during a stay in another Member State, require for practical reasons a prior agreement between the person concerned and the institution providing the care (Article 19(2) of Regulation 883/2004). This specific procedure must not be confused with the requirement of a prior authorization. Indeed, the purpose of this provision is not to subject such treatments to a prior authorization, but to ensure that, during a temporary stay, care will be available. This concerns any vital medical treatment which is only accessible in a specialised medical unit and/or by specialised staff and/or equipment, such as kidney dialysis, oxygen therapy, special asthma treatment, echocardiography in case of chronic autoimmune diseases, chemotherapy (Decision S3 of 12 June 2009 of the Administrative Commission).

## *2. Reimbursement procedures*

Article 25(B) of Regulation 987/2009 explains the procedures and arrangements for meeting the costs and providing reimbursement of benefits in kind. There are three main categories of reimbursement, depending on whether the insured person claims reimbursement to the competent institution of the State of stay or to the State of insurance:

a) if the insured person has actually borne the costs of all or part of the benefits in kind and if the legislation applied by the institution of the place of stay enables reimbursement of those costs to an insured person, he may send an application for reimbursement to the institution of the place of stay. In that case, that institution must reimburse directly to that person the amount of the costs corresponding to those benefits within the limits of and under the conditions of the reimbursement rates laid down in its legislation.

This is the normal procedure, though it remains rather theoretical. Indeed, especially when the stay is short, it will be very difficult in practical terms for a person to go through unknown procedures (probably carried out in a foreign language) in order to get a refund. The person will more likely send the bill to the institution he is used to being in contact with, which is located on the State of insurance;

b) this is why, if the reimbursement of such costs has not been requested directly from the institution of the place of stay, the costs incurred are reimbursed to the person concerned by the competent institution. It is, however, important to notice that the reimbursement is made in accordance with the reimbursement rates administered by the institution of the place of stay or the amounts which would have been subject to reimbursement to the institution of the place of stay. It means that the competent institution must apply the rules of reimbursement of another Member State. This system requires good cooperation between Member States. This cooperation is made easier by the fact that, according to the implementing regulation, the institution of the place of stay must provide the competent institution, upon request, with all necessary information about these rates or amounts.

c) Üçüncü süreç, yetkili devlet için en kolayıdır. Aslında, değişiklik yapmak suretiyle, masrafların geri ödemesi kalınan yerdeki kurumdan doğrudan talep edilmediğinde, sigortalı kişi kendisine uygulanan bu hükme uyarsa, yetkili kurum mevzuatın belirlediği geri ödeme oranı koşulları dahilinde ve o koşullara uyararak masrafların geri ödemesini üstlenebilir. Her halükarda, kalınan devletin mevzuatı geri ödeme sağlamıyorsa, yetkili kurum sigortalı kişiyle Antlaşma olmadan mevzuatında belirtilen geri ödeme oranı koşullarına uyararak ve o koşullar dahilinde masrafların geri ödemesini yapabilir.

Hangi yöntem uygulanırsa uygulansın, sigortalı kişiye yapılan geri ödeme hiçbir şekilde yapılan harcamaların miktarını aşmamalıdır. Önemli miktarda harcama yapılması halinde, yetkili kurum sigortalı kişiye, kişi geri ödeme başvurusunda bulunur bulunmaz uygun bir avans ödemesi yapabilir.

Yeni tüzükler tarafından düzenlenen çeşitli geri ödeme yöntemleri, hizmetlerin serbest dolaşımına dayanan AAD içtihat hukukuyla bileşik olarak var olurlar<sup>41</sup>. Sigortalı kişilerin bakım hizmetini o devlette almış gibi değerlendirerek yetkili devletten geri ödeme almaya hak kazanmalarını sağlarlar (eğer bu devlet bakım hizmetinin sağlandığı devletten daha iyi bir kapsama sağlıyorsa).

#### D. Yetkili devlet dışında başka bir devlette planlı bakım hizmeti

##### 1. Prosedür

Sigortalı kişiye ve kişinin aile fertlerine uygulanan ilke, 883/2004 sayılı Tüzüğün 20(1). Maddesinde belirlenmiştir: Başka bir devlete orada kaldığı süre içerisinde aynı yardım ("planlı" ya da "programlı" bakım) almak amacıyla seyahat eden sigortalı bir kişi, yetkili kurumdan izin istemelidir (ikametgâhı başka bir devlette bulursa bile<sup>42</sup>). Ön izin hastanede ya da hastane dışında olan her türlü bakıma uygulanan bir gereksinimdir. Daha sonra da göreceğimiz gibi<sup>43</sup>, ön izin sistemine Adalet Divanı tarafından Antlaşma hükümlerine dayanarak hastane dışı bakım açısından karşı çıkmıştır. Yine de, koordinasyon tüzükleri tarafından uygulanan sistem tamamen uygulanmaktadır. Bu da, planlı bakım için iki tür geri ödeme yönteminin bulunduğu anlamına gelmektedir: Tüzük yöntemi ve Antlaşma yöntemi.

Tüzük yöntemine baktığımızda, sigortalı bir kişi 883/2004 sayılı Tüzüğün 20. Maddesine dayanarak ön izin alırsa, yetkili kurum adına kaldığı yerdeki kurumdan o kurumun uyguladığı mevzuat uyarınca ve o mevzuata tabiymiş gibi farz edilerek aynı yardım alır. Bu sebeple, ön izin konusu dışında, kapsama koşulları planlanmamış ve planlı bakım için aynı şekilde uygulanır.

<sup>41</sup> Bölüm 14'e bakınız.

<sup>42</sup> Bu durumda, ikamet edilen devletteki kurum koşulların karşılandığını doğrular ve talebi son kararı veren yetkili devlete aktarır.

<sup>43</sup> Bölüm 14'e bakınız.

c) The third procedure is the easiest one for the competent State. Indeed, by way of derogation when the reimbursement of the costs has not been requested directly from the institution of the place of stay, the competent institution may undertake the reimbursement of the costs incurred within the limits of and under the conditions of the reimbursement rates laid down in its legislation, provided that the insured person has agreed to this provision being applied to him/her. In any case, if the legislation of the Member State of stay does not provide for reimbursement, the competent institution may reimburse the costs within the limits of and under the conditions of the reimbursement rates laid down in its legislation, without the agreement of the insured person.

Whichever method is applied, the reimbursement to the insured person must not, in any event, exceed the amount of costs actually incurred. In the case of substantial expenditure, the competent institution may pay the insured person an appropriate advance as soon as that person submits the application for reimbursement to it.

The various methods of reimbursement arranged by the new regulations take incorporate the caselaw of the ECJ based on the free movement of services<sup>41</sup>. They ensure that the insured person will be entitled to the reimbursement of the competent State as if he had received care in this Member State (if this State provides a better coverage than the State where care has been actually provided).

#### D. Scheduled care in a Member State other than the competent State

##### 1. Procedure

The principle, which applies to the insured person and to his or her family members, is set in Article 20(1) of Regulation 883/2004: an insured person travelling to another Member State with the purpose of receiving benefits in kind (called “scheduled” or “planned” care) during the stay must seek authorization from the competent institution (even if residence is located in another Member State<sup>42</sup>). The requirement of a prior authorization therefore applies to all types of care, whether hospital or non-hospital. As we will see further on<sup>43</sup>, the prior authorization system has been contested by the Court of Justice for non hospital care on the grounds of Treaty provisions. Nevertheless, the system implemented by coordination regulations remains fully applicable. This means that there are two methods of reimbursement for scheduled care, the way of the Regulation and the way of the Treaty.

If we concentrate on the way of the Regulation, when an insured person has been granted a prior authorisation on the grounds of Article 20 of Regulation 883/2004, it receives the benefits in kind provided, on behalf of the competent institution, by the institution of the place of stay, in accordance with the provisions of the legislation it applies, as though he were insured under the said legislation. Therefore, except the matter of the prior authorisation, the conditions of coverage are the same for occasional and scheduled care.

---

<sup>41</sup> See Chapter 14 of the book.

<sup>42</sup> In this case, the institution of the State of residence verifies if the conditions are met and transfer the request to the competent State which makes the final decision.

<sup>43</sup> See Chapter 14 of the book.

20. Madde, aşağıdaki iki koşul karşılandığında, ön izin verilmesi gerektiğini belirtmektedir:

- Söz konusu tedavi, kişinin ikamet ettiği devletin mevzuatınca sağlanan yardımlar arasında yer aldığı anda;
- Kişinin hali hazırdaki sağlık durumu ve hastalığının muhtemel gelişimi göz önünde bulundurularak, tıbben gerekçelendirilebilen bir zaman sınırı içerisinde böyle bir tedavi göremediğinde.

Pratikte, birçok ön izin talebi, başka devletlere özellikle aşırı derecede yüksek miktarlarda olan hastane faturaları gibi geri ödemeleri yapmak zorunda kalmak istemeyen yetkili devletler tarafından geri çevrilmiştir.

Adalet Divanı, bir ön izin sisteminin ulusal yetkililer tarafından alınan isteğe bağlı kararları meşrulaştıramayacağını önceden belirterek, 20. Maddede belirtilen iki koşulu yorumlamak zorundadır (C-157/99 sayılı *Smits and Peerbooms* Davası).

İlk koşulun anlamı (yardım sepeti) AAD'nin iznin reddedilemeyeceği durumları içtihat hukukunda şu şekilde belirginleştirmiştir: Ulusal mevzuatın sağladığı yardımların listesinin uygulanan tedavi yöntemini net ve belirgin bir şekilde belirtmiyor, fakat yetkili kurum tarafından geri ödemesi yapılan tedavi türlerini tanımlıyorsa nesnel ve ayrımcılık içermeyen kriterlere dayalı yorumlama ilkeleri kullanılarak, tüm ilgili tıbbi unsurlar ve bilimsel veri hesaba katılarak söz konusu tedavi yönteminin listedeki tedavi türlerine karşılık gelip gelmediğine bakılır ve sigortalı kişinin sınırları dahilinde ikamet ettiği devlette aynı etkiye sahip alternatif bir tedavinin zamanında sağlanamaması durumunda AAD'nin bir davada iznin reddedilemeyeceğine karar vermesiyle ilk koşulun (yardım sepeti) anlamı netleştirilmiştir (C-173/09 sayılı *Elchinov* Davası). Bir diğer davada Divan, Avrupa hukukunun, bir başka devlette yer alan bir hastanede verilen tedavinin masraflarının sigortalı kişinin hastalık sigortası fonundan alınacak ön izne tabi olduğu ve böyle bir ön iznin tedavinin "ilgili normal profesyonel döngüler" (ulusal sınırlar dahilinde verilen hastane yardımının belirlenmesinde de uygulanan bir kriter) içinde olmasına bağlı olduğunu varsayan bir devlet mevzuatını engelleyemeyeceğine karar vermiştir. Fakat bu yalnızca tedavinin yeterli düzeyde denendiği ve uluslararası tıp otoriteleri tarafından test edildiği durumlarda iznin reddedilemediği ve tedavinin "normal" olarak kabul edildiği durumlarda uygulanır (C-157/99 sayılı *Smits and Peerbooms* Davası).

İkinci koşulun anlamı (mevcut tedavi) hastalarına hastane hizmeti sunarken bekleme listeleri uygulayan devletler tarafından tartışılmıştır. AAD için hastanelerde uygulanan bekleme listelerine dayanarak izin verilmesinin reddedilmesi için yetkili devletin ilgili kişinin tıbbi ihtiyaçlarının iznin verildiği veya yenilendiği sıradaki özellikler ışığında objektif bir tıbbi değerlendirme temel alınarak belirlenen kabul edilebilir süreyi aşmaması gerekir (C-372/04 sayılı *Watts* Davası).

Concerning the prior authorisation, Article 20 provides that it must be accorded if two conditions are met:

- where the treatment in question is among the benefits provided for by the legislation in the Member State where the person concerned resides;
- where he cannot be given such treatment within a time-limit which is medically justifiable, taking into account his current state of health and the probable course of his illness.

In practice, many requests for prior authorisation are turned down by competent institutions which do not want to have to reimburse bills to other Member States, especially hospital bills of which the amount can be extremely high. The Court of Justice has had to interpret the two conditions set in Article 20, declaring beforehand that a system of prior authorisation cannot legitimise discretionary decisions taken by the national authorities (Case C-157/99, *Smits and Peerbooms*).

The meaning of the first condition (basket of benefits) has been clarified in a case in which the ECJ considered that the authorisation cannot be refused if, where the list of benefits for which the national legislation provides does not expressly and precisely specify the treatment method applied but defines types of treatment reimbursed by the competent institution, it is established, applying the usual principles of interpretation and on the basis of objective and non-discriminatory criteria, taking into consideration all the relevant medical factors and the available scientific data, that the treatment method in question corresponds to types of treatment included in that list, and if no alternative treatment which is equally effective can be given without undue delay in the Member State on whose territory the insured person resides (Case C-173/09, *Elchinov*). In a former case, the Court also ruled that EU law does not preclude legislation of a Member State which makes the assumption of the costs of treatment provided in a hospital located in another Member State subject to prior authorisation from the insured person's sickness insurance fund and the grant of such authorisation subject to the condition that the treatment must be regarded as "normal in the professional circles concerned", a criterion also applied in determining whether hospital treatment provided on national territory is covered. However, that applies only in so far as the requirement that the treatment must be regarded as 'normal' is construed to the effect that authorisation cannot be refused on that ground where it appears that the treatment concerned is sufficiently tried and tested by international medical science (Case C-157/99, *Smits and Peerbooms*).

The meaning of the second condition (available treatment) has been discussed by Member States which apply waiting lists for hospital care to their patients. For the ECJ, in order to be entitled to refuse to grant the authorisation on the ground that there is a waiting time for hospital treatment, the competent institution is required to establish that that time does not exceed the period which is acceptable on the basis of an objective medical assessment of the clinical needs of the person concerned in the light of all of the factors characterising his medical condition at the time when the request for authorisation is made or renewed, as the case may be (Case C-372/04, *Watts*).

Diğer bir deyişle, eğer bekleme listeleri yasaklanmamışsa tıbbi faktörler, idari ve mali meselelerden çok daha önemlidir. Adalet Divanı açısından ön iznin verilip verilmeyeceğine karar verilebilmesi için sağlık durumunun bilinmesi büyük önem taşımaktadır. Hastanın tıbbi durumuna ilişkin belirli durumlar göz önünde tutulmaksızın, yalnızca ilgili hastane tedavisinin ulusal sınırlar içindeki bekleme listesini temel alarak, hastanelerde aşırı yüklenme olacağı korkusuyla ön izin talebinin reddedilmesi AB hukukuna aykırıdır (C-385/99 sayılı *Müller-Fauré* Davası). AB hukuku böyle bir ön izni sigortalı kişinin tıbbi durumunun o tedaviyi gerektirmesi koşuluna bağlayan devlet mevzuatlarını yasaklamaz. Fakat sigortalı kişinin hastalık sigortası fonunun Antlaşmalı olduğu bir kurumda aynı veya eşit etkiye sahip tedavinin gecikme olmaksızın uygulanabilmesi durumunda izin reddedilebilir (C-157/99 sayılı *Smits and Peerbooms* Davası). Sigortalı kişinin fonunun Antlaşmalı olduğu kurumdan gecikme olmaksızın alabileceği tedavinin eşit etkiye sahip olup olmadığının belirlenmesi için ulusal otoritelerin her bir durumdaki koşulları ayrıca incelemesi ve yalnızca hastanın iznin istendiği tarihteki tıbbi durumuna değil (örneğin kişinin mesleki bir faaliyette bulunmasını imkânsız veya çok zor hale getirecek derecede ağrı veya özürülük hali) aynı zamanda kişinin hastalık geçmişine de bakılması gerekir (C-385/99 sayılı *Müller-Fauré* Davası).

883/2004 sayılı Tüzüğün 20. Maddesinde belirtilen iki koşula ilaveten AAD birtakım usul kuralları da uygular: İzinlerin reddinin veya böyle ret kararlarının dayandığı tavsiyelerin, dayandıkları hükümlere açıkça atıfta bulunması gerekir ve yine bu hükümlere uygun olarak makul bir biçimde gerekçelendirilmeleri gerekir. Benzeri şekilde, bu tür retleri ele alan mahkemelerin de, kararın yeniden incelemeyi gerekli görüyorlarsa (ki bu onların görevi) tamamen objektif ve tarafsız olan bağımsız uzmanların tavsiyesini almaları gerekir (C-385/99 sayılı *Müller-Fauré* Davası).

Son olarak; ön izinlerin verilmesine ilişkin hızlandırılmış bir muamele mevcuttur. Eğer yetkili devlette ikamet etmeyen sigortalı bir kişinin “acil hayati gereklilik taşıyan tedaviye” ihtiyacı varsa ve izin ikamet edilen Devletin mevzuatına göre reddedilemiyorsa bu iznin yetkili kurum adına ikamet edilen devletteki kurum tarafından verilmesi gerekir (yetkili kurum ikamet edilen kurum tarafından anında bilgilendirilir). Yetkili kurum, acil ve hayati önem taşıyan tedaviye ihtiyaç duyulması nedeniyle izni veren ikamet edilen kurum tarafından da onaylanan doktor bulgularını ve tedavi seçeneklerini kabul etmek durumundadır. 987/2009 sayılı Tüzüğün 26(A)(3) Maddesi tarafından sağlanan bu prosedür Adalet Divanının bir kararından esinlenerek oluşturulmuştur (C-145/03 sayılı *Keller* Davası).

In other words, if waiting lists are not, as such, prohibited, medical considerations are more important than administrative or financial matters. For the Court of Justice indeed, the state of health is crucial in order to determine whether a prior authorisation must be granted or not. A refusal to grant prior authorisation which is based not on fear of wastage resulting from hospital overcapacity but solely on the ground that there are waiting lists on national territory for the hospital treatment concerned, without account being taken of the specific circumstances attaching to the patient's medical condition, is contradictory to EU law (Case C-385/99, *Müller-Fauré*). EU law does not preclude either legislation of a Member State which makes the grant of such prior authorisation subject to the condition that the insured person's medical treatment must require that treatment. However, that applies only in so far as authorisation can be refused on the ground of lack of medical necessity only if the same or equally effective treatment can be obtained without undue delay at an establishment having a contractual arrangement with the insured person's sickness insurance fund (Case C-157/99, *Smits and Peerbooms*). In order to determine which treatment, which is equally effective for the patient, can be obtained without undue delay in an establishment having an agreement with the insured person's fund, the national authorities are required to have regard to all the circumstances of each specific case and to take due account not only of the patient's medical condition at the time when authorisation is sought and, where appropriate, of the degree of pain or the nature of the patient's disability which might, for example, make it impossible or extremely difficult for him to carry out a professional activity, but also of his medical history (Case C-385/99, *Müller-Fauré*).

On top of the two conditions laid down by Article 20 of Regulation 883/2004, the ECJ applies some procedural rules: refusals to grant authorisation, or the advice on which such refusals may be based, must refer to the specific provisions on which they are based and be properly reasoned in accordance with them. Likewise, courts or tribunals hearing actions against such refusals must be able, if they consider it necessary for the purpose of carrying out the review which it is incumbent on them to make, to seek the advice of wholly objective and impartial independent experts (Case C-385/99, *Müller-Fauré*).

Finally, a fast track procedure exists for the deliverance of the prior authorisation. If an insured person who does not reside in the competent Member State is in need of "urgent vitally necessary treatment", and the authorisation cannot be refused according to the legislation of the State of residence, the authorisation must be granted by the institution of the place of residence on behalf of the competent institution, which shall be immediately informed by the institution of the place of residence. The competent institution must accept the findings and the treatment options of the doctors approved by the institution of the place of residence that issues the authorisation, concerning the need for urgent vitally necessary treatment. This procedure, provided by Article 26(A)(3) of Regulation 987/2009, is inspired by a ruling of the Court of Justice (Case C-145/03, *Keller*).

## 2. Yolculuk ve kalış masrafları

987/2009 sayılı Tüzüğün 26(C)(8) Maddesi eski tüzüklerde mevcut olmayan, planlı tedavinin bir parçası olan yolculuk ve kalış masraflarına ilişkin bir hüküm içermektedir. Yetkili kurumun ulusal mevzuatının sigortalı kişinin tedavisinin ayrılmaz bir parçası olan yolculuk ve kalış masraflarının geri ödenmesini sağlaması durumunda, ilgili kişi ve gerekliyse bu kişiye eşlik eden bir kişinin bu türden masrafları, başka bir devlette tedavi durumunda izin verildiği halde bu kurum tarafından karşılanır.

Bu hüküm ön izin verilen sigortalı kişilerin her zaman yetkili Devletten yolculuk ve kalış masraflarının iadesini alma hakkına sahip olduğu anlamına gelir: Bu durum yalnızca bu türden bir hakkın ikinci Devlet tarafından sağlanması halinde görülür. Örneğin yetkili devletin yolculuk masraflarının iadesinde bir tavan belirlemesi veya sigortalı kişinin ikamet ettiği yer ile tedavi görülen yer arasındaki azami mesafe ile ilgili kuralların uygulanması durumunda, bu koşulun Antlaşma kapsamında yorumlanması sorunlu olabilir.

987/2009 sayılı Tüzüğün 26(C)(8) Maddesi, sigortalı bir kişinin hastanede tedavi görmek amacıyla başka bir devlete gitmesi için yetkili kurum tarafından izin verilmesini öngören Adalet Divanı içtihat hukukunun uyarlanmış halidir. İchtihat hukuku böyle bir kişiye, kendisinin ve kendisine eşlik eden kişinin ikinci devletin sınırları dahilinde doğan yolculuk, konaklama ve geçim masraflarının yetkili kurum tarafından iadesi hakkını vermez. Fakat sigortalı kişinin hastane içindeki kendi barınma ve yemek masraflarıyla ilgili istisna söz konusudur (C-466/04 sayılı *Acereda Herrera* Davası). Başka bir davada Divan “katı bir biçimde tanımlanan tıbbi hizmetlere ve içinden çıkılmaz bir biçimde bağlantılı olan hastanede kalış masraflarına” atıfta bulunmuştur (C-385/99 sayılı *Müller-Fauré* Davası).

## E. Emekliler

Koordinasyon tüzükleri emekliler için belirli kurallar içerir. Emeklilerin çok fazla bakıma ihtiyacı olabileceği için devletler arasında masraf yükü oldukça hassas bir konudur. Ayrıca harcamalar için birden fazla devlet sorumlu tutulabileceğinden bu aynı zamanda oldukça karmaşık bir konudur. (Örneğin, faaliyeti/faaliyetlerini gerçekleştirdikleri devlet(ler) ve/veya emeklilikten sonra ikamet ettikleri devlet.) Buna karşılık tüzükler, uygulanabilir mevzuat ve uygulanan mevzuat arasındaki ayrımı belirler.

### 1. Aylık hakkına sahip olan kişiler

Bir aylığa başvurması sırasında veya soruşturma sırasında yetkili son devletin mevzuatı altında aynı yardımlar almaya hak kazanamayan bir sigortalı, aylığa hak kazanılması halinde yetkili hale gelecek olan devletin mevzuatının içerdiği sigorta koşullarını karşılaması durumunda ikamet ettiği devletin mevzuatı altında aynı yardımlar alma hakkını korur.



## 2. *Travel and stay costs*

Article 26 (C)(8) of Regulation 987/2009 includes a provision about the costs of travel and stay as part of scheduled treatment which did not exist in the old regulations. It provides that where the national legislation of the competent institution provides for the reimbursement of the costs of travel and stay which are inseparable from the treatment of the insured person, such costs for the person concerned and, if necessary, for a person who must accompany him/her, shall be assumed by this institution when an authorisation is granted in the case of treatment in another Member State.

This provision does mean that insured persons who have been granted a prior authorisation are always entitled to the reimbursement of stay and travel costs by the competent State: this will be the case only if such a right is provided by the latter State. The interpretation of this condition may be problematic under the Treaty provision, for instance when the competent State will set a reimbursement ceiling for travel costs or when rules concerning the maximum distance between the residence of the insured person and the place of treatment will apply.

Article 26 (C)(8) of Regulation 987/2009 is an adaptation of the caselaw of the Court of Justice which ruled that that authorisation by the competent institution for an insured person to go to another Member State in order there to receive hospital treatment does not confer on such a person the right to be reimbursed by the competent institution for the costs of travel, accommodation and subsistence which that person and any person accompanying him incurred in the territory of that latter Member State, with the exception of the costs of accommodation and meals in hospital for the insured person himself (Case C-466/04, *Acereda Herrera*). In another case, the Court referred to "the cost of medical services strictly defined and the inextricably linked costs relating to his stay in the hospital" (Case C-385/99, *Müller-Fauré*).

## E. Pensioners

The coordination regulations provide specific rules for pensioners. Indeed, the burden of costs between Member States is a very sensitive question since pensioners may require a lot of care. It is also a very complex matter since several States could be held responsible for the expense: the State(s) where they have exercised their activity(ies) and/or the State where they set their residence after their retirement. In their responses, the regulations make the distinction between applicable and applied legislation.

### 1. *Pension claimants*

An insured person who, on making a claim for a pension, or during the investigation, ceases to be entitled to benefits in kind under the legislation of the Member State last competent, remains entitled to benefits in kind under the legislation of the Member State in which he resides, provided that the pension claimant satisfies the insurance conditions of the legislation of the Member State which, in the event of a pension being awarded, would become competent.

İkamet edilen devlette ayni yardım alma hakkı aynı zamanda aile fertleri için de geçerlidir.

Fakat ayni yardımlar, aylığın bağlanması durumunda yetkili hale gelen devletin kurumu ayni yardımların masraflarına tabidir.

## 2. Emekliler ve aile fertleri

Tek uygulanabilir mevzuat ilkesi emeklilere de uyarlanır. Bir emekli iki veya daha fazla ülkede aylık hakkı kazanmış olabilir ama yalnızca bir devlet ayni yardımların nihai masraflarını karşılar. Fakat emekliler için çekici olan bazı devletlerin (İspanya gibi) aşırı yük altında kalmaması için bir takım özel kurallar oluşturulmuştur. Bu açıdan 883/2004 sayılı Tüzüğün 23. Maddesinden 25. Maddesine kadar ikamet edilen Devletteki emeklinin durumuna bağlı üç olasılık vardır.

a) İkamet edilen devletin mevzuatı altında ayni yardım hakkı: Biri ikamet edilen devlet olan iki ya da daha fazla devletin mevzuatı altında emeklilik aylığı veya aylıkları alan ve bu devletin mevzuatı altında ayni yardım hakkı bulunan bir kişi aile fertleriyle birlikte aylığı yalnızca o devletin mevzuatı altında ödenebilir durumda olan bir emekliymişçesine ikamet ettiği yerin kurumundan ayni yardım alır; masraflar da bu kurum tarafından karşılanır.

Örneğin, İtalya, İsveç ve Polonya olmak üzere üç ayrı ülkeden aylık alan bir kişi İsveç'ten de ayni yardım alır ve bu yardımları İsveç'teki kurum karşılar.

b) İkamet edilen devletin mevzuatı altında ayni yardım hakkına sahip olmama: Biri ikamet edilen devlet olan iki ya da daha fazla devletin mevzuatı altında emeklilik aylığı veya aylıkları alan ve bu devletin mevzuatı altında ayni yardım hakkı bulunmayan bir kişinin bu duruma rağmen kendisi ve ailesi için bu türden yardımları elde etmesi gerekir. Devletin mevzuatına göre veya aylık ödenmesinden sorumlu devletlerden en az birinin mevzuatı altında, o devlette ikamet etmesi halinde yardım alabilmesi gerekir.

Ayni yardımlardan doğan masraflar aşağıdaki kurallara göre karşılanır: Emeklilik aylığı alan kişinin tek bir devletin mevzuatı altında ayni yardım almaya hak kazanması halinde masraflar o devletin yetkili kurumu tarafından karşılanır; aynı kişinin iki veya daha fazla devletin mevzuatı altında ayni yardım almaya hak kazanması halinde ise ortaya çıkan masraflar kişinin en uzun süreyle mevzuatına tabi olduğu devletin yetkili kurumu tarafından karşılanır (Bu kuralın uygulanmasının sonucu olarak yardımlardan doğan masrafların karşılanmasından birden fazla devlet sorumlu duruma düşerse, aylık alan kişinin tabi olduğu son mevzuatı uygulayan kurum masrafları öder).

The right to benefits in kind in the Member State of residence also applies to the members of the family.

However, the benefits in kind are chargeable to the institution of the Member State which, in the event of a pension being awarded, would become competent.

## *2. Pensioners and members of their families*

The principle of single applicable legislation is transposable to pensioners. Indeed, despite the fact that a pensioner may be entitled to pensions in two or even more Member States, only one Member State will bear the final costs of the benefits in kind. However, in order to avoid that a few Member States, which pensioners are attracted by (Spain for instance), bear a too heavy burden, some specific rules have been drafted. In this respect, there are three possibilities according to Articles 23 to 25 of Regulation 883/2004 depending on the status of the pensioner in the State of residence.

a) Right to benefits in kind under the legislation of the Member State of residence: a person who receives a pension or pensions under the legislation of two or more Member States, of which one is the Member State of residence, and who is entitled to benefits in kind under the legislation of that Member State, must, with the members of his family, receive such benefits in kind from and at the expense of the institution of the place of residence, as though he were a pensioner whose pension was payable solely under the legislation of that Member State.

For instance, a pensioner who receives three pensions from Italy, Sweden and Poland and who resides in Sweden, receives Swedish benefits in kind at the expense of the Swedish institution.

b) No right to benefits in kind under the legislation of the Member State of residence: a person who receives a pension or pensions under the legislation of one or more Member States and who is not entitled to benefits in kind under the legislation of the Member State of residence must nevertheless receive such benefits for himself and the members of his family, insofar as he would be entitled thereto under the legislation of the Member State or of at least one of the Member States competent in respect of his pensions, if he resided in that Member State.

The cost of the benefits in kind are borne in accordance with the following rules: where the pensioner is entitled to benefits in kind under the legislation of a single Member State, the costs are borne by the competent institution of that Member State; where the pensioner is entitled to benefits in kind under the legislation of two or more Member States, the costs thereof are borne by the competent institution of the Member State to whose legislation the person has been subject for the longest period of time (should the application of this rule result in several institutions being responsible for the cost of benefits, the costs are borne by the institution applying the legislation to which the pensioner was last subject).

Örneğin Yunanistan'da ikamet eden ve buradaki aynı yardımlardan yararlanamayan ve Danimarka'dan aylık alan bir emekli (eğer Danimarka'da yaşıyor olsaydı oradan aynı yardım alabilirdi) bu yardımları Yunanistan'dan alır, fakat nihai masraflar Danimarka tarafından karşılanır. Eğer hem Danimarka'dan hem de İsveç'ten aylık alıyor olsaydı (ikamet etmesi halinde buradan da aynı yardım alma hakkı olurdu) masrafların Danimarka mı yoksa İsveç tarafından mı karşılanacağına belirlenmesi için kişinin hangi devletin mevzuatına daha uzun süreyle tabi olduğu belirlenirdi. Her halükarda yardımlar ikamet edilen devlet olan Yunanistan tarafından temin edilir (Yunanistan'ın mevzuatına uygun biçimde).

c) İkamet edilen devlet dışında bir veya daha fazla devletin mevzuatı altında aylık alınması ve ikamet edilen devlette aynı yardım hakkı bulunması: Bir veya daha fazla devletin mevzuatı altında aylık alan ve o mevzuat kapsamında sigortalılığa veya çalışma durumuna bağlı olmaksızın aynı yardımlar aldığı devlette ikamet eden ve o devletten emeklilik aylığı almayan bir kişi söz konusuysa bu kişiye ve aile fertlerine verilen aynı yardımların masrafları yukarıda yer alan b) kriteri kapsamında, kişilerin o devlette ikamet etmeleri halinde hak kazanacakları yardımlar ölçüsünde, aylık ödenmesinde yetkili olan devletlerden biri tarafından karşılanır.

Bahsi geçen üçüncü durum Birlik vatandaşı olan pek çok emeklinin ikamet etmek istedikleri İspanya veya Fransa gibi devletler için büyük önem taşımaktadır. Bu tür devletlerde aynı yardım alma hakkı tamamen ikamete bağlıdır. Dolayısıyla eğer bu Antlaşmazlık kuralı tüzüğe dahil edilmemişse emekli göçmen, bu devletlerden kendisine aylık verilmemesi halinde bile aynı yardımlar alabilecektir. Örneğin, yalnızca Hollanda'dan aylık alan ve hiç çalışmadığı İspanya'da ikamet eden bir Hollanda vatandaşı İspanya'dan aynı yardım alır ama bu yardımın masrafı Hollanda tarafından karşılanır (çünkü Hollanda'da ikamet ediyor olsaydı orada nakdi yardım alıyor olacaktı).

### 3. Emekliler ve aile bireyleri için belirlenmiş diğer kurallar

883/2004 sayılı Tüzük bazı durumlar için ek kurallar içermektedir.

a) Emekli kişiyle aynı devlette ikamet etmeyen ve bir veya daha fazla devletin mevzuatı altında bir veya birden fazla aylık alan bir kişinin aile fertleri, emekli kişinin bir devletin mevzuatı altında aynı yardım hakkına sahip olması halinde, ikamet ettikleri yerden, ikamet ettikleri yerin mevzuatına uygun olarak aynı yardım alabilirler. Ortaya çıkan bu masraflar, emekli kişinin ikamet ettiği devlette verilen aynı yardımların masraflarından sorumlu olan yetkili kurum tarafından karşılanır (Madde 26).

For instance, a pensioner who resides in Greece where he is not entitled to benefits in kind and who is granted a pension from Denmark (where he would receive benefits in kind if he resided there), will receive the benefits in Greece but at the final expense of Denmark. If he were granted a pension in Denmark and in Sweden (where he would also be entitled to benefits in kind if he resided there), we would have to determine in which of either State he has been subject for the longest time in order to set if Denmark or Sweden has to bear the expense. In any case, the benefits would be provided by Greece (according to the Greek legislation), which is the State of residence.

c) Pensions under the legislation of one or more Member States other than the Member State of residence, where there is a right to benefits in kind in the latter Member State: where the person receiving a pension or pensions under the legislation of one or more Member States resides in a Member State under whose legislation the right to receive benefits in kind is not subject to conditions of insurance, or of activity as an employed or self-employed person, and no pension is received from that Member State, the cost of benefits in kind provided to him and to members of his family are borne by the institution of one of the Member States competent in respect of his pensions determined in accordance with the criteria set above in b), to the extent that the pensioner and the members of his family would be entitled to such benefits if they resided in that Member State.

This third situation is crucial for States like Spain or France, where many Union pensioners decide to set their residence. Indeed, in such States, entitlement to benefits in kind is solely based on the residence. Therefore, if this rule of conflict had not been inserted in the regulation, the migrant pensioners would receive benefits in kind from these States and at their expense, even if pensioners were not granted any pensions there. For instance, a Dutch citizen who is entitled to a pension only in Holland and who sets his residence in Spain where he never worked, will receive benefits in kind in Spain but at the expense of the Netherlands (since if he were residing in the Netherlands, he would receive cash benefits there).

### *3. Other specific rules for pensioners and members of family*

Regulation 883/2004 provides extra rules for some specific situations.

a) Members of the family of a person receiving a pension or pensions under the legislation of one or more Member States who reside in a Member State other than the one in which the pensioner resides is entitled to receive benefits in kind from the institution of the place of their residence in accordance with the provisions of the legislation it applies, insofar as the pensioner is entitled to benefits in kind under the legislation of a Member State. The costs are borne by the competent institution responsible for the costs of the benefits in kind provided to the pensioner in his Member State of residence (Article 26).

b) Diğer tüm sigortalı kişiler gibi bir emekli de önceden planlanmamış (Avrupa Sağlık Sigortası Kartı ile<sup>44</sup>) veya planlanmış tedavi için ikamet ettiği devletin haricinde bir devlette geçici kalışı sırasında aynı yardım alma hakkına sahiptir<sup>45</sup>. Yardımlar kalınan devletin mevzuatına uygun olarak sağlanır ve masrafları da yetkili devlet tarafından karşılanır.

Emekli aynı zamanda planlanmamış veya planlanmış sağlık hizmeti için yetkili devlete de dönebilir (kendisine verilen aynı yardımların karşılanmasından sorumlu olan yetkili kurumun bulunduğu yer). Bu durum da özel birtakım kurallara tabidir. Örneğin Hollanda'dan emeklilik aylığı alan ve ikameti de aynı yardımlar aldığı (giderler Hollanda tarafından karşılanır) İspanya'da bulunan bir emekli ön izin almaksızın sağlık hizmeti almak üzere Hollanda'ya dönebilir<sup>46</sup>. Fakat yalnızca Ek IV'te sayılmış olan 15 devlet bu seçenek konusunda hemfikir olmuştur. Bu durumda giderleri hangi devlet karşılamalıdır? Prensipde bu giderleri karşılayacak olan emeklilik aylığını veren devlet olmalıdır. Ama eğer bu kişiler sabit miktarlara dayalı geri ödeme sistemini uygulamayı seçmiş bir devlette yaşıyorlarsa, kişiye veya aile fertlerine verilen yardımların giderleri ikamet ettikleri yerin kurumu tarafından karşılanacaktır (Bkz. Bölüm 4). Dolayısıyla, yukarıdaki örnekte İspanya sabit miktarlara dayalı geri ödeme sistemini seçtiği için, Hollanda'dan aylık alan bir emeklinin Hollanda'da gördüğü sağlık hizmetinden kaynaklanan nihai masrafı İspanya karşılayacaktır.

c) Madde 28 emekli sınır işçileri için iki özel kural içermektedir.

Öncelikle emekli olan bir sınır işçisi hastalık halinde hizmet akdine bağlı olarak veya kendi hesabına çalıştığı sırada son faaliyetini yerine getirdiği devletten, tedavinin aynı devlette başlanan tedavinin devamı olması koşuluyla, aynı yardım almayı sürdürebilir. "Tedavinin devamı" ifadesi bir hastalığın sürdürülen incelemesi, teşhisi ve tedavisi anlamına gelir. Bu yeni seçeneğin kabul edilmesi gerekliydi çünkü çalıştığı devlette bir hastanede ciddi bir hastalık için tedavi gören bir kişiden sırf emekli olduğu ve dolayısıyla yetkili mevzuat ikamet ettiği devletin mevzuatı olarak değiştiği gerekçesiyle ayrılmasını istemek kabul edilemezdi. Bu, 1408/71 sayılı Tüzüğün kapsamında uygulanabilirliği olan çözümdü.

İkinci olarak, eğer emekli kişinin ikamet ettiği devlette kişiye aynı yardım temin edilmesinden sorumlu olan yetkili kurumun yer aldığı devlet bunu kabul etmişse ve her iki devlet de Ek V'de yer alıyorsa, yaşlılık veya malullük aylığı bağlanmadan önceki beş yıl içinde en az iki yıl boyunca hizmet akdi ile veya kendi hesabına sınır işçisi olarak çalışmış olan bir emeklinin sınır işçisi olarak faaliyette bulunduğu devlette aynı yardım alma hakkına sahiptir. Bu seçenek planlanmamış ve planlanmış hizmetler için geçerlidir. İkinci durumda ön izin almaya gerek yoktur.

<sup>44</sup> Avrupa Sağlık Sigortası 1408/71 sayılı Tüzüğe göre eskiden ikamet edilen devlet tarafından verilirken bugün yetkili devlet tarafından verilmektedir.

<sup>45</sup> Ön izin artık ikamet edilen devlet değil, yetkili devlet tarafından verilmektedir.

<sup>46</sup> Adalet Divanı içtihat hukukuna göreyse ön izin diğer tüm sigortalılarda olduğu gibi planlanmış sağlık hizmeti için gerekliydi: C-156/01 sayılı Dava, *Van der Duin* [2003]. Pratikte pek çok ön izin talebi reddedilmiştir.

b) Like any other insured person, a pensioner is entitled to benefits in kind during a temporary stay in a State other than the State of residence, whether for occasional (with the EHIC<sup>44</sup>) or scheduled care<sup>45</sup>. Benefits are provided according to the legislation of the State of stay at the expense of the competent State.

The pensioner may also return to the competent State (where the competent institution responsible for the cost of the benefits in kind provided to him is situated), whether for occasional or scheduled care. This situation is subject to specific rules. For instance, a pensioner who is granted a Dutch pension, who sets his residence in Spain where he receives benefits in kind (at the expense of Holland), can now return to Holland in order to receive care without having to require any prior authorisation<sup>46</sup>. However, only 15 Member States, listed in Annex IV, have agreed to this option. Which State bears the final cost? In principle, this is the State granting the pension. However, the cost of the benefits in kind are borne by the institution of the place of residence of the pensioner or of the members of his family, if these persons reside in a Member State which has opted for reimbursement on the basis of fixed amounts (see IV below). Hence, in the example above, since Spain has opted for reimbursement on the basis of fixed amounts, Spain will have to bear the final cost of care provided in Holland to a pensioner who receives a Dutch pension.

c) Article 28 provides two special rules for retired frontier workers.

Firstly, a frontier worker who retires is entitled in case of sickness to continue to receive benefits in kind in the Member State where he last pursued his activity as an employed or self-employed person, insofar as this is a continuation of treatment which began in that Member State. The term "continuation of treatment" means the continued investigation, diagnosis and treatment of an illness. This new option must be approved since it was not acceptable that a person, who was treated for a serious disease in a hospital of a State where he worked, be suddenly required to leave that hospital for the sole reason that he retired with the consequence that the State of residence became the competent legislation. This was the solution applicable under Regulation 1408/71.

Secondly, a pensioner who, in the five years preceding the effective date of an old-age or invalidity pension, has been pursuing an activity as an employed or self-employed person for at least two years as a frontier worker is entitled to benefits in kind in the Member State in which he pursued such an activity as a frontier worker, if this Member State and the Member State in which the competent institution responsible for the costs of the benefits in kind provided to the pensioner in his Member State of residence is situated have opted for this and are both listed in Annex V. This option applies to occasional and scheduled care. In the latter case, no prior authorisation is required.

---

<sup>44</sup> The EHIC is now issued by the competent State, whereas under Regulation 1408/71, it was issued by the State of residence.

<sup>45</sup> The prior authorisation is now granted by the competent State and not by the State of residence.

<sup>46</sup> Whereas in the caselaw of the Court of Justice, a prior authorisation was required for scheduled care, like for any other insured persons: Case C-156/01, *Van der Duin* [2003]. In practice, most requests of prior authorisation were refused.

Örneğin Fransa'da ikamet eden, ayrıca Fransa'da ve daha sonra da Lüksemburg'da sınır işçisi olarak çalışmış olan bir sınır işçisi Lüksemburg'da tedavi görebilir ve buradan aynı yardımlar alabilir, nihai masraflar ise Fransa tarafından karşılanır. Ek V'te yalnızca birkaç devlet listelenmiştir.

#### 4. *Primler*

883/2004 sayılı Tüzüğün 30. Maddesine göre, uyguladığı mevzuat uyarınca hastalık, analık ve eşdeğer babalık yardımlarında prim kesintisi yapmaktan sorumlu olan bir devlet kurumu bu türden kesintilerin telafisini talep edebilir. Adı geçen devletin kurumu tarafından karşılanan yardım masrafları ölçüsünde uyguladığı mevzuata göre hesaplanır.

Bu da aylıklar başka devletlerde verilse bile, eğer aynı yardımlar o devlet tarafından karşılanıyorsa, o devletin emekli kişiye verilen tüm aylıklardan prim kesme hakkına sahip olduğu anlamına gelir. Fakat eğer bir kişi birden fazla devletten aylık alıyorsa tüm aylıklardan kesilen primlerin oranı hiçbir koşul altında yetkili devletten aynı oranda aylık alan kişiden kesilen miktardan yüksek olamaz.



For instance, a frontier worker who resides in France and worked in France and then in Luxembourg as a frontier worker, will be able to be treated and to receive benefits in kind in Luxembourg, the final costs being borne by France. Only few Member States are listed in Annex V.

#### *4. Contributions*

According to Article 30 of Regulation 883/2004, the institution of a Member State which is responsible under the legislation it applies for making deductions in respect of contributions for sickness, maternity and equivalent paternity benefits, may request and recover such deductions, calculated in accordance with the legislation it applies, only to the extent that the cost of the benefits is to be borne by an institution of the said Member State.

It means that a Member State is now entitled to collect contributions on all the pensions granted to the pensioner, even if they are granted in other Member States, if the expense of benefits in kind is borne by this State. However, if a person receives a pension from more than one Member State, the amount of contributions deducted from all the pensions paid must under no circumstances be greater than the amount deducted in respect of a person who receives the same amount of pension from the competent Member State.

#### IV. Kurumlar arası geri ödeme

Bir üye devletin kurumu tarafından başka bir üye devlet adına verilen aynı yardımlar tam geri ödemeyi gerektirir. Geri ödemeler gerçek harcamalara ilişkin sunulan kanıtlara veya yasal veya idari yapıları gerçek harcamaya dayalı geri ödemeye uygun olmayan üye devletler için oluşturulan sabit miktarlara dayalı olarak belirlenir ve uygulanır<sup>47</sup>. Yeni tüzüğün hedeflerinden biri de gerçek harcamaya ilişkin kanıt sunulmasına dayalı geri ödemenin uygulanışını teşvik etmektir. 987/2009 sayılı Tüzüğün 62-69 arası Maddeleri üye devletlerarası geri ödemenin ve mali alışverişlerin mali kurallarını belirler.

##### A. Geri ödeme yöntemleri

Ödemeleri yapan kurumun hesaplarında da gösterildiği gibi gerçek harcamalara ve aynı yardımlar için harcanan gerçek miktara dayanarak yapılan geri ödeme yetkili devlet tarafından o kuruma yapılır. Eğer gerçek yardım harcamalarının tamamı ya da bir kısmı bu yardımları veren kurumun hesaplarında gösterilmiyorsa geri ödenecek miktar eldeki veriden elde edilen tüm uygun referanslar dikkate alınarak hesaplanan götürü bedel temel alınarak belirlenir. Oldukça önemli bir kural daha belirtilmiştir: Yardımı veren kurum tarafından uygulanan mevzuata tabi olan sigortalı kişilere verilen aynı yardımlara uygulanan daha yüksek oranlar geri ödemede hesaba katılmayabilir.

Sabit miktara dayalı geri ödeme yasal ve idari yapıları gerçek harcamaya dayalı geri ödemeye uygun olmayan devletlerle alakalıdır. Bu devletler İrlanda, İspanya, İtalya, Malta, Hollanda, Portekiz, Finlandiya, İsveç ve İngiltere'dir. Sigortalı kişiyle aynı üye devlette ikamet etmeyen aile fertlerine, emeklilere ve bunların da aile fertlerine verilen aynı yardım miktarı yetkili kurum tarafından her bir takvim yılı için belirlenmiş olan sabit miktara dayanarak bu yardımı veren kurumlara geri ödenir. Bu sabit miktar gerçek harcamaya mümkün olduğunca yakındır. Her alacaklı üye devlet için bir takvim yılında kişi başına düşen aylık sabit miktar ( $F_i$ ) kişi başına düşen yıllık ortalama harcama ( $Y_i$ ) yaş grubuna göre ayrılarak ( $i$ ) 12'ye bölünerek ve bu formül ile sonuca bir çıkartma ( $X$ ) uygulanarak belirlenir:  $F_i = Y_i * 1/12 * (1-X)$ . Belirli bir yıl için her bir yaş gurubundaki kişi başına düşen yıllık ortalama harcama söz konusu yılı takip eden en geç ikinci yılın sonunda Denetim Kuruluna bildirilir.

---

<sup>47</sup> İki veya daha fazla üye devlet ve onların yetkili otoriteleri yetki sınırlarına dahil olan kurumlar arasındaki tüm geri ödemeler için başka geri ödeme veya borç silme yöntemleri sunabilirler.

#### IV. Reimbursement between institutions

The benefits in kind provided by the institution of a Member State on behalf of the institution of another Member State give rise to full reimbursement. The reimbursement is determined and effected either on production of proof of actual expenditure, or on the basis of fixed amounts for Member States, the legal or administrative structures of which are such that the use of reimbursement on the basis of actual expenditure is not appropriate<sup>47</sup>. One of the objectives of the new regulation is to encourage the application of the reimbursement on production of proof of actual expenditure. Article 62 to 69 of Regulation 987/2009 sets the financial rules of reimbursement and the financial exchanges between Member States.

##### A. Methods of reimbursement

Concerning reimbursement on the basis of actual expenditure, the actual amount of the expenses for benefits in kind, as shown in the accounts of the institution that provided them, must be reimbursed to that institution by the competent State. If any or part of the actual amount of the expenses for benefits is not shown in the accounts of the institution that provided them, the amount to be refunded is determined on the basis of a lump-sum payment calculated from all the appropriate references obtained from the data available. A very important rule is also set: higher rates than those applicable to the benefits in kind provided to insured persons subject to the legislation applied by the institution providing the benefits may not be taken into account in the reimbursement.

Reimbursement on the basis of fixed amounts concerns States whose legal or administrative structures are such that the use of reimbursement on the basis of actual expenditure is not appropriate. Ireland, Spain, Italy, Malta, Holland, Portugal, Finland, Sweden and the UK are concerned. The amount of benefits in kind supplied to family members who do not reside in the same Member State as the insured person and to pensioners and members of their family are reimbursed by the competent institutions to the institutions providing those benefits, on the basis of a fixed amount established for each calendar year. This fixed amount is as close as possible to actual expenditure. For each creditor Member State, the monthly fixed amount per person ( $F_i$ ) for a calendar year is determined by dividing the annual average cost per person ( $Y_i$ ), broken down by age group ( $i$ ), by 12 and by applying a reduction ( $X$ ) to the result in accordance with the following formula:  $F_i = Y_i \cdot 1/12 \cdot (1 - X)$ . The annual average cost per person in each age group for a specific year is notified to the Audit Board at the latest by the end of the second year following the year in question.

---

<sup>47</sup> Two or more Member States, and their competent authorities, may provide for other methods of reimbursement or waive all reimbursement between the institutions coming under their jurisdiction.

## B. Hak prosedürleri

Gerçek harcamaya dayalı hak talepleri yarım takvim yılının bitiminden sonra 12 ay içerisinde borçlu üye devletin irtibat kurumuna bildirilir. Bu süre içerisinde bu hak talepleri alacaklı kurumun hesaplarına kaydedilir. Bir takvim yılı için sabit miktar talepleri, yılın ilgili ortalama harcamalarının *Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde* yayınlandığı ayı takip eden 12 aylık süre içerisinde borçlu üye devletin irtibat kurumuna sunulur. Teslim tarihinden sonra sunulan hak talepleri gözden geçirilir.

İlgili üye devletler arasındaki geri ödemeler mümkün olduğunca hızlı bir biçimde yapılır. Her ilgili kurumun uygun duruma eriştiği anda, sona eriş tarihinden önce geri ödeme hakkını talep etme yükümlülüğü vardır. Belirli bir hak talebine ilişkin bir Antlaşmazlık bir başka talebin veya diğer taleplerin geri ödenmesini engelleyemez.

Üye devletlerin arasındaki geri ödemeler irtibat kurumları tarafından gerçekleştirilir. Bu hak talepleri borçlu üye devletin irtibat kurumuna bildirildikleri ayın sonundan itibaren 18 ay içinde borçlu kurum tarafından alacaklı üye devletin irtibat kurumuna ödenir. Bir hak talebiyle ilgili olarak ortaya çıkan Antlaşmazlıklar talepte bulunulan aydan sonra en geç 36 ay içerisinde çözümlenmelidir. 18 aylık sürenin bitişinden itibaren eğer borçlu kurum talebin iletildiği aydan sonra 6 ay içerisinde toplam talebin en az %90'ı oranında bir peşinat ödemediyse alacaklı kurum tarafından faiz uygulanabilir. Faiz, Avrupa Merkez Bankası tarafından yeniden finansmana ilişkin ana işlemlerinde kullanılan referans oranına dayalı olarak hesaplanır.

## B. Procedures of claims

Claims based on actual expenditure must be introduced to the liaison body of the debtor Member State within 12 months of the end of the calendar half-year during which those claims were recorded in the accounts of the creditor institution. Claims of fixed amounts for a calendar year must be introduced to the liaison body of the debtor Member State within the 12-month period following the month during which the average costs for the year concerned were published in the *Official Journal of the European Union*. Claims introduced after the deadlines are considered.

The reimbursements between the Member States concerned are made as promptly as possible. Every institution concerned is obliged to reimburse claims before the deadlines, as soon as it is in a position to do so. A dispute concerning a particular claim shall not hinder the reimbursement of another claim or other claims.

The reimbursements between the institutions of the Member States are made via the liaison body. The claims must be paid to the liaison body of the creditor Member State by the debtor institution within 18 months of the end of the month during which they were introduced to the liaison body of the debtor Member State. Any disputes concerning a claim must be settled, at the latest, within 36 months following the month in which the claim was introduced. From the end of the 18-month period, interest can be charged by the creditor institution on outstanding claims, unless the debtor institution has made, within six months of the end of the month during which the claim was introduced, a down payment of at least 90 per cent of the total claim introduced. The interest is calculated on the basis of the reference rate applied by the European Central Bank to its main refinancing operations.

## Bölüm 9.

### Aylıklar: Yaşlılık, Dul ve Yetim, Malullük, Ölüm ve Ön Emeklilik

Bu Bölüm beş kısma ayrılmıştır: Kısım I yaşlılık aylıklarını, Kısım II dul ve yetim yardımlarını, Kısım III malullük yardımlarını, Kısım IV ölüm yardımlarını ve Kısım V de ön emeklilik aylıklarını ele almaktadır.

#### I. Yaşlılık Aylıkları

Yaşlılık aylıklarının ele alındığı Kısım I'nin A. Alt Başlığı dolaşım halindeki işçiler tarafından sıklıkla karşılaşılan sorunları ve koordinasyon tarafından sunulan çözümleri ele almaktadır. B. Alt Başlığı sigorta sürelerinin birleştirilmesi ilkesini; C. Alt Başlığı aylıkların hesaplanmasını; D. Alt Başlığı yardımların çakışmasına ve yardımların kesişmesinin engellenmesine ilişkin kuralları ve hükümleri; E. Alt Başlığı ise yardımların geçici olarak ödenmesini tanımlamaktadır. F. Alt Başlığı aylık hesaplamalarını tarif ederken G. Alt Başlığı ikamet kurallarının geçersiz kılınmasına ilişkindir. Son olarak H. Alt Başlık ise aylıkların hesaplanmasının ve ödenmesinin hızlandırılmasını amaçlayan idari düzenlemeleri tanımlamaktadır.

A. Genel ifadeler: Ulusal aylık ve tüzük aylığı kavramları

##### 1. Dolaşım halindeki işçiler ve vatandaşların karşılaştıkları sorunlar

Dolaşım halindeki işçilerin ve vatandaşların karşılaştıkları sorunlar sosyal güvenlik sistemlerinin ülkesel sınırlarından ve üye devletlerin sistemlerinin farklı ve uyumlaştırılmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Bir göçmen işçinin, bazıları genel olarak tüm yardım türleriyle bağlantılı olan, bazılarıysa uzun süreli yardımlara ve özellikle de yaşlılık aylıklarına özgü olan yaşlılık aylıklarına ilişkin sorunlarla karşılaşması olasıdır. Ulusal sosyal güvenlik sistemlerinde dolaşım halindeki işçilerin ve vatandaşların tüm yardımlar ile ilgili olarak karşılaştıkları sorunlar aşağıdaki gibidir:

- Başka bir üye devlete giderken borçlanılmış sigorta sürelerinin yitirilmesi
- Menşe ülkesine dönülmesi sonucu yardım haklarının yitirilmesi.

Özellikle birden fazla devlette çalışmış olan göçmen işçilerin yaşlılık aylığı ile ilgili olarak karşılaştıkları en büyük sorun tam bir aylık kazanmak için, hatta herhangi bir aylık türüne hak kazanmak için uzun sigorta sürelerinin tamamlanması şartıdır. Pek çok devlet yardım hakkı tanımadan önce yaşlılık aylığı programıyla uzun süreli bağlantı koşulunu aramaktadır. Bunun sonucu olarak dolaşım halindeki işçiler genelde herhangi bir yaşlılık yardımına hak kazanabilmelerini sağlayacak kadar uzun süreyle belirli bir programa tabi kalamamaktadır. Uluslararası koordinasyon olmadan bu kişiler yıllar boyunca farklı üye devletlerde prim ödemiş olmalarına rağmen hiçbir aylığa hak kazanamama durumuyla karşı karşıya kalabilirler.

## Chapter 9.

### Pensions: old-age, invalidity, death and pre-retirement

This Chapter is divided in to five parts: Part I presents Old age pensions, Part II Survivors' benefits, Part III Invalidity benefits, Part IV Death benefits, and Part V Pre-retirement pensions.

#### I. Old age pensions

Part I presents Old age pensions. Part 1, A. sets out the problems commonly confronted by mobile workers and the solutions provided by coordination.**part I B.** describes the principles of aggregation of periods of insurance; part I C.sets out how pensions are calculated; part I. D describes the rules concerning overlapping of benefits and the anti-cumulation provisions; while part I. E. describes the rules concerning the provisional payment of benefits. Part I.E. describes the review of the pension calculation and part I. F. the waiving of residence rules. Finally part I. H. describes the administrative arrangements intended to accelerate the calculation and payment of pensions.

##### A. General remarks: concept of national and regulation pension

###### 1. *The problems that confront mobile workers and citizens*

The problems that confront mobile workers and citizens stem from the territorial boundaries of social security systems and that the systems of the Member States are different and not harmonised. There are several problems that may confront a migrant worker with respect to old age pensions, some of which are generic to all types of benefits and some of which are specific to long term benefits and to old age pensions in particular. Problems inherent in national social security systems that confront mobile workers and citizens that are common to all benefits include, for example:

- Loss of credited insurance periods when moving to another Member State
- Loss of benefit entitlement as a consequence of returning to their country of origin.

A problem that impacts particularly acutely on migrant workers who have worked in several Member States with respect to old age pensions concerns the often lengthy periods of insurance required to qualify for a full pension or even in many cases to qualify for any pension entitlement at all. Most Member States require lengthy periods of affiliation to the old age pension scheme before entitlement to benefits arises. As a consequence mobile workers are very often not affiliated long enough to a particular scheme to qualify for any old age pension benefits. Indeed without international coordination they may find that they have no entitlement to any pension at all despite having paid contributions for many years in several different member countries.

Koordinasyon olmadan dolaşım halindeki işçiler üzerinde olumsuz etkisi olabilecek ulusal sosyal güvenlik programı özelliklerinden biri de farklı üye devletlerin aylıklara hak kazanma ve yaşlılık aylıklarının hesaplanması konusunda sigorta süreleriyle alakalı farklı tanımlara sahip olmasıdır. Örneğin primli programlar kapsamında prim ödeme dönemlerinin yanı sıra borçlanılmış olan primler de göz önünde bulundurulur (hastalık veya işsizlik yardımı gibi sosyal güvenlik yardımlarının alındığı dönemler, askerlik süreleri veya çocuk yetiştirme süreleri). İkamete dayalı programlarda ise ikamet süreleri aylık hakkı kazanılması için yeterli kabul edilmektedir.

Dolaşım halindeki işçiler ve vatandaşlar açısından ulusal sosyal güvenlik sistemlerinin bu özellikleri aşağıdaki durumlara yol açabilir:

- Çifte sigorta veya sigortasızlık
- Bölünmüş sigorta kaydı
- Yardımlara hak kazanma durumu yok veya azaltılmış
- Başka bir üye devlete taşınma sebebiyle yardımların yitirilmesi.

## 2. Koordinasyon tarafından sağlanan çözümler

883/04 sayılı Tüzük dolaşım halindeki işçilerin ve vatandaşların yaşlılık aylıklarıyla ilgili olarak karşılaştıkları sorunlara 6'da ele alınan koordinasyonun dört temel ilkesi ile çözüm getirir. Bu ilkeler şunlardır :

- Eşit Muamele
- Hangi ülkenin mevzuatının uygulanabilir olduğunun belirlenmesi
- Sigorta sürelerinin birleştirilmesi
- Yardımların ihracı

İyi yönetim ilkesi de yaşlılık aylıkları için uygulanabilir ve bu aylıklarla ilişkilidir.

Fakat yaşlılık aylıkları da dahil olmak üzere uzun süreli yardımların koordinasyonu 8, 10 ve 11. Bölümlerde ele alınmış olan kısa süreli yardımların koordinasyonundan farklıdır.

Hastalık (bkz. Bölüm 8) ve işsizlik yardımları (bkz. Bölüm 10) gibi kısa süreli nakdi yardımlarla ilgili olarak koordinasyon tarafından izlenen yaklaşım, yardımların ödenmesi konusunda tek bir üye devleti (Yetkili Devlet) sorumlu kılmaktır. Fakat uzun süreli yardımların gideri potansiyel olarak kısa süreli yardımlarinkinden daha büyük olduğu için bir kişinin iş hayatının iki veya daha fazla devlette geçmesi halinde masrafların dağılımı ile ilgili olarak üye devletler arasında eşitliğin sağlanması gibi önemli bir sorun doğmaktadır. Koordinasyonun tasarlanmasından sorumlu olan politika yapımcılar uzun süreli yardımlarla ilgili olarak masrafları kişinin çalıştığı üye devletler arasında paylaştırmaya karar vermişlerdir. Bu yaklaşıma göre kişinin en uzun süre boyunca çalıştığı veya son çalıştığı üye devletin tüm masrafları üstlenmesi yerine kişinin çalıştığı devletlerin her biri kişinin o devlette geçirdiği çalışma süresine göre kısmi bir aylık ödemesi esası getirilmiştir.



A further characteristic of national social security schemes that would impact adversely on mobile workers without coordination is that the different member countries use different definitions of insurance periods to open entitlement to and to calculate old age pensions. For example, under contributory schemes, periods of paid contributions are taken into consideration as well as credited contributions, including for example, periods in receipt of other social security benefits such as sickness or unemployment benefits, periods of military service or periods spent raising children. Whereas under residence based schemes periods of residence *per se* open entitlement to pensions.

For mobile workers and citizens these characteristics of national social security systems may result in:

- Double insurance or no insurance
- A fragmented contribution record
- No entitlement or reduced entitlement to benefits
- Loss of benefits as a consequence of moving to another Member State.

## *2. Solutions provided by coordination*

Regulation 883/04 addresses the problems confronting mobile workers and citizens in respect of their old age pensions through the four fundamental principles of coordination as discussed in 6. These are:

- Equal Treatment
- Determination of which country's legislation is applicable
- Aggregation of insurance periods
- Export of benefits

The principle of good administration also applies to and is particularly relevant in the case of old age pensions.

However, the coordination of long term benefits, including old age pensions, differs in important respects to the coordination of short term benefits as described in Chapters 8, 10 and 11.

The approach taken by coordination with respect to short term cash benefits such as sickness (see Chapter 8) and unemployment benefits (see Chapter 10) is to make only one Member State (the Competent State) responsible for the payment of the benefit. However, the costs of long term benefits are potentially much greater than those of short term benefits and there are important questions of equity between Member States concerning the distribution of these costs when a person has a working life that spans two or more countries. With respect to long term benefits policy makers tasked with designing coordination decided to distribute the costs of old age pensions between the Member States in which the person has worked with each country paying a partial pension based on the amount of time that the person worked in their country rather than, for example, the last Member State where the pensioner has worked or the Member State in which the pensioner has worked the longest assuming the full burden of the cost of the old age pension.

Bu da uzun süreli yardımların koordinasyonunu teknik ve karmaşık hale getirmektedir. Madde 50, yaşlılık aylığı talebinin alınması üzerine kişinin sigortalı olduğu tüm devletlerin kurumlarının hak kazanılan aylığı tespit etmelerini gerektirir. Örneğin kişi Belçika, Fransa ve İngiltere’de ard arda çalışmışsa, başvurunun alınması üzerine İngiltere’deki yetkili kurum Belçika ve Fransa’daki yetkili kurumlarla irtibata geçerek bu devletlerin kendi sistemleri çerçevesinde hak kazanılan aylığın belirlenmesini sağlar. Kişi bir veya daha fazla üye devlette yaşlılık aylığının ödemesinin gecikmesi nedeniyle avans için başvurursa istisnalar görülür.

Hak sahibi tabi olduğu mevzuatlardan birine göre gerekli olan koşulları karşılamıyorsa, koşullarını yerine getirdiği diğer devletler, bu durum daha düşük bir yaşlılık yardımının alınmasına yol açıyorsa hesaplama sırasında o devlette koşulları karşılanmamış olan süreleri dikkate almazlar. Bu, hak sahibi geciktirilmiş yaşlılık yardımının ödenmesini talep ettiğinde de gerekli değişikliklerle (*mutatis mutandis*) uygulanır.

Diğer ülkelerin mevzuatları kapsamında yerine getirilmesi gereken koşullar gerçekleştiği anda veya diğer mevzuatlar altında tamamlanmış olan sürelerin daha önce hesaba katılmış olmaması durumunda kişi ödemesi geciktirilmiş olan bir yaşlılık yardımını talep ettiği anda otomatikman yeni bir hesaplama yapılmalıdır (*Madde 50*).

987/09 sayılı Tüzüğün 47. Maddesi yardım başvurusunun yapıldığı veya yönlendirildiği kurum olan ‘irtibat kurumunu’ tanımlamaktadır. İrtibat kurumu yapılan başvuruyu kendi mevzuatına göre incelemenin yanı sıra veri alışverişini, kararların iletilmesini ve başvurunun tüm kurumlar tarafından incelenmesini sağlayan süreci başlatır, hak sahibini süreç konusunda bilgilendirir ve talep edilmesi halinde sürecin Birliğe ilişkin yönleriyle ilgili bilgilendirmede bulunur. Fakat hak sahibinin ikamet ettiği ülkenin mevzuatına tabi olduğu bir dönem mevcut değilse irtibat kurumu ikamet edilen yerin kurumu olamaz.

987/09 sayılı Tüzüğün 48. Maddesine göre her kurum hak sahibini uygulanabilir mevzuata göre aldığı karar konusunda ve itiraza ilişkin çözümler ve süreler ile ilgili olarak bilgilendirir. İrtibat kurumunun her bir kurum tarafından alınan kararlar konusunda bilgilendirilmesinin ardından bu kurum tüm bu kararların özetini İdari Komisyonun belirlemiş olduğu model özete göre veya kendi dilinde ya da Birliğin kurumlarının resmi dili olarak tanınan dillerden biri olması koşuluyla hak sahibinin istediği herhangi bir dilde düzenler.

Eğer hak sahibi özet eline geçtikten sonra haklarının iki veya daha fazla kurum tarafından alınmış olan kararların etkileşimi sonucu olumsuz etkilendiğini düşünürse, ilgili ulusal mevzuatta belirlenen süre dahilinde ilgili kurumların kararlarını yeniden gözden geçirmelerini talep edebilir. Süre özeti alındığı tarihten itibaren başlar ve hak sahibi bu gözden geçirmenin sonucu ile ilgili yazılı olarak bilgilendirilir.

This makes the coordination of long term benefits technical and complex. The approach adopted by coordination is set out in Article 50 of Regulation 883/04. Article 50 provides that when a request for an old age pension is received the institutions of all Member States where the pensioner has been insured must determine entitlement. For example, if a person has worked successively in Belgium, France and the UK then on receipt of the request the competent institution in the UK must contact those in Belgium and France to calculate the pension entitlement under their schemes. The exception is where the person concerned has requested deferment of the award of old age benefits under the legislation of one or more Member States.

Should the claimant not satisfy the conditions required for entitlement under one of the legislations to which she or he has been subject, the other Member States in which the conditions of entitlement *have* been satisfied must not take into account, when calculating entitlement, those periods which have not been satisfied in that Member State if this would result in a lower amount of old age benefit for the pensioner. This applies *mutatis mutandis* when the claimant has requested deferment of the award of their old age benefits.

A new calculation must automatically be carried out as and when the conditions to be fulfilled under the other countries' legislations are satisfied or when a person requests the award of an old age benefit that has been deferred unless of course the periods completed under the other legislations have already been taken into account. (Article 50).

Article 47 of Regulation 987/09 defines the institution to which the claim for benefits is submitted or forwarded as the "contact institution". In addition to investigating the claim for benefits under its own legislation the contact institution must initiate the exchange of data, the communication of decisions and the processes necessary for the investigation of the claim by all of the institutions concerned, keep the claimant updated on the progress of their claim and provide, on request, any information concerning the Community aspects of the process. However, the contact institution cannot be the institution of the place of residence if the claimant has not, at any time, been subject to that country's legislation.

Article 48 of Regulation 987/09 provides that each institution must notify the claimant of the decision it has taken in accordance with the applicable legislation and specify the remedies and periods allowed for appeals. Once the contact institution has been notified of all decisions taken by each institution, it must send the claimant and the other institutions concerned a summary of those decisions based on a model summary drawn up by the Administrative Commission either in the language of the institution itself or in any language of the claimant's choice so long as it is recognised as an official language of the Community institutions.

Should it appear to the claimant, following receipt of the summary, that her or his rights may have been adversely affected by the interaction of decisions taken by two or more institutions, s/he has the right to a review of the decisions by the institutions concerned within the time limits laid down in the respective national legislation. The time limits commence on the date of receipt of the summary and the claimant must be notified of the result of the review in writing.

## B. Sigorta sürelerinin birleştirilmesi

### 1. Genel ilkeler

Elde etme sürecindeki haklar, bir başka üye devlette hak oluşturulabilmesi için ilgili ülkelerdeki sigorta, ikamet veya çalışma sürelerinin birleştirilmesiyle korunur. Bu ilkeye göre başka üye devletlerde tamamlanan sigorta süreleri farklı özellikler taşıyabilir (ikamet veya çalışma süreleri gibi) ulusal süreler olarak kabul edilirler.

Sürelerin birleştirilmesi Antlaşma tarafından sağlanmıştır: AB antlaşmasının 48. Maddesi, Avrupa Parlamentosunun ve Konseyin, yardım hakkının elde edilmesinde ve korunmasında, ayrıca yardımların hesaplanmasında işçilerin serbest dolaşımının sağlanması için gerekli olan sosyal güvenlik önlemlerinden biri olarak farklı ülkelerin mevzuatları altında geçen tüm sürelerin dikkate alınmasını sağlamak amacıyla sürelerin birleştirilmesi ilkesini uygulamasını öngörmüştür. .

Farklı üye devletlerdeki sigorta sürelerinin birleştirilmesi yaşlılık aylıkları için geçerlidir. Fakat yaşlılık aylığı gibi uzun süreli yardımlar için sürelerin birleştirilmesi yardım hakkının kazanımı, korunması ve yeniden kazanımı ile ilişkiliklen yardımların hesaplanmasında kullanılmaz. Çünkü bu, sürelerin iki kere sayılmasına neden olur. Dolayısıyla sürelerin birleştirilmesi yalnızca bekleme süresinin var olduğu durumlarda koşulların yerine getirilmesi için kullanılır.

883/04 sayılı Tüzüğün 6. Maddesi sürelerin birleştirilmesiyle ilgili olarak yaşlılık aylıkları için de geçerli olan genel kuralları belirler. Madde 6'ya göre, Tüzük tarafından aksi belirtilmedikçe, mevzuata göre yardım hakkının elde edilmesini, sürdürülmesini, süresini veya yeniden kazanılmasını; mevzuatın kapsamına girmeyi; zorunlu, isteğe bağlı olarak sürdürülen veya gönüllü sigortayı; sigorta, hizmet akdi ile veya kendi hesabına çalışma veya ikamet koşullarına bağlayan bir üye devletin yetkili kurumu, başka üye devletlerde tamamlanmış olan sigorta, hizmet akdi ile veya kendi hesabına çalışma veya ikamet sürelerinin kendi uyguladığı mevzuat kapsamında tamamlanmış gibi kabul ederek hesaba katar. Her bir üye devlet kendi yaşlılık aylığı programı ile ilgili olarak hangi sürelerin sigorta süresi olarak kabul edildiğine kendisi karar verir.

Sigortalı çalışma hayatı boyunca farklı ulusal mevzuatlara tabi olmuş olsa da "birleştirme/toplama" tüm sigorta sürelerinin birleştirilmesini ve dolayısıyla tüm sigorta geçmişinin yeniden yapılandırılmasını mümkün kılar.

883/04 sayılı Tüzüğün 51. Maddesi, bir üye devletin belirli yardımların verilmesini hizmet akdiyle veya kendi hesabına çalışma gibi belirli bir faaliyete veya hizmet akdiyle veya kendi hesabına çalışan kişiler için oluşturulmuş özel bir programa tabi olan bir mesleğe bağlı tutması durumunda sürelerin birleştirilmesiyle ilgili özel hükümler sağlar. Bu durumda o üye devletin yetkili kurumu, denk bir program altında tamamlanmış olan, aynı meslek dalında veya uygun durumlarda hizmet akdi ile veya kendi hesabına yürütülen aynı *faaliyette* tamamlanmış olması şartıyla diğer üye devletlerin mevzuatına göre tamamlanmış olan süreleri de dikkate almak durumundadır.

## B. Aggregation of periods of insurance

### 1. *General principles*

Rights in the course of acquisition are protected through the aggregation of periods of insurance, residence or employment spent in each of the respective countries to establish a right in another Member State. Under aggregation, periods of insurance in other Member States are counted as national periods, even if they are of a very different nature (i.e. periods of residence or employment).

Aggregation is provided for by the Treaty: Article 48 TEU specifies that the European Parliament and the Council shall adopt aggregation, for the purpose of acquiring and retaining the right to benefit and of calculating the amount of benefit, of all periods taken into account under the laws of the several countries as one of the measures in the field of social security that are necessary to provide freedom of movement for workers.

Aggregation of periods of insurance in the various Member States applies to old age pensions. However, for long term benefits such as old age pensions while aggregation is relevant for the acquisition, retention and recovery of the right to benefit it is not used in the calculation of the benefit as this would mean that these periods would be double counted. Thus aggregation is used only to help to fulfil the conditions for a waiting period where that exists.

Article 6 of Regulation 883/04 provides the general rules for aggregation that also apply to old age pensions. Article 6 states that, unless otherwise provided for by the Regulation, the competent institution of a Member State whose legislation makes the acquisition, retention, duration or recovery of the right to benefits; the coverage by legislation; or the access to or the exemption from compulsory, optional continued or voluntary insurance, conditional upon the completion of periods of insurance, employment, self-employment or residence must, to the extent necessary, take into account periods of insurance, employment, self-employment or residence completed under the legislation of any other Member State as though they were periods completed under the legislation which it applies. It is for each Member State to decide which periods are regarded as periods of insurance with respect to its own old age pension schemes.

"Totalisation" allows for the aggregation of all insurance periods and thus for the reconstruction of the entire insurance career in spite of the claimant having been subject to different national legislations throughout their working career.

Article 51 of Regulation 883/04 provides special provisions on aggregation of periods when a Member State makes the granting of certain benefits conditional upon the periods of insurance having been completed only in a specific activity as an employed or self-employed person or in an occupation which is subject to a special scheme for employed or self-employed persons. In this case the competent institution of that Member State must take into account periods completed under the legislation of other Member States only if they were completed under a corresponding scheme or, failing that, in the same occupation, or where appropriate, in the same *activity* as an employed or self-employed person.

İlgili kişi tamamlanmış sigorta sürelerinin hesaba katılmasının ardından özel bir programın bir yardımını alabilmek için gerekli olan koşulları karşılayamıyorsa bu süreler genel programın yardımlarının veya beden işçileri veya sekreterlik çalışanları için geçerli olan programların yardımların sağlanabilmesi amacıyla dikkate alınır. Fakat bunun için ilgili kişinin bu programlardan biri ile bağlantılı olması gerekmektedir. (883/04 sayılı Tüzük, Madde 51(2)).

Madde 51(3)'e göre bir üye devletin mevzuatı yardım hakkının elde edilmesini, korunmasını veya yeniden kazanılmasını kişinin riskin ortaya çıktığı sırada sigortalı durumda olması koşuluna bağlıyorsa, kişi o sırada ilgili her üye devlet için 883/04 sayılı Tüzüğün XI. Ekinde belirtilmiş olan prosedürlere uygun olarak başka bir üye devletin mevzuatı dahilinde sigortalı ise bu koşulun karşılanmış olduğu kabul edilir.

## 2. 1 yıldan kısa sigorta süreleri

Bununla birlikte, eğer yalnızca bu sürelerin dikkate alınması mevzuata göre hak kazanılmasını sağlamıyorsa üye devletin bir yıldan kısa sigorta süreleri için hak sağlaması gerekmez (883/04 sayılı Tüzük, Madde 57).

## 3. Çocuk yetiştirme süreleri

987/09 sayılı Tüzüğün 44. Maddesi 'çocuk yetiştirme süresini' bir devletin aylık mevzuatına göre tanınan herhangi bir süre veya aylıkların hesaplanma şekline ve çocuk yetiştirme sırasında mı yoksa geriye dönük olarak mı talep edildiklerine bakılmaksızın yalnızca kişinin çocuk sahibi olması nedeniyle bir aylığı tamamlayıcı nitelik taşıyan süre olarak tanımlamaktadır.

Yetkili üye devletin mevzuatına göre çocuk yetiştirme dönemlerinin hesaba katılmadığı durumlarda, ilgili kişinin o mevzuata göre ilgili çocuk için dikkate alınan çocuk yetiştirme döneminin başladığı tarihte o devlette hizmet akdi ile veya kendi hesabına çalışması zeminine dayanarak mevzuatına tabi olduğu üye devletin kurumu, bu çocuk yetiştirme süresini kendi sınırları dahilinde gerçekleştirmiş gibi hesaba katmaktan sorumludur (987/09 sayılı Tüzük, Madde 44).

## 4. 883/04 sayılı Tüzüğün yürürlüğe girişinden önceki süreler

883/04 sayılı Tüzüğün VI. Başlığı geçici hükümler ile alakalıdır. Madde 87(2), bu Tüzüğün uygulama tarihinden önce, bir üye devletin mevzuatı altında tamamlanmış olan sigorta sürelerinin ve uygun hallerde hizmet akdi ile veya kendi hesabına çalışma sürelerinin ve ikamet sürelerinin de bu Tüzüğe göre edinilmiş hakların belirlenmesi için ilgili üye devlet tarafından hesaba katılmasını sağlar. Dolayısıyla ülkenin AB'ye girmesinden önce tamamlanmış olan sigorta süreleri de hak kazanılan yardımlar belirlenirken ve hesaplanırken dikkate alınır.

If the person concerned does not satisfy the conditions for receipt of the benefits of a special scheme after account has been taken of the insurance periods completed, these periods must be taken into account for the purposes of providing the benefits of the general scheme or, failing that, of the scheme applicable to manual or clerical workers, as the case may be, provided that the person concerned had been affiliated to one or other of those schemes. (*Article 51(2) of Regulation 883/04*).

Article 51(3) provides that where the legislation of a Member State makes the acquisition, retention or recovery of the right to benefits conditional upon the person concerned being insured at the time of the materialisation of the risk, this condition will be regarded as having been satisfied if that person was insured at the time under the legislation of another Member State in accordance with the procedures provided for in Annex XI of Regulation 883/04 for each Member State concerned.

## *2. Periods of insurance of less than 1 year*

However, a Member State is not required to provide benefits in respect of periods of insurance of less than one year that have been completed under its legislation if taking only these periods into account no right to benefit would be acquired under that legislation (*Article 57 of Regulation 883/04*).

## *3. Child-raising periods*

Article 44 of Regulation 987/09 defines "child-raising period" as any period which is credited under the pension legislation of a Member State or which provides a supplement to a pension explicitly for the reason that a person has raised a child, irrespective of the method used to calculate those periods and whether they accrue during the time of child-raising or are acknowledged retroactively.

Where, under the legislation of the competent Member State, no child-raising period is taken into account, the institution of the Member State whose legislation was applicable to the person concerned on the grounds that he or she was pursuing an activity as an employed or self-employed person at the date when, under that legislation, the child-raising period started to be taken into account for the child concerned, remains responsible for taking into account that period as a child-raising period under its own legislation, as if such child-raising took place in its own territory. (*Article 44 of Regulation 987/09*).

## *4. Treatment of periods prior to Regulation 883/04 coming into force*

Title VI of Regulation 883/04 concerns transitional provisions. Article 87(2) provides that any period of insurance and, where appropriate, any period of employment, self-employment or residence completed under the legislation of a Member State prior to the date of application of this Regulation in the Member State concerned shall be taken into consideration for the determination of rights acquired under the Regulation. Thus periods of insurance completed prior to country joining the EU are taken into account when determining and calculating entitlement to benefit.



## C. Aylıkların hesaplanması

### 1. Teorik ve oransal aylık

Yukarıda da belirtildiği üzere yaşlılık aylığı gibi uzun süreli yardımlar söz konusu olduğunda sürelerin birleştirilmesi hakkın elde edilmesi, korunması ve yeniden kazanılması alanlarında uygulanırken yardımların hesaplanmasında kullanılmamaktadır. Hesaplama, göçmen işçinin çalışmış olduğu tüm üye devletler arasında aylık ödenmesine ilişkin sorumluluğun paylaşılması yöntemine dayanmaktadır.

Yaşlılık aylıklarının hesaplanması üç aşamalı bir süreçtir:

Her üye devlet:

- Ulusal mevzuatına göre bir aylık hesaplaması yapar (Bağımsız Aylık) (883/04 sayılı Tüzük, Madde 52(1)(a)).
- Oransal (prorata) bir aylık hesaplar (883/04 sayılı Tüzük, Madde 52(1)(b)).
- İki miktardan yüksek olanını verir (883/04 sayılı Tüzük, Madde 52(3)).

Tek tek açıklayacak olursak:

### **Bağımsız Aylığın Hesaplanması**

Aylığın hesaplanmasındaki ilk adım ilgili kişinin sigortalanmış olduğu tüm devletlerin koordinasyon Tüzüklerine bakmaksızın hak kazanılan miktarı kendi ulusal mevzuatlarına göre hesaplamasıdır. Hesaplanan bu aylık Bağımsız Aylık olarak bilinir.

Örneğin bir üye devlet hak kazanımı için 10 yıllık bir bekleme süresinin tamamlanmasını şart koşuyorsa o üye devlette 10 yıldan az çalışmış bir kişinin bağımsız bir aylığı olmayacaktır.

Öte yandan hak her sigorta yılı için %2.5'lik bir oran getirmekteyse kişinin Y (o üye devlette çalışılan yıl sayısı) x ulusal aylığın tamamının %2.5'i (A üye devleti) tutarında bağımsız bir aylığı olur.

Aylık hakkının son maaşın %1.5'i x sigorta yıllarının sayısı şeklinde hesaplandığı bir üye devlette bağımsız aylık Y (o üye devlette çalışılan yıl sayısı) x son maaşın %1.5'idir (B üye devleti).

Bir üye devlette kişi emeklilik yaşına eriştiğinde sistem kapsamında sigortalıysa, sigorta veya ikamet süresine bakılmaksızın aylık 2000 Euro tutarında sabit oranlı bir aylık alır. Bağımsız aylık örneğin bu 2000 Euro tutarındaki aylıktır (C üye devleti).



## C. Calculation of pensions

### 1. *Theoretical and pro-rata pension*

As noted above, for long term benefits such as old age pensions aggregation is relevant for the acquisition, retention and recovery of the right to benefit but not to the calculation of the benefit. The calculation is based around a method to apportion responsibility for paying the pension on all the Member States where the mobile worker has worked.

The calculation of an old age pension is a three stage process:

Each Member State:

- Calculates a pension under national legislation (the Independent Pension) (Article 52(1)(a) of Regulation 883/04).
- Calculates a "prorata" pension (Article 52(1)(b) of Regulation 883/04).
- Grants higher amount of the two Article 52(3) of Regulation 883/04).

Taking these in turn:

### **Calculation of the Independent Pension**

The first step in determining pension entitlement is for each of the Member States in which the pensioner has been insured to calculate what pension they would receive if their entitlement is calculated by virtue of its own national legislation without recourse to the coordinating Regulations. This is known as the Independent Pension.

For example, if a Member State requires the completion of a waiting period of 10 years before any entitlement is triggered then a person who has worked for less than 10 years in that Member State would have an Independent Pension of nil.

If on the other hand entitlement accrues at 2.5 % for each year of insurance a person would have an Independent Pension of  $Y$  (number of years worked in that Member State)  $\times$  2.5% of the full national pension (Member State A).

In a Member State where pension entitlement is calculated at 1.5 % of final salary  $\times$  number of insured years, the Independent Pension is  $Y$  (number of years worked in that Member State)  $\times$  1.5 % of final salary (Member State B)

In a Member State where, if a person is insured under the scheme when they reach pensionable age, they receive a flat rate pension of 2000 euros a month regardless of the length of insurance or residence the Independent Pension is that amount i.e. 2000 euros. (Member State C)

## Oransal Hesaplama

Sürecin ikinci aşaması oransal aylığın hesaplanmasıdır. Bu da kendi içinde iki aşamalı bir işlemdir. İlk adım teorik miktarın hesaplanmasıdır, ikincisi ise oransal aylığın hesaplanmasıdır. Madde 52(1)(b) oransal aylığın hesaplanması sürecini açıklamaktadır.

Teorik yardım miktarı ise ilgili kişinin, eğer diğer üye devletlerin mevzuatları altında tamamlanmış olan tüm sigorta ve/veya ikamet süreleri hesabı yapan devletin mevzuatı altında tamamlanmış olsaydı alması gereken miktardır. Eğer bu mevzuata göre miktar tamamlanmış olan sürelerle ilgili değilse hesaplanmış olan bu miktar teorik miktar olarak kabul edilir.

Örneğin bir kişi üç farklı üye devlette toplam 40 yıllık sigorta süresi olsun: A, B ve C üye devletleri.

A üye devletinde aylık hakkı her sigorta yılı ile birlikte %2.5 oranında artıyor. Teorik miktar 40 (tüm üye devletlerdeki toplam sigorta süresi) x %2.5 = ulusal aylığın %90'ıdır.

B üye devletinde aylık son maaşın %1.5'i x sigorta yıllarının sayısı şeklinde hesaplanıyor. Teorik miktar 40 (tüm üye devletlerde çalışılan toplam yıl sayısı) x %1.5 = son maaşın %60'ıdır.

C üye devleti sigorta veya ikamet süresine bakmaksızın aylık 2000 Euro'luk sabit oranlı bir aylık öder. Bu durumda teorik miktar 2000 Euro'dur.

Sonraki adım yetkili kurumun, uyguladığı mevzuatın altında riskin ortaya çıkışından önce tamamlanmış olan sürelerden elde edilen miktarın riskin ortaya çıkışından önce ilgili tüm üye devletlerin mevzuatları altında tamamlanmış olan toplam sürelerle ilişkin oranını teorik miktara uygulayarak oransal aylığı belirlemesidir.

Yukarıdaki örnekleri takip edecek olursak kişi A, B ve C üye devletlerinde 40 yıl boyunca çalışıyor. A üye devletinde 20 yıl, B üye devletinde 10 yıl ve C üye devletinde de 10 yıl çalışıyor.

Aylık hakkının her yıl %2.5 oranında arttığı A üye devletinde oransal (pro-rata) aylık  $20/40$  (o üye devlette çalışılan yıl sayısı/Birlik dahilinde çalışılan yılların tamamı) x ulusal aylığın %90'ı tutarındadır.

Aylık hakkının son maaşın %1.5'i x sigorta yıllarının sayısı şeklinde hesaplandığı B üye devletinde oransal (pro-rata) aylık  $10/40$  (o üye devlette çalışılan yıl sayısı/Birlik dahilinde çalışılan yılların tamamı) x son maaşın %60'ı oranındadır.

## The Pro-Rata Calculation

The second step of the process is to calculate a "pro-rata pension". This in itself is a two stage process. The first step is to calculate the "theoretical amount", and the second to calculate the pro-rata benefit itself. Article 52 (1)(b) sets out the process to calculate the pro-rata pension.

The theoretical amount of the benefit is equal to the benefit which the person concerned could claim if all the periods of insurance and/or of residence which have been completed under the legislations of the other Member States had been completed under the legislation the State undertaking the calculation. If, under this legislation, the amount does not depend on the duration of the periods completed that amount is regarded as being the theoretical amount.

For example, a person has been insured for a total of 40 years in three different Member States: A, B and C.

In Member State A pension entitlement increases by 2.5% for each year of insurance. The theoretical amount is 40 (total period of insurance in all Member States) x 2.5 % = 90 % of the national pension.

In Member State B pension entitlement is calculated at 1.5 % of final salary x number of insured years. The theoretical amount is 40 (total number of years worked in all Member States) x 1.5 % = 60% of final salary

Member State C pays a flat rate pension of 2000 euros a month regardless of length of insurance or residence. In this case the theoretical amount is 2000 euros.

The next step is for the competent institution to establish the actual amount of the pro-rata pension by applying to the theoretical amount the ratio between the duration of the periods completed before materialisation of the risk under the legislation it applies and the total duration of the periods completed before materialisation of the risk under the legislations of all the Member States concerned.

Following the examples above, a person works for 40 years in Member States A, B and C. In Member State A they work for 20 years, in Member State B for 10 years and in Member State C for 10 years.

In Member State A, where pension entitlement grows by 2.5 % per annum the pro-rata pension is 20/40 (number of years worked in that Member State/number of years worked in the Community as a whole) x 90 % of the national pension.

In Member State B, where pension entitlement is calculated at 1.5 % of final income x the number of insured years the pro-rata pension is 10/40 (number of years worked in that Member State/number of years worked in the Community as a whole) x 60% of final salary.

Bir kişinin emeklilik yaşına eriştiğinde program kapsamında sigortalı durumda olması halinde kişinin, sigorta veya ikamet sürelerinin uzunluğuna bakılmaksızın 2000 Euro tutarında sabit oranlı aylık aldığı C üye devletinde oransal (pro-rata) miktar  $10/40$  (o üye devlette çalışılan yıl sayısı/Birlik dahilinde çalışılan yılların tamamı) x 2000 = 500 Euro'dur.

(Yetkili kurum uyguladığı mevzuatın kapsamında yer alan kesinti, askıya alma veya geri çekmeye ilişkin tüm kuralları hesaplanan miktara uygulamak durumundadır.)

Üçüncü adım ise her üye devletin bağımsız aylık ile pro-rata aylığı kıyaslamasıdır. Hak sahibi her Üye devletin yetkili kurumundan, hesaplanan miktarların en yüksek olanını alma hakkına sahiptir.

C üye devletinde bağımsız aylık, teorik aylık ile aynı miktarda ve oransal (pro-rata) aylık bu miktarın bir kısmıdır. Dolayısıyla hak kazanılan aylık bağımsız aylıktır (2000 Euro).

Fakat bu örnekteki kişi kariyerinin daha önceki bir döneminde A ve B üye devletlerinde çalışmadan önce C üye devletinde çalışmışsa C üye devletinden alınacak olan bağımsız aylık sıfır olacaktır çünkü kişi emeklilik yaşına eriştiğinde C üye devleti sistemi kapsamında sigortalı durumda değildir. Bu durumda 500 Euro'luk oransal (pro-rata) aylık ödenecektir.

Fakat kişi son olarak aylıkların koordinasyon Tüzükleri kapsamında oranlanmadığı C üye devletinde çalışmış ise A, B ve C üye devletlerinden alınan toplam aylık kişinin maaşını aşar. Yardımların çakışmasına ilişkin kurallar bu ve benzeri durumların ele alınmasında uygulanır.

## 2. Oransal hesaplamadan feragat edilmesi

Devletlerin birinde yapılan hesaplama sonucunda Bağımsız Aylık oransal yardıma eşit veya ondan daha yüksek çıkıyorsa yetkili kurum 987/09 sayılı Tüzükte yer alan koşullara uygun olarak oransal hesaplamadan vazgeçebilir (883/04 sayılı Tüzük, Madde 52).

## D. Yardımların çakışması ve birleştirmenin engellenmesine ilişkin hükümler

### 1. Genel ilkeler

Petroni kararından önce 1408/71 sayılı Tüzüğün 46(3). Maddesi aylık miktarını en yüksek teorik miktar ile sınırlandırmıştı. Ülkeler tarafından hesaplanan yardımların toplamının en yüksek teorik miktarı aşması durumunda her ülke yardımını buna uygun olarak azaltırdı. Bu 24/75 sayılı *Petroni* Davasında AAD'nin karşısına çıkartılmıştır. Petroni kararı Topluluk hukukunun yalnızca ulusal mevzuata dayalı olarak edinilen hakları ihlal edemeyeceği sonucuna varmıştır.

In Member State C where if a person is insured under the scheme when they reach pensionable age they receive a flat rate pension of 2000 euros a month regardless of the length of insurance or residence the pro rata amount is  $\frac{10}{40}$  (number of years worked in that Member State/number of years worked in the Community as a whole)  $\times 2000 = 500$  euros.

(The competent institution must apply to the amount calculated all the rules relating to reduction, suspension or withdrawal, under the legislation it applies.)

The third step is for each Member State to compare the Independent Benefit and the pro-rata benefit, The claimant is entitled to receive from the competent institution of each Member State the higher of the amounts.

In Member State C the Independent Pension is the same as the theoretical amount and the pro-rata pension is a fraction of this amount. Therefore, the pension entitlement is the Independent Pension (2000 euros).

However, if the person in this example had worked in Member State C earlier in their career i.e. before they worked in Member States A and B the Independent Pension from Member State C would be nil because they would not have been insured under the scheme of Member State C when they reached pensionable age. In this case the pro rata amount of 500 euros would be payable.

However, if the person *had* last worked in Member State C where the pension is not proportioned under the coordinating Regulations then the total amount of pensions payable from Member States A, B and C may exceed that person's salary. The rules on overlapping of benefits are applied to address this and similar circumstances.

## 2. *Waiving of pro-rata calculation*

Where the calculation in one Member State results in the Independent Pension being equal to or higher than the pro-rata benefit, the competent institution may waive the pro-rata calculation, under the conditions provided for in Regulation 987/09. (*Article 52 of Regulation 883/04*).

## D. Overlapping of benefits and anti-cumulation provisions

### 1. *General principles*

Prior to the Petroni judgement, Article 46(3) of Regulation 1408/71 limited a pension to the highest theoretical amount. If the sum of the benefits calculated for the countries exceeded the highest theoretical amount each country reduced its benefit accordingly. This was challenged before the ECJ in Case 24/75, *Petroni*. The Petroni judgement established that Community law must not infringe rights acquired on the basis of national legislation alone.

Çakışmanın önlenmesine ilişkin güncel kurallar 883/04 sayılı Tüzüğün 53 ve 55. Maddelerinde belirlenmiştir. Aynı türden yardımların çakışmasıyla farklı türden yardımların çakışması arasında bir ayırım yapılmıştır.

Aynı kişi tarafından tamamlanmış olan sigorta ve/veya ikamet sürelerini temel alarak hesaplanan veya sağlanan malullük, yaşlılık ve ölüm yardımlarının çakışması “aynı türden yardımların çakışması” olarak kabul edilmektedir.

Bu kriteri karşılamayan yardımların çakışması ise “farklı türden yardımların çakışması” olarak değerlendirilmektedir.

883/04 sayılı Tüzüğün 53. Maddesi yardımların çakışmasının önlenmesine ilişkin genel ilkeleri belirlemektedir. Bunlar, yetkili kurumun yalnızca ulusal mevzuatının başka bir üye devlette sağlanan yardımların veya gelirlerin hesaba katılmasını belirtmesi halinde, başka bir üye devlette edinilen yardımları veya gelirleri dikkate almasıyla alakalıdır.

Ülkenin kendi ulusal mevzuatı vergi kesintisi, sosyal güvenlik primleri ve diğer kesintiler yapıldıktan sonra çakışmayı önleyici kuralların uygulanmasını sağlamıyorsa dikkate alınan miktar bu kesintilerden önceki brüt miktardır. İsteğe bağlı sigortaya veya devam eden isteğe bağlı sigortaya bağlı olarak başka bir üye devletin mevzuatı kapsamında elde edilen yardımlar hesaba katılmaz.

Eğer bir üye devlet, ilgili kişi başka bir üye devletin mevzuatı kapsamında aynı veya farklı türden yardımlar alıyor veya başka bir üye devletten gelir elde ediyor diye çakışmanın engellenmesine yönelik kuralları uyguluyorsa bu yardımın miktarı bu türden yardımların veya gelirlerin miktarına bakarak azaltılabilir.

## *2. Aynı türden yardımların çakışması*

54. Madde aynı türden yardımların çakışmasının engellenmesine ilişkin kuralları belirlemektedir. Aynı türden yardımlar hak kazanma durumunun sigorta veya ikamet sürelerine dayandığı yardımlardır. Örneğin bir kişi kendi sigorta kaydına bağlı olarak emeklilik ve malullük aylıkları almaya hak kazanabilir. Diğer yandan bir kişinin kendi sigorta kaydına bağlı olarak hak kazandığı emeklilik aylığı ve eşinin sigorta kaydına bağlı olarak hak kazandığı dul ve yetim aylığı aynı türden yardımlar değildir. 54. Madde iki veya daha fazla üye devletin mevzuatları kapsamında sağlanan aynı türden yardımların çakıştığı durumlarda üye devletlerden birinin mevzuatı tarafından belirlenmiş olan çakışmayı önlemeye yönelik kuralların oransal yardıma uygulanamayacağını belirtmektedir. Dolayısıyla çakışmaya ilişkin ulusal kurallar yalnızca bağımsız yardım hesaplamaları için geçerlidir.

Çakışmanın önlenmesine ilişkin kuralların bağımsız bir yardıma uygulanması için yardımın aşağıdaki özelliklere sahip olması gerekmektedir:

- Miktarı sigorta veya ikamet süresine bağlı olmayan yardım veya
- Miktarı riskin ortaya çıktığı tarih ile daha sonraki bir tarih arasında tamamlanmış kabul edilen borçlanılmış bir süre temel alınarak hesaplanan yardımın aşağıdakiler ile çakışması halinde;

The current rules to prevent overlapping are set out in Articles 53 to 55 of Regulation 883/04. A distinction is made between overlapping benefits of the same kind and overlapping benefits of a different kind.

Any overlapping of invalidity, old age and survivors' benefits calculated or provided on the basis of periods of insurance and/or residence completed by the same person are considered to be "overlapping of benefits of the same kind".

Overlapping of benefits which do not meet this criterion is considered to be "overlapping of benefits of a different kind".

Article 53 of Regulation 883/04 sets out the general principles to prevent overlapping of benefits. These are that the competent institution must take into account the benefits or incomes acquired in another Member State only where its own national legislation provides for benefits or income acquired abroad to be taken into account.

The amount to be taken into account is gross before deduction of tax, social security contributions and other levies or deductions, unless the country's own national legislation provides for the application of rules to prevent overlapping after these deductions. Benefits acquired under the legislation of another Member State on the basis of voluntary insurance or continued optional insurance are not taken into account.

If one Member State applies rules to prevent overlapping because the person concerned receives benefits of the same or of a different kind under the legislation of other Member States or income acquired in other Member States, the benefit due may be reduced solely by the amount of such benefits or such income.

## *2. Overlapping benefits of the same kind*

Article 54 provides the rules to be followed to prevent overlapping of benefits of the same kind. Benefits of the same kind are benefits where entitlement is based on periods of insurance or residence. For example, a person is entitled to a retirement pension and an invalidity pension on the basis of their own insurance record. On the other hand a retirement pension acquired on the basis of a person's own insurance record and a survivor's pension acquired on the basis of a spouse's insurance record are not benefits of the same kind. Article 54 provides that where benefits of the same kind that are due under the legislation of two or more Member States overlap, the rules to prevent overlapping laid down by the legislation of a Member State shall not be applicable to a pro-rata benefit. Therefore, the national rules on overlapping apply to the Independent Benefit calculation only.

The rules to prevent overlapping apply to an Independent Benefit only if the benefit concerned is:

- a benefit the amount of which does not depend on the duration of periods of insurance or residence, or
- a benefit the amount of which is determined on the basis of a credited period deemed to have been completed between the date on which the risk materialised and a later date, overlapping with:



- iki veya daha fazla üye devlet arasında aynı borçlanılmış sürelerin bir kereden fazla hesaba katılmasını engellemeye yönelik bir Antlaşmanın imzalandığı durumlar hariç olmak üzere aynı türden yardımlar veya
- miktarı sigorta veya ikamet sürelerine bağlı olmayan bir yardım.

Atıfta bulunulan yardımlar ve Antlaşmalar 883/04 sayılı Tüzüğün IX. Ekinde listelenmiştir.

### 3. Farklı türden ödemelerin çakışması

55. Madde farklı türden yardımların çakışmasına ilişkin kuralları belirlemektedir. Yardımlardan en az birinin sigorta veya ikamet süresine bağlı olmadığı durumlarda farklı türden yardımların varlığı söz konusudur. 55. Madde farklı türden yardımların veya başka bir gelirin elde edilmesinin devletlerin mevzuatında geçen çakışmayı önleyici kuralların uygulanmasına bağlı olduğu haller için aşağıdaki durumlara ilişkin hükümler sunmaktadır:

**İki veya daha fazla bağımsız yardım:** Yetkili kurum yardımların miktarlarını, yardımları veya diğer gelirleri ilgili kurallara tabi olan yardımların sayısına göre hesaba katar. Fakat bu durum kişiyi Tüzük kapsamında sahip olduğu emekli statüsünden mahrum edici bir etkiye sahip olmamalıdır.

Örneğin ulusal kuralların yaşlılık ve dul ve yetim aylıklarının işsizlik yardımı ile çakışmasına engel olduğu bir üye devlette kişinin ayda 2000 Euro tutarında yaşlılık aylığı, ayda 1000 Euro tutarında dul ve yetim aylığı ve ayda 1500 Euro tutarında işsizlik yardımı hakkı vardır.

Koordinasyon Tüzüklerindeki yardımların çakışmasına ilişkin kurallar geçerli olmasaydı yaşlılık aylığı şu şekilde azaltılırdı:

$$2000 \text{ (aylığın miktarı)} - 1500 \text{ (işsizlik yardımının miktarı)} = 500$$

Dul ve yetim aylığı ise şu şekilde azaltılırdı:

$$1000 \text{ (aylığın miktarı)} - 1500 \text{ (işsizlik yardımının miktarı)} = \text{sıfır.}$$

Fakat koordinasyon kurallarının çakışan yardımlar üzerinde sahip olduğu etki nedeniyle işsizlik yardımı aylıkların sayısına bölünür (bu örnekte iki aylık söz konusu) ve ortaya çıkan miktar aylıkların her birinden düşülür. Dolayısıyla yaşlılık aylığı şu şekilde hesaplanır:

$$2000 \text{ (aylığın miktarı)} - 750 \text{ (işsizlik yardımının ikiye bölünmüş hali)} = 1,250$$

Dul ve yetim aylığı da şu şekildedir:

$$1,000 \text{ (aylığın miktarı)} - 750 \text{ (işsizlik yardımının ikiye bölünmüş hali)} = 250 \text{ Euro.}$$



- a benefit of the same type, except where an agreement has been concluded between two or more Member States to avoid the same credited period being taken into account more than once, or
- a benefit the amount of which does not depend on the duration of periods of insurance or residence.

The benefits and agreements referred to are listed in Annex IX of Regulation 883/04.

### 3. *Overlapping of benefits of a different kind*

Article 55 sets out the rules on overlapping of benefits of a different kind. Benefits of a different kind are where at least one of the benefits is not based on a period of insurance or residence. Article 55 provides that if the receipt of benefits of a different kind or other income requires the application of the rules to prevent overlapping provided for by the legislation of the Member States concerned regarding:

**Two or more independent benefits:** The competent institutions must divide the amounts of the benefit or benefits or other income, as they have been taken into account, by the number of benefits subject to the relevant rules. However, this must not have the effect of depriving the person concerned of his or her status as a pensioner under the Regulation.

For example, in a Member State where national rules do not allow old age and survivor's pensions to overlap with unemployment benefit, a person is entitled to an old age pension of 2000 euros per month, a survivor's pension of 1000 euros per month and unemployment benefit which is 1,500 euros per month.

If the rules on overlapping of benefits in the coordinating Regulations did not apply the old age pension would be reduced by:

$$2000 \text{ (amount of pension)} - 1,500 \text{ (amount of unemployment benefit)} = 500$$

While the survivor's pension would be reduced by:

$$1000 \text{ (amount of pension)} - 1,500 \text{ (amount of unemployment benefit)} = \text{nil.}$$

However, the effect of the coordinating rules on overlapping of benefits is that the unemployment benefit is divided by the number of pensions, in this case two, and one half is deducted from each pension. Thus the old age pension is:

$$2000 \text{ (amount of pension)} - 750 \text{ (amount of unemployment benefit divided by 2)} = 1,250$$

And the survivor's pension is:

$$1,000 \text{ (amount of pension)} - 750 \text{ (amount of unemployment benefit divided by 2)} = 250 \text{ euros.}$$

**Bir veya daha fazla oransal yardım:** Yetkili kurum yardımı, yardımları veya diğer gelirleri ve çakışmanın önlenmesine ilişkin kuralların uygulanmasına ilişkin bütün unsurları sigorta ve/veya ikamet süreleri arasındaki oranın fonksiyonu olarak hesaba katmak durumundadır.

Örneğin bir kişi A ve B üye devletlerinden yaşlılık aylığı, A üye devletinden de bu devletteki 15 yıllık sigorta süresine ve B üye devletindeki 10 yıllık sigorta süresine dayanarak dul ve yetim aylığı aldığını düşünelim. Oransal (pro-rata) bileşen A üye devletinde beşte üç, B üye devletinde ise beşte iki oranındadır. Dolayısıyla bu kişinin 2000 Euro tutarında bir geliri olması halinde beşte üçlük miktar A üye devletinin ödediği yardımlardan, beşte ikilik oran ise B üye devletinin ödediği yardımlardan düşülür.

**Bir veya daha fazla bağımsız yardım ve bir veya daha fazla oransal yardım:** Yetkili kurum bağımsız yardımlar için gerekli değişiklikleri yaparak *iki veya daha fazla bağımsız yardımla* ilgili kuralları uygular; oransal yardımlar için ise yine gerekli değişiklikleri yaparak *bir veya daha fazla oransal yardımla* ilgili kuralları uygular (bkz. yukarıya).

#### E. Geçici yardım ödemeleri

997/09 sayılı Tüzüğün 50. Maddesi yardımlarla ilgili kısmi ödemeler ve avans ödemelerine ilişkin kuralları belirlemiştir. Madde 50, yardım talebinin incelenmesi sırasında uygulanabilir mevzuata göre talep sahibinin bağımsız yardıma hak kazandığını kabul eden bir kurum bu yardımı geciktirmeden ödemek durumundadır. Fakat eğer miktarın talep inceleme prosedürün sonucundan etkilenme durumu varsa bu ödeme geçici olarak kabul edilir.

Bunun yanı sıra 883/04 sayılı Tüzüğün 52(1)(b) Maddesi kapsamında (bkz. Kısım C.1) mevcut bilgiler ışığında başvuruda bulunan kişinin bir kurumdan yardım alma hakkına sahip olduğu açıksa bu kurum Madde 52(1)(b) kapsamında ödenecek olan miktara mümkün olduğunca yakın bir tutarda avans ödemesi yapmak durumundadır.

#### F. Aylık hesabının gözden geçirilmesi

883/04 sayılı Tüzüğün 59. Maddesi yardımların yeniden hesaplanması ve yeniden değerlendirilmesiyle ilgili kuralları belirlemektedir. Madde 59, yardımların belirlenmesine ilişkin yöntemin veya yardımların hesaplanmasına ilişkin kuralların bir üye devletin mevzuatında değiştirilmesi halinde veya ilgili kişinin kişisel durumunun o mevzuata göre değişmesinin yardım miktarında değişikliğe yol açması halinde 883/04 sayılı Tüzüğün 52. Maddesi uyarınca hesaplama yeniden yapılır (bkz. Kısım C.1).

Örneğin bir kişinin aylığı kişisel koşulların değişiminden ötürü (mesela kişinin 80 yaşına erişip ek aylık alma hakkı kazanması) artışa uğrarsa bu durumda 883/04 sayılı Tüzüğün 52. Maddesi temel alınarak aylık yeniden hesaplanır.

**One or more pro rata benefits:** The competent institutions must take into account the benefit or benefits or other income and all the elements stipulated for applying the rules to prevent overlapping as a function of the ratio between the periods of insurance and/or residence.

For example, a person receives an old age pension from Member States A and B and a survivor's pension from Member State A based on insurance of 15 years in Member State A and 10 years in Member State B. The pro-rata component is three-fifths in Member State A and two-fifths in Member State B. Therefore, if that person receives an income of 2000 euros then three-fifths will be deducted from the benefits of Member State A and two-fifths from the benefits of Member State B.

**One or more independent benefits and one or more pro-rata benefits:** The competent institutions must apply *mutatis mutandis* the rules for *two or more independent benefits* as regards independent benefits and those for *one or more pro rata benefits* as regards pro rata benefits (see above).

#### E. Provisional payment of benefits

Article 50 of Regulation 997/09 provides for the provisional instalments and advance payment of benefit. Article 50 provides that any institution which establishes, while investigating a claim for benefits, that the claimant is entitled to an independent benefit under the applicable legislation must pay that benefit without delay. However, that payment is considered to be provisional if the amount might be affected by the result of the claim investigation procedure.

Furthermore, whenever it is evident from the information available that the claimant is entitled to a payment from an institution under Article 52(1)(b) of Regulation 883/04 (See C.1. ), that institution must make an advance payment, the amount of which must be as close as possible to the amount which will probably be paid under Article 52(1)(b).

#### F. Review of pension calculation

Article 59 of Regulation 883/04 sets out the rules on the recalculation and revaluation of benefits. Article 59 provides that if the method for determining benefits or the rules for calculating benefits are altered under the legislation of a Member State, or if the personal situation of the person concerned undergoes a relevant change which, under that legislation, would lead to an adjustment of the amount of the benefit, a recalculation must be carried out in accordance with Article 52 of Regulation 883/04 (See C.1. above).

For example, if a person's pension is increased because their personal circumstances change, for instance they reach the age of 80 and qualify for an additional pension supplement, then a recalculation must be carried out on the basis of Article 52 of Regulation 883/04.

Diğer yandan geçim giderlerinde artış veya gelir düzeyinde değişiklik olması nedeniyle veya başka değişikliklerden ötürü ilgili devletin yardımları belirli bir yüzdede veya sabit oranda değiştirilirse, bu miktar aynı zamanda 52. Madde'ye göre belirlenmiş olan yardımlara da doğrudan, yeniden hesaplama yapılmadan uygulanmak durumundadır (bkz. Kısım C.1).

Örneğin bir kişinin A üye devletindeki aylığının geçim giderlerini yansıtacak şekilde %2 oranında artırılması halinde bu miktar yeniden hesaplama ihtiyacı duyulmaksızın doğrudan aylığın miktarına uygulanır, yani B üye devleti A üye devleti tarafından ödenen artırılmış aylığı yansıtacak şekilde kendi ödediği yardımları yeniden hesaplamak durumunda kalmaz.

#### G. İkamet kurallarından feragat edilmesi

Bölüm 6'da da açıklanmış olduğu üzere, ikamet hükümleri ve ülkesellik ilkesinin uygulanması ulusal mevzuatların çoğunda görülen bir özelliktir. Bu da bir kişinin emekli olduktan sonra aylığını kendi ülkesine veya seçtiği başka bir üye devlete taşıyamayabileceği anlamına gelmektedir.

Yardımların ihracı Antlaşma tarafından sağlanmaktadır: AB Antlaşmasının 48. Maddesi Avrupa Parlamentosunun ve Konseyin, işçilerin serbest dolaşımının sağlanması için gerekli olan sosyal güvenlik alanındaki önlemlerden biri olan yardımların korunması önlemi için *devletlerin sınırları dahilinde ikamet eden kişilere ödeme yapılmasını* sağlamaları gerektiğini belirtmektedir.

883/04 sayılı Tüzüğün 7. Maddesi yardımların ihracına ilişkin kuralları içerir. Madde 7'ye göre, bir veya daha fazla üye devletin mevzuatı altında ödenebilir durumda olan nakdi yardımların, faydalanıcı veya aile fertleri yardımların tedarikinden sorumlu kurumun bulunduğu ülkeden başka bir ülkede ikameti gerekçesiyle herhangi bir kesintiye, değişikliğe, askıya alınmaya, geri çekilmeye veya el koymaya tabi tutulamaz.

#### H. Aylık hesaplama sürecinin hızlandırılması için alınan idari önlemler

987/09 sayılı Tüzüğün 52. Maddesi aylık hesaplama sürecinin hızlandırılmasına yönelik önlemler öngörmektedir. Başvuruların incelenmesinin ve yardımların ödenmesinin kolaylaştırılması ve hızlandırılması için kişinin o zamana kadar mevzuatlarına tabi olduğu kurumlar bir uygulanabilir mevzuattan diğerine geçiş yapan kişi ile ilgili olarak bilgi alışverişinde bulunurlar ve birlikte bu tanımlama unsurlarının korunmasını güvence altına alırlar veya ilgili kişilerin tanımlama unsurlarına doğrudan erişimlerini sağlarlar.

Ulusal kurumlar aynı zamanda aylık haklarının başlangıcı için uygulanan asgari yaşa erişimden önce veya ulusal mevzuat tarafından belirlenen bir yaştan önce ilgili kişiyi ve diğer devletlerin kurumlarını bir uygulanabilir mevzuattan diğerine geçiş yapan kişilerin aylık haklarıyla ilgili bilgilendirirler (tamamlanan süreler veya diğer önemli unsurlar) veya bunu yapamazlarsa ilgili kişilere yardım haklarıyla ilgili bilgi edinmenin yollarını gösterirler.

On the other hand, if, by reason of an increase in the cost of living or changes in the level of income or other grounds for adjustment, the benefits of the Member State concerned are altered by a percentage or fixed amount, this amount must be applied directly to the benefits determined in accordance with Article 52 (See C.1. above), without making a recalculation.

For example, if the a person's pension in Member State A is increased by 2 % to reflect an increase in the cost of living then that amount is applied directly to the amount of pension without a recalculation being required, i.e. Member State B may not recalculate its own benefits to absorb the increased pension paid by Member State A.

#### G. Waiving of residence rules

As described in Chapter 6, the existence of residence clauses and the application of the principle of territoriality is a constant feature of most national legislations. This would mean that a person may not be able to take a pension back to their home country on retirement or to another member State of their choosing.

Export of benefits is provided for by the Treaty: Article 48 TEU specifies that the European Parliament and the Council shall adopt *payment of benefits to persons resident in the territories of Member States* for the purpose of retaining the right to benefit as one of the measures in the field of social security that are necessary to provide freedom of movement for workers.

Article 7 of Regulation 883/04 sets out the rules for the export of benefits. Article 7 provides that cash benefits payable under the legislation of one or more Member States must not be subject to any reduction, amendment, suspension, withdrawal or confiscation on account of the fact that the beneficiary or the members of his/her family reside in a Member State other than that in which the institution responsible for providing benefits is situated.

#### H. Administrative measures intended to accelerate the pension calculation process.

*Article 52* of Regulation 987/09 provides measures intended to accelerate the pension calculation process. Specifically, in order to facilitate and accelerate the investigation of claims and the payment of benefits, the institutions to whose legislation a person has been subject must exchange with or make available to institutions of other Member States the elements for identifying persons who change from one applicable national legislation to another, and together ensure that those identification elements are retained and correspond, or, failing that, provide those persons with the means to access their identification elements directly.

The national institutions must also, sufficiently in advance of the minimum age for commencing pension rights or before an age to be determined by national legislation, exchange with or make available to the person concerned and to institutions of other Member States information (periods completed or other important elements) on the pension entitlements of persons who have changed from one applicable legislation to another or, failing that, inform those persons of, or provide them with, the means of familiarising themselves with their prospective benefit entitlement.

## **II. Dul ve Yetim Aylığı**

Dul ve yetim aylıklarını düzenleyen koordinasyon kuralları, Kısım 1'de açıklanan yaşlılık aylıklarını düzenleyen kurallar ile aynıdır.

## **II. Survivors' pensions**

The coordination rules governing Survivors' pensions are identical to those governing old age pensions described in Part 1.

### III. Malullük Aylığı

3. Bölüm maluliyet aylıklarıyla ilgili koordinasyon kurallarını ele almaktadır. Bölüm III, Kısım 1 malullük kavramını; Kısım 2 malullüğün tespitine ilişkin kuralları; Kısım 3 malullük yardımlarının ikili koordinasyon sistemini ve Kısım 4 ise malullüğün ağırlaşmasına ilişkin kuralları açıklamaktadır. Son olarak Kısım 5'te malullük aylığının yaşlılık aylığına dönüştürülmesiyle ilgili kurallar ve usuller ele alınmaktadır.

#### A. Malullük kavramı

Malullük zor ve üye devletlerin çoğunda tartışılan bir kavramdır. Belirli bir fiziksel veya zihinsel durumu ifade eder. Kural olarak ilgili kişinin sağlıklı bir kişiye veya sağlıklı bir işçiye kıyasla daha düşük bir beceri kullanım düzeyine sahip olması söz konusudur. Fakat sosyal güvenlik yardımları açısından yaklaşıldığında malullük aylıklarını uzun süreli hastalık yardımlarından ayırmak zor olabilir (bkz. Bölüm 4). Bu ayırım önemlidir çünkü bir yardımın nasıl sınıflandırıldığına bağlı olarak farklı koordinasyon biçimlerine ihtiyaç duyulabilir. İki yardım türünü ayıran kriterlerden biri durumun süresi ve kalıcılığı ve dolayısıyla ödenme süresidir. Nakdi hastalık yardımları genelde sadece sınırlı bir süreliğine ödenirler ve kişinin sağlık durumunun bu dönemden sonra kişinin çalışma hayatına dönmesine müsaade edeceği varsayılır. Malullük aylıkları ise kişinin sağlığının iyileşmesinin beklenmediği durumlarda verilir.

#### B. Malullüğün tespiti

Farklı devletlerin farklı malullük tanımları vardır. 883/04 sayılı Tüzüğün 46(3). Maddesi bir devletin kurumu tarafından bir kişinin malullük derecesine ilişkin olarak alınan bir kararın, devletlerin mevzuatlarının Tüzüğün VII Ekinde belirtilmiş olan malullük derecelerinin koşulları konusunda uyumlu olmaları halinde diğer ilgili devletler için de bağlayıcı olduğunu belirtmektedir. Diğer durumlarda her devlet kendi mevzuatını uygular.

987/09 sayılı Tüzüğün 49. Maddesine göre, 883/04 sayılı Tüzüğün 46(3). Maddesinin uygulanabilir olduğu durumlarda, İrtibat Kurumu tarafından uygulanan mevzuat 883/04 sayılı Tüzüğün VII Ekine dahilse talep sahibinin malullük derecesinin belirlenmesinden sorumlu olan tek kurum bu kurumdur; eğer dahil değilse mevzuatı bu Ek'e dahil olan ve talep sahibinin son tabi olduğu kurum sorumludur.

İrtibat Kurumu mümkün olduğunca kısa sürede uygulanabilir mevzuatta belirtilmiş olan uygunluk koşullarının karşılanıp karşılanmadığına karar verir ve gecikmeye mahal vermeden diğer ilgili kurumları bu konuyla ilgili olarak bilgilendirir.



### **III. Invalidity benefits**

Part III presents the coordination rules concerning Invalidity benefits. Part III, section 1 presents the concept of invalidity; section 2, the rules for the determination of invalidity; section 3 the dual coordination system for invalidity benefits; and section 4 the rules concerning the aggravation of invalidity. Finally, section 5 describes the rules and procedures for the conversion of an invalidity pension into an old age pension.

#### **A. The concept of invalidity**

Invalidity is a difficult and in many Member States a contentious concept. It implies a certain physical or mental condition. As a rule the person concerned must have less use of a faculty or faculties compared to a healthy person or to a healthy worker. However, with respect to social security benefits it may be difficult to distinguish between invalidity pensions and long-term sick benefits (See Chapter 4). The distinction is important because different coordination might be required depending on how a benefit is classified. One criterion by which to distinguish between the two types of benefit is the likely duration and the permanence of the condition and consequently the duration of the payment of benefit. Cash sickness benefits are generally paid only for a limited period of time and assume that the health condition of the person concerned will allow a return to gainful employment after this period, whereas invalidity pensions are intended for situations in which the person's health cannot necessarily be expected to improve.

#### **B. Determination of invalidity**

The different Member States have different definitions of disability. Article 46(3) of Regulation 883/04 provides that a decision taken by an institution of a Member State concerning the degree of invalidity of a claimant is binding on the institution of any other Member State concerned, provided that the concordance between the legislation of these Member States on conditions relating to the degree of invalidity is acknowledged in Annex VII of the Regulation. In other situations each Member State must apply its own legislation.

Article 49 of the Regulation 987/09 provides that where Article 46(3) of Regulation 883/04 is applicable, the only institution authorised to take a decision concerning the claimant's degree of invalidity is the Contact Institution, if the legislation applied by that institution is included in Annex VII of Regulation 883/04, or failing that, the institution whose legislation is included in that Annex and to whose legislation the claimant was last subject.

The Contact Institution must take that decision as soon as it can determine whether the conditions for eligibility laid down in the applicable legislation are met and it must notify the other institutions concerned of that decision without delay.

Fakat malullüğün derecesi dışındaki uygulanabilir mevzuatta belirlenmiş olan uygunluk kriterlerinin karşılanmadığı durumlarda İrtibat Kurumu gecikmeden kişinin mevzuatına son tabi olduğu üye devletin yetkili kurumunu bilgilendirir. Bahsi geçen ikinci kurumun uygulanabilir mevzuattaki uygunluk koşullarının karşılanması durumunda malullüğün derecesiyle ilgili karar alma yetkisi vardır. Bu kurum ilgili diğer kurumları kararıyla ilgili olarak derhal bilgilendirir.

### *1. Tıbbi muayene ve idari denetimler*

883/04 sayılı Tüzük'ün 46(3). Maddesi uygulanmadığında, her kurumun kendi mevzuatı uyarınca malullük derecesini belirlemek için talep sahibinin kurumun kendisinin seçtiği bir tıp doktoru ya da uzman tarafından muayene edilmesini gerektirme hakkı bulunmalıdır. Ancak, üye devletlerdeki kurumlar, başka üye devletlerin kurumlarınca düzenlenen belge, tıbbi rapor ve idari bilgileri kendi ülkesinde düzenlenmişler gibi dikkate almalıdırlar.

987/09 sayılı Tüzük'ün 87. Maddesine göre; yardım talebinde bulunan ya da yardım alan kişiler ile bu kişilerin aile fertleri borçlu kurumun bulunduğu üye ülkenin dışında bir üye devlette kaldıkları ya da ikamet ettikleri takdirde, tıbbi muayene bu kurumun isteği üzerine, faydalanıcıların kaldıkları ya da ikamet ettikleri yerin mevzuatının gerektirdiği usullere uygun olarak kalınan ülkedeki kurum tarafından gerçekleştirilmelidir.

Borçlu kurum, gerekli olduğunda, kalınan ya da ikamet edilen yerdeki kurumu, tıbbi muayene kapsamına girmesi gereken noktalar ve özel gereksinimler konusunda bilgilendirmelidir.

Kalınan ya da ikamet edilen yerdeki kurum, tıbbi muayene talebinde bulunan borçlu kuruma muayene sonucunda bir rapor göndermelidir. Borçlu kurum, kalınan ya da ikamet edilen yerdeki kurumun bulgularını kabul etmek zorundadır.

Borçlu kurum, kendi istediği hekim tarafından faydalanıcının muayene edilmesini gerekli kılabilirken, faydalanıcının borçlu kurumun bulunduğu üye devlete dönmesinin istenebilmesinin tek yolu faydalanıcının sağlığına zarar gelmeden seyahat edebilecek durumda olması ve seyahat ve kalacak yer masraflarının borçlu kurum tarafından karşılanmasıdır.

Aylık talebinde bulunan ya da aylık alan kişiler ile bu kişilerin aile fertleri borçlu kurumun bulunduğu ülkenin dışında bir devlette kaldıkları ya da ikamet ettikleri takdirde, idari denetim borçlu kurumun isteği üzerine faydalanıcının kaldığı ya da ikamet ettiği yerdeki kurum tarafından gerçekleştirilmelidir. Yine aynı şekilde, faydalanıcıdan seyahat etmesini istemenin tek koşulu, seyahatin sağlık durumuna zarar vermemesi ve seyahat masraflarıyla kalacak yer masraflarının borçlu kurum tarafından karşılanmasıdır.

However, where the eligibility criteria, other than those relating to the degree of invalidity, laid down in the applicable legislation are not met, the Contact Institution must, without delay, inform the competent institution of the last Member State to whose legislation the claimant was subject. The latter institution is authorised to take the decision concerning the degree of invalidity of the claimant if the conditions for eligibility laid down in the applicable legislation are met. It must notify the other institutions concerned of that decision without delay.

*1. Medical examination and administrative checks.*

Where Article 46(3) of Regulation 883/04 is not applicable, each institution must have the possibility of having the claimant examined by a medical doctor or other expert of its choice to determine the degree of invalidity in accordance with its own legislation. However, the institution of a Member State must take into consideration documents, medical reports and administrative information collected by the institution of any other Member State as if they had been drawn up in its own Member State.

Article 87 of Regulation 987/09 provides that without prejudice to other provisions, where a claimant or recipient of benefits, or a member of her or his family, is staying or residing within the territory of a Member State other than that in which the debtor institution is located, the medical examination must be carried out, at the request of that institution, by the institution of the beneficiary's place of stay or residence in accordance with the procedures laid down by the legislation applied by that institution.

The debtor institution must inform the institution of the place of stay or residence of any special requirements, if necessary, to be followed and points to be covered by the medical examination.

The institution of the place of stay or residence must forward a report to the debtor institution that requested the medical examination. This institution is bound by the findings of the institution of the place of stay or residence.

While the debtor institution has the right to have the beneficiary examined by a doctor of its choice, the beneficiary may be asked to return to the Member State of the debtor institution only if he or she is able to make the journey without prejudice to her or his health and the cost of travel and accommodation is paid for by the debtor institution.

Where a recipient or a claimant of benefits, or a member of his or her family, is staying or residing in the territory of a Member State other than that in which the debtor institution is located, the administrative check must, at the request of the debtor institution, be performed by the institution of the beneficiary's place of stay or residence. Once again, the beneficiary may be asked to make the journey only if it is without prejudice to her or his health and the cost of travel and accommodation is paid for by the debtor institution.

Giderek artan sayıda üye devlet, aylık alanları uygun işlere yönlendirmek ve bu konuda desteklemek için malullük yardımı programlarına çalışma teşviki önlemlerini de dâhil etmişlerdir. 987/09 sayılı Tüzük'ün 87(5). Maddesine göre; iki ya da daha fazla üye devletin yetkilileri ya da yetkili kurumları, hak talebinde bulunanların ve aylık alanların iş piyasasına hazırlıklarını ve bu sebeple kaldıkları ya da ikamet ettikleri devlette geçerli olan mevzuattan yararlanmalarını geliştirmek için özel hükümler ve usuller üzerinde görüşebilirler.

Bedelsiz karşılıklı idari işbirliği ilkesine, yukarıda bahsedilen denetimlere ait masrafların borçlu kurumun isteği üzerine denetimi gerçekleştiren kuruma geri ödenmesi gerektiği yönünde bir istisna getirilmiştir (987/09 sayılı Tüzük, 87(6). Madde).

### C. İkili Koordinasyon Sistemi: A ve B sistemleri

AB'de, A ve B sistemleri olmak üzere iki tür maluliyet sistemi vardır. A sistemi hastalık sigortasına benzemektedir. Bu kapsamda yardım miktarı sigorta süresine bağlı değildir ve hak kazanılması konusunda belirleyici koşul, kişinin malullüğü ortaya çıktığında sigortalı olmasıdır.

B sistemi ise, yaşlılık sigortasına benzemektedir. Dolayısıyla kişi ne kadar uzun süredir sigortalıysa, yardım miktarı da o kadar fazla olur.

Tüzük çerçevesinde, A tipi sistemler 883/2004 sayılı Tüzük'e ait Ek VI'de yer alan risk sistemleridir. B tipi sistemler ise diğer bütün sistemleri içermektedir (Ek VI'de yer verilmeyen risk sistemlerini de içermektedir).

883/04 sayılı Tüzük'e ait Ek VI'de tanımlanan hali hazırdaki A tipi sistemler şöyledir:

- Yunanistan
  - 4169/1961 sayılı Kanun kapsamında, tarım sigortasına ilişkin mevzuat (OGA)
- İrlanda
  - 1993 tarihli Sosyal Refah Kanunu (Bütünleştirme)'nun 15. Bölümü, Kısım II
- Finlandiya
  - 8 Haziran 1956 tarihli Ulusal Emeklilik Kanunu'na göre belirlenen ve Ulusal Emeklilik Yasası'nın (547/93) geçici kuralları kapsamında çıkarılan malullük yardımları;
  - Engellilere ya da genç yaşta engelli kalan kişilere verilen ulusal emekli aylıkları (Ulusal Emeklilik Yasası (547/93))

An increasing number of member countries have introduced activation measures into their invalidity benefit schemes in order to encourage and support benefit recipients into appropriate work. Article 87(5) of Regulation 987/09 provides that the competent authorities or competent institutions of two or more Member States may agree on specific provisions and procedures to improve the labour-market readiness of claimants and recipients and their participation in any schemes or programmes available in the Member State of stay or residence for that purpose.

As an exception to the principle of free-of-charge mutual administrative cooperation in Article 76(2) of Regulation 883/04, is that the amount of the expenses of the checks referred to above must be refunded to the institution which was requested to carry them out by the debtor institution which requested them. (*Article 87(6) of Regulation 987/09*).

### C. Dual coordination system: A and B systems

In the EU there are two types of invalidity schemes, known as A and B systems. The A system resembles sickness insurance ; the amount of benefit is not dependent on the length of insurance . Instead the decisive condition of entitlement is that the person is insured when the invalidity occurs.

The B system resembles old-age insurance. Thus the longer a person has been insured, the higher the benefit.

For the purposes of the Regulation Type A systems are the risk systems included in Annex VI to Regulation 883/2004. Type B systems are all the other systems (including risk systems not included in Annex VI).

The Type A schemes currently identified in Annex VI of Regulation 883/04 are:

- Greece
  - Legislation relating to the agricultural insurance scheme (OGA), under Law No 4169/1961
- Ireland
  - Part II, Chapter 15 of the Social Welfare (Consolidation) Act, 1993
- Finland
  - Invalidity pensions determined according to the National Pensions Act of 8 June 1956 and awarded under the transitional rules of the National Pensions Act (547/93)
  - National pensions to persons who are disabled or become disabled at an early age (the National Pensions Act (547/93))

- İsveç
  - Gelire ilişkin hastalık yardımı ve faaliyet tazminatı (2001:489 sayılı Kanun'la değişikliğe uğrayan 1962:381 sayılı Kanun)
- Birleşik Krallık
  - Büyük Britanya: 1992 tarihli Kuzey İrlanda Prim ve Yardımlar Kanunu'nun 30A(5), 40, 41 ve 68. Kısımları
  - Kuzey İrlanda: 1992 tarihli Prim ve Yardımlar Kanunu'nun 30A(5), 40, 41 ve 68. Kısımları

### 1. Koordinasyonun farklı ulusal rejim türlerinin yarattığı sorunu çözme zorunluluğu

B tipi sistemler tam yardımları almaya hak kazanabilmek için daha uzun sigorta süreleri gerektirmektedir. Bu sebeple, engellilik hali B tipi bir mevzuat kapsamında kısa bir sigorta süresinin akabinde gerçekleşirse sigortalının hak kazanacağı aylık miktarı düşük olacaktır.

B tipi sistemlerin ortak özelliği bekleme sürelerinin varlığıdır. Kişiler bu süre içerisinde engelli kalırlarsa, hiçbir yardım almaya hak kazanamazlar.

Ancak, kişiler B tipi bir mevzuat çerçevesinde hali hazırda sigortalı bulunmasalar bile daha önceden edindikleri hakları talep edebilirler.

A tipi sistemlerde kişilerin aylığa hak kazanmalarının tek yolu maluliyetin sigortalılık süresi içerisinde gerçekleşmesidir. A tipi bir mevzuat kapsamında sigortalı olan bir kişi, risk sigortanın ilk günü ortaya çıkmış olsa bile tam aylığa hak kazanır.

A tipi sistemlerin özellikleri dolaşım halindeki işçiler ve vatandaşlar için iki muhtemel sorun yaratmaktadır: Kişilere ya çok yüksek miktarda, ya da sadece bir ülkede çalışmış olmaları halinde çok düşük düzeyde ödemeler yapılır.

İlk ihtimali ele alacak olursak, öncelikle B tipi bir sistem kapsamında sigortalanmış olan ancak daha sonra A tipi bir sistem kapsamında sigortalıyken malul duruma gelen bir kişi, koordinasyon olmaksızın, hem A tipi (riskin ortaya çıktığı zamanda sigortalı olması sebebiyle) hem de B tipi (birikmiş haklar sebebiyle) sistemler kapsamında yardım alacaktır. Buna göre, dolaşım halinde olmayan bir işçiye nazaran çok yüksek miktarda bir yardım alınacaktır.

İkinci ihtimali değerlendirdiğimizde ise, öncelikle A tipi bir sistem kapsamında sigortalanmış, ancak daha sonra B tipi bir sistem kapsamında sigortalı iken malul duruma gelen bir kişinin, risk ortaya çıktığında sigortalı olmadığı gerekçesiyle A tipi mevzuat kapsamında hiçbir maluliyet yardımı alamayacağını, bu sebeple sadece B tipi mevzuat kapsamında yardıma hak kazanabileceğini görüyoruz.

- Sweden
  - Income-related sickness benefit and activity compensation (Act 1962:381 as amended by Act 2001:489)
- United Kingdom
  - Great Britain: Sections 30A(5), 40, 41 and 68 of the Contributions and Benefits Act 1992
  - Northern Ireland: Sections 30A(5), 40, 41 and 68 of the Contributions and Benefits (Northern Ireland) Act 1992.

*1. The problem created by the different types of national scheme that coordination must solve*

Type B schemes require relatively long periods of insurance to be eligible for full benefits. Therefore, if the disability occurs after only a short period of insurance under a Type B scheme the insured will only be entitled to a small amount of benefit.

Type B schemes also typically have waiting periods and if a person becomes disabled during this period they are not eligible for any benefit.

However, on the other hand, under a Type B scheme an insured person may claim rights that have been previously acquired even if they are no longer insured under that scheme.

Under a Type A scheme a person is only entitled to benefit if the disability occurs while she or he is actually insured. However, a person who is insured under a Type A scheme is eligible for the full benefit even if the risk materialises on the first day of insurance.

The characteristics of Type A schemes create two possible problems for mobile workers and citizens: in one scenario they would receive too high a benefit and in the other too little benefit compared to a person who has worked in only one country.

In the first scenario a person who has been insured firstly under a Type B scheme and then becomes disabled while insured under a Type A scheme would, without coordination, receive a benefit under both a Type A scheme (entitlement because insured at the time the risk materialised) and under a Type B scheme (stored rights). This scenario results in too high benefit compared to a worker who has not been mobile.

In the second scenario a person who has first been insured under a Type A scheme and then becomes disabled while insured under a Type B scheme would not be entitled to any disability benefit under the Type A scheme because s/he was not insured at the time the risk materialised and thus would receive benefit under the Type B scheme only.

Ancak, söz konusu kişi B tipi çerçevesinde tam bir sigorta süresini doldurmadığı sürece, sadece bir ülkede çalışmış olan bir kişinin alacağından daha düşük miktarda kısmi bir yardım almaya hak kazanacaktır.

## 2. Koordinasyonun getirdiği çözümler

Koordinasyon söz konusu çok yüksek ve çok düşük miktarda yardım sorunlarını ele almak için, sadece A tipi bir mevzuat kapsamında sigortalı olan dolaşım halindeki işçi ve vatandaşlar ile en az bir B tipi mevzuat kapsamında sigortalanan kişiler arasında fark gözetmektedir.

### **Sadece A tipi mevzuata tabi olan kişiler**

Kişi kariyeri boyunca A tipi sistemler kapsamında sigortalanmış ise, kişiye malullüğünün gerçekleştiği sırada tabi olduğu mevzuatın ait olduğu ülke tarafından tek bir malullük aylığı ödenir. (883/04 sayılı Tüzük'ün 44(2). Maddesi)

### **Sadece B tipi mevzuata ya da hem A hem B tipi mevzuata tabi olan kişiler**

Kişi en az B tipi bir sistem kapsamında sigortalanmış ise, malullük aylığı, yaşlılık aylığında kullanılan ve yukarıda Kısım C.1, Parça 1'de tanımlanan oransallaştırma ilkesi ışığında koordine edilir. Her üye devlet ödenecek miktarı öncelikle kendi ulusal mevzuatı kapsamında hesaplar, ardından "prorata" aylığı belirler ve iki aylık arasında daha yüksek miktarda olanı alıcıya verir. (883/04 sayılı Tüzük'ün 46. Maddesi)

## D. Malullüğün ağırlaşması

883/04 sayılı Tüzük'ün 47. Maddesi'ne göre, bir ya da daha fazla üye devletin mevzuatı kapsamında yardıma hak kazanan bir kişi maluliyetinin ağırlaşması durumunda mağdur olduğu takdirde, yardımlar *mutatis mutandis* (kıyas) uygulamasına ve Bölüm 5'e uygun olarak sağlanmalıdır. Ancak, söz konusu kişinin iki ya da daha fazla mevzuata tabi olduğu ve yardım alma durumunun başka bir üye devletin mevzuatına tabi olmadığı hallerde, yardım 44(2). Madde'ye uygun olarak sağlanır. (Yukarıya bakınız)

Ödenebilir durumdaki yardım ya da yardımların toplam miktarı, ilgili kişinin daha önce ödemediği sorumlu olan kurumdan aldığı yardım miktarından düşük olduğu takdirde, bu kurum kişiye iki miktar arasındaki farka denk gelecek bir ek ödeme yapmalıdır.

Kişinin başka bir devletin kurumu tarafından ödenen yardımları alma hakkı bulunmadığı takdirde, daha önceden yetkili olan devletin kurumu, benzeştirmeyi ve gerekli olduğunda da 883/04 sayılı Tüzük'ün 45. Maddesi'ni dikkate alarak, uyguladığı mevzuat çerçevesinde yardım sağlamalıdır.



However, unless this person has completed a full insurance career under the Type B scheme she or he will only be entitled to a partial benefit which will be lower than that of a person who has worked in one country only.

## 2. *The solutions provided by coordination*

To address these problems of too much and too little benefit, coordination distinguishes between mobile workers and citizens who have been insured only under Type A schemes and those who have been insured under at least one Type B scheme.

### **Persons subject only to Type A legislation**

If, during a career, a person has been insured exclusively under Type A systems, a single invalidity pension is paid by the Member State to whose legislation the person was subject when the invalidity occurred. (*Article 44(2) of Regulation 883/04*)

### **Persons subject either only to Type B legislation or to Type A and B legislation**

If a person has been insured under at least one Type B system, the invalidity pension is coordinated in the same way as an old-age pension, using the principle of proratisation described in Part I, C.1 above ; i.e. each Member State calculates firstly the amount under its own national legislation, then calculates a "prorata" pension and grants highest amount of the two benefits. (*Article 46 of Regulation 883/04*).

## D. Aggravation of invalidity

Article 47 of Regulation 883/04 provides that should a person who is receiving benefits under the legislation of one or more Member States suffer an aggravation of an invalidity the benefits must be provided in accordance with Chapter 5, applied *mutatis mutandis*. However, where the person concerned has been subject to two or more Type A legislations and since receiving benefit has not been subject to the legislation of another Member State, the benefit shall be provided in accordance with Article 44(2) (See above).

If the total amount of the benefit or benefits payable is lower than the amount of the benefit which the person concerned was receiving at the expense of the institution previously competent for payment, that institution must pay him or her a supplement equal to the difference between the two amounts.

If the person concerned is not entitled to benefits at the expense of an institution of another Member State, the competent institution of the Member State that was previously competent must provide the benefits in accordance with the legislation it applies, taking into account the aggravation and, where appropriate, Article 45 of Regulation 883/04.

## E. Malullüğün yaşlılık aylığına dönüştürülmesi

Malullük aylıkları, gerekli görüldüğü takdirde, sağlandıkları mevzuat ya da mevzuatlarca belirlenen koşullar kapsamında ve yaşlılık aylıkları konulu Bölüm 5'e uygun olarak yaşlılık aylıklarına dönüştürülebilirler. (Yukarıya bakınız) (*Madde 48*)

Malullük aylığı alan bir kişinin bir ya da daha fazla üye devletin mevzuatı kapsamında yaşlılık aylığı alma talebinde bulunduğu durumlarda, 50. madde'ye uygun olarak (yukarıdaki Kısım I.A'ya bakınız), bir üye devlet mevzuatı kapsamında malullük aylığı ödemekle sorumlu olan kurum, bu yardımlar yaşlılık aylığına dönüşene kadar malullük aylıklarını ödemeye devam etmelidir.

44. madde'ye uygun olarak (yukarıya bakınız) bir üye devletin mevzuatı kapsamında sağlanan malullük aylıkları yaşlılık yardımlarına dönüştürüldüğünde ve söz konusu kişi bir ya da daha fazla üye devletin söz konusu yardımları alma koşullarını yerine getiremediğinde, bu kişi ilgili ülke ya da ülkelerden aylığın dönüşüm tarihinden itibaren malullük aylığı almalıdır. Bu malullük aylıkları, Bölüm 5'le (yukarıya bakınız) uyumlu olarak, malullüğe sebebiyet veren iş göremezlik hali gerçekleştiğinde bu bölüm uygulanıyormuş gibi farz edilerek ilgili ulusal mevzuatlarca belirlenen yaşlılık aylığı alma koşullarını yerine getirene kadar sağlanmalıdır. Bu tür bir dönüşüm olmadığı hallerde de kişi söz konusu mevzuat ya da mevzuatlar kapsamında malullük aylıklarını almaya hak kazanana kadar sağlanmalıdır.

44. Madde kapsamında sağlanan malullük aylıklarının (yukarıya bakınız), faydalanıcı B tipi bir mevzuatın gerektirdiği hak kazanma koşullarını yerine getirdiği ya da kişi başka bir üye devletin mevzuatı kapsamında yaşlılık aylığı aldığı anda 883/04 sayılı Tüzük'ün 5. Bölümü ile uyumlu olarak yeniden hesaplanması gerekir.

## E. Conversion of invalidity into old-age pension

Invalidity benefits are converted into old-age benefits, where appropriate, under the conditions laid down by the legislation or legislations under which they are provided and in accordance with Chapter 5 on old age pensions (See above) (*Article 48*).

Where a person receiving invalidity benefits can establish a claim to old age benefits under the legislation of one or more other Member States, in accordance with Article 50 (See part I.A. above) any institution which is responsible for providing invalidity benefits under the legislation of a Member State must continue to provide the invalidity benefits until they has been converted into an old age pension.

Where invalidity benefits provided under the legislation of a Member State, in accordance with Article 44 (See above), are converted into old age benefits and where the person concerned does not yet satisfy the conditions laid down by the legislation of one or more of the other Member States for receiving those benefits, the person concerned must receive, from that or those Member States, invalidity benefits from the date of the conversion. Those invalidity benefits must be provided in accordance with Chapter 5 (See above) as if that Chapter had been applicable at the time when the incapacity for work leading to invalidity occurred, until the person concerned satisfies the qualifying conditions for old age benefit laid down by the national legislations concerned or, where such conversion is not provided for, for as long as he/she is entitled to invalidity benefits under the latter legislation or legislations.

The invalidity benefits provided under Article 44 (See above) must be recalculated in accordance with Chapter 5 of Regulation 883/04 as soon as the beneficiary satisfies the qualifying conditions for invalidity benefits laid down by a Type B legislation, or as soon as she or he receives old age benefits under the legislation of another Member State.

#### IV. Ölüm Yardımları

Ölüm yardımları 883/04 sayılı Tüzük'ün 3. Bölümü kapsamında koordine edilirler. 883/04 sayılı Tüzük'ün 42. Maddesi'nde, ölümün yetkili devletten başka bir üye devlette gerçekleşmesi ya da bu yardımı almaya hak kazanmış kişinin yetkili devletten başka bir üye devlette ikamet etmesi halinde yardımlara hak kazanma koşullarına ilişkin hükümlere yer verilmektedir.

883/04 sayılı Tüzük'ün 42. Maddesi'ne göre; sigortalı kişi ya da bu kişinin aile fertleri yetkili üye devletten başka bir üye devlette hayatını kaybettiği takdirde, ölüm yetkili devlette gerçekleşmiş gibi değerlendirilir. Yetkili kurumun, hak kazanmış kişi yetkili devletten başka bir üye devlette ikamet ediyor olsa bile kendi mevzuatı kapsamında ödenebilir konumda olan ölüm yardımlarını sağlaması gerekir. Ölümün iş kazası ya da meslek hastalığı sonucunda gerçekleşmesi halinde de aynı usul izlenir.

883/04 sayılı Tüzük'ün 43. Maddesi, bir emeklinin ölümü halinde yardım sağlanmasını gerektirmektedir. Bir üye devletin mevzuatı kapsamında emekli aylığı almaya hakkı kazanan veya iki ya da daha fazla üye devletin mevzuatları kapsamında birden fazla aylık almaya hakkı olan bir emeklinin ölümü halinde, söz konusu kişi 24 ve 25. Maddelerin (bkz. Bölüm 8) sağladığı aynı yardımların masrafından sorumlu kurumun bulunduğu üye devletin dışında başka bir üye devlette ikamet ettiği takdirde, bu kurumun idaresinde olan mevzuata göre ödenen ölüm yardımları, kişi öldüğü sırada söz konusu kurumun bulunduğu üye devlette ikamet ediyormuş gibi farz edilerek, kurumun hesabından ödenmelidir. Bu hükümler gereğince, emeklilerin aile fertlerine de *mutatis mutandis* (kıyas) ilkesi uygulanır.

#### **IV. Death Benefits**

Death benefits are coordinated under Chapter 3 of Regulation 883/04. Article 42 of Regulation 883/04 sets out the provisions concerning the right to grants where death occurs in, or where the person entitled resides in, a Member State other than the competent Member State.

Article 42 of Regulation 883/04 provides that when an insured person or a member of his or her family dies in a Member State other than the competent Member State, the death shall be deemed to have occurred in the competent Member State. The competent institution is obliged to provide death grants payable under the legislation it applies, even if the person entitled resides in a Member State other than the competent Member State. This is also the case when the death is the result of an accident at work or an occupational disease.

Article 43 of Regulation 883/04 provides for benefits in the event of the death of a pensioner. In the event of the death of a pensioner who was entitled to a pension under the legislation of one Member State, or to pensions under the legislations of two or more Member States, when that pensioner was residing in a Member State other than that of the institution responsible for the cost of benefits in kind provided under Articles 24 and 25 (See Chapter 8), the death grants payable under the legislation administered by that institution must be provided at its own expense as though the pensioner had been residing at the time of his/her death in the Member State in which that institution is situated. These provisions apply *mutatis mutandis* to the members of the family of a pensioner.

## V. Ön Emeklilik Yardımları

883/04 sayılı Tüzük'ün 1. Maddesi'nde ön emeklilik yardımları şöyle tanımlanmaktadır: Ön emeklilik yardımları, işsizlik parası ya da erken yaşlılık aylığı dışında kalan, verilmesi için ilgili kişinin yetkili devletin iş bulma kurumuna kayıtlı olması koşulu barındırmayan, belli bir yaştan itibaren gelir getiren faaliyetlerini azaltan, durduran ya da askıya alan işçilere yaşlılık ya da erken emeklilik aylığı almaya hak kazandıkları yaşa kadar sağlanan bütün nakdi yardımlardır. Ön emeklilik yardımları, normal emekliliğe hak kazanma yaşına gelinmeden, ya da bu yaşa gelindiğinde de verilebilen ya da başka bir yaşlılık yardımı ile değiştirilen "erken yaşlılık aylığı"ndan farklıdır. (*Madde 1*)

Ön emeklilik yardımları, 883/04 sayılı Tüzük'ün 7. Bölümü kapsamında koordine edilir. Bunlar sadece kısmen koordine edilirler ve hak kazanma halinin mümkün kılınması için sigorta sürelerinin birleştirilmesi söz konusu değildir. 883/04 sayılı Tüzük'ün 66. Maddesi'ne göre, uygulanabilir mevzuat ön emeklilik yardımlarını alma hakkını sigorta sürelerinin ve hizmet akdiyle ya da kendi hesabına çalışma sürelerinin tamamlanması koşuluna bağladığında, 6. madde (sürelerin toplanması ) uygulanmaz. (*66. Madde*).

## **V. Pre-retirement Benefits**

Pre-retirement Benefits are defined in Article 1 of Regulation 883/04 as: all cash benefits, other than an unemployment benefit or an early old-age benefit, provided from a specified age to workers who have reduced, ceased or suspended their remunerative activities until the age at which they qualify for an old-age pension or an early retirement pension, the receipt of which is not conditional upon the person concerned being available to the employment services of the competent State. Pre-retirement benefits are distinct from "early old-age benefit" which is a benefit provided before the normal pension entitlement age is reached and which either continues to be provided once that age is reached or is replaced by another old-age benefit (*Article 1*).

Pre-retirement benefits are coordinated under Chapter 7 of Regulation 883/04. Pre-retirement benefits are only partially coordinated - there is no aggregation of periods of insurance to create entitlement. Article 66 of Regulation 883/04 provides that when the applicable legislation makes the right to pre-retirement benefits conditional on the completion of periods of insurance, of employment or of self-employment, Article 6 (Aggregation of periods) - shall not apply (*Article 66*).

## **Bölüm 10.**

### **İşsizlik Bölümü**

İşsizlik yardımlarının koordinasyonu, işsizlik yardımlarının ülkesel özelliklerinden ötürü Koordinasyon Tüzüklerinin politik açıdan en hassas bölümlerinden biridir. Bir yandan işsiz kişinin iş bulmak için mümkün olduğunca çabalamak gibi bir yükümlülüğü varken, diğer yandan iş bulma kurumlarının yalnızca kişilere uygun işi bulmaları konusunda yardımcı olmak değil, aynı zamanda kişinin iş bulmaya yönelik çabalarını denetleme sorumluluğu söz konusudur. Denetime ve yerel iş piyasasında müsait durumda olmaya ilişkin bu unsurlar işsizlik yardımlarının ihracına ve olası ihracına özel bir ilgi gösterilmesini gerektirmektedir. İşsizlik yardımları alanındaki koordinasyon ilkelerinin bazı hükümleri ulusal koşullardan da etkilenmektedir.

Farklı koordinasyon ilkelerini anlatmadan önce işsizlik yardımlarının ne olduğunu tanımlamamız gerekmektedir.

#### **I. İşsizlik Yardımı Kavramı**

Tüzük işsizlik yardımı kavramına ilişkin herhangi bir tanım içermemektedir. Adalet Divanının sosyal güvenlik yardımları kavramı için her zaman geniş bir yorumlama kullandığını ve dikkat edilmesi gerekenin bir yardımın ulusal mevzuatta sosyal güvenlik yardımı olarak tanımlanıp tanımlanmadığı değil de yardımın amacı ve verilme koşulları olduğunu biliyoruz. Adalet Divanına göre işsizlik yardımları kişinin işsizlik nedeniyle kaybettiği geliri ikame etmek amacı taşıyan ve dolayısıyla o kişinin geçimini sağlayan yardımlardır (C-102/91 sayılı *Knoch* Davası). Fakat işsizlik yardımları yalnızca işsiz olan kişileri kapsamamaktadır, aynı zamanda gelecekte görülebilecek işsizliği önlemek için tasarlanan önlemler de bazen işsizlik yardımı olarak sınıflandırılabilir. Adalet Divanı güncel ekonomik durum ışığında üye devletlerin, işsizlik tehdidini önlemek için çalışan kişilerin niteliklerinin artırılmasını ve işsiz kişilerin yeniden eğitilip yeni iş bulmalarını sağlamak amacıyla mesleki eğitim sistemi oluşturduklarını gözlemlemiştir. Her iki yardım türünün amacı da işsizlikle mücadele etmek olduğu için geleceğe yönelik olarak işsizliğin önlenmesi amacını taşıyan yardımlar da işsizlik yardımlarının kapsamı altına girebilmektedir (C-375/85 sayılı *Campana* Davası). Fakat Divan, her bir davada mesleki eğitim desteği almak için başvuran bir çalışanın işsizlik alanında ele alınıp alınamayacağıyla ilgili kararın ulusal mercilere ait olacağını belirlemiştir. Dolayısıyla işsizliğin geleceğe yönelik olarak önlenmesi amacını taşıyan yardımlar hariç tutulmamıştır. Ancak yeniden meslek eğitiminin teşvik edilmesi yalnızca faal bir işçi somut bir işsizlik tehdidi ile karşı karşıya kaldığında bir işsizlik yardımı olarak kabul edilebilir.



## **Chapter 10.**

### **The unemployment chapter**

The coordination of unemployment benefits certainly belongs to one of the most politically sensitive chapters of the Coordination Regulations due to the territorial characteristics of unemployment benefits. While on the one hand, not at least for the unemployed person there is a fundamental obligation to try as much as possible to find a job, on the other hand the unemployment institutions do not only have the task to help the unemployed person to find an appropriate job, but also to supervise the unemployed person in his efforts to find a job. These elements of control and being available to the local labour market imply that the export or possible export of unemployment benefits is looked at with special attention. Several provisions of the coordination principles in the field of unemployment benefits are witness of these territorial issues.

Before we describe the different coordination principles, we first need to define what unemployment benefits are.

#### **I. Concept of unemployment benefit**

The Regulation does not in itself give any definition of the concept of unemployment benefits. We know that the Court of Justice always used a wide interpretation of the concept of social security benefits and that one has in particular to look at its purpose and the conditions for its grants and not at whether the national legislation describes the benefit as a social security benefit or not. According to the Court of Justice unemployment benefits are benefits intended to replace the remuneration, which a person has lost because of unemployment and thereby provides for the maintenance of that person (Case C-102/91, *Knoch*). However, unemployment benefits do not only cover people who are already unemployed, but also measures designed to counteract future unemployment may sometimes be classified as an unemployment benefit. The Court of Justice observed that in the light of the present economic situation, the Member States have established a system for vocational training, intended both to enable persons in employment to improve their qualifications to avoid the threat of unemployment, and to enable unemployed persons to retrain and find new employment. As both types of benefit are intended to combat unemployment, also benefits intended to prevent future unemployment may fall under the expression of unemployment benefits (Case C-375/85, *Campana*). However, the Court determines that it will be up to the national authorities to assess in each individual case whether a person in employment who applies for assistance for vocational training may be deemed to be actually threatened by unemployment. So benefits to prevent future unemployment are not excluded, but provisions for promoting professional retraining may only be considered as an employment benefit if an active worker is exposed to a concrete threat of unemployment.

Belirli bir yardımın işsizlik yardımıyla benzerlik gösterip göstermediği incelenirken hesaplamanın dayandığı temel ile birlikte amaca, hedefe ve verilme koşullarına da bakılır ve farklı ulusal mevzuatlar hesaba katılmaksızın benzer olup olmadıkları belirlenir (bkz. örn. C-171/82 sayılı *Valentini* Davası). Yasal emeklilik ve kaza sigortası mevzuatına göre azalan çalışma kapasitesine veya iş göremezliğe dayanarak yardım talebinde bulunan işsiz kişilere verilen avans ödemesi şeklinde bir yardım işsizlik yardımı olarak kabul edilmelidir (C-228/07 sayılı *Petersen* Davası).

Bu durumda ya gelir ikamesi için veya işten çıkartılmadan ötürü, belirli bir yaşa gelmiş kişilere emeklilik yaşına erişene kadar verilen ve emeklilik yaşına yaklaşmış olan kişilerin yerlerini işsiz gençlere bırakmasını sağlayan yardımlar hangi kapsamda ele alınmalıdır? Bunlar işsizlik yardımı mı, yoksa yaşlılık yardımı mıdır? Bu önlemler yaşlılık yardımlarıyla benzerlik gösterse de amaç ve hedef açısından yaklaşılacak olunursa hesaplamanın dayandığı temelden ve verilme koşullarından ötürü bahsi geçen son yardımlardan ayrılırlar (C-171/82 sayılı *Valentini* Davası). Fakat istihdamı teşvik etmekten çok kişileri iş piyasasından çıkmaya iten bu yardımlar işsizlik yardımı olarak kabul edilebilir mi? Bu soru Adalet Divanı tarafından yanıtlanmamıştır. Fakat şu anda maddi uygulama alanı altında ele alınan ön emeklilik ödemelerinin yer aldığı 883/2004 sayılı Tüzük tarafından düzenlenmektedirler. Ön emeklilik ödemeleri işsizlik veya erken emeklilik ödemelerinden farklı olan, emekliliğe veya erken emekliliğe hak kazanma yaşlarına kadar geçen sürede gelir faaliyetleri azalan, sona eren veya askıya alınan belirli yaştaki işçilere verilen ve verilmesi kişinin yetkili devletin istihdam hizmetlerinde kayıtlı olması koşuluna bağlı olmayan nakdi ödemeler olarak tanımlanmaktadır.

Aynı şekilde, işverenlerinin iflası üzerine işçinin alması gereken miktarın sağlanmasına yönelik olan ödemeler işsizlik yardımlarını oluşturmazlar (C-39/76 sayılı *Mouthaan* Davası). Öte yandan 50 yaş üstü işsiz kişilere verilen ve verilmesi isteğe bağlı olmayan, işçinin çalışma kapasitesini yitirdiği durumlarda gönülsüz iş kaybına ilişkin riskleri kapsamayı amaçlayan, alıcıları işsizlik yardımı alan diğer işçiler ile aynı koşullara tabi tutulan bir yardım ulusal mevzuata göre alıcının iş arayan kişi olarak kaydolmaktan muaf olması durumunda bile işsizlik yardımı olarak değerlendirilmelidir (C-406/04 sayılı *Decuyper* Davası). Kapanma veya yeterli duruma getirme nedeniyle işten çıkartılan ileri yaşta kömür madeni işçileri için sağlanan bir yardım işsizlik yardımı olarak kabul edilemez. Çünkü yardımın tutarı yaşlılık aylıklarıyla düzenleyen hükümlerle uyumlu olarak belirlenir ve adaptasyon yardımlarının alıcılarının iş aradıklarına dair bir kayıtları bulunması, iş piyasasında uygun durumda bulunmaları veya geliri belirli bir tavanı aşan hizmet akdine bağlı veya kendi hesaplarına bir faaliyet yürütmekten kaçınmaları gerekmez (C-25/95 sayılı *Otte* Davası).

İşsizlik yardımının ulusal mevzuata göre bilinen bu tipik özellikleri önemlidir ve dolayısıyla Tüzükler bu mevzuat kapsamında işsizlik yardımlarının tipik özelliklerini taşıyan kapsama alırlar.

When investigating whether a certain benefit would be similar to an unemployment benefit, one has to look for their purpose and object, together with the basis on which they are calculated and the conditions for granting them and if they are identical, irrespective of characteristics peculiar to the various national laws (see eg case *Valentini*, C-171/82). A benefit such as an advance granted to unemployed persons, who applied for the grant of a benefit under the statutory pension and accident insurance scheme, on the ground of reduced capacity to work or incapacity to work, must be considered as an unemployment benefit (Case C-228/07, *Petersen*).

What about benefits compensating for a loss of income, due to dismissal, but which are given to certain persons who reached a certain age, until the person concerned reaches the pensionable age and which are used as an instrument within employment policy, in as much as they help to release posts by workers who are near the age of retirement for the benefit of younger unemployed persons? Are these unemployment benefits or old-age benefits? Although these measures might be similar to old-age benefits as regards to purpose and object, they clearly differ from these last benefits in respect of the basis on which they are calculated and the conditions for their grant (Case C-171/82, *Valentini*). But can they be considered as a form of unemployment benefit, exactly as they rather remove people from the labour market instead of promoting employment? This question was not really answered by the Court of Justice, but has now explicitly been arranged under the new Regulation 883/2004 where preretirement benefits are now explicitly mentioned under the material field of application. Pre-retirement benefits are defined as all cash benefits, other than an unemployment benefit or an early old-age benefit, provided from a specified age to workers who have reduced, ceased or suspended their remunerative activities until the age at which they qualify for an old-age pension or an early retirement pension, the receipt of which is not conditional upon the person concerned being available to the employment services of the competent state.

To the same extent, benefits the aim of which is to enable the worker who is owed wages following the insolvency of his employer to recover the amounts due to him, do not constitute unemployment benefits (Case C-39/76, *Mouthaan*). On the other hand, an allowance granted to unemployed persons aged over 50, the grant of which is not of a discretionary nature, which is intended to cover the risk linked to involuntary loss of employment, where the worker retains his capacity for working, the recipients of which are subject to the same conditions as other workers seeking an unemployment allowance, must be regarded as an unemployment allowance, even if under a national provision the recipient is exempt from registering as a job seeker (Case C-406/04, *Decuyper*). A benefit provided for older employees of the coalmining industry laid off on the basis of a shutdown or rationalisation, however, cannot be considered as unemployment benefits as in addition to the fact that the amount of the allowance is determined in accordance with the provisions governing old-age benefits, that recipients of adaptation allowances are not required to register as job seekers, to keep themselves available on the employment market or to refrain from undertaking an activity as an employed or self-employed person the income of which exceeds a specified ceiling (Case C-25/95, *Otte*).

These typical features of an unemployment benefit known under national law seem important and the Regulations covers therefore benefits that are characterised by the typical features of unemployment benefits under national law.

## II. Özel Kurallar ve Sigorta, Hizmet Akdiyle Çalışma veya Kendi Hesabına Çalışma Sürelerinin Birleştirilmesi

Genel birleştirme ilkesinden farklı olan sürelerin birleştirilmesine ilişkin özel hükmün kökeninde üye devletlere ait farklı işsizlik yardımı mevzuatlarının özellikleri yatmaktadır. Bu özel birleştirme kuralı, yardımlara hak kazanılmasının sigorta sürelerinin tamamlanmasına bağlı olduğu üye devletler ile, yardımların yalnızca ilgili kişinin belirli bir çalışma süresini tamamlanması halinde verildiği üye devletleri birbirinden ayırır.

Mevzuatı yardım hakkının edinimini, elde tutulmasını, geri kazanımını ve süresini belirli sigorta sürelerine, hizmet akdiyle veya kendi hesabına çalışma sürelerine bağlayan bir üye devletin yetkili kurumu başka bir üye devletin mevzuatı altında tamamlanan sigorta, hizmet akdiyle ve kendi hesabına çalışma sürelerini de kendi uyguladığı mevzuat kapsamında tamamlanmış gibi değerlendirir. Fakat uygulanabilir mevzuatın yardıma hak kazanma durumunu sigorta süresinin tamamlanması koşuluna bağlaması halinde başka bir üye devletin mevzuatına göre tamamlanan hizmet akdi ile veya kendi hesabına çalışma süreleri, uygulanabilir mevzuata uygun olarak tamamlansalardı sigorta süresi olarak değerlendirilmeleri söz konusu değilse hesaba katılmazlar.

Madde 1 (t)'ye göre " 'sigorta süreleri', altında tamamlandıkları veya tamamlanmış kabul edildikleri mevzuata göre sigorta süresi olarak tanımlanan veya tanınan prim, hizmet akdi ile veya kendi hesabına çalışma süreleri ve mevzuata göre eşdeğer kabul edilen sigorta süreleri anlamına gelirken, Madde 1 (u)'ya göre " 'hizmet akdi ile çalışma' veya 'kendi hesabına çalışma', altında tamamlandıkları mevzuata göre bu şekilde tanımlanan veya tanınan süreler ve bahsi geçen mevzuat tarafından hizmet akdi ile veya kendi hesabına çalışma sürelerine eşdeğer olarak kabul edilen tüm süreler anlamına gelir".

Bu hükme göre hizmet akdiyle çalışan bir kişi, çalışma sürelerinin tamamlandığı ülkenin veya yetkili kurumun bulunduğu ülkenin mevzuatının bu çalışma sürelerini sigorta süresi olarak kabul etmesi koşuluyla çalışma sürelerinin birleştirilmesi hakkını kazanır.

Divan, yetkili kurumun bulunduğu devletten farklı bir devletin mevzuatı altında tamamlanmış olan ve o mevzuat altında sigorta süresi olarak tanımlanan ve tanınan çalışma süresinin Tüzüğün bu hükmünde belirlenmiş olan koşula tabi olmadığını belirtmiştir (C-126/77 sayılı *Frangiamore* Davası). Bu davada, İtalya'da hizmetçi olarak çalışan bir İtalyan vatandaşı Belçika'da çalışmaya başlamıştır. Belçika, hizmetçi olarak çalışılan bu süreler Belçika mevzuatına göre sigorta süresi olarak tanınmadığı için bu süreleri dikkate almayı reddetmiştir. Divan bu kısıtlanmış yorumlamayı kabul etmemiştir.

## **II. Special rules and aggregation of periods of insurance, employment or self-employment**

The special characteristics of the different unemployment benefit schemes of the Member States are at the origin of a special provision of aggregation of periods differing from the general aggregation principle. This special aggregation rule distinguishes between Member States where entitlement to benefits is subject to the completion of periods of insurance and Member States where benefits are only granted if the person concerned has completed a given number of periods of employment.

The competent institution of a Member State whose legislation makes the acquisition, retention, recovery or duration of the right to benefits conditional upon the completion of either periods of insurance, employment or self-employment shall, to the extent necessary, take into account periods of insurance, employment or self-employment completed under the legislation of any other Member State as though they were completed under the legislation it applies to. However, when the applicable legislation makes the right to benefits conditional on the completion of periods of insurance, the periods of employment or self-employment completed under the legislation of another Member State shall not be taken into account unless such periods would have been considered to be periods of insurance had they been completed in accordance with the applicable legislation.

In accordance with Art. 1 (t) " 'period of insurance' means periods of contribution, employment or self-employment as defined or recognised as periods of insurance by the legislation under which they were completed or considered as completed, and all periods treated as such, where they are regarded by the said legislation as equivalent to periods of insurance", while according to Art. 1 (u) "periods of employment' or 'periods of self-employment' mean periods so defined or recognised by the legislation under which they were completed, and all periods treated as such, where they are regarded by the said legislation as equivalent to periods of employment or to periods of self-employment".

In accordance with this provision, an employed person is entitled to aggregation of periods of employment, on condition that either the legislation of the country where the periods of employment were completed or the country where the competent institution is situated, consider these periods of employment as periods of insurance. The Court made clear that it is apparent that a period of employment completed under the legislation of a Member State other than that in which the competent institution is established and defined and recognised as an insurance period under that legislation, is not subject to the condition laid down in this provision of the Regulation (Case C-126/77, *Frangiamore*). In this case an Italian national who had been employed in Italy as a domestic servant took up employment in Belgium. Belgium refused to take these periods into account as periods as servant are not recognised as periods of insurance under Belgian law. The Court rejected this restrictive interpretation.

Birleştirme kuralının uygulanması koşulsuz değildir. Bir istisnai durum haricinde (tamamen işsiz olan sınır işçileri) sürelerin birleştirilmesi ilkesi yalnızca ilgili kişinin son olarak tamamlamış olduğu sigorta, hizmet akdi ile veya kendi hesabına çalışma sürelerinin bulunduğu üye devlet tarafından uygulanabilir. Eğer kişi bir üye devlette son olarak sigorta, hizmet akdiyle veya kendi hesabına çalışma süreleri tamamladıysa Topluluk mevzuatı o üye devletin işsiz bir kişiye işsizlik yardımı vermeyi reddetmesini önlememektedir (C-272/90 sayılı *Van Noorden* Davası).

Dolayısıyla örneğin Almanya'da işsizlik yardımı talebinde bulunmak isteyen bir göçmen işçinin Almanya'da işsiz hale gelmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, başvuruda bulunmadan önce kısa bir süreliğine olsa da Almanya'da çalışmış olması gerekmektedir. Aslında talep sahibinin ne kadar sigorta veya hizmet akdi ile ve kendi hesabına çalışma süresinin tamamlanmış olması gerektiği konusunda herhangi bir şart yoktur. Dolayısıyla işsizlik yardımına başvuran kişinin başvuruda bulunduğu sırada, başvuruda bulunduğu devletin mevzuatına tabi durumda olması gerekmektedir. Yani işsizlik yardımı talebinde bulunmadan hemen önce sigortalı durumda bulunmadığı bir üye devlete giden işsiz kişi birleştirme kuralından faydalanarak diğer üye devletlerde tamamladığı sürelerin hesaba katılmasını sağlayamaz. Bu ilke işsizlik yasası altında yalnızca bir tek devletin yardımlarını ödenmesi konusunda sorumlu ve yetkili olduğunu teyit etmektedir. Bu devlet diğer üye devletlerde tamamlanmış olan tüm sigorta veya hizmet akdi ile veya kendi hesabına çalışma sürelerini dikkate alarak yardımları ödemek durumundadır ve bunu yaparken de diğer devletlerin yetkili devlete ödeme yapması gibi bir yükümlülükleri bulunmamaktadır. Fakat bu kısıtlama, son çalışmalarını sırasında yetkili devlet dışında bir devlette ikamet etmekte olan ve kendileri ikamet ettikleri üye devletteki iş bulma kurumuna kaydettiren tamamen işsiz durumdaki sınır işçilerine veya çalışanlara uygulanmamaktadır.

Önceki düzenleyici çerçeveden farklı olarak birleştirme ilkesi işsizliğe ilişkin diğer tüm kurallar gibi kendi hesabına çalışan kişilere de uygulanmaktadır. Bu bir gelişme olsa da etkisi sınırlıdır çünkü az sayıda üye devletin kendi hesabına çalışan kişiler için oluşturulmuş olan işsizlik yardımı programları vardır.

The application of the aggregation rule is, however, not unconditional. With the exception of one particular situation (ie for wholly unemployed frontier persons), the principle of aggregation of periods can only be applied by a Member State in so far as periods of insurance or employment or self-employment have lastly been completed there by the persons concerned. Community law does not prevent a Member State from refusing to grant unemployment benefits to an unemployed person if that person did not lastly complete periods of insurance or employment or self-employment in that Member State (Case C-272/90, *Van Noorden*).

A migrant worker eg wishing to claim unemployment benefits in Germany must therefore become unemployed in Germany, implying that he must, prior to his claim, have been employed in Germany, even for a very short period of time. Indeed, there is no requirement as to how many periods of insurance or employment or self-employment the claimant must have completed. The claimant of an unemployment benefit must therefore be subject to the legislation of the state in which the claim is made, at the time when the claim is made. So an unemployed person who goes to another Member State, without having been insured there, immediately before claiming unemployment benefits, cannot invoke the aggregation rule and take periods completed in other Member States into account. This principle confirms that under unemployment law, only one state is responsible and competent for paying the benefits. This state has to pay out the benefits taking into account all periods of insurance or employment or self-employment fulfilled in other Member States, without these other states being under any obligation to pay out any compensation to the competent state. This restriction does, however, not apply to wholly unemployed frontier workers or to employed persons who, at the time of their last employment were resident in a Member State other than the competent state, and who make them self-available to the employment services in their Member State of residence.

It should also be mentioned here that, contrary to the previous regulatory framework, the aggregation principle, like all rules on unemployment, now also applies to systems for self-employed persons. Although this is an improvement, the impact should not be exaggerated as only a relatively small number of Member States have an unemployment benefit scheme for self-employed.

### III. İşsizlik Yardımlarının Hesaplanması

İşsizlik yardımları kazanç ile bağlantılı olduğundan sorunlar ortaya çıkabilir. Yaşam giderleri ve ücretler ülkeden ülkeye değişiklik gösterebilir ve bulunduğu devletin genel standartlarına göre ücretleri yüksek olan kişilerin elde ettikleri bu ücretler yaşamın çok daha pahalı olduğu başka bir devlette düşük kalabilir. Aynı şekilde bir işsizlik yardımı da talep sahibinin önceki maaşına göre hesaplandığında alınan miktar bir üye devletten diğerine ihraç edildiğinde fazlasıyla cömert veya tam tersine geçim düzeyinin altında kalabilir. Böyle bir durumun engellenmesi için Tüzük yardımlarının hesaplanmasına ilişkin özel birtakım kurallar belirlemiştir. Eğer bu yardım önceki maaş veya mesleki gelir temel alınarak hesaplanıyorsa yalnızca kişinin o mevzuat altında yürüttüğü son faaliyetten elde ettiği maaş veya mesleki gelir dikkate alınır.

Önceki düzenleyici çerçevede yer alan ve kişinin yetkili devlette en az dört hafta süreyle faaliyet yürütmemiş olması halinde uygulanan özel kural yeni düzenleyici çerçeve altında yasaklanmıştır.

Aynı hüküm yardımların hesaplanmasının temelini oluşturan ücretin tespiti için mevzuatın belirli bir referans süresi sağladığı durumlarda ve bu sürecin tamamında ilgili kişinin başka bir üye devletin mevzuatına tabi olduğu durumlarda uygulanmaktadır.

Dolayısıyla kişinin iki veya daha fazla üye devlette faaliyet yürüttüğü durumlarda hesaba katılması gereken gelir yalnızca uygulanabilir mevzuat altında tamamlanan süreyle ilgili olan ücret temel alınarak belirlenmek durumundadır.

Bir işçinin A devletinde yedi sene boyunca kaynakçı olarak çalıştıktan sonra iki sene çalıştığı B devletine gittiğini düşünelim. Bu kişi daha sonra B devletinde işsiz kalıyor. B devletinde işsizlik yardımı son dört sene boyunca kazanılan ortalama ücret temel alınarak hesaplanıyor. Bu kurallara dayanarak yalnızca B devletinde son iki yılda kazanılan ortalama ücretin dikkate alınması gerekmektedir.

Şimdi bir kişinin B devletinde işsiz kaldığını, fakat yardım hesabının temelini oluşturan ücrete ilişkin referans süresinin tamamının A üye devletin mevzuatı altında geçirildiğini düşünelim. Dolayısıyla referans süresi boyunca B üye devletin mevzuatı altında hiç para kazanılmamış. Hesaplama kurallarına göre A devletin mevzuatı kapsamında tamamlanmış olan süre için hesaba katılması gereken ücret bu süreler referans süresinin kapsamına girmese de yalnızca B üye devletin mevzuatı altında tamamlanan süreler sırasında kazanılan ücrete göre belirlenmektedir.

Fakat sınır işçilerinde görüldüğü gibi yetkili kurumun son çalışılan yer olmaması halinde zorluklarla karşılaşılabilir. Bu kişiler işsizlik ödeneklerini ikamet ettikleri devletten alırlar. Bu kişiler yukarıda bahsi geçen hükümlerde yer alan koşulları asla yerine getiremezler.



### III. Calculation of unemployment benefits

Problems may arise when unemployment benefits are earnings-related. Costs of living and salary vary from state to state and a person in receipt of a good salary by the standards prevailing in that state, may be very badly paid in another state as the cost of living is much higher there. To the same extent, an employment benefit, if it is calculated on the previous salary of the claimant, may seem exceedingly generous or even on the contrary below subsistence level, if exported from one Member State to another. To counteract this type of situation, the Regulation lays down particular rules for the calculation of benefits. If this benefit is calculated on the basis of the previous salary or professional income, account is taken exclusively of the salary or professional income received by that person for his last activity under that legislation.

The special rule under the previous regulatory framework that applied in case the person did not perform his activities for at least four weeks in the competent state, is abolished under the new regulatory framework.

The same provision applies where the legislation provides for a specific reference period for the determination of the salary which serves as the basis for the calculation of the benefits and where, for all or part of that period, the person concerned was subject to the legislation of another Member State. The salary that in such circumstances has to be taken into account when someone has performed an activity in two or more Member States, will therefore exclusively have to be determined on the basis of the salary relating to the period completed under the applicable legislation.

Let us imagine eg that someone has been employed as a welder in State A for seven years and goes to State B where he is employed for two years. He subsequently becomes unemployed in State B. The unemployment benefit in State B is calculated on the basis of the average salary, earned during the last four years. On the basis of these rules, only the average salary earned in the past two years in State B will have to be taken into account.

Imagine now, however, the situation where a person becomes unemployed in State B, but where the reference period for the salary on the basis of which the unemployment benefit is calculated, is fully completed under the legislation of Member State A. No salary was therefore earned under the legislation of Member State B during the reference period. In accordance with the rules of calculation, the salary to be taken into account for the period completed under the legislation of State A, is exclusively determined on the basis of the salary during periods completed under the legislation of Member State B, even if these periods do not fall within the reference period.

Difficulties might, however, be encountered in case the competent institution is not the state where the last employment was practised, such as is the case of frontier workers. These persons receive unemployment benefits from the state of residence. These persons could never satisfy the conditions as set out by the above mentioned provisions. Eğer ikamet edilen ülkeyle çalışılan ülkenin çakıştığı durumlarda da aynı yöntem izlenseydi bir sınır işçisi asıl gelirine bağlı olarak yardıma hak kazanamazdı.

İşte bu nedenden ötürü yeni düzenleyici çerçeve bu sınır işçilerine verilen işsizlik yardımlarının işsiz kalmalarının hemen ardından hizmet akdi ile veya kendi hesaplarına çalıştıkları üye devlette yürüttükleri son faaliyetlerden elde ettikleri gelire göre hesaplanmasını sağlar.

Divan bu konuda önceki içtihat hukukunu takip etmiştir. Önceki Tüzük geçerliken Divan sınır işçileri için işsizlik yardımlarının hesaplanması yönteminin Tüzük hükümlerinden çıkartılamayacağını belirtmiştir (C-69/79 sayılı *Fellinger Davası*).

Adalet Divanına göre bu ilke iyileştirilmiş şartlar altında işgücü dolaşımının güvence altına alınması ve işi olmayan işçinin mevzuatına son tabi olduğu üye devlet tarafından sağlanan işsizlik yardımını alabilmesi için gerekliydi. Ücret düzeyleri genelde çalışılan ülkede daha yüksek olduğu için sınır işçilerine ödenen işsizlik yardımlarının çalışılan ülkede elde edilen ücrete dayanarak hesaplanmaması sınır işçilerini caydırıcı özellik taşır ve bu da Tüzük ilkelerine aykırı bir durumdur.

Tamamen işsiz olan sınır işçisinin ikamet ettiği devletin yetkili kurumu işsizlik yardımlarını hesaplarırken yalnızca çalışılan devlette alınan son ücreti hesaba katmaktadır. Bu kural yeni Tüzüğe de uyarlanmıştır. Divan aynı zamanda bu kurumun yardım hesaplamalarının dayandığı ücretleri ve çalışılan ülkede uygulanan tavan değerleri de uygulamayacağını belirtmiştir (C-201/91 *Grysvard & Kreits Davası*). İşsizlik yardımı hesaplarının önceki gelire dayandığı pek çok üye devlette yardımlara ilişkin primlerin hesaplanmasında tavan değerler de uygulanır. O halde son çalışılan devlette uygulanan tavan, ikamet edilen devlette uygulanan tavandan düşükse veya son çalışılan devlette böyle bir tavan belirlenmişken ikamet edilen devlette böyle bir değer yoksa ne olacaktır? Divan bu tür durumlarda ikamet edilen devletin yetkili kurumunun son çalışılan devlette kullanılan tavanı uygulamak durumunda olmadığını belirtmiştir. Yalnızca ikamet edilen yerin mevzuatı uygulandığı için tavan değerlerle ilgili kurallar da dahil olmak üzere ilgili kişinin çalıştığı devletin mevzuatının uygulanması yasaklanmıştır.

Hükmün içeriğini izleyen bu yorum aynı zamanda orada yer alan sınır işçilerinin işsizlik yardımı mevzuatıyla son çalıştıkları ülke ikamet ettikleri ülke olan işçilerin mevzuatların eşdeğer olarak kabulü hedefiyle de uyumludur. Eğer sınır işçilerinin işsizlik ödenekleri başka bir üye devletin sisteminden kaynaklanan ve ikamet edilen devlette işçiler için genelde geçerli olmayan bir tavana tabi olsaydı bu benzeştirme tehlikeye atılmış olurdu. Ama eşit muamele ilkesiyle ikamet edilen ülkedeki yerli işçiler karşılaştırıldığında bu çelişkili bir durum oluşturmamak mıdır? Bu durumda tahminen daha az ücret alan işçiler, yardımlar söz konusu olduğunda da sınır işçilerinden daha az miktarlar alacaklardır. Fakat kıyaslanması gereken durum göçmen işçiyle göçmen olmayan işçi değil de bir çalışanın göç etmeden önce ve göç ettikten sonraki durumu olduğu için burada ayrımcılık söz konusu değildir.

It is for that reason that the new regulatory framework provides that the unemployment benefits for these frontier workers must be based on the salary or professional income they actually received in respect of their last activities as employed or self-employed person in the Member State where they were working, immediately before becoming unemployed.

The Court followed in this respect previous case law from the Court of Justice. Under the previous regulation the Court made clear that the method for calculating the unemployment benefit due to a frontier worker could not be deducted from the wording of the provisions of the Regulation (Case C-69/79, *Fellinger*).

According to the Court of Justice this principle was needed in order to secure the mobility of labour under improved conditions and to ensure that the worker without employment would receive the unemployment benefit, provided by the legislation of the Member State to which he was last subject. Given that the level of remuneration is often higher in the state of employment, the fact that the unemployment benefits paid to the frontier workers could never be calculated on the basis of the remuneration actually paid in the state of employment, would be likely to discourage frontier workers which would be incompatible with the principles of the Regulation. The competent institution of the state of residence of wholly unemployed frontier workers will have to take into account, when calculating the unemployment benefits, only the last remuneration received in the state of employment. This rule is now adopted in the new Regulation.

The Court also made clear that this institution may not apply to this remuneration on which the calculation of those benefits is based, ceilings in force in the state of employment (Case C-201/91, *Grysvard & Kreits*). In many Member States where the calculation of the unemployment benefit is based on the amount of the previous wage, a ceiling is applied for the calculation of the contributions as well as for the benefits. What happens when the ceiling imposed by the state of last employment would be lower than that of the state of residence, or if the state of last employment has such a ceiling that the state of residence does not have? The Court made clear that the competent institution of the state of residence can in such cases not apply the ceilings stipulated by the state of last employment. As solely the legislation of the state of residence is to be applied, it precludes the application of the legislation of the state in which the person concerned is employed, including any rules on ceilings.

That interpretation which follows from the wordings of the provision is also in conformity with the objective thereof, which is to assimilate the scheme of an unemployed benefit for frontier workers to that applicable to workers whose last employment was in the state in which they reside. Such assimilation would be jeopardised if unemployment benefits for frontier workers were subject to a ceiling derived from the scheme of another Member State, which does not apply to workers in general in the state of residence. But could it not be argued that this contravenes the principle of equal treatment vis-à-vis national employees in the state of residence? The assumedly lower paid workers would perhaps also get less benefits than the frontier workers. This does, however, not constitute a form of discrimination as one does not have to compare a migrant and a non-migrant worker, but an employee's situation before and after ones migration.

## IV. İşsizlik Yardımlarının İhracı

### A. İlke

Avrupa sosyal güvenlik hukuku alanında tüm sosyal güvenlik yardımlarının ihracı Koordinasyon Tüzüklerinin temel ilkelerinden biri olarak kabul edilmektedir. Nakdi yardımlar, faydalanıcı bunların ödenmesinden sorumlu olan kurumun bulunduğu devletten başka bir devlette ikamet ediyor diye kesintiye, askıya almaya veya geri çekilmeye tabi tutulamaz. Tüzük tarafından aksi sağlanmadıkça bu hüküm geçerlidir, işsizlik yardımlarında da aynı durum söz konusudur. İşsizliğe ilişkin bölüm ikamet kurallarının geçersiz kılınması için özel bir hüküm içerir. Bu hükme göre işsizlik yardımları yalnızca özel durumlar söz konusu olduğunda ihraç edilebilmektedir. Bu, iş aramak amacıyla geçici olarak başka bir devlete giden işsiz kişiler ve yetkili devletten başka bir üye devlette ikamet eden belirli işsiz kişi grupları için geçerlidir.

İşsizlik yardımlarının öncelikli ülke ilkesi üye devletlerin işsizlerin etkin olarak iş arayıp aramadıklarını, yerel iş piyasasında bulunabilir olup olmadıklarını ve işsizlikten kaçmak için çaba sarf edip etmediklerini kontrol etme isteğine uymaktadır. Yakın zamanda Adalet Divanına işsizlik yardımlarına yönelik bu temel kısıtlamanın AB birincil mevzuatının hükümleriyle çelişip çelişmediği sorusu yöneltilmiştir. AB vatandaşlığının hükümlerine göre her göçmen işçinin ve daha genel olarak her Avrupa vatandaşının Avrupa Birliği'nin üye devletleri arasında özgürce dolaşma ve sosyal refah yardımı talebinde bulunma hakkı vardır.

Bu aynı zamanda işsizlik yardımlarının koşulsuz olarak ihraç edilmesi gerektiği anlamına mı gelmektedir? *Decuyper* davasında (C-406/04) Avrupa Adalet Divanına bu soru yöneltilmiştir. *Decuyper* ulusal mevzuata dayalı olarak işsizlik yardımı alan ve işsiz kişilere uygulanan yerel denetim işlemlerinden muaf tutulan bir Belçika vatandaşıdır. Dolayısıyla kendisi iş arayan kişi olarak kayıt yaptırma şartından muaftır. Daha sonraki bir aşamada artık Belçika'da ikamet etmediği için işsizlik yardımı reddedilmiştir. Buradaki soru Avrupa vatandaşlığı hükmünün, Belçika mevzuatında ikamet işsizlik ödeneğine hak kazanma koşulu olarak kullanımını yasaklayıp yasaklamayacağıdır? Bu hükümlere göre ikamet koşulları yalnızca kamu çıkarı ve oransal meşru hedeflere dayalı nesnel değerlendirmelere bağlı olarak gerekçelendirilebilirler.

Divan öncelikle Tüzüğün, bir üye devletin mevzuatının işsizlik yardımını o devletin sınırları dahilinde ikamet ediyor olma koşuluna bağlamasını yasaklamadığını teyit etmiştir. Daha sonra da bunun ihraç edilememesinin Avrupa vatandaşlığı tarafından sağlanan Avrupa Birliği içerisinde özgürce dolaşma durumu açısından bir kısıtlama olduğunu belirtmiştir.

## IV. Export of unemployment benefits

### A. The principle

In the field of the European social security law, the export of all social security benefits is considered as a fundamental principle of the Coordination Regulations. Cash benefits may not be subject to any reduction or suspension or withdrawal, because of the fact that a beneficiary is residing in another state than in which the institution responsible for providing the benefits, is situated. This provision applies unless otherwise provided for by the Regulation, which is exactly the case for unemployment benefits. The unemployment chapter provides for a special provision for the waiving of the residence rules, according to which unemployment benefits will only be exported in particular, special circumstances. This is the case for unemployed persons who temporarily go to another state to seek work there, as well as for particular groups of unemployed persons who reside in a Member State other than the competent state.

This predominant territoriality principle of unemployment benefits does fit in the general concern of Member States to be able to control that the unemployed person is effectively seeking a job, is available to the local labour market and undertakes the required efforts for escaping unemployment. Recently the Court of Justice was asked whether this fundamental limitation of the export of unemployment benefits was not contrary to the provisions of EU primary law. According to the provisions on EU citizenship every migrant worker, but more generally, every European citizen has the right to freely move between the Member States of the European Union and to claim social welfare benefits.

Does this also imply that unemployment benefits have to be unconditionally exported? In the *Decuyper* case (C-406/04) this question was explicitly asked to the European Court of Justice. Mr Decuyper was a Belgian, unemployed person who was granted unemployed benefits and was, on the basis of the national legislation, given dispensation from the obligation to submit to the local control procedures imposed on unemployed persons. So, Mr Decuyper was exempt from the requirement to register as a job seeker. At a later stage, he was, however, refused unemployment benefits as he did no longer reside in Belgium. The question was now asked whether the provision of European citizenship precluded a resident's clause as known under the Belgian legislation as a condition for entitlement to unemployment benefits? Under these provisions, conditions of residence could only be put forward if their object would be justified on objective considerations of public interest and proportionate to the legitimate objective.

The Court firstly confirmed that the Regulation does not preclude the legislation of a Member State for making entitlements to an unemployment allowance conditional on residence in the territory of that state. It then stated that the fact that this benefit cannot be exported, is a restriction on the fundamental freedoms provided by the European citizenship to move freely within the European Union.

Fakat Divan bu kısıtlamanın kamu çıkarına dayalı nesnel bir düşünceyle gerekçelendirildiğine ve ikamet koşulunun işsizlik sigortası hizmetleri alanında çalışan müfettişlere işsizlik yardımının alıcılarının durumlarında yardımın verilmesini etkileyecek bir değişiklik olup olmadığını denetleme imkânı sunduğuna karar vermiştir. Bu ilgili kişilerin uyuğundan bağımsız, kamu çıkarına ilişkin nesnel değerlendirmelere ilişkin bir durumdur. Bunun yanı sıra Divan aynı zamanda oransallık testinin geçildiği görüşündedir. İhracın kısıtlanması özellikle işsiz kişilerin aile durumlarının ve hak sahibinin bildirmediği olası gelir kaynaklarının kontrol edilebilmesini sağlamaktadır. Önemli olan denetlemenin beklenmedik bir zamanda ve yerinde yapılmasıdır. İşsizlik yardımları için yapılan denetlemenin daha belirgin özellikleri vardır, diğer yardımların denetlenmesinde kullanılan düzenlemelerden çok daha kısıtlayıcı düzenlemeleri gerekçelendirmektedir.

Belge ve sertifikaların verilmesi gibi daha az kısıtlayıcı olan önlemler denetimin beklenmedik zamanlarda olmadığı ve dolayısıyla daha az etkili olduğu anlamına gelmektedir. Sonuç olarak Divan işsizlik yardımlarının ihraç edilmemesini Avrupa vatandaşlığı ilkesine aykırı bulmamıştır.

Fakat Divanın izlediği mantığın eleştirilebilecek noktaları olmadığı da söylenemez.

Yasal kaza aylığı sigortası programı altında verilen bir yardıma başvuran işsiz kişilere verilen Avusturya avans ödemesine ilişkin bir davada (C-228/07 sayılı *Petersen* Davası) Divan, üye devletlerin Tüzük kapsamındaki işsizlik yardımlarının ihracını hariç tutmaları olasılığını teyit etmiştir. Burada da Adalet Divanının AB Antlaşmasında geçen işçilerin serbest dolaşımını dikkate alarak böyle bir ihracın AB mevzuatıyla uyumlu olup olmadığını belirlemesi gerekmektedir. Burada sorgulanan Tüzük kapsamında yer alan işsizlik yardımlarından çok Avusturya mevzuatında yer alan ulusal hükümlerdi.

Burada Divanın cevabı *Decuyper* Davasında olduğu kadar açık değildir. Adalet Divanı AB Tüzüklerinin, üye devletlerin mevzuatlarının işsizlik yardımlarına hak kazanmayı ikamet koşuluna bağlı tutmasını yasaklamasa da en azından normal şartlarda Petersen'in durumunda bunun doğru olmadığı kanaatine varmışlardır. Adalet Divanına göre Avusturya hükümeti ikamet koşulu tarafından sağlanmak istenen hedefi açıklama yoluna gitmemiştir. Fakat böyle olsa bile sosyal güvenlik sisteminin mali dengesinin hafife alınması riski genel çıkar açısından ağırlık taşıyan bir gerekçe oluşturabilir. Ulusal sınırlar dahilinde ikamet eden kişilere bu yardımların verilmesiyle yetkili merciler böyle bir yardımın ekonomik yükünü kaldıracabileceklerini gösterdiği için böylesine bir riskin oluşumu zorlaşacaktır. Malullük aylığı alanlara da ödeme kısıtlı bir süreliğine yapıldığından ikamet koşulu bu noktada oransal görünmemektedir.

AB birincil mevzuatına dayalı bu içtihat hukukunun etkisi her zaman pek net olmasa da bu, işsizlik yardımlarının AB mevzuatı altında git gide daha geniş bir biçimde sorgulandığını göstermektedir.

The Court is, however, of the opinion that this limitation is justified by an objective consideration of public interest, in particular that the residence clause allows the inspectors of the unemployment services to check whether the situation of a recipient of the unemployment allowance has undergone changes, which may have an effect on the benefit granted. These are objective considerations of public interest, independent of the nationality of the persons concerned. In addition, the Court is also of the opinion that the proportionality test is passed. This limitation of export must in particular allow to check the family circumstances of the unemployed person and a possible existence of sources of revenue which a claimant has not declared. Important is that the monitoring would be unexpected and carried out on the spot. The monitoring to be carried out for unemployment benefits is of a specific nature, which justifies the introduction of arrangements that are more restrictive than those imposed for monitoring in respect of other benefits.

Less restrictive measures, such as eg the production of documents or certificates, would mean that the monitoring would no longer be unexpected and would consequently be less effective. So the Court did not find the non-export of the unemployment benefits as contrary to the principle of European citizenship. It cannot be ignored that to a certain extent the reasoning followed by the Court is not completely without criticism.

In a following case (Case C-228/07, *Petersen*), on an Austrian advance granted to unemployed persons, who applied for the grant of a benefit under the statutory pension accident insurance scheme, the Court confirmed the fundamental possibility for Member States to exclude the export of unemployment benefits under the Regulation. Also here, the Court of Justice had to find out whether such an export was compatible with primary EU-law, but now with the free movement of workers under the EU Treaty. One has to admit here that not the export clause for unemployment benefits under the Regulation was under question as such, but rather the national clause according to Austrian law.

The answer of the Court of Justice is slightly less straightforward than under the *Decuyper* case. And although the Court of Justice states that the EU Regulation does not preclude the legislation of a Member State for making entitlement to an unemployment benefit conditional on the residence, at least in normal situations, they were of the opinion that this was not true with respect to the particular situation of Mr Petersen. According to the Court of Justice, the Austrian government had not sought to explain the objective, which is to be achieved by the residence requirement. But even so, although it is possible that the risk of seriously undermining the financial balance of a social security system may in particular constitute an overriding reason in the general interest, the existence of such a risk would be difficult to establish since by granting the benefit to the applicants, who reside in the national territory, the competent authorities have in fact demonstrated their capacity to bear the economic burden of that benefit. As it did also intend to be paid to applicants for an invalidity pension for a limited period of time, the residence requirement also seems to be disproportionate.

Although the impact of this case law based on EU primary law is not always very clear, it nevertheless confirms that the non-export of unemployment benefits is questioned to a growing extent under principles of EU law.

## B. Tüzük kapsamında işsizlik yardımlarının ihraç edilemezliğine ilişkin istisnalar

İşsizlik yardımlarının prensipte yalnızca yetkili üye devlette alınabilmesiyle birlikte, Tüzük aşağıda belirtilen üç durum altında belirli istisnalar belirlemiştir:

- Kişi iş aramak amacıyla başka bir üye devlete gidebilir (A noktası);
- İlgili kişi tamamen işsiz durumda olan bir sınır işçisi olabilir (B noktası);
- Kişi tamamen işsiz durumda olan bir sınır işçisiyse ve ikamet ettiği devletteki iş bulma kurumuna kaydını yaptırıp işsizlik yardımını bu devletten almak istiyorsa (B Bölümü).

Aşağıda bu istisnalar daha ayrıntılı bir biçimde ele alınmıştır.

### 1. İşgücü dolaşımının artırılması: İşsizlik yardımlarının geçici ihracı

İyileştirilmiş koşullar altında işgücü dolaşımını güvence altına almak ve artırmak için ve aynı zamanda farklı üye devletlerde iş arayışını kolaylaştırmak ve işsiz kişilere son tabi oldukları üye devlet mevzuatı altında işsizlik yardımı verilmesinin sağlanabilmesi için gerekli kabul edilmektedir. İşte bu nedenden ötürü Tüzüğün 64. maddesinde belirli koşulların yerine getirilmesi halinde işsiz kişilerin iş aramak amacıyla başka bir üye devlete gittiklerinde belirli bir süreliğine işsizlik yardımı alma haklarını koruyabileceklerini öngörmüştür.

Fakat bu koşulun uygulanması belirli şartlara bağlıdır:

#### a. Yerine Getirilmesi Gereken Koşullar

- Ülkesinden ayrılmadan önce işsiz kişinin iş aradığına dair kayıt yaptırmış ve işsiz kaldıktan sonra en az dört hafta boyunca yetkili üye devletin iş bulma kurumuna başvurmuş olması gerekmektedir. Fakat yetkili hizmetler veya kurumlar kişiye bu süre dolmadan önce de gitme izni verebilirler. İdari Komisyonun önerisine göre başka bir üye devlette çalışmaya başlayan kişilere refakat etmek isteyen eşlerine veya partnerlerine de bu izin verilir (İdari Komisyonun U2 Önerisi).

Bu koşul ile ilgili devletin yetkili mercilerinin işçinin ayrılmadan önce işsiz durumda olmasını ve çalışabilecek konumda olmasını sağlamaları amaçlanmaktadır. Bu nedenle bu dört haftalık sürecin kesintisiz olmasını beklemek de gerekli değildir. İşsiz duruma düştükten sonra kişinin toplam olarak en az dört hafta boyunca yetkili devletin iş bulma kurumuna kaydolmuş olması gereklidir kafidir (C-125/00 sayılı *Ridergard Davası*).



## B. Exceptions under the Regulation to the non-export of unemployment benefits

Notwithstanding the fact that unemployment benefits are in principle only obtained in the competent Member State, the Regulation provides for certain exceptions and these in the following three situations:

- the person goes to another Member State to seek employment there (point A);
- the person concerned is a wholly unemployed frontier worker (point B);
- the person is a wholly unemployed non-frontier worker and chooses to claim unemployment benefits in the state of residence by registering with the employment services there (point B).

We will now discuss further in detail these exceptions.

### 1. *Promoting the mobility of the worker: temporary export of unemployment benefits*

In order to secure the mobility of labour under improved conditions and to promote the mobility of the worker, it is considered necessary and appropriate, also in order to facilitate the search for employment in the various Member States, to grant unemployment benefits provided for by the legislation of the Member State to which he was last subject to an unemployed worker for a limited period. It is for that reason that the Regulation determines in its Art. 64 that unemployed persons might, during a certain period, and if certain conditions are fulfilled, retain their entitlements to unemployment benefits, when they go to another Member State in order to seek work there.

The application of this condition is, however, dependent on certain conditions:

#### a. Conditions to be fulfilled

- before his/her departure, the unemployed person must have been registered as a person seeking work and have remained available to the employment services of the competent Member State for at least four weeks after becoming unemployed. However, the competent services or institutions may authorise his/her departure before such time has expired. According to a Recommendation of the Administrative Commission, this authorisation should not be denied to persons who wish to accompany their spouse or partner who has taken a job in another Member State (Recommendation U2 of the Administrative Commission).

By this condition, one wants to guarantee that the authorities of this state are in a position to ensure that the worker before he leaves is in fact unemployed and that they are in a position to offer him work. For that reason, it is also not necessary to require that the period of four weeks be unbroken. It is sufficient that the person, after becoming unemployed, remains available to the employment services of the competent state for a total period of at least four weeks (Case C-215/00, *Ridergard*).

- İşsiz kişinin gittiği üye devletin iş bulma kurumunda da iş aradığına dair kayıt yaptırması gerekmektedir. Bu şekilde söz konusu üye devletin de kontrol prosedürüne ve mevzuatına tabi hale gelecektir. Kişi normalde terk ettiği üye devletin iş bulma kurumunun kapsamından çıkmasını takip eden yedi gün içerisinde kayıt yaptırmalıdır.

- İlke olarak kişinin terk ettiği üye devletin iş bulma kurumunun kapsamından çıkmasının ardından üç ay boyunca yardım alma hakkını koruması gerekmektedir. Fakat yardımların verildiği toplam sürenin, o üye devletin mevzuatına göre hak kazandığı toplam hak süresini aşmaması gerekmektedir;

Yeni Tüzük kapsamında yetkili kurumlar üç aylık bu süreyi azami altı aya kadar uzatabilmektedirler.

- Yardımlar, yetkili devletteki kurum tarafından ve hesabından o devletin uyguladığı mevzuata uygun olarak ödenir.

Bu son hüküm yeni Tüzük kapsamında bir gelişmedir. Öyle ki önceki düzenleyici çerçeve kapsamında işsizlik yardımı işsiz kişinin iş aramak üzere gittiği üye devletteki kurum tarafından ödenmektedir. İşsiz kişinin en son çalıştığı dönemde mevzuatına tabi olduğu yetkili kurum bu yardımların geri ödemesini yapmak zorunda kaldığı için çeşitli idari sorunlar ortaya çıkmıştır.

Bugün yardımların yetkili kurum tarafından karşılanması, bütün süreci daha az karmaşık ve daha hızlı hale getirmektedir. Bu, aynı zamanda işsizlere tahsis edilen ödemeler için de geçerlidir. Bazı devletlerin mevzuatları uyarınca işsizlik yardımlarının sadece ayın sonunda ödenmesi sebebiyle işsizler çeşitli sorunlar yaşamıştır. Örneğin, bir kişinin üçüncü ayın sonunda, ayın 15'i civarında geri dönmesi, kişinin bir aylık yardımı kaybedeceği anlamına gelmektedir. Kişi artık iş aradığı üye devlette ikamet etmediği için yetkili kurum ödemeyi yapmadığı gibi devlet de işsizlik yardımlarını ödemez.

- Söz konusu kişi yardıma hak kazandığı sürenin (prensipde üç ay) öncesinde ya da o süre boyunca yetkili üye devlete geri döndüğü takdirde, o ülkenin mevzuatı kapsamında verilen yardımları alma hakkını elinde bulundurmaya devam eder. Ancak söz konusu süreden önce ya da o süre boyunca geri dönmezse, yetkili üye devletin mevzuatının hükümleri daha avantajlı olmadıkça, yetkili üye devletin mevzuatı kapsamında bütün haklarını kaybeder. İstisnai durumlarda, yetkili hizmet birimleri ya da kurumlar kişinin daha geç bir tarihte, yardıma olan hakkını kaybetmeden geri dönmesine imkân tanıyabilmektedir.

Avrupa Adalet Divanı daha önce de verdiği kararlarla, süre dolduktan sonra talepte bulunulduğunda bile söz konusu sürenin uzatılması konusunda talepte bulunulmasını mümkün kılmıştır (C-139/78 sayılı *Coccioli Davası*).

- the unemployed person must register as a person seeking work with the employment services of the Member State to which he/she has gone, and as such be subject to the control procedure of this Member State and the conditions under the legislation of that Member State. The person should normally register within seven days from the moment he/she is no longer available to the employment services of the Member State which he/she left.
- the entitlement to the benefits shall in principle be retained for a period of three months from the date when one ceased to be available to the employment services of the Member State which he/she left, provided, however, that the total duration for which the benefits are provided does not exceed the total duration of the period of his/her entitlement to benefits under the legislation of that Member State;

Under the new Regulation, the competent services may now extend this period of three months up to a maximum of six months.

- the benefits shall be provided by the competent institution in accordance with the legislation it applies and at its own expense.

This last provision is an improvement under the new Regulation. Indeed, under the previous regulatory framework, the unemployment benefit was paid out by the institution of the Member State to which an unemployed person goes to seek work. This caused several administrative problems as the competent institution, to whose legislation an unemployed person was subject at the time of last employment, had then to reimburse the amount of these benefits.

That the benefits are now paid out by the competent institution, makes the whole process less complicated and cumbersome. It is also to the benefit of the unemployed person. Problems for the unemployed person were eg related to the fact that in accordance with the legislation of some states, unemployment benefits were only paid out at the end of the month to which benefits were due. In case eg a person would return at the end of his third month, ie around the 15th of the month, this could imply that he or she would lose a month benefit. As the person is no longer in the state where he was looking for a job, this state would not pay out the unemployment benefits anymore, just as the competent state was not paying out this benefit.

- If the person concerned returns to the competent Member State on or before the expiry of the period during which he/she is entitled to benefits (which is in principle three months), he/she shall continue to be entitled to benefits under the legislation of that Member State. He/She shall, however, lose all entitlement to benefits under the legislation of the competent Member State if he/she does not return there on or before the expiry of the said period, unless the provisions of that legislation are more favourable. In exceptional cases, the competent services or institutions may allow the person concerned to return at a later date without loss of his/her entitlement.

Already in the past, the European Court of Justice judged that it is permissible to request for an extension of this period, even when the request is made after the expiration of that period (Case C-139/78, *Coccioli*).

Öyle ki Divan, hükmün uzatma talebinin sürenin bitiminden önce yapılmasını gerektirmediğine karar vermiştir. Aslında sürenin uzatılmasını haklı kılabilen istisnai haller arasında, bazıları öyle bir yapıya sahiptir ki sadece işsiz kişinin belirtilen süre içerisinde yetkili üye devlete geri dönmesini değil, aynı zamanda süre bitiminden önce uzatma talebinde bulunulmasını da engellerler.

Yetkili hizmet birimlerine de, kendilerine özgü gerçeklere dayanarak bireysel davaları değerlendirme serbestliği tanınmıştır. Sürenin uzatılması talebini desteklemek adına olduğu gibi, bütün davalarda istisnai bir durum arz eden fiili gerçek koşulları değerlendirmek de yetkili hizmetlere düşmektedir (C-139/78 sayılı *Coccioli Davası*). Bu bakımdan hizmet birimleri, talep sahibinin bireysel durumu ve etkili kontrolün gerçekleştirilmesiyle ilişkili gördükleri bütün unsurları dikkate almak zorundadır. Bu sebeple, işsizlik sigortası kurumu, arzu ettiği takdirde, üç aylık temel süreden daha uzun bir süre için bir kişiye işsizlik yardımı sağlamakta serbesttir.

Ancak, geri dönmeye gecikme durumunda ağır sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda ilgili kişi bütün haklarını kaybedebilir. Önceki 1408/71 sayılı Tüzük kapsamında bu yaptırımın daha da katı olduğu görülmüştür. Öyle ki, ulusal mevzuatın hükümleri daha uygun olsa bile, ilgili kişi eski Tüzük kapsamında yardım haklarını kaybederdi. Adalet Divanı ihraç ibaresini Tüzük kapsamında özel bir hüküm, yardım talebinde bulunan işsizlerin yararına bağımsız bir kurallar bütünü olarak değerlendirmiştir. Bu ibarenin ulusal yasal kurallar bakımından istisna oluşturduğu ve yardım hakkının devam etmesi ve kaybedilmesine ilişkin ulusal yasada yer alan kurallardan bağımsız olarak bütün üye devletlerde ortak bir yorumla değerlendirilmesi gerektiği görüşünü taşımıştır (C-41/121 & C-796/79 sayılı *Testa Maggio & Vitale Davaları*).

Divan'a göre, Tüzük'ün bütün üye devletlerde ortak bir şekilde uygulanması gereken bu hükmü, topluluğun sosyal güvenlik sisteminin yükünü ulusal sistemlere yüklediği ve böylece belli bir süre için işinden uzak olması sebebiyle yetkili devletin iş bulma kurumlarında kayıtlı olmak ve orada örgütlendirilen denetim işlemine tabi olmak amacıyla yetkili devlette kalan bir kişiye nazaran söz konusu kişiye avantaj sağladığı için, topluluğun yasama organı, işçilerin serbest dolaşımını mümkün kılmak üzere verdiği hak ve avantajları koşula bağlamaktan ya da bu konuda sınırlamalar belirlemekten men edilmemiştir (C-41/121 & C-796/79 sayılı *Testa Maggio & Vitale Davaları*).

Bütün bu sebeplerle, yetkili devletin mevzuatı kapsamında normal yardım haklarını kaybetme yaptırımının Antlaşma'yla bağdaşmadığı düşünülmemiştir. Bugünkü yasa bu sebeple işsiz kişilerin haklarını artırmaktadır ve daha az katı bir yapıya sahiptir. Ancak prensipte, o mevzuatın hükümleri daha avantajlı olmadıkça, kişi yetkili üye devletin mevzuatı kapsamında bütün yardım haklarını kaybedebilmektedir.

Kişilerin başka bir üye devlette iş arama haklarının olduğu azami süre prensipte üç aydır. Ancak bu süre altı aya kadar uzatılabilmektedir. Avrupa Komisyonu'nun esas teklifi azami süreyi altı aya çıkarmak olduğu için, bu bir bakıma bir uzlaşmadır. Bugün sürenin uzatılıp uzatılmayacağına karar vermek üye devletlere kalmıştır.

Indeed, the Court determined that the provision does not provide that the request for extension must necessarily be made before the expiration of that period. In fact, amongst the exceptional cases capable of justifying an extension of the period, some may be of such a nature that they not only prevent the return of the unemployed person to the competent state within the period prescribed, but equally the lodging of a request for extension, before the expiration of that period.

The competent services are also given the freedom to judge individual cases, based on their own particular facts. So it is also for the competent services to assess in each specific case the factual circumstances constituting an exceptional case, as relied on in support of a request for extension of the period (Case C-139/78, *Coccioli*). In this respect, the services have to take into account all factors, which they regard as relevant to the claimant's individual situation and to the exercise of the effective control. So, basically unemployed services are quite free to grant someone an unemployment benefit for more than the initial period of three months if they want to.

The fact of, however, returning late, might lead to severe consequences. The person concerned might lose all his entitlements. Under the previous Regulation 1408/71, this sanction was even more strict. Indeed, the person concerned would lose all his benefits under the old Regulation, even if the provisions of the national legislation would be more favourable. The Court of Justice has interpreted the export clause under the Regulation as a special provision, an independent body of rules in favour of workers, claiming the benefit thereof, which constitutes an exception to national legal rules and which must be uniformly interpreted in all the Member States, irrespective of the rules laid down in national law regarding the continuance and loss of entitlement to benefits (Case C-41/121 & C-796/79, *Testa Maggio & Vitale*).

As according to the Court this provision of the Regulation superimposes the community system of social security on the national systems, which has to be uniformly applied in all Member States and as such, confers an advantage to the person as compared with a person who remains in the competent state as he is for a certain period freed of the duty to keep himself available to the employment services of the competent state and to be subject to the control procedure organised there, the community legislator was not prohibited from attaching conditions to the rights and advantages which it accords in order to ensure the freedom of movement for workers or from determining the limits thereto.

For all these reasons, the sanction of losing normal entitlement to benefits under the legislation of the competent state, was not considered as being incompatible with the Treaty. The actual rule therefore today improves the right of the unemployed person and is less rigid. In principle, he might lose all entitlements to benefits under the legislation of the competent state, however, unless the provisions of that legislation are more favourable.

The maximum period during which persons have the right to look for work in another Member State, is in principle three months, but this might be extended up to six months. This is in a certain way a compromise, as the initial proposal from the European Commission wanted to extend the maximum period up to six months. Now, it will depend on the Member States if the period is extended.

- Yetkili devletin mevzuatı daha avantajlı olmadığı sürece, iki çalışma süresi arasında yardım hakkı elde etmek için azami toplam süre üç aydır. Ancak yetkili hizmetler bu süreyi azami altı aya kadar uzatabilmektedirler.

Aynı zamanda, yeni Tüzük, işsizlik yardımlarını ihraç etme imkanına iki işsizlik döneminin arasında sadece bir defa başvurulabilme olanağı veren eski 1408/71 sayılı Tüzük'e kıyasla ilerleme kaydetmiştir. Örneğin, Almanya'daki bir işsiz iş aramak üzere Hollanda'ya gidip iki ay boyunca iş aradıktan sonra bu konuda başarılı olamayıp Almanya'ya döndüğünde, başka bir üye devlete gitme hakkı bulunmamaktaydı. Bugün ise bu durum biraz daha esnekleştirilmiş ve kişi genel azami üç aylık (uzatılırsa altı aylık) süreye uyduğu takdirde bu olanaktan birkaç defa yararlanılabilmesi mümkün hale getirilmiştir.

Bu hükmün uygulanması ve yardımların ihraç ihtimali, yetkili üye devletin ve kişinin iş aramak üzere gittiği üye devletin hizmet ve kurumları arasında işbirliği ve karşılıklı destek gerektirmektedir. Yardım ödemesini yetkili devlet yapacağı için, işsiz kişi ayrılmadan önce yetkili kurumu bilgilendirmeli ve yardım ödemelerinde daha sonra kesinti yaşamamak için yardım almaya hak kazandığına dair belge talebinde bulunmalıdır (987/2009 sayılı Uygulama Tüzük'ünün 55. Maddesi). Yetkili devletteki kurum, ilgili kişiyi hüküm gereğince sahip olduğu çeşitli hak ve yükümlülükler ve özellikle de işsiz kişinin yetkili üye devletteki işçi bulma kurumuna kayıtlı olmayı bıraktığı tarihler, iş arayan kişi olarak kayıtlı olmak için verilen süre, yardım haklarının elde bulundurulduğu süre ve yardım hakkı elde edilmesini etkileyebilecek durumlar konusunda haberdar etmelidir. Daha sonra işsiz kişi gittiği üye ülke devletin iş bulma kurumlarına iş arayan olarak kayıt yaptıracaktır. Bu kurum, yetkili devletteki kurumu, yardım hakkı kazanmayı etkileyebilecek durumlar konusunda da işsiz kişinin kayıt yaptırdığı andan itibaren gün bazında bilgilendirecektir.

Buna ek olarak, yetkili kurum talep ettiği takdirde işsiz kişinin gittiği üye devletteki kurum her ay işsiz kişinin durumuna ilişkin takip bilgisi sağlar ve kişinin hala iş bulma kurumunda kayıtlı olup olmadığına ve planlanan denetim prosedürüne uyup uymadığına dair bilgi verir. Kişi iş aradığı takdirde denetimi gerçekleştirecek olan, kişinin gittiği devletteki kurumlardır. Ayrıca Uygulama Tüzüğü, her iki devletteki kurumların kendi aralarında işsiz kişinin iş arama faaliyetlerini kolaylaştıracak önlemleri belirleyebileceğini öngörmektedir.

- Unless the legislation of the competent Member State is more favourable, between two periods of employment the maximum total period for which entitlement to benefits shall be retained, shall be three months; but the competent services may extend that period up to a maximum of six months.

Also here, the new Regulation provides for an improvement with respect to the old Regulation 1408/71, under which the possibility to export the unemployment benefits could only be invoked once between two periods of unemployment. An unemployed person eg in Germany, who went to the Netherlands to seek work there and afterwards returns to Germany without having found work after two months, no longer had the right to go to another Member State. Today, one is a little bit more flexible as one can make use of the possibility several times, as long as the person concerned respects the overall maximum period of three (or six if extended) months.

The application of this provision and possibility of export of benefits asks for cooperation and mutual assistance between the services and institutions of the competent Member State and the Member State to which the person goes in order to seek work. As it will be the competent state that will directly pay out the benefits, the unemployed person must inform the competent institution prior to his departure and request a document certifying that he retains entitlement to the benefits, in order to avoid any further interruption of the payment of benefits (Art. 55 of the Implementing Regulation 987/2009). The institution of the competent state shall inform the person concerned of the different rights and obligations he or she obtains under this provision and in particular of the dates on which the unemployed person ceases to be available to the employment services of the competent state, the period granted in order to register as a person seeking work, as well as the maximum period during which the entitlement to benefits may be retained, as also the circumstances likely to effect the entitlement to benefits. The unemployed person will then register as a person seeking work with the employment services of the Member State to which he goes. This last institution will inform the institution of the competent state on the days from the moment the unemployed person registered, as well as of the circumstances likely to effect the entitlement to benefits.

Also at the request of the competent institution, the institution in the Member State to which the unemployed person has gone, shall provide relevant information on a monthly basis concerning the follow-up of the unemployed person's situation and in particular whether that person is still registered with employment services and is complying with the organised checking procedures. It are indeed the institutions of the state where the person went to that will carry out the control if the person is looking for a job. The Implementing Regulation also foresees that the institutions of both states may agree between each other on measures that should facilitate the job seeking activities of the unemployed person.

## 2. Yetkili üye devlet dışında bir üye devlette ikamet eden işsiz kişiler

İşsizlik ödeneklerinin ihraç edilemezliği ilkesine ikinci bir istisna da, en son çalışma dönemleri boyunca yetkili üye devletin dışında başka bir üye devlette ikamet eden işsiz kişilerin durumunda yaşanmaktadır. Bu durum, 883/2004 sayılı Tüzük'ün 65. Maddesinde tanımlanmıştır. Bu maddenin amacı, en son gerçekleştirdikleri faaliyetler süresince yetkili devletin dışında başka bir üye devlette yaşayan işçilerin durumunu iyileştirmektir. Söz konusu madde, işçinin işsizlik ödeneği almasını ve yeni bir iş aramak için en uygun koşulları elde edebilmesini sağlamak için oluşturulmuştur (C-39/76 sayılı *Mouthaan Davası*). Bu maddede, belirtilen durumlardan birini yaşayan işçilerin işsizlik ödeneği talep edebilecekleri koşullar yer almakta ve tanımlanmaktadır.

### a. İlkeler

- Kısmen ya da kesintili olarak işsiz olan bir kişi ya da hizmet akdiyle veya kendi hesabına sürdürdüğü son faaliyet boyunca yetkili üye devlet dışında başka bir üye devlette ikamet eden bir kişi yetkili üye devletteki işverenine ya da iş bulma kurumuna kayıt yaptırır. O üye ülkede yaşıyormuş gibi farz edilerek yetkili üye devletin mevzuatına göre kendisine aylık bağlanır. Aylıklar yetkili üye devletteki kurum tarafından sağlanır.
- Hizmet akdiyle veya kendi hesabına sürdürdüğü son faaliyet boyunca yetkili üye devlet dışında başka bir üye devlette ikamet eden ve etmekte olan ya da o üye devlete geri dönen tamamen işsiz bir kişi, ikamet edilen üye devletteki iş bulma kurumuna kaydını yaptırır. Tamamen işsiz olan bir kişi tamamlayıcı bir adım daha atarak hizmet akdiyle veya kendi hesabına sürdürdüğü son faaliyet boyunca bulunduğu üye devletin iş bulma kurumuna kaydını yaptırabilir.

65. Madde'nin bu hükmü, normalde iki ya da daha fazla üye devlette faaliyet sürdüren kişiler gibi grupları kapsar (İdari Komisyon'un U2 Kararı'na bakınız). Ödemenin en son çalışılan üye devlet tarafından, ikamet edilen üye devlete yapılmasını sağlayan bu özel kuralın uygulanması, sınır işçilerinin ve yine benzer bir şekilde kendi ülkeleriyle sıkı bağları bulunan özel kategorilerdekilerin durumunda gerekçelendirilmiştir. Ancak ikamet kavramının fazla geniş bir yorumuyla, bir üye devlette adil ve istikrarlı bir şekilde hizmet akdiyle ya da kendi hesabına çalışan ve ailelerini memleketlerinde bırakan bütün göçmen işçilere bu kuralda öngörülen istisnai ödeme yapıldığında gerekçelendirme yapılamaz (Karar U2).



## 2. *Unemployed persons who resided in a Member State other than the competent state*

The second exception to the rule of a principle of non-export of unemployment benefits deals with a particular situation of unemployed persons who, during their last employment, were residing in a Member State other than the competent state.

This situation is described in Art. 65 of Regulation 883/2004. The objective of this article is to improve the situation of workers who, during their last activities, lived in the territory of a state other than the competent state. This article serves to ensure that the worker may receive unemployment benefits and conditions most favourable to the search for new employment (Case C-39/76, *Mouthaan*). This article contains and defines the circumstances in which workers placed in one of the situations set out in this article, may claim unemployment benefits.

### a. The principles

- A person who is partially or intermittently unemployed and who, during his/her last activity as an employed or self-employed person, resided in a Member State other than the competent Member State shall make him/herself available to his/her employer or to the employment services in the competent Member State. He/She shall receive benefits in accordance with the legislation of the competent Member State as if he/she were residing in that Member State. The benefits shall be provided by the institution of the competent Member State.
- A wholly unemployed person who, during his last activity as an employed or self-employed person, resided in a Member State other than the competent Member State and who continues to reside in that Member State or returns to that Member State shall make him/herself available to the employment services in the Member State of residence. A wholly unemployed person may, as a supplementary step, make him/herself available to the employment services of the Member State in which he/she pursued his/her last activity as an employed or self-employed person.

This provision of article 65 covers persons who eg normally pursue their activities in the territories of two or more Member States (see Decision U2 of the Administrative Commission). The application of this special rule with a transfer of liability for payment from the Member State of last employment to the Member State of residence, is considered to be justified in the case of frontier workers and certain categories who likewise retain close links with their countries of origin, but it would no longer be justified if, by a too broad interpretation of the concept of residence, the point were to be reached at which all migrant workers, who have a fairly stable employment or self-employment in a Member State and who have left their families in their country of origin were given the benefit of the exception foreseen in this rule (Recommendation U2).

Bu durumda ikamet yeri neresidir? İkamet yeri, bir kişinin mutlak olarak ikamet ettiği ve faaliyetlerinin yoğunlaştığı yerdir. Bir işçinin ailesini bir ülkede bırakmış olması, ikametgâhının orada devam ettiğinin ancak bu şekilde söz konusu hükümde yer verilen istisnai ödenek almasının mümkün olmadığı kanıtıdır. İşçilerin bir üye devlette istikrarlı bir işlerinin olduğu durumlarda, ailesini başka bir üye devlette bırakmış olsa da o üye devlette ikamet ettiği farz edilir. Aslında, hesaba katılması gereken sadece işçinin ailevi durumu değildir (C-76/76 sayılı *Di Paolo* Davası). Bu yüzden, bir kişinin ikametgâhının nerede bulunduğu karar verirken, 987/2009 sayılı Uygulama Tüzüğü'nün 11. Maddesi uyarınca, üye devlet sınırları dâhilinde bulunma halinin devam etmesi ve süresi, sürdürülen faaliyetin yapısı ve kendine has özellikleri, özellikle de faaliyetin istikrarı, süresi, aile statüsü, barınma durumu gibi ölçütleri dikkate almak önemlidir.

Yasal tüzüklerine tabi olduğu üye devletten başka bir üye devlette yaşayan işçiler gibi belli gruplar için durum böyledir. Bu sebeple, Tüzük çerçevesinde, bir ödeneğin en son çalışma faaliyetinin yürütüldüğü ülkede elde edilmesi gerektiği yönündeki genel ilkeye bir istisna getirilmiştir. Söz konusu işçinin kim olduğunun belirlenmesi ilk önce yapılacak iş olmuştur. Buna ek olarak, öngörülemeyen durumlar sebebiyle, tamamen işsiz olan kişilerle kısmen ya da kesintili olarak işsiz olan kişilerin durumları gibi çeşitli hallerde farklılık gözetilmiştir. Bu farklılığın belirlenmesi hiçbir zaman kolay bir iş olmayacaktır.

Dolayısıyla sınır işçileri diğer işçilerden farklı bir konumda değerlendirilmektedir. Bu noktada değinilmesi gerekir ki, Avrupa Komisyonu, 1408/71 sayılı Tüzük'ü değiştirmek için yaptığı teklifle, bu kuralların tek bir genel hükümlerle daha radikal bir şekilde değiştirilmesine ve sınır işçileri de dâhil bütün işçilerin işsizlik ödeneklerini prensipte en son çalışma faaliyetinin sürdürüldüğü üye devletten almasına yönelik bir öneride bulunmuştur. Bu tür bir yaklaşımı destekleyen birçok görüş ortaya atılabilmektedir. Kısmen ve tamamen işsiz kişiler arasında yapılması gereken ve oldukça zor olan pratik ayrımın ortadan kalkmasının haricinde, aylığın, prim ödemelerini alan ülkede ödenmesi gibi bir sonuç da ortaya çıkabilmektedir. Bu bakımdan, ödenen primlerin miktarı ve yardım süreleri arasında açık bir bağ bulunmaktadır. Böylelikle çok yüksek prim ödemelerinin çok düşük işsizlik ödemelerine sebebiyet verdiği veya tam tersinin yaşandığı durumlardan da kaçınılmaktadır. Sınır işçileri genellikle sınır bölgelerinde yaşayan ve daha önce sigortalı olarak çalışmadıkları yeni bir ülkeye taşınan ve orada ikamet eden kişilerdir. İş hukuku ve özellikle de işten çıkarmaya ilişkin yasayla sosyal güvenlik kanunu ve özellikle de işsizlik yardımları arasında daha iyi bir ilişki geliştirmektedir. Aynı durum, daha ziyade işsizlik yardımlarıyla ilintili olan diğer tamamlayıcı ek yasal ödemelere de uygulanmaktadır.

Ancak aralarında çok sayıda sınır işçisi vakasıyla karşılaşan ve işsizlik yardımlarının yükünün el değiştirmesi gibi durumlar yaşayan üye devletlerin de bulunduğu bazı üye devletlerde bu yeni teklife karşı güçlü bir muhalefet oluşmuştur. Özellikle sınır işçilerinin daha kolay bir biçimde iş bulmalarını sağlamak için yapılan bazı değişiklikler ve gelişmelere rağmen, sınır işçilerine uygulanan özel durumların bugün hala geçerli olmasının asıl sebebi de budur.

So where is someone's place of residence? The place of residence is the place where a person habitually resides and has such his centre of interest. The fact that a worker has left his family in a state, constitutes evidence that he has retained his residence there, but is not of itself sufficient to allow him the benefit of the exception laid down in this provision. Whenever a worker has a stable employment in a Member State, there is a presumption that he resides there, even if he has left his family in another Member State. And for that reason, it is not only the family situation of the worker that should be taken into account (*Case C-76/76, Di Paolo*). It is therefore important to look at the criteria for determining where someone has his residence and this in accordance with Art. 11 of the Implementing Regulation 987/2009, as eg the duration and continuity of presence on the territory of the Member State, the nature and specific characteristics of the activity pursued, in particular the stability of the activity, the duration, the family status, the housing situation, etc.

It is so for a certain group of persons, ie for those workers who lived in a different Member State than that to whose legal regulations he or she was subject, the Regulation therefore introduced an exception to the general principle that a benefit must be obtained in the country of last employment. It will be a first task to define who that worker is? In addition, a difference is made between several situations, ie between the situation where someone is wholly unemployed or where someone is partly or intermittently unemployed, due to unforeseen circumstances. Also this difference will not always be easy to determine.

Frontier workers are therefore placed in a different situation as other workers. It has to be mentioned that the initial proposal from the European Commission to modify Regulation 1408/71 proposed a more radical modification of these rules with a unique general provision, according to which all workers, also frontier workers, would in principle receive unemployment benefits from the state of last employment. Different arguments could plead in favour of such a point of view. Apart from the fact that the very difficult practical distinction that should be made between partially unemployed and fully unemployed would be abolished, the result would also be that the benefit would also be paid out in the country that receives the contributions. In that respect, a clear link would exist between on the one hand, the amount of the contributions paid and on the other hand, the duration of the benefits. This would avoid that a very high contribution would perhaps lead to a very low benefit or vice versa. Most often, frontier workers are also persons who live in a frontier region and have moved to a new country of residence, without ever having worked or being insured there. Also a better relation between on the one hand, labour law and in particular the law applicable to dismissal, and on the other hand, social security law and in particular unemployment benefits, would be improved. The same applies to other supplementary extra-legal benefits, which are most often related to unemployment benefits.

There was, however, a strong opposition in certain Member States to this new proposal, not at least in Member States which are confronted with a lot of frontier workers and who would suddenly see a switch of burden with respect to the payment of unemployment benefits. That is the main reason why the special situation applicable to frontier workers is still valid today, notwithstanding certain modifications and improvements that have been inserted, in particular in order to allow these workers to find a job more easily.

b. Tamamen işsiz olan sınır işçisi

Cevaplanması gereken en temel soru, sınır işçisinin kim olduğudur. Böylece yetkili devlet ve ikamet edilen devlet birbiriyle karıştırılmayacaktır. Madde 1(f)'e göre "Bir üye devlette hizmet akdiyle veya kendi hesabına faaliyet sürdüren ve her gün veya haftada en az bir gün gittiği başka bir üye devlette ikamet eden kişiler 'sınır işçisi'dir." Bu sebeple, diğer ülkedeki ikametgâhından çalıştığı ülkeye hiç dönmemiş olan veya dönmeyen kişiler sınır işçisi olarak kabul edilemezler (C-236/87 sayılı *Bergemann* Davası). Bu konuda, Hollanda'da yaşayan ve çalışan, ancak bir Alman vatandaşıyla evlendikten sonra Almanya'ya taşınıp orada ikamet eden Hollanda vatandaşı bir bayanın durumu örnek teşkil etmektedir. Hollandalı bayan iş sözleşmesinin sonuna kadar devam edecek şekilde analık iznine ayrılmıştır. Analık izni sona erdiğinde işine devam etmek üzere Hollanda'ya geri dönmemiştir.

Tamamen işsiz olan bir sınır işçisi, ikamet ettiği devletten işsizlik yardımı alır. İşsizlik yardımlarının ödenmesini sadece ikamet edilen devlet yapar ve ilgili sınır işçisi, son çalışma faaliyeti esnasında kendisine ikamet edilen ülkenin mevzuatı uygulanmış gibi o mevzuata uygun olarak işsizlik yardımı alacaktır. Dolayısıyla yardım, talebi ve seviyesinin ikamet edilen ülkenin mevzuatınca belirlendiği ikamet edilen devletin kurumu tarafından ve kurum hesabından ödenir. Yani, ikamet edilen ülke sınır işçileri konusunda son çalışma faaliyetleri boyunca hiçbir prim ödemesi almamakla birlikte, bu işçilerin işsizlik yardımı giderlerini üstlenmek zorundadır.

Ancak, bugün yeni tüzüğün değişiklik niteliği taşıyan kapsamında, işsiz sınır işçilerinin en avantajlı koşullarda yeni bir iş aramalarına imkân tanımak ve destek sağlamak amacıyla, tamamen işsiz olan sınır işçileri, sadece ikamet edilen üye devletin iş bulma kurumuna değil, aynı zamanda ek bir adımla en son çalıştıkları ülkenin iş bulma kurumlarına da kayıtlı olma hakkını ellerinde bulundurmaktadırlar. Böyle bir durumda, diğer ülkede de uygulanan yükümlülükler uymak zorunda kalacaklardır. Tamamen işsiz olan sınır işçileri bu sebeple en son çalışılan ülkede olduğu kadar ikamet edilen ülkede de iş arayabilirler. Uygulama Tüzüğü'nün her iki ülkenin ilgili kurumları ve iş bulma kurumları arasında bilgi alışverişi sağlamasının sebebi de budur. İşsiz kişiler hizmet akdiyle ya da kendi hesabına faaliyet yürüttükleri en son üye ülkenin iş bulma kurumuna kayıt yaptırmaya karar verdiklerinde, aynı zamanda ikamet ettikleri üye devletin iş bulma kurumunu da bu konuda bilgilendirirler. İkamet edilen yerdeki iş bulma kurumu diğer ülkedeki iş bulma kurumuna gereken bilgiyi sağlar. Her iki ülkede de işsiz kişi tarafından bazı yükümlülüklerin ya da iş arama faaliyetlerinin yerine getirilmesi konusunda bir anlaşmazlık yaşanması halinde, ikamet edilen üye devletteki yükümlülüklerin öncelik sahibi olduğu yönünde bir anlaşmazlık kuralı devreye girer (987/2009 sayılı Uygulama Tüzüğü'nün 56. Maddesi).

b. The wholly unemployed frontier worker

The first fundamental question is to find out who is a frontier worker? The competent state and state of residence therefore do not coincide. It may be reminded that in accordance with Art. 1 (f) a " 'frontier worker' means any person pursuing an activity as an employed or self-employed person in a Member State and who resides in another Member State to which he/she returns as a rule daily or at least once a week". A person who therefore never returns or returned to his or her place of employment in one Member State, from his/her place of residence in another, might therefore not be considered as a frontier worker (Case C-236/87, *Bergemann*). This was the situation of a Dutch national, who lived and worked in the Netherlands, but moved for residence to Germany, when she married a German national. At that time, she was on maternity leave, which lasted until the end of her employment relationship. When the maternity leave ended, she did not return to the Netherlands to pursue her occupation there.

A frontier worker who is wholly unemployed, receives unemployment benefits from the state of residence. The state of residence is the only state which will provide unemployment benefits and the person concerned will receive the unemployment benefits in accordance with the legislation of this state of residence, as if that legislation had been applicable to the frontier worker during the exercise of his last employment. The benefit is therefore paid by and for the account of the institution of the state of residence, where the claim for and the level of the benefit are determined by the legislation of the country of residence. The state of residence therefore has to bear the costs of unemployment benefits for frontier workers, without having received any contributions in respect of these workers during their last employment.

However, in order to promote and to allow unemployed frontier workers to seek new employment under the most favourable conditions, under the new Regulation the wholly unemployed frontier worker now has, and this is a modification, the right not only to make himself or herself available to the employment services of the state of residence, but also the right as a supplementary step to make themselves available to the employment services of the state of last employment. In such a case, they will also have to comply with the obligations applicable in that state. Wholly unemployed frontier workers therefore have the possibility to look for a job in the state of residence, as well as in the state of last employment. This is also the reason why the Implementing Regulation now provides for an exchange of information between the institutions and employment services of both states. Where the unemployed person decides to make himself or herself also available to the employment services in the Member States in which he/she pursues his/her last activity as an employed or self-employed person, he/she shall also inform the institution and employment services of the Member State of his/her place of residence. The employment services in the place of residence shall send the relevant information to the employment services in the other Member State. In case of a conflict between fulfilment of certain obligations or job seeking activities by the unemployed person in both Member States, a conflict rule has been inserted according to which the obligations in the Member State of residence have priority (Art. 56 of the Implementing Regulation 987/2009).

İkamet edilen ve çalışılan üye devletlerin kurumları arasında yeni bir geri ödeme sistemi oluşturulması yeni Tüzük'ün getirdiği temel değişikliklerden biridir. Eski düzenleyici çerçeveye göre, ikamet edilen ülke sınır işçileri konusunda son çalışma faaliyetleri boyunca hiçbir prim ödemesi almamakla birlikte, bu işçilerin işsizlik ödeneği maliyetinin bütününe üstlenmek zorunda kalmıştır. Bu durum hiçbir zaman adil bulunmadığı için mali yük ilgili üye devletler arasında paylaştırılmaya çalışılmıştır. Yeni Tüzük'le birlikte bu girişimde kısmen başarılı olunmuştur. İkamet edilen üye devlet yetkili devlet özelliğini taşımaya devam etse de, belli bir geri ödeme söz konusu olacaktır. Aslında kişinin son olarak mevzuatına tabi olduğu üye devlet, yani yetkili devlet, ikamet edilen yerdeki kurumun ilk üç ayda ödediği toplam miktarının geri ödemesini ikamet edilen yerdeki kuruma yapacaktır. Ancak, bu miktar, yetkili üye devletin mevzuatı kapsamında işsizlik halinde ödenen miktardan daha fazla olamaz. Bazı durumlarda, özellikle de söz konusu kişi, önceki 24 ay boyunca mevzuatına tabi olduğu üye devlette, işsizlik yardımlarını almaya hak kazanmak için yeterli bir süre olan 12 ay (en az) boyunca hizmet akdiyle ya da kendi hesabına çalışma sürelerini tamamlamışsa, geri ödeme süresi üç aydan beş aya kadar uzatılabilmektedir (883/2004 sayılı Tüzük'ün 65, 6 & 7. maddeleri). Üye devletler başka geri ödeme yöntemleri geliştirebilir, hatta yetki alanlarına giren kurumlar arasındaki bütün geri ödemeleri kaldırabilirler. Bu kuralın bir sonucu olarak, sınır işçilerinin yaşadığı ülkeye düşen pay bugün azaltılmıştır ve bütün bu yardım maliyetlerinin bir kısmını da yetkili devletin karşılaması gerektiğine karar verilmiştir.

### c. Atipik sınır işçisi

Bu kuralların iş arayan kişiler için işsizlik yardımlarını en avantajlı koşullarda sağlama hedefi özel bir durumun ortaya çıkmasına sebebiyet vermiş ve Adalet Divanı, "atipik sınır işçisi" adı verilen yeni bir sınır işçisi kategorisi oluşturmuştur. Bu kategorideki işçiler, sınır ötesi işçi ölçütlerini tamamen karşılayan, ancak en son çalışma faaliyetinin sürdürüldüğü üye devlette sahip oldukları özel ve mesleki bağlar sebebiyle mesleki yaşama yeniden entegre olmak ve sınır işçisi olarak değerlendirilmeyen bir işçi olarak kabul edilmek için en iyi koşullara sahip olan, tamamen işsiz çalışanlardır.

Bu durum *Miethé* Davası (C-1/85) ile olarak bilinir. Söz konusu davada, Alman vatandaşı bir işçi Belçika'da ikamet etmiş, ancak Almanya'da bir Alman firması için satış görevlisi olarak çalışmıştır. Davanın maddi unsurlarından, söz konusu kişinin Aachen'da çalışırken kayınvalidesinin kendisine sağladığı odada kaldığı anlaşılmaktadır. İşsiz kaldıktan sonra Almanya'da iş ararken düzenli olarak yine burada ikamet etmiştir. Divan, söz konusu kişinin çalıştığı son ülkede sahip olduğu kişisel ve mesleki bağlar sebebiyle yeni bir iş bulma ihtimalinin en yüksek olduğu yerin bu ülke olduğuna karar vermiştir. Bu sebeple, söz konusu kişinin atipik işçi olarak değerlendirilmesi gerekmiştir. Çalıştığı ülkeyle arasındaki bağların yapısı, söz konusu işçiye orada yeni bir iş bulma konusunda daha fazla şans tanıdığı için, kişi sınır işçisinden ziyade işçi olarak kabul edilmelidir.

A fundamental modification in the new Regulation is the new system of reimbursement between the institutions of the Member State of residence and employment. According to the previous regulatory framework, the state of residence had to bear the whole cost of unemployment benefits for frontier workers without ever having received any contributions in respect of those workers during their last employment. This was not always considered as being fair, the reason why one tried to share the burden between the Member States concerned. This is now partly done in the new Regulation. Although the Member State of residence remains the competent state, a certain reimbursement will take place. Indeed, the competent state, ie the state to whose legislation he or she was last subject, shall reimburse the institution at the place of residence the full amount of the benefits provided by the latter institution during the first three months. However, this amount may not be higher than the amount payable in case of unemployment under the legislation of the competent Member State. In certain circumstances, this period of reimbursement might be extended from three to five months, in particular when the person concerned has, during the preceding 24 months, completed periods of employment or self-employment of at least 12 months in the Member State to whose legislation he or she was last subject, where such periods would qualify for the purposes of establishing entitlement to unemployment benefits (Art. 65, 6 & 7 of Regulation 883/2004). Member States may also provide for other methods of reimbursement or even waive all reimbursements between the institutions that fall under their jurisdiction. As a result of this rule, the costs for states in which frontier workers live, is now decreased and the fact is recognised that the competent state should bear a part of the costs for all these benefits.

### c. The atypical frontier worker

The fundamental objective of these rules that unemployment benefits must be provided under the conditions which are the most favourable for someone who is looking for a job, also led to a particular situation where the Court of Justice introduced a new type of frontier worker, namely the "atypical frontier worker", a totally unemployed worker, who fully satisfies the criteria of a cross-border worker, but who has such private and professional links in the Member State where he was most recently employed, that he has the best chances there for reintegration in professional life or to be regarded as a worker who is not a frontier worker.

This is commonly known as the *Miethcase* (Case C-1/85). In this case, a German worker lived in Belgium, but worked as a business canvasser for a German firm in Germany. The facts of the case revealed that the person concerned, when working in Aachen, resided in the spare room provided to him by his mother-in-law. He stayed there regularly, especially when seeking work in Germany, after having been made redundant. The Court was of the opinion that the person concerned has maintained such personal and professional ties in his state of last employment, that it is there that he would have the best prospects of finding another job. For that reason, the person concerned should be considered as an atypical frontier worker. As his links to his state of employment are of such a nature as to give him a better chance of finding new employment there, he must be seen as a worker other than a frontier worker.

Dolayısıyla atipik sınır işçileri en son çalıştıkları ülkenin ve ikamet ettikleri ülkenin verdikleri işsizlik yardımları arasında seçim yapmaktadır.

Karar verme yetkisi ulusal yargıya ait olduğu için işçilerin kendilerini böyle bir durumda bulup bulmadığına karar vermek kolay olmamasına rağmen bu ilkenin uygulanması, bugün genellikle ikametgâhlarını değiştirdikleri ve daha önce yaşadıkları üye devlette çalışmaya devam ettikleri için, sınır işçisi olan grup açısından çözüm niteliği taşımaktadır. Bu sınır işçilerinin çalıştıkları ülkeyle olan bağları ikamet ettikleri ülkeyle olan bağlarından çok daha fazla olacaktır. Böyle durumlarda, atipik işçiler uygulanabilir kurallara göre yardımı almak istedikleri yer konusunda seçim hakkına sahip olacaklardır. Bu noktada, atipik işçiler için uygulanan söz konusu içtihat hukukunun yeni düzenleme çerçevesinde geçerli olmadığını söyleyebilmek konusunda gerçek bir argümanın bulunmadığını söyleyebiliriz.

d. Kısmen ve kesintili olarak işsiz olan sınır işçileri

Tamamen olmamakla birlikte kısmen ya da kesintili olarak işsiz olan sınır işçileri başka bir hükmün kapsamına girmektedir. Bu kişiler, daha sonra kendilerine işsizlik yardımı vermekle yükümlü olacak olan yetkili devletteki iş bulma kurumuna kayıt yaptırırlar. Bir kimsenin kısmen ya da tamamen işsiz olduğuna karar vermek ise kolay değildir. Adalet Divanı bu kararın topluluk çapında ortak ölçütlerle verilmesi gerektiği görüşünde olmuştur. Bu durumun netleştirilmesi esasen *De Laet* Davası'nı takiben mümkün olmuştur (C-444/98). Söz konusu davada, Adalet Divanı, başka bir üye devlette aynı firma için yarı zamanlı olarak çalışmaya devam eden ancak tam zamanlı bir işi kabul edecek durumda olan hizmet akdiyle çalışan bir kişinin kısmen işsiz olduğuna ve o ülkenin yetkili kurumunca yardım sağlanması gerektiğine karar vermiştir. Öte yandan, sınır ötesi bir konumda bulunan bir işçinin o ülkeyle hiçbir bağı kalmadıysa ve tamamen işsiz kaldıysa, ödenek ikamet edilen ülkedeki kurum tarafından ve o kurumun hesabından ödenmelidir. Yine aynı şekilde, Adalet Divanı'nın asıl argümanı, kişinin yeni bir iş bulmak için en avantajlı koşullara nerede sahip olabileceğinin belirlenmesidir. Bahsi geçen davada, Hollanda vatandaşı olan *De Laet* ailesiyle birlikte Hollanda'da yaşamakta ve bir Belçika firmasında tam zamanlı yönetici olarak çalışmaktadır. Bir noktada, aynı işverenle cam temizlikçisi olarak çalışmak üzere yarı zamanlı bir iş sözleşmesi yapar. Hem Belçika hem de Hollanda'da işsizlik yardımı almak için başvuruda bulunur. Ancak, her iki ülke de başvuruyu reddeder. Zira Hollanda mevzuatına göre *De Laet* hala Belçika'da çalışıyor olduğu için kısmen işsiz durumdadır, yani işsizlik yardımlarını çalıştığı devletten almalıdır. Öte yandan Belçika'daki kurumlar ise, Sn. *De Laet*'in yönetici olarak tamamen işsiz olduğu ve ikamet ettiği yer olan Hollanda'dan işsizlik yardımı alması gerektiği görüşünü savunur.

Bu noktada sorulması gereken soru, önceki çalışılan ülkeyle hala yeterli bağı olup olmadığıdır ve bu konu işçinin faaliyetlerinin geçici olarak askıya alınma süresinden bağımsızdır.



Atypical frontier workers would therefore have a choice between the unemployment benefits of the state of last employment and the state of residence.

The application of this principle, notwithstanding the fact that it will not always be easy to determine whether the worker finds himself in such a situation as it is exclusively up to the national judge to determine this, also offers a solution for a group of frontier workers, commonly today, who became a frontier worker because they changed their state of residence and continued to work in the Member State where they formerly lived. For those frontier workers, the link with the country of employment will be much greater than with the country of residence. In such cases, the atypical frontier worker will have, according to the applicable rules, the right of choice concerning the place where he or she wished to obtain his or her benefits. We just limit ourselves to mention here that there is no real argument to believe that this case law, in the application of the atypical frontier worker would not be valid anymore under the new regulatory framework.

d. The partially and intermittently unemployed frontier worker

Frontier workers who are not wholly unemployed, but only partially or intermittently, fall under another provision. These persons shall make themselves available to the employment services in the competent state, who will then be responsible for granting the unemployment benefits. Determining when someone is partially or wholly unemployed, is, however, not an easy matter. The Court of Justice has clarified that this must be judged on a basis of uniform community criteria. This followed out of the *De Laat* case (Case C-444/98). In this case, the Court stated that an employee who continues working for the same firm in a part-time relationship, in a different Member State from where he lives, but is available to accept full-time work, is partially unemployed and in this case a benefit ought to be granted by the competent institution of that state. If a cross-border worker, on the other hand, has no further connection with that state and is totally unemployed, the benefit ought to be granted by and for the account of the institution of the place of residence. Again, the main argument for the Court of Justice was to find out where the person would enjoy the most favourable conditions for seeking new employment. In this case, Mr De Laet, a Dutch national, lived in the Netherlands with his family. He was working as a full-time manager in a Belgian firm. At a certain stage, he started a new part-time contract with the same employer as a window cleaner. He applied for unemployment benefits in both Belgium and the Netherlands. However, both states rejected the application, as according to the Netherlands Mr De Laet was partly unemployed as he was still working in Belgium, so he ought to receive unemployment benefits from the state of employment. On the other hand, the Belgian institutions were of the opinion that Mr De Laet was, as a manager, wholly unemployed and ought to receive unemployment benefits in the Netherlands as his state of residence.

The question will therefore be if there are still sufficient links with the former state of employment, not depending on the duration of any temporary suspension of the worker's activity.

Her an görevine geri dönebilecek durumda olmasına rağmen, faaliyetleri askıya alınan bir işçinin hala yeterli bağı bulunmaktadır ve bu sebeple çalıştığı üye devletin mevzuatına tabi olacaktır. Kişinin tamamen işsiz kalması ve bu sebeple ikamet ettiği üye devlette bulunan kurumdan ödenek alması, ancak yetkili devletle kişi arasında sözleşme yoluyla çalışma bağı kalmadığında mümkün olur (İdari Komisyon'un U3 Kararı).

e. Sınır işçilerinin dışındaki işçiler

Sınır işçileri dışındaki işçilerin en son çalıştıkları üye devletin verdiği işsizlik yardımları ve ikamet ettikleri üye devletin verdiği yardımlar arasında seçim yapma hakkı bulunmaktadır. İkamet ettikleri ülkeye dönmezler ve çalıştıkları son üye devletin iş bulma kurumuna kayıt yaptırmazlarsa, yardımlardan sorumlu devlet son çalıştıkları ülke olur. Ancak, ikamet ettikleri ülkeye dönerler ve oradaki iş bulma kurumuna kayıt yaptırırlarsa, bu ülke işsizlik yardımlarından sorumlu devlet olur (883/2004 sayılı Tüzük'ün 65, 2. Maddesi).

O halde işsiz bir kişinin işsizlik döneminde ikametgâhını en son çalıştığı ülkeye taşıması gibi özel bir durumda ne olur? Böyle bir durumda işsizlik yardımlarını ödeme yetkisini elinde bulunduran devlet hangisi olacaktır? Adalet Divanı (C-131/95 sayılı *Huybrechts* Davası), bu gibi durumlarda sınır işçileri için muafiyet ilkesinin uygulanmadığına ve çalışılan en son ülkenin işsizlik yardımlarına ilişkin Tüzük'ten doğan sorumluluğunu üstlenmesi ya da yeniden üstlenmesine karar vermiştir. Çalışılan devletin yetkili devlet olduğuna ilişkin genel ilke geçerliliğini korumaktadır.

f. Yetkili devlet dışında başka bir devlette ikamet eden işçiler açısından yetkili devlet

Son olarak, uygulanabilir mevzuat konulu bölümde, Tüzük'ün 65. Maddesi'ne uygun olarak işsizlik ödeneği alan kişiler için *lex loci laboris* kuralına ilişkin bir istisnanın uygulandığını belirtmiştik. İkamet edilen üye devletin mevzuatı kapsamında bu maddeye uygun olarak işsizlik yardımı alan bir kişi, o ülkenin mevzuatına tabi olacaktır. Söz konusu madde, bu tür işçilerin ikamet ettikleri ülkeden işsizlik yardımı aldıkları süre boyunca diğer sosyal güvenlik risklerinden hangi üye devletin sorumlu olacağı sorusuna cevap vermektedir. Bu maddeye uygun olarak, ikamet edilen ülke, kişinin işsizlik yardımlarının tamamını karşılayacak ve hastalık, analık, malullük ve aile yardımı gibi yardımları ödeme yükümlülüğünü ve ödemeleri hesaplama amacıyla işsizlik sürelerini dikkate alma sorumluluğunu üstlenecektir.

A worker whose activity is suspended, although he can return to his post at any time, still has sufficient links and therefore will be subject to the legislation of the Member State of employment. It is only when no contractual employment links further exist with the competent state that one will be wholly unemployed and therefore will receive benefits in accordance with the institution of the place of residence (see Decision U3 of the Administrative Commission).

e. Workers other than frontier workers

Workers other than frontier workers have a choice between the unemployment benefits of the state of last employment and those of the state of residence. If they do not return to the state of residence and make themselves available to the employment services in the state of last employment, it will be this last state that is responsible. However, if they return to the state of residence and make themselves available to the employment services there, this state shall be responsible for the unemployment benefits (Art. 65, 2 of Regulation 883/2004).

But what happens in the special situation where an unemployed person transfers his or her residence to the state of last employment during the period of unemployment? Which is the competent state for paying unemployment benefits then? According to the Court of Justice (Case C-131/95, *Huybrechts*), the Court decided that in such cases the derogation principle of frontier workers ceases to apply and that the state of last employment starts to assume or reassume its obligation arising from the Regulation as regards unemployment benefits. The general principle remains that the competent state is the state of employment.

f. Competent state for workers who resided in another state than the competent state

To conclude we would like to remind that in a previous chapter on applicable legislation we have indicated that an exception to the general rule of *lex loci laboris* applies in case of a person who receives unemployment benefits in accordance with this Art. 65 of the Regulation. A person receiving unemployment benefits in accordance with this article under the legislation of the Member State of residence, will be subject to the legislation of that Member State. This article provides a solution to the question which Member State would be responsible for the other social security risks during the period that such workers receive unemployment benefits from the state of residence. In accordance with this article, the state of residence will now bear the entire costs for the unemployed person concerned and be responsible for sickness benefits, maternity benefits, invalidity benefits, family benefits, etc as well as take into account unemployment periods for the purpose of calculating pension benefits.

## **Bölüm 11. Aile Yardımları**

### **I. Aile yardımları kavramı**

#### **A. Maddi Kapsam: Aile Yardımları Nedir?**

Kapsamı oldukça geniş olan 'aile yardımları' kavramı, hem yasama organı hem de Avrupa Adalet Divanı (AAD) tarafından tanımlanmıştır. Bu sebeple, koordinasyon tüzükleri kapsamındaki aile yardımlarının maddi kapsamı zaman içerisinde değişiklik göstermiştir. 3/58 sayılı ilk koordinasyon tüzüğü sadece 'aile ödenekleri'ni kapsamıştır. 3/58 sayılı Tüzük kapsamında bulunan aile ödeneklerine, 1408/71 sayılı Tüzük'le birlikte 'aile yardımları' da eklenmiştir. Ancak, 1408/71 sayılı Tüzük aile yardımları ve aile ödenekleri arasında ayırım yapmıştır. 1408/71 sayılı Tüzük'ün 1(u). maddesi şöyledir:

*(i) Aile yardımları terimi, Ek II'de yer verilen özel doğum ve evlat edinme ödeneklerinin dışında, mevzuat kapsamında yer alan ve aile giderlerini karşılamak üzere Madde 4 (1) (h) 'de sağlanan bütün aynı ve nakdi yardımları (aile yardımları) kapsamaktadır;*

*(ii) Aile ödenekleri, yalnızca aile üyelerinin sayısına ve gerekli olduğunda da aile üyelerinin yaşına bakılarak verilen süreli nakdi yardımları kapsamaktadır.*

883/04 sayılı Tüzük, aile yardımları ve aile ödenekleri arasında daha önceden yapılmış olan ayrımı pekiştirmiş, böylece aile yardımları kavramı her ikisini de kapsar hale gelmiştir.

883/04 sayılı Tüzük'ün 1(z).Maddesi 'aile yardımlarını', "Tüzüğün Ek I'inde yer alan avans nafaka ödemeleri ve özel doğum ve evlat edinme ödeneklerinin dışında kalan, aile giderlerini karşılamak için çıkarılan bütün aynı ve nakdi yardımlar" olarak tanımlamaktadır.

Aile yardımları şu anda 883/04 sayılı Tüzük'ün 8. Bölümü ile koordine edilmektedir. Tüzükleri revize etmenin genel kilit amaçlarından biri uyarınca bölümün yapısı sadeleştirilmiş ve 1408/71 sayılı Tüzük'üne nazaran geliştirilmiştir: Eski 1408/71 sayılı Tüzük iki bölüme ayrılmış 12 maddeden oluşurken (883/04 sayılı Tüzük'ün 67-69. maddeleri), yeni 8. bölüm sadece üç madde (Bölüm 7-Aile Yardımları ve Bölüm 8-Emeklilerin bakmakla yükümlü oldukları çocuklarına ve yetimlere verilen yardımlar) içermektedir.

Bu sebeple, 883/04 sayılı Tüzük'e göre "aile yardımları" şunu kapsamaktadır:

" Aile masraflarını karşılamayı amaçlayan bütün aynı ve nakdi yardımlar."

Aşağıdakiler açık bir şekilde bu tanımın dışında kalmaktadır:

"Avans nafaka ödemeleri ve;

## Chapter 11. Family benefits

### I. Concept of family benefits

#### A. Material scope: What are the family benefits?

The concept of 'family benefits' is broad and has been defined both by the legislature and the European Court of Justice (ECJ). As a consequence the material scope of family benefits under the coordinating Regulations has changed over time. The first coordinating regulation, Regulation 3/58, covered only 'family allowances'. This was extended to 'family benefits' under Regulation 1408/71 as well as the family allowances previously covered under Regulation 3/58. However Regulation 1408/71 distinguished between family benefits and family allowances. Under Regulation 1408/71, Article 1(u) stated that:

*(i) the term family benefits means all benefits in kind or in cash intended to meet family expenses under the legislation provided for in Article 4 (1) (h) (family benefits), excluding the special childbirth or adoption allowances referred to in Annex II;*

*(ii) family allowances means periodical cash benefits granted exclusively by reference to the number and, where appropriate, the age of members of the family.*

Regulation 883/04 has now consolidated the previous distinction between family benefits and family allowances so that the concept of family benefits now covers both.

Article 1(z) of Regulation 883/04 defines 'family benefit' as *"all benefits in kind or in cash intended to meet family expenses, excluding advances of maintenance payments and special childbirth and adoption allowances mentioned in Annex I of the Regulation."*

Family benefits are now coordinated by Chapter 8 of Regulation 883/04. In line with one of the key overall aims of revising the Regulations, the structure of the chapter has been simplified and improved compared to that of Regulation 1408/71: the new Chapter 8 contains only three articles (Arts. 67-69 of Regulation 883/04) whereas the previous Regulation, 1408/71, had 12 articles divided between two chapters (Chapter 7 Family Benefits and Chapter 8 Benefits for dependent children of pensioners and for orphans).

Thus, under Regulation 883/04 „family benefits” include:

*“All benefits in kind or in cash intended to meet family expenses.”*

The definition explicitly excludes:

Advances of maintenance payments; and

Tüzük'ün Ek l'inde yer alan özel doğum ve evlat edinme ödenekleri”

1612/68 sayılı Tüzük'ün 7. maddesi'ndeki anlamıyla “sosyal avantaj” olarak değerlendirilen öğrenci yardımları gibi, okul masraflarının tazminatı da aile yardımları bölümünün maddi kapsamının dışında kalmaktadır.

Analık/babalık yardımları ‘aile yardımı’ değildir ve 1. Bölüm'ün hastalık, analık ve eşdeğeri olan babalık yardımları başlığı altında koordine edilmektedir. İşçilerin engelli çocuklarına ödenen primsiz yardımlar da aile yardımı olmamakla birlikte, gereken ölçütleri yerine getirdiği takdirde ‘özel primsiz nakdi yardımlar’ adlı 9. Bölüm kapsamında koordine edilirler (Bakınız Bölüm 4).

## B. Aile Yardımlarının Maddi Kapsamına İlişkin Avrupa Adalet Divanı Kararları

Aile yardımı kavramının geniş bir kavram oluşu ve aile yardımı/ödenegi sistemlerinin AB ülkeleri arasında farklılık gösterdiğini göz önünde bulundurursak, koordinasyon tüzükleri doğrultusunda aile yardımı kapsamına giren ya da girmeyen ödemeleri açıklığa kavuşturması için Avrupa Adalet Divanı'na başvurulması gayet doğaldır. Aile yardımı kapsamına giren ya da girmeyen ödemelerin açıklığa kavuşturulması önemli bir husustur. Zira farklı koordinasyon yöntemleri kullanılmakta ve farklı haklar tanınabilmektedir. Örneğin; özel primsiz nakdi yardımlar ihraç edilemezken, aile yardımları ihraç edilebilmektedir. (Aşağıya ve Bölüm 6'ya bakınız.)

C-245 ve C-312/94 sayılı (*Hoever ve Zachow*) birlikte görülen davalarda, Almanya'da verilen primsiz çocuk yetiştirme ödeneğinin (Erziehungsgeld) koordinasyon tüzüklerinin maddi kapsamına girip girmediği sorusu üzerine yoğunlaşmıştır. Divan 1408/71 sayılı Tüzük'ün kapsamında yer almayan yardımlar ile kapsam dâhilindeki yardımlar arasındaki ayrımın, yardımın ulusal mevzuatlarca sosyal güvenlik yardımı olarak sınıflandırılıp sınıflandırılmadığına değil, esasen her yardımın kendine has unsurlarına, özellikle de amaçları ve verilme koşullarına bağlı olduğuna karar vermiştir.

Divan daha ayrıntılı bir yaklaşımla, Almanya'da verilen söz konusu çocuk yardımı gibi, belli gereklilikleri ve yasal olarak belirlenen ölçütleri yerine getiren kişilere kişisel ihtiyaçlarının bireysel ya da isteğe bağlı değerlendirmesi yapılmadan verilen, aile masraflarını ve özellikle de çocuk yetiştirme hizmetlerini ve çocuk bakma ve büyütme sürecinde ortaya çıkan diğer masrafları karşılamayı ve bazen de kişiler tam zamanlı işten ayrıldığında gelirin ortadan kalkması sonucu ortaya çıkan mali dezavantajları azaltmak amacını taşıyan yardımların, 1408/71 sayılı Tüzük'ün 4(1)(h). Maddesi'ndeki anlamıyla aile yardımı olarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Bu durum C-275/96 sayılı Kuusijärvi Davası'nda Divan tarafından doğrulanmıştır. Söz konusu davada, İsveç'te verilen ebeveyn yardımının koordinasyon açısından bir aile yardımı olup olmadığı ele alınmıştır.

Special childbirth and adoption allowances mentioned in Annex I of the Regulation.”

Compensation for costs at school also fall outside the material scope of the family benefits chapter as do study grants, which are „social advantages” within the meaning of Article 7 of Regulation 1612/68.

Maternity/paternity benefits are not 'family benefits' and are coordinated under Title III. Chapter 1, sickness, maternity and equivalent paternity benefits. While a non-contributory disability benefit paid to the child of a worker is similarly not a family benefit and, if it meets the relevant criteria, is coordinated under Chapter 9 'Special non-contributory cash benefits'. (See Chapter 4).

#### B. The rulings of the European Court of Justice on the material scope of family benefits

Given that the concept of family benefits is broad and that family benefit/allowance systems differ between EU member countries it is perhaps not surprising that the European Court of Justice has been called upon to clarify what is and what is not a family benefit for the purposes of the coordinating Regulations. The definition of what is and what is not a family benefit is important because different coordination methods are used and different rights guaranteed, for example, family benefits are exportable whereas special non-contributory cash benefits are not. (See below and Chapter 6).

In Joined Cases C-245/94 and C-312/94 *Hoever and Zachow* the question was raised whether the German non-contributory child-raising allowance (Erziehungsgeld) was a family benefit within the material scope of the coordinating regulations. The Court found that the distinction between benefits excluded from the scope of Regulation 1408/71 and those which fall within its scope is based essentially on the constituent elements of each particular benefit, in particular its purposes and the conditions on which it is granted, and *not* on whether a benefit is classified as a social security benefit by national legislation.

Specifically, the Court found that a benefit such as the German child-raising allowance in question, which is automatically granted to persons fulfilling certain objective, legally defined criteria, without any individual and discretionary assessment of personal needs, and which is intended to meet family expenses and more particularly to remunerate the service of bringing up a child, to meet other costs of caring for and bringing up a child and, as the case may be, to mitigate the financial disadvantages entailed in giving up income from full-time employment, must be treated as a family benefit within the meaning of Article 4(1)(h) of Regulation 1408/71.

This was confirmed by the Court in Case C-275/96, *Kuusijärvi*. The question before the Court in *Kuusijärvi* was whether or not the Swedish 'parental benefit' is a family benefit for the purposes of coordination.

İsveç'te ikamet eden bir Finlandiya vatandaşı olan Kuusijarvi yaklaşık bir yıl boyunca İsveç'te çalışmış ve işsizlik yardımı almıştır. Doğum yaptığında ise İsveç'in sosyal güvenlik sistemi kapsamında ebeveyn yardımı almıştır. Kuusijarvi 1994 yılında Finlandiya'ya taşınmış ve İsveç Sosyal Sigorta Kurumu'ndan söz konusu ebeveyn yardımının Finlandiya'da da ödenmesine devam etmesini talep etmiştir. Ancak İsveç Sosyal Sigorta Kurumu bu başvuruyu, kişi İsveç dışına taşındığı gerekçesiyle reddetmiştir.

Divan, İsveç'in ebeveynlik yardımı gibi, ebeveynlerden birinin kendisini küçük yaşta ki çocuğunun yetiştirilmesine adanması için verilen ve özellikle aile masraflarını, çocuk yetiştirme hizmetlerini ve çocuk bakma ve büyütme sürecinde ortaya çıkan diğer masrafları karşılamak ve bazen de kişiler mesleki bir faaliyetten ayrıldığında gelirin ortadan kalkması sonucu ortaya çıkan mali dezavantajları azaltmak için çıkarılan yardımların 1408/71 sayılı Tüzük'ün 4(1)(h). Maddesi'ndeki anlamıyla aile yardımı olarak değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Öte yandan Divan, topluluk mevzuatının, üye devletlerin, kendi topraklarında çalışmayı sonlandıran kişilerin ikametgâhlarını başka bir ülkeye taşıdığı gerekçesiyle aile yardımı almaya devam etmelerine müsaade etmemesini engellemediğine karar vermiştir. (Aile yardımı almaya hak kazanma konusu Bölüm III'te ele alınmaktadır.)

Divan'da görülen C-255/99 sayılı *Humer* Davası, nafaka ödemelerine ilişkindir. Özellikle, çocuk nafakası için avans verilmesine ilişkin Avusturya Federal Yasası (UVG)'nin sağladığı avans nafaka ödemeleri gibi yardımların 1408/71 sayılı Tüzük'ün 4(1)(h). Maddesi'ndeki anlamıyla aile yardımı olup olmadığı görüşülmüştür. Divan, Avusturya yasama organının UVG'yi çıkarma sebebinin, anneler çocuklarıyla ilgilenme konusunda tek başlarına kaldıklarında ve çocuk yetiştirme yüküne ek olarak bir de babalarından bakım konusunda destek alamama zorluğu yaşadıklarında, küçük yaşta ki çocuklarının bakımını sağlamak olduğunu belirtmiştir. Buna ek olarak, Divan'da, Avusturya mevzuatına göre böyle bir durumu hafifletmek için devletin müdahale edip nafaka ödemesini yapamayan kişinin sorumluluğunu üstlenmesi, nafaka için avans ödemesi yapması ve yükümlülüğünü yerine getiremeyen kişinin daha sonra kendisine ödeme yapmasını sağlaması gerektiği yönünde bir görüş benimsenmiştir.

Bunun sonucu olarak, Divan, Avusturya'da verilen avans nafaka ödemeleri gibi yardımların aslında 1408/71 sayılı Tüzük'ün 4(1)(h). Maddesi'ndeki anlamıyla aile yardımı olduklarına karar vermiştir.

Ancak, 883/04 sayılı Tüzük'ü oluşturanlar, avans nafaka ödemelerini koordinasyonun maddi kapsamından çıkarmak için bu içtihat hukukundan sapmışlardır. (Yukarıya bakınız.)



The facts in this case were that Mrs. Kuusijarvi, a Finnish national residing in Sweden, worked in Sweden for almost a year and received unemployment benefit. Under the Swedish social security system she received a parental benefit when her child was born. In 1994 Mrs. Kuusijarvi moved to Finland, and at the same time she asked the Swedish Social Insurance Office to continue to pay the parental benefit for her in Finland. However, the Swedish Security Insurance Office rejected her application and the ground that she had moved out of Sweden.

The Court found that a benefit, such as the Swedish Parental Benefit, which is intended to enable one of the parents to devote himself or herself to the raising of a young child, and designed, more specifically, to remunerate the service of bringing up a child, to meet the other costs of caring for and raising a child and, as the case may be, to mitigate the financial disadvantages entailed in giving up income from an occupational activity, must be treated as a family benefit within the meaning of Articles 1(u)(i) and 4(1)(h) of Regulation 1408/71.

However, the Court found that Community legislation does not prevent a Member State from providing that a person who has ceased working entirely in its territory loses the right to continued payment of family benefits on the ground that she has transferred her residence to another Member State. (The question of entitlement to Family Benefits is discussed in III below).

In Case C-255/99, *Humer*, the Court was asked to consider the question of maintenance payments. Specifically whether a benefit such as the advance on maintenance payments provided for by the Austrian Federal Law on the Grant of Advances for the Maintenance of Children (UVG) is a family benefit within the meaning of Article 4(1)(h) of Regulation No 1408/71? In considering the case, the Court noted in particular that the reasons given by the Austrian legislature when adopting the UVG were to ensure the maintenance of minor children in cases where their mothers are left to cope alone with their children and, in addition to the heavy burden of raising their children, find themselves faced with the additional difficulty of obtaining maintenance for them from the father. The Court further pointed out that, according to the Austrian legislation, attenuating such a situation is the reason for which the State must step in and take the place of the person in default of payment of maintenance, pay advances on maintenance and seek recovery from the person in default.

The Court accordingly ruled that a benefit such as the Austrian advance on maintenance payments did indeed constitute a family benefit within the meaning of Article 4(1)(h) of Regulation No 1408/71.

However, the drafters of Regulation 883/04 have departed from this case law to specifically exclude advances of maintenance payments from the material scope of coordination. (See above).

## II. Aile Yardımlarının Koordinasyonu İlkeleri

Aile yardımları aşağıdaki ilkeler ışığında koordine edilmektedir:

- Eşit Muamele
- Hangi ülkenin mevzuatının uygulanabilir olduğuna karar verilmesi
- Sigorta sürelerinin birleştirilmesi
- Yardımların ihracı

Aile yardımlarının koordinasyonunda iyi yönetim ilkesi de uygulanmaktadır.

Ancak, aile yardımlarının koordinasyonu, genel koordinasyon açısından bazı sorunların doğmasına sebep olmaktadır. (Bu sorunlara aşağıda yer alan Bölüm III ve IV'te daha detaylı olarak yer verilmektedir.)

6. Bölüm'de de bahsedildiği üzere, sigorta sürelerinin birleştirilmesine ilişkin kurallar 883/04 sayılı Tüzük'ün 6. maddesi'nde verilmektedir. Madde 6, *söz konusu Tüzük tarafından aksi öngörülmediği sürece, mevzuatı aşağıdaki durumları sigorta, hizmet akdiyle çalışma ya da kendi hesabına çalışma sürelerinin tamamlanması ya da ikamet koşuluna bağlayan bir yetkili üye devlet kurumunun, başka üye devletlerin mevzuatı kapsamında tamamlanan sigorta, hizmet akdiyle çalışma ya da kendi hesabına çalışma sürelerini kendi uyguladığı mevzuat kapsamında tamamlanmış gibi dikkate almasını* gerektirmektedir:

— *Yardım hakkının kazanılması, elde tutulması, süresi ya da geri kazanımı*

— *Mevzuat kapsamına girme,*

*ya da*

— *Zorunlu, isteğe bağlı, devam eden ya da gönüllü sigortaya erişim ya da bunlardan muaf olma.*

Ancak birçok üye devlette aile yardımlarına hak kazanma durumu, çalışma ya da sigorta sürelerine ilişkin bir gerekliliğe dayalı değildir. Yani benzeştirme/ eşdeğer kabul etme kuralı aile yardımları konusunda nadiren uygulanmaktadır.

Gerek duyulduğunda 883/04 sayılı Tüzük'ün 6. Maddesi'ne uygun olarak genel kurallar uygulanmaktadır.

Aile yardımları tamamen ihraç edilebilmektedir.

## II. Principles of coordination of family benefits

Family benefits are coordinated through the principles of :

- Equal Treatment
- Determination of which country's legislation is applicable
- Aggregation of insurance periods
- Export of benefits

The principle of good administration also applies to family benefits.

However, the coordination of family benefits raises specific challenges to coordination. (These are discussed in more detail in III. and IV. below).

As discussed in Chapter 6, the rules for the aggregation of periods of insurance are provided by Article 6 of Regulation 883/04. Article 6 states that *unless otherwise provided for by this Regulation, the competent institution of a Member State whose legislation makes:*

— *the acquisition, retention, duration or recovery of the right to benefits,*

— *the coverage by legislation,*

*or*

— *the access to or the exemption from compulsory, optional continued or voluntary insurance, conditional upon the completion of periods of insurance, employment, self-employment or residence*

*shall, to the extent necessary, take into account periods of insurance, employment, self employment, or residence completed under the legislation of any other Member State as though they were periods completed under the legislation which it applies.*

However, in most Member States, entitlement to family benefits is not based on a requirement for periods of employment or insurance. Consequently the aggregation rule rarely applies to family benefits.

Where necessary the general rules are applied as per Article 6 of Regulation 883/04.

Family benefits are fully exportable.

### III. Yardıma Alma Hakkının Belirlenmesi

#### Uygulanabilir Mevzuat

##### A. Hizmet Akdiyle Çalışanlar

Temel koordinasyon ilkelerinden biri, dolaşım halindeki bir işçinin ya da vatandaşın iki üye devletin mevzuatı kapsamında sigortalı olduğu ya da hiçbir yerde sigortalı olmadığı hallerden kaçınmak için, sınır ötesi bir durum söz konusu olduğunda hangi üye devletin mevzuatının uygulanabilir olduğuna karar vermektir. 883/04 sayılı Tüzük'ün II. Başlığı'nda yer alan 11-16. maddelerde uygulanabilir mevzuat belirlenmiştir (Bkz Bölüm 5). Bölüm 5'te de bahsedildiği gibi, Başlık II'den çıkan temel ilke, hizmet akdiyle ya da kendi hesabına çalışan kişilerin sadece bir üye devlet mevzuatına tabi oldukları ve bu devletin de normalde çalışılan devlet olacağı yönündedir (*lex loci laboris ilkesi*).

Ancak aile yardımları konusu, işçinin bir üye devlette, ailesinin ise başka bir üye devlette yaşaması durumunda karmaşık bir hal alabilmektedir. Bu da ailenin aynı çocuk için iki üye devletten de (ya da daha fazla) aile yardımı alabildiği anlamına gelmektedir (çalışan yardımlara ilişkin öncelik kuralları aşağıda yer alan Kısım 4'te değerlendirilmektedir).

İşçinin aile fertlerinin işçinin çalıştığı ülkeden başka bir ülkede ikamet ettiği durumlarda ne yapılacağına ilişkin bilgi 883/04 sayılı Tüzük'ün 67. maddesinde verilmektedir.

67. madde'ye göre; böyle durumlarda, kişiler, başka bir üye devlette ikamet eden aile üyeleri de hesaba katılarak, *yetkili üye devlette ikamet ediyorlarmış gibi* yetkili üye devletin mevzuatına uygun olarak aile yardımlarını almaya hak kazanırlar.

Adalet Divanı'ndan işçinin aile fertlerinin işçinin çalıştığı üye devletten başka bir üye devlette ikamet etmeleri durumunda ne yapılması gerektiği konusuna açıklık getirmesi istenmiştir. Birlikte görülen C-245/94 ve C-312/94 sayılı Hoefer ve Zachow Davaları'nda (yukarıda bahsedilmiştir), Divan böyle bir durumda kişisel haklara karşı türetilmiş haklar meselesini ele almıştır.

Bölüm VI'da da söz edildiği gibi, aile fertlerinin hak kazandığı yardımlar listesi Adalet Divanı'nın kararlarıyla uzatılmıştır. Divan, *Kermaschek Davası*'nda (C-40/76), aile ya da dul ve yetim aylıkları gibi özellikle önceden aile üyeleri için ayrılmış yardımlar konusunda sadece Tüzük'ten yararlanabildiklerine karar vermiştir.

'Kermaschek' ilkesi, aile fertleri ya da dul ve yetimlerin, aile ferdi statüleri ile edindikleri yardımlarla ilgili olmadıkça Tüzük'e başvuramadıkları anlamına gelmektedir. Divan, *Cabanis Kararı*'nda (C-308/93), kişisel ve türetilmiş haklar arasındaki ayrımın temel eşit muamele prensibinin göçmen işçinin geride kalan eşine uygulanmasına engel olduğunu ve Topluluk yasalarının her ülke tarafından uygulanması yönündeki temel gerekliliği zedelediğini ortaya çıkarmak için *Kermaschek Kararı*'ndan kısmen sapmış, kişisel ve türetilmiş haklar arasındaki ayrımın kısmen göz ardı edilmesine karar vermiştir.

### III. Determination of entitlement to benefits

#### Applicable legislation

##### A. Employed persons

One of the fundamental principles of coordination is rules to determine which member country's legislation is applicable in a cross-border situation in order to prevent a situation where a mobile worker or citizen is insured under the legislation of two Member States or is not insured under any. Under Regulation 883/04, the legislation applicable is determined by Title II, Articles 11 to 16 (See Chapter 5). As discussed in Chapter 5 the basic principle arising from Title II is that employed or self-employed persons are subject to the legislation of one Member State only, and this will normally be the State of employment (the principle of *lex loci laboris*).

However, the situation with respect to family benefits may be complicated by the fact that a worker may live in one Member State and her or his family live in another. This may mean that a family receives family benefits for the same child from two (or more) Member States. (The priority rules on overlapping of benefits are discussed in Section 4 below).

Article 67 of Regulation 883/04 provides for the situation where members of the family are residing in a Member State other than the one in which the worker works.

Article 67 provides that in this situation a person shall be entitled to family benefits in accordance with the legislation of the competent Member State, including for his/her family members residing in another Member State, *as if they were residing in the former Member State*.

The Court of Justice has been asked to clarify the situation where members of the family are residing in a Member State other than the one in which the worker works. In Joined Cases C-245/94 and C-312/94, *Hoever and Zachow*, (discussed above), the Court considered the question of personal versus derived rights in such a situation.

As discussed in Chapter IV the range of benefits to which a family member is entitled has been expanded by the rulings of the Court of Justice. In *Kermaschek* (C-40/76) the Court decided that a family member could only rely on the Regulation in respect of benefits specifically designated for members of the family such as family and survivor's benefits.

The "Kermaschek" principle meant that members of the family or their survivors could not invoke the Regulation, unless it concerned benefits acquired through their status of members of the family. In the *Cabanis* (C-308/93) Judgement the Court partially departed from the *Kermaschek* Judgement to find that the distinction between rights in person and derived rights renders the fundamental concept of equal treatment inapplicable to the surviving spouse of a migrant worker and undermines the fundamental requirement that Community law should be applied uniformly. Therefore the Court concluded that the distinction between rights in person and derived rights had to be partially abandoned.

Dolayısıyla, *Cabanis* Kararı Kermaschek bulgularını, aile fertlerinin işsizlik yardımı gibi sadece hizmet akdiyle çalışan kişilere uygulanan Tüzük hükümlerine başvurduğu davalarla sınırlandırmaktadır.

*Hoever* ve *Zachow* Davaları'nda Divan, hizmet akdiyle çalışan bir kişinin bir üye devletin mevzuatına tabi olduğu ve ailesiyle birlikte başka bir üye devlette ikamet ettiği durumlarda, bu kişinin eşinin 1408/71 sayılı Tüzük'ün 73. maddesi (şimdiki 883/04 sayılı Tüzük'ün 67. maddesi) kapsamında çocuk yetiştirme ödeneği gibi aile yardımlarını çalışılan ülkede almaya hakkı olduğuna karar vermiştir. İşçinin kişisel hakları ve aile fertlerinin edindiği türetilmiş haklar arasındaki ayrıma dayanılarak böyle bir yardımın eşe verilmesi reddedilemez. Bunun sebebi, söz konusu ayırımın sadece, işçinin aile fertlerinin işsizlik ödenekleri gibi yalnızca işçilere uygulanan ve aile fertlerine uygulanmayan koordinasyon tüzüklerinin hükümlerine başvurması halinde geçerli olması ve prensipte aile yardımlarına uygulanmamasıdır.

Divan böyle bir karar vermiştir, çünkü 1408/71 sayılı Tüzük'ün 73. maddesi'nin (şimdiki 883/04 sayılı Tüzük'ün 67. maddesi) amacı, Topluluk işçilerinin serbest dolaşım hakkını kullanmaktan vazgeçmemeleri için, üye devletlerin aile yardımlarına hak tanımayı işçinin aile fertlerinin yardımı sağlayan üye devlette ikamet etmesine bağlamasını engellemektir. Bir üye devletin bu tür bir çocuk yetiştirme ödeneğini o ülkede ikamet etmeyen işçi eşine eşin kendi topraklarında istihdam edilmiş olması gerektiği koşuluna dayanarak vermesi halinde, işçi serbest dolaşım hakkını kullanmaktan cayabilir ve bu da Tüzük'ün 73. maddesi'nin amacı ve özüne aykırı olur.

C-255/99 sayılı yukarıda bahsedilen *Humer* Davası'nda Divan'dan, küçük yaşta çocuğun Tüzük'ün kişisel kapsamına girip girmediği ve bu sebeple de aile yardımı almaya bağımsız olarak hakkı olup olmadığını değerlendirmesi istenmiştir.

Divan, 1408/71 sayılı Tüzük'ün 73 ve 74. maddelerinin (şimdiki 883/04 sayılı Tüzük'ün 67. maddesi) yetkili devletin dışında bir üye devlette ikamet eden aile fertlerine, uygulanabilir mevzuatın sağladığı aile yardımlarını temin etmeyi ve üye devletlerin aile yardımlarına hak kazanmayı ve yardım miktarını işçinin aile fertlerinin yardımları sağlayan devlette ikamet etmesi koşuluna bağlamasına engel olmayı (Topluluk işçilerinin serbest dolaşım hakkını kullanmaktan vazgeçmemesi için) hedeflediğini belirtmiştir.

Divan, bu durumun şu şekilde yorumlanması gerektiğine karar vermiştir: Velayetinin verildiği ebeveyni ile birlikte yardımı veren ülkeden başka bir ülkede ikamet eden ve nafaka ödemekle yükümlü olan diğer ebeveyni yardımı veren üye devlette çalışan ya da işsiz durumda olan küçük yaşta çocuğun, çocukların nafakası konusunda avans ödemesi yapılmasına ilişkin Avusturya Federal Yasası'nın sağladığı avans nafaka ödemesi gibi aile yardımlarını almaya hakkı vardır.

Thus the *Cabanis* Judgement limits the *Kermaschek* finding to those cases in which a member of a family invokes provisions of the Regulation that apply exclusively to employed persons such as unemployment benefits.

In *Hoever and Zachow* the Court found that where an employed person is subject to the legislation of a Member State and lives with his or her family in another Member State, that person's spouse is entitled, under Article 73 of Regulation 1408/71 (now Articles 67 of Regulation 883/04), to receive a family benefit such as child-raising allowance in the State of employment. The spouse cannot be refused such a benefit on the basis of the distinction between a worker's personal rights and the derived rights acquired by members of his or her family. This is because that distinction is relevant only where a member of a worker's family relies on provisions of the coordinating regulations which are applicable solely to workers and not to members of their families, such as those relating to unemployment benefits, and does not, in principle, apply to family benefits.

The Court considered that this must be the position because Article 73 of Regulation 1408/71 (now Articles 67 of Regulation 883/04) is intended in particular to prevent Member States from making entitlement to, and the amount of, family benefits dependent on residence of the members of the worker's family in the Member State providing the benefits, so that Community workers are not deterred from exercising their right to freedom of movement. If a Member State could make the granting of such a child-raising allowance to a worker's spouse who is not resident in that State subject to the condition that the spouse must be employed in its own territory, the worker could be deterred from exercising his or her right to freedom of movement, contrary to the purpose and spirit of Article 73 of the Regulation.

In Case C-255/99, *Humer*, (discussed above) the Court was asked to consider whether a minor child falls within the personal scope of the Regulation and therefore has an independent right to a family benefit.

The Court noted that Articles 73 and 74 of Regulation No 1408/71 (now Article 67 of Regulation 883/04) are intended to guarantee members of the family residing in a Member State other than the competent State the grant of the family benefits provided for by the applicable legislation and to prevent Member States from making entitlement to and the amount of family benefits dependent on residence of the members of the worker's family in the Member State providing the benefits (so that Community workers are not deterred from exercising their right to freedom of movement).

The Court reasoned that this must be construed as meaning that a minor child residing with the parent having custody in a Member State other than the Member State providing the benefit and whose other parent, who is under an obligation to pay maintenance, works or is unemployed in the Member State providing the benefit is entitled to receive a family benefit such as the advance on maintenance payments provided for by the Austrian Federal Law on the Grant of Advances for the Maintenance of Children.

Divan'ın kararı şu şekilde devam etmiştir: Küçük yaştaki çocuk da dâhil olmak üzere bir işçinin aile üyeleri, 1408/71 sayılı Tüzük'ün 73 ve 74. maddelerine başvurmak için gereken koşulları yerine getirebildikleri takdirde, aile yardımı almak için işçinin kendi müdahalesi olmadan doğrudan söz konusu maddelere başvurabilirler.

C-228/88 sayılı *Bronzino Davası*'nda, Divan'dan 73 ve 74. maddelerin (şimdiki 67. madde) aile yardımlarına ilişkin ek ikamet gerekliliğini geçersiz kılıp kılamayacağını belirlemesi istenmiştir.

Dava gerekçelerine göre, Bronzino'nun çocukları İtalya'daki iş bulma kurumuna kayıtlıdır. Öte yandan ilgili Alman mevzuatı, aile yardımı almak için çocuğun 16 ve 21 yaş arasında olmasını ve Almanya'daki iş bulma kurumuna kayıtlı olmasını gerektirmektedir.

Bu davada Divan, 1408/71 sayılı Tüzük'ün 73 ve 74. maddelerinin (şimdiki 883/04 sayılı Tüzük'ün 67. Maddesi) amacının, üye devletlerin, işçinin aile fertlerinin yardımı veren üye devlet dışında bir üye devlette ikamet ediyor olması gerekçesiyle aile yardımı vermeyi reddetmesine engel olmak olduğu sonucuna varmıştır.

Yine aynı şekilde Divan, bu tür bir reddin Topluluk işçilerini serbest dolaşım haklarını kullanmaktan caydırabileceğine ve bu sebeple bu özgürlüğün önünde engel teşkil edeceğine karar vermiştir.

Divan, aile yardımına hak kazanmak için işçinin çocuğunun yardımı veren üye devletin iş bulma kurumunun kayıtlarında işsiz olarak yer almasını gerektiren bir koşulun sadece çocuğun o üye devlette ikamet etmesi halinde yerine getirilebileceği yönünde bir görüş taşımış ve söz konusu koşulun 1408/71 sayılı Tüzük'ün 73. Maddesinin (şimdiki 883/04 sayılı Tüzük'ün 67. Maddesi) kapsamına girdiğine ve bu sebeple de çocuğun ikamet ettiği üye devletin iş bulma kurumunda işsiz olarak kayıtlı olması halinde yerine getirilmiş olduğuna karar vermiştir.

## B. Emekliler

883/04 sayılı Tüzük'ün 67. Maddesi'nde, emekliler emekli aylığından sorumlu olan üye devletin mevzuatı kapsamında aile yardımı alma hakkına sahiptirler.

## C. Görevlendirme

883/04 sayılı Tüzük'e göre; işçiler işverenleri tarafından 24 aya kadar varabilen bir süre için başka bir üye devlete "görevlendirilerek" gönderilebilirler. Görevlendirme hükümleri, görevlendirilen bir işçinin kendisini gönderen üye devletin (gönderici devlet) mevzuatına tabi olmaya devam etmesini öngörmektedir. Bu durum, 24 aya kadar varabilen bir süre için kendi hesabına bir faaliyet yürütmek üzere başka bir üye devlete giden kendi hesabına çalışan kişiler için de geçerlidir.



The Court found, therefore, that it follows that a member of the family of a worker, including a minor child, may directly invoke Articles 73 and 74 of Regulation 1408/71 in order to apply, without the intervention of the worker her or himself, for the grant of a family benefit in circumstances where the conditions governing application of those articles are otherwise satisfied.

In Case C-228/88, *Bronzino*, the Court was asked whether Articles 73 and 74 (now Article 67) could overrule additional residence requirements for family benefits.

The facts of the case were that Mr. Bronzino's children were registered with the Italian employment services while the relevant German legislation required that, to be entitled to family benefit, the child must be between the ages of 16 and 21 and be registered with the German employment services.

In this case the Court reasoned that the purpose of Article 73 of Regulation 1408/71 (now Article 67 of Regulation 883/04) is to prevent a Member State from being able to refuse to grant family benefits on account of the fact that a member of the worker's family resides in a Member State other than that providing the benefits.

Once again the Court considered that such a refusal could deter Community workers from exercising their right to freedom of movement and would therefore constitute an obstacle to that freedom.

The Court found that it follows that a condition of entitlement to family benefits that requires a worker's child to be registered as unemployed with the employment office of the Member State providing the benefits, which the Court noted is a condition that can be fulfilled only if the child resides within the territory of that Member State, comes within the scope of Article 73 of Regulation 1408/71 (now Article 67 of Regulation 883/04) and must therefore be considered to be fulfilled where the child is registered as unemployed with the employment office of the Member State in which she or he resides.

## B. Pensioners

Article 67 of Regulation 883/04 provides that a pensioner shall be entitled to family benefits in accordance with the legislation of the Member State competent for his/her pension.

## C. Posting

Under the Regulation 883/04 a worker can be "posted" to another Member State by his or her employer for a period of up to 24 months. Under the posting provisions, a posted worker will continue to be subject to the legislation of the Member State from which she or he was posted (the sending State). This also applies to self-employed persons who go to another Member State to carry out a self-employed activity for a period of up to 24 months.

Aile fertlerinin kendi ülkelerinde ikamet etmeye devam etmesi halinde, yetkili devlet (gönderici devlet) sadece kendi mevzuatı kapsamındaki aile yardımlarını öder. Ancak ailenin de görevlendirilen işçi ile birlikte diğer ülkeye taşındığı durumlar koordinasyon kurallarının kapsamında değerlendirilir ve aile yardımları konusunda yetkili devletin hangi devlet olacağına, işçinin eşinin ya da partnerinin gidilen üye ülkede istihdam edilip edilmediğine bakılarak karar verilir.

#### D. Yalnızca ulusal yasa temelinde hak kazanma (C-352/06 sayılı *Bosmann* Davası)

Almanya'da ikamet eden bir Belçika vatandaşı olan Bosmann, 1983 ve 1985 doğumlu iki çocuğunu kendi başına yetiştirmektedir. Çocuklar da Almanya'da ikamet etmekte ve okula orada gitmektedirler.

Bosmann'ın prensipte, Almanya'da başlangıçta verilen çocuk yardımlarını alma hakkı bulunmaktadır. Ancak, Bosmann Hollanda'da iş bulduktan sonra, Almanya kendisine bu yardım ödemelerini yapmayı reddeder. Almanya'daki kurum Topluluk yasalarının ilgili hükümlerini, Bosmann'ın sadece istihdam edildiği üye devletin yani Hollanda'nın mevzuatına tabi olması gerektiği, bu sebeple de Almanya'nın çocuk yardımlarını ödemekle yükümlü yetkili devlet olamayacağı yönünde yorumlar.

Bosmann Hollanda'da ilgili çocuk yardımlarını alamaz. Zira Hollanda mevzuatına göre 18 yaşından büyük çocuklar için yardım sağlanmamaktadır.

Divan, 1408/71 sayılı Tüzük'ün, çalıştığı üye devletin sosyal güvenlik sistemine tabi olan göçmen bir işçinin ikamet edilen üye devletin ulusal mevzuatına dayanarak ikamet ettiği ülkeden çocuk yardımı almasına engel teşkil etmediğine karar vermiştir.

If the family members continue to reside in the country of origin, the State that is competent (i.e. the sending State) pays family benefits under its own national legislation only. However, if the family moves to the same Member State as the posted worker, the situation then falls within the coordinating rules and competency for family benefits will depend on whether the spouse or partner becomes employed in the other Member State.

D. Entitlement on the basis of national law alone (Case C-352/06, *Bosmann*)

Mrs Bosmann, who at the time was a Belgian national resident in Germany, was raising her two children, born respectively in 1983 and 1985, on her own. They also resided Germany where they were students.

In principle, Mrs Bosmann was entitled to German child benefits which were, initially, granted. However, after Mrs Bosmann took up employment in the Netherlands, she was refused payment of these benefits. The German institution interpreted the relevant provisions of Community law to mean that Mrs Bosmann was subject only to the legislation of the Member State of employment, i.e. the Netherlands, so that Germany could not be the competent State, which was liable to pay the child benefits.

Mrs Bosmann was not entitled to the corresponding child benefits in the Netherlands because the Dutch legislation does not provide them for children over 18 years old.

The Court found that Regulation 1408/71 does not preclude a migrant worker, who is subject to the social security scheme of the Member State of employment, from receiving, pursuant to the national legislation of the Member State of residence, child benefit in the latter State.

#### IV. Yardımların Çakışması: Öncelik Kuralları

##### A. Aile Yardımları Konusunda Öncelik Kuralları Neden Gereklidir?

Aile yardımları konusunda uygulanabilir mevzuatın belirlenmesine ilişkin kurallardan, aynı ailenin üyelerinin birden fazla üye devletin mevzuatına tabi olabileceği anlamı çıkabilmektedir. Aynı anda farklı AB ülkelerinde çalışan ve yaşayan ana-babalar her iki ülkeden de yardım alma hakkına sahip olabilmektedirler. Ayrıca, ana veya babadan biri çocuğu orada yaşamıyor olsa bile bir ülkeden yardım alabilmektedir. Bu durum emekli aylığı alan ana-babalar için de geçerlidir.

Örneğin, babanın A, annenin B üye devletinde çalışması ve ailenin de C üye devletinde ikamet etmesi halinde üç yetkili üye devletten bahsedilebilmektedir:

- A üye devleti yetkilidir, çünkü baba orada çalışmaktadır.
- B üye devleti yetkilidir, çünkü anne orada çalışmaktadır.
- C üye devleti yetkilidir, çünkü ekonomik bakımdan aktif olmayan çocuklar orada ikamet etmektedir.

883/04 sayılı Tüzük'ün 68. maddesi'nde, aynı çocuk için birden fazla üye devlette aynı dönem için sağlanan yardımlara ilişkin öncelik kurallarına (yardımların çakışması) yer verilmektedir. 68. madde, aile yardımının farklı temellere dayalı olarak birden fazla üye ülkede verildiği durumlarla (örneğin; bir ülke aile yardımlarını çalışma temeline dayalı olarak, diğeri ise ikamet koşuluna bağlı olarak verir), aynı temele dayalı olarak birden fazla ülkede verildiği durumlar (örneğin; her iki üye devlet de aile yardımlarını ikamet ya da istihdama dayalı olarak sağlar) arasında ayırım gözetmektedir.

883/04 sayılı Tüzük'ün 68. Maddesi'nde, aynı dönem ve aynı aile üyeleri için birden fazla üye devletin mevzuatı kapsamında yardım sağlanması durumlarına yönelik olarak aşağıdaki öncelik kurallarına yer verilmektedir:

##### B. Farklı Temellere Dayanarak Birden Fazla Üye Devlet Tarafından Ödenebilen Yardımlar

Farklı temellere dayanarak birden fazla üye devlet tarafından ödenebilen yardımlar konusunda, yardımı hangi devletin ödeyeceğine ilişkin aşağıdaki öncelik sırası takip edilir:

- **Birinci:** Hizmet akdiyle ya da kendi hesabına çalışan bir kişinin faaliyetleri temelinde tanınan haklar
- **İkinci:** Emekli aylığı alma temelinde tanınan haklar
- **Üçüncü:** İkamet temelinde edinilen haklar.

#### IV. Overlapping of benefits: priority rules

##### A. Why priority rules are necessary for family benefits

The rules determining the applicable legislation for family benefits may mean that members of the same family may be subject to the legislation of more than one Member State. Parents who, at the same time, work or live in different EU member countries may be entitled to benefits from both countries. Furthermore, a parent can receive benefits from a country without the child living in that country. This also applies to parents who have a pension.

For example, if a father works in Member State A; and the mother works in Member State B; while the family resides in Member State C a situation arises in which there are three competent Member States:

- Member State A because the father works there
- Member State B because the mother works there
- Member State C because the economically inactive children resides there.

Article 68 of Regulation 883/04 provides the priority rules in cases where benefits are payable for the same child for the same period of time in more than one Member State (overlapping of benefits). Article 68 distinguishes between a situation where family benefit is payable by more than one Member State on a different basis (i.e., for example, one country pays family benefits on the basis of employment and the other on the basis of residence) and a situation where family benefits are payable by more than one Member State on the same basis (i.e., for example, where both Member States pay family benefits on the basis of residence (or employment)).

Article 68 of Regulation 883/04 provides the following priority rules where during the same period and for the same family members, benefits are provided for under the legislation of more than one Member State:

##### B. Payable by more than one Member State on a different basis

In the case of benefits being payable by more than one Member State on different bases, which Member State pays the benefit is determined by the following order of priority:

- **First:** Rights available on the basis of an activity as an employed or self-employed person
- **Second:** Rights available on the basis of receipt of a pension
- **Third:** Rights obtained on the basis of residence.

İdari Komisyon'un F1 Kararı, "hizmet akdiyle ya da kendi hesabına çalışan bir kişinin faaliyetleri temelinde tanınan haklar" kapsamına, bu tür faaliyetlerin emekli aylıkları hariç maaş ve yardımların ödenmeye devam edeceği, hastalık, analık, iş kazası, meslek hastalığı ya da işsizlik gibi sebeplerle geçici olarak askıya alındığı dönemlerin, ücretsiz izin, grev ya da lokavt dönemlerinin ya da ilgili mevzuat kapsamında hizmet akdiyle ya da kendi hesabına çalışan bir kişinin faaliyetine denk düşecek şekilde değerlendirildiği sürece çocuk yetiştirme amacıyla alınan ücretsiz izin dönemlerinin de girmesini öngörmektedir.

C. Aynı temele dayanarak birden fazla üye devlet tarafından ödenebilen yardımlar

Aynı temele dayanarak birden fazla üye devlet tarafından ödenebilen yardımlar konusunda öncelik sırası aşağıdaki ölçütlere dayanarak belirlenmiştir:

***Hizmet akdiyle ya da kendi hesabına çalışan bir kişinin faaliyetleri temelinde tanınan haklar***

Bu tür bir faaliyet söz konusu ise çocukların ikamet yeri ve uygun ise çelişen mevzuatların sağladığı yardımlar arasındaki en yüksek miktar ödenecektir. İkinci durumda, yardım masrafları 987/09 sayılı Tüzük'ün 58. maddesi'nde belirlenen ölçütlere uygun olarak paylaşılır.

987/09 sayılı Tüzük'ün 58. maddesi'ne göre; 883/04 sayılı Tüzük'ün 68(1)(b)(i). ve (ii). Maddelerine yönelik olarak, öncelik sırası çocukların ikamet yeri temeline göre belirlenemediğinde, ilgili üye devletler kendi sınırları içerisinde ikamet etmeyen çocukları da dâhil ederek yardım miktarını hesaplamalıdır. 68(1)(b)(i). Maddenin uygulanması durumunda, mevzuatı en yüksek yardım miktarını sağlayan üye devletin yetkili kurumu bu yardımların bütünü ve diğer üye devletin yetkili kurumu bu ülkeye kendi mevzuatının sağladığı miktarı aşmadan bu meblağın yarısını geri ödemelidir.

***Emekli aylığı alınması temelinde tanınan haklar***

Mevzuatı kapsamında aylık ödendiği takdirde çocukların ikamet yeri ve buna ek olarak uygun olduğunda çelişen mevzuatlar kapsamındaki en uzun sigorta ya da ikamet süresi.

***İkamet temelinde tanınan haklar***

Çocukların ikamet yeri.

D. Fark Ödemesi

Öncelik kuralları çerçevesinde, önceliği olmayan bir program kapsamında aile yardımı hakları askıya alınır. Ancak, farklı üye devletler farklı oranlarda aile yardımı ödemesi yapmaktadır. Bu durum Antlaşma'ya aykırıdır.

Decision F1 of the Administrative Commission provides that “available on the basis of an activity as an employed or self-employed person” includes a period during which such an activity is suspended temporarily because of sickness, maternity, an accident at work, occupational disease or unemployment, as long as wages or benefits, excluding pensions, are payable in respect of these contingencies; or during unpaid leave, strike or lock-out; or during unpaid leave for the purpose of child raising, as long as this leave is deemed to equate to an activity as an employed or self-employed person in accordance with the relevant legislation.

C. Payable by more than one Member State on the same basis

In the case of benefits payable by more than one Member State on the same basis, the order of priority is established by referring to the following criteria:

***In the case of rights available on the basis of an activity as an employed or self-employed person***

The place of residence of the children, provided that there is such activity, and additionally, where appropriate, the highest amount of the benefits provided for by the conflicting legislations. In the latter case, the cost of benefits is shared in accordance with criteria laid down in Article 58 of Regulation 987/09

Article 58 of Regulation 987/09 provides that for the purposes of applying Article 68(1)(b)(i) and (ii) of Regulation 883/04, where the order of priority cannot be established on the basis of the children’s place of residence, each Member State concerned must calculate the amount of benefits including the children not resident within its own territory. In the event of applying Article 68(1)(b)(i), the competent institution of the Member State whose legislation provides for the highest level of benefits must pay the full amount of such benefits and be reimbursed half this sum by the competent institution of the other Member State up to the limit of the amount provided for in the legislation of the latter Member State.

***In the case of rights available on the basis of receipt of pensions***

The place of residence of the children, provided that a pension is payable under its legislation, and additionally, where appropriate, the longest period of insurance or residence under the conflicting legislations.

***In the case of rights available on the basis of residence***

The place of residence of the children.

D. Differential supplement

Under the priority rules rights to family benefits are suspended under a scheme that does not have priority. However, the different Member States pay different rates of family benefits. This would be contrary to the Treaty.

Örneğin, 153/84 sayılı *Ferraioli* Davası'nda Divan, genel bir kural olarak serbest dolaşım hakkını kullanan bir kişinin sadece ulusal mevzuat temelinde edinebileceği hakları kaybetmemesi gerektiği yönünde bir değerlendirmede bulunmuştur. Çakışan yardımlara ilişkin kurallar bu ilke açısından istisna niteliğindedir, Divan yardımların azaltılmasının göçmen işçinin daha yüksek bir mevzuat kapsamında alacağından daha az miktarda yardım aldığı bir duruma sebebiyet vermemesi gerektiğini belirtmiştir.

Bu sebeple, başka üyelerdeki aile yardımı miktarları öncelik sırasının belirlediği üye devletlerinden daha yüksek olduğu takdirde, fark ödemesi yapılır. Bu durumda aile iki ülkeden birden yardım alır.

Bu durumlar için geçerli kurallar 883/04 sayılı Tüzük'ün 68. Maddesi'nde yer almaktadır. 68. Madde, diğer çelişen mevzuat ya da mevzuatlara istinaden aile yardımlarına hak kazanılmasının ilk mevzuatın sağladığı miktara kadar askıya alınmasını ve gerekli olduğunda da bu miktarı aşan meblağ için fark ödemesi yapılmasını öngörmektedir.

Ancak, yardım hakkı tanımak için dikkate alınan tek unsur ikametgâh olduğunda, başka bir üye devlette ikamet eden çocuklar için fark ödemesi yapılmak zorunda değildir.

#### E. Miktarın Hesaplanması

Fark miktarı hesaplanırken, çocuk başına düşen bütün olası AB aile yardımlarının toplam miktarı ülkeler arasında karşılaştırılır. Usul, her ülkenin çocuk ödemesi, geniş aile ek ödemesi ve ebeveyn yardımı gibi ailenin hak kazandığı bütün yardımları toplaması şeklinde işler.

Yetim ödeneği ek ve özel bir aile yardımı olarak değerlendirilir ve diğer aile yardımlarından daha farklı bir şekilde hesaplanır.

Örneğin; A üye devleti öncelik bakımından yetkili devlettir ancak öncelik sırası açısından yetkili olmayan B üye devletinin aile yardımlarından daha düşük miktarda aile yardımı sağlamaktadır. Söz konusu ailenin ise üç çocuğu vardır.

- A üye devletinde yardım hakları şöyledir; çocuk 1: 100 €; çocuk 2: 100 €; çocuk 3: 100 € = toplam 300 €
- B üye devletinde yardım hakları şöyledir: Çocuk 1: 50 €; çocuk 2: 100 €; çocuk 3: 200 € = toplam 350 €
- B üye devletinin yaptığı fark ödemesi: 350 € - 300 € = 50 €



For example, in Case 153/84 Ferraioli, the Court considered that as a general rule a person who exercises their right of free movement must not lose benefits to which she or he would be entitled on the basis of national legislation alone. While the rules on overlapping of benefits are an exception to this principle the Court has found that reduction of benefits must not lead to a situation where the migrant worker is less well off than she or he would receive under the higher legislation.

Thus, if the amount of family benefit in other Member States are higher than the Member State that is designated by priority, a differential supplement is payable. In this circumstance a family will receive benefits from two countries.

The rules in these circumstances are provided by Article 68 of Regulation 883/04. Article 68 provides that entitlements to family benefits by virtue of other conflicting legislation or legislations shall be suspended up to the amount provided for by the first legislation and a differential supplement shall be provided, if necessary, for the sum which exceeds this amount.

However, such a differential supplement does not need to be provided for children residing in another Member State when entitlement to the benefit in question is based on residence only.

#### E. Calculation of amounts

When a supplement is calculated the total amount of all eligible EU family benefits per child is compared between the countries. The procedure is that each country adds together all the benefits to which the family is entitled, for example, child allowance, large family supplement, parental benefit, etc.

Orphans allowance is regarded as an additional or special family benefit and is calculated separately to other family benefits.

For example, Member State A is competent by priority but has lower family benefits than Member State B which is not competent by priority. The family in question has three children.

- Entitlement in Member State A is child 1:  
€100; child 2 €100; child 3 €100 = a total of €300
- Entitlement in Member State B: Child 1:  
€50; child 2 €100; child 3 €200 = a total of €350
- Supplement payable by Member State B is €350 - 300 = €50

## V. Usul

883/04 sayılı Tüzük'ün 68 (3). ve 987/09 sayılı Tüzük'ün 60. maddeleri, aile yardımı taleplerinin potansiyel karmaşıklığının, ailelerin doğru yardım miktarını almak için uzun süre beklemek zorunda kalmasına sebebiyet vermemesini sağlamaya çalışmaktadır.

68 (3) sayılı madde'ye göre; 67. madde kapsamında mevzuatı öncelik sırasına göre olmamakla birlikte uygulanabilir olan bir üye devletin yetkili kurumuna aile yardımı başvurusu yapıldığında, bu kurum ertelemeye mahal vermeden mevzuatı öncelik sırasına göre uygulanabilir olan üye devletin yetkili kurumuna bu başvuruyu iletmeli, ilgili kişiyi bilgilendirmeli ve gerekli olduğunda da uygulama tüzüğü'nün yardımların ihtiyati olarak ödenmesine ilişkin hükümlerine aykırı olmayacak şekilde uygun düşen fark ödemesini yapmalıdır.

Başvuru iletilindiğinde ise, mevzuatı öncelik sırasına göre uygulanabilir olan üye devletin yetkili kurumu, başvuruyu doğrudan kendilerine yapılmış gibi değerlendirmelidir ve başvurunun bahsi geçen ilk kuruma yapıldığı tarih öncelikli kuruma başvuruda bulunduğu tarih olarak dikkate alınmalıdır.

987/09 sayılı Tüzük'ün 60. Maddesi'nde, 883/04 sayılı Tüzük'ün 67 ve 68. Maddelerinin uygulanma prosedürüne ilişkin bilgi verilmektedir. 60. Madde'ye göre aile yardımı başvurusu yetkili kuruma yapılmalıdır.

987/09 sayılı Tüzük'ün 60. Maddesi'ne göre; 883/04 sayılı Tüzük'ün 67 ve 68. Maddelerinin uygulanması için, ilgili bütün kişiler özellikle de kişilerin bu tür yardımları talep etme hakları açısından söz konusu üye devletin mevzuatına tabiymiş ve orada ikamet ediyorlarmış gibi bütün ailenin durumu göz önünde bulundurulmalıdır. Yardım talep etme hakkı bulunan kişiler bu haktan yararlanmadığı takdirde, diğer ebeveyn, ebeveyn olarak kabul edilen kişi ya da çocuk veya çocukların vâsîi olan kişi ya da kurum tarafından yapılan aile yardımı başvurusu, mevzuatı uygulanabilir olan üye devletin yetkili kurumunca dikkate alınmalıdır.

Bu doğrultuda başvuru yapılan kurum, genel olarak başvuruyu yapanın ailesinin fiili ve yasal durumunu dikkate alarak, bu başvuruyu, başvuruyu yapanın sağladığı ayrıntılı bilgi temeline dayanarak ele almalıdır.

Söz konusu kurumun temel Tüzük'ün 68 (1) ve (2). maddelerine uygun olarak öncelik sırasıyla kendi mevzuatının uygulanabilir olduğu yönünde bir değerlendirmede bulunması halinde, aile yardımlarını kendi uyguladığı mevzuat kapsamında sağlamalıdır.

Bu kurumun 883/04 sayılı Tüzük'ün 68(2). maddesi uyarınca başka bir üye devletin mevzuatına istinaden fark ödemesi almaya hakkı olduğunu düşünmesi halinde, bu kurum ertelemeye mahal vermeden başvuruyu diğer üye devletin yetkili kurumuna iletmeli ve ilgili kişiyi bilgilendirmelidir. Ayrıca, diğer üye devletin kurumunu da ödenen aile yardımlarının miktarı ve uygulanmasına yönelik kararı konusunda haberdar etmelidir.

## V. Procedures

Article 68 (3) of Regulation 883/04 and Article 60 of Regulation 987/09 seek to ensure that the potential complexity of a claim for family benefits does not lead to a family having to wait a lengthy period of time to receive the correct amount of benefit.

Article 68 (3) provides that if, under Article 67, an application for family benefits is submitted to the competent institution of a Member State whose legislation is applicable, but not by priority right, that institution must forward the application without delay to the competent institution of the Member State whose legislation is applicable by priority, inform the person concerned and, without prejudice to the provisions of the Implementing Regulation concerning the provisional award of benefits, provide, if necessary, the appropriate differential supplement.

On receipt, the competent institution of the Member State whose legislation is applicable by priority must deal with the application as though it had been submitted directly to itself, and the date on which the application was submitted to the first institution is considered to be the date of its claim to the institution with priority.

Article 60 of Regulation 987/09 sets out the procedure for applying Articles 67 and 68 of Regulation 883/04. Article 60 provides that the application for family benefits must be addressed to the competent institution.

Article 60 of Regulation 987/09 provides that for the purposes of applying Articles 67 and 68 of Regulation 883/04, the situation of the whole family must be taken into account as if all the persons involved were subject to the legislation of the Member State concerned and residing there, in particular as regards a person's entitlement to claim such benefits. Where a person entitled to claim the benefits does not exercise his or her right, an application for family benefits submitted by the other parent, a person treated as a parent, or a person or institution acting as guardian of the child or children, shall be taken into account by the competent institution of the Member State whose legislation is applicable.

The institution to which an application is made in accordance must examine the application on the basis of the detailed information supplied by the applicant, taking into account the overall factual and legal situation of the applicant's family.

If that institution concludes that its legislation is applicable by priority right in accordance with Article 68(1) and (2) of the basic Regulation, it must provide the family benefits according to the legislation it applies.

If it appears to that institution that there may be an entitlement to a differential supplement by virtue of the legislation of another Member State in accordance with Article 68(2) of Regulation 883/04, that institution must forward the application, without delay, to the competent institution of the other Member State and inform the person concerned. Furthermore, it must inform the institution of the other Member State of its decision on the application and the amount of family benefits paid.

Başvurunun yapıldığı kurum, mevzuatın 883/04 sayılı Tüzük'ün 68(1) ve (2). maddeleri uyarınca öncelikli olarak olmamakla birlikte uygulanabilir olduğu sonucuna vardığı takdirde, ertelemeye mahal vermeden uygulanacak öncelik kurallarına ilişkin geçici bir karar almalıdır, 883/04 sayılı Tüzük'ün 68(3). Maddesi'ne uygun olarak (yukarıya bkz) başvuruyu diğer üye devletteki kuruma iletmeli ve başvuruyu yapan kişiyi bu konuda bilgilendirmelidir. Bu kurum iki ay içerisinde geçici karara ilişkin bir tutum belirlemelidir.

Başvurunun iletildiği kurum başvuruyu aldığı iki ay içerisinde tutumunu belirlemediği takdirde, var olan geçici karar uygulanır ve kurumun kendi mevzuatı kapsamında sağlanan yardımları ödemesi ve başvurunun yapıldığı kurumu ödenen yardım miktarı konusunda bilgilendirmesi gerekir.

Öncelik hakkına göre hangi mevzuatın uygulanabilir olduğuna ilişkin olarak kurumlar arasında görüş ayrılığı olması halinde uygulama tüzüğü'nün 6(2) – (5) maddeleri uygulanır. Bu nedenle uygulama tüzüğü'nün 6(2) maddesinde atıfta bulunulan ikamet edilen yerin kurumu çocuğun veya çocukların ikamet ettiği yerin kurumudur.

Eğer geçici olarak yardımları tedarik eden kurum sonuç olarak ödenmesinden sorumlu olunan miktardan daha fazla ödeme yapmışsa bu kurum 987/09 sayılı Tüzüğü'nün 73. Maddesinde belirlenmiş olan prosedüre uygun olarak öncelikli sorumluluğa sahip olan kurumdan geri ödeme talebinde bulunabilir.

987/09 sayılı Tüzüğü'nün 59. Maddesi uygulanabilir mevzuat ve/veya aile yardımı verme yetkisi değiştirildiğinde uygulanacak olan kuralları belirlemektedir.

Madde 59'a göre bir takvim ayı içerisinde uygulanabilir mevzuatın ve/veya aile yardımı verme yetkisinin üye devletler arasında değiştiği hallerde o üye devletlerin mevzuatları altındaki yapılan aile yardımlarının ödeme tarihlerine bakılmaksızın o ayın başında yardımların verilmesini sağlayan mevzuata göre aile yardımlarının ödemesini yapan kurum söz konusu ayın sonuna kadar bu ödemeyi yapmayı sürdürür.

Bu üye devletin kurumu, söz konusu aile yardımını ödemeyi kestiği tarihle ilgili olarak diğer üye devleti veya üye devletleri bilgilendirir. Diğer ilgili üye devlet veya üye devletler tarafından yapılacak olan yardım ödemeleri bu tarihten itibaren yürürlüğe girer.

Where the institution to which the application is made concludes that its legislation is applicable, but not by priority right in accordance with Article 68(1) and (2) of Regulation 883/04, it must take a provisional decision, without delay, on the priority rules to be applied and must forward the application, in accordance with Article 68(3) of the Regulation 883/04 (see above), to the institution of the other Member State, and must also inform the applicant that this has been done. That institution must take a position on the provisional decision within two months.

If the institution to which the application was forwarded does not take a position within two months of the receipt of the application, the existing provisional decision applies and the institution must pay the benefits provided for under its legislation and inform the institution to which the application was made of the amount of benefits paid.

Where there is a difference of views between the institutions concerned about which legislation is applicable by priority right, Article 6(2) to (5) of the implementing Regulation shall apply. For this purpose the institution of the place of residence referred to in Article 6(2) of the implementing Regulation shall be the institution of the child's or children's place of residence.

If the institution that has provided the benefits on a provisional basis has paid more than the amount for which it is ultimately responsible, it may claim reimbursement of the excess from the institution with primary responsibility in accordance with the procedure laid down in Article 73 of Regulation 987/09.

Article 59 of Regulation 987/09 sets out rules that apply where the applicable legislation and/or the competence to grant family benefits changes.

Article 59 provides that where the applicable legislation and/or the competence to grant family benefits change between Member States during a calendar month, irrespective of the payment dates of family benefits under the legislation of those Member States, the institution which has paid the family benefits by virtue of the legislation under which the benefits have been granted at the beginning of that month shall continue to do so until the end of the month in progress.

That Member State's institution must inform the institution of the other Member State or Member States concerned of the date on which it ceases to pay the family benefits in question. Payment of benefits from the other Member State or Member States concerned shall take effect from that date.

## **VI. Yetimler İçin Ek ve zel Aile Yardımları**

883/04 sayılı Tüzüğün 69. maddesine göre, eğer yukarıda değinilen 67 ve 68. maddeler ile belirlenen mevzuata göre yetimler için ek veya özel aile yardımlarına hak kazanılmıyorsa bu yardımlar gıyaben, koordinasyon tüzüklerine uygun olarak ödenen diğer aile yardımlarına ilaveten, ölen işçinin en uzun süre boyunca tabi olduğu mevzuata göre, o mevzuat altında hak elde edilmiş olması şartıyla ödenmelidir. Eğer o mevzuata göre hak elde edilmemişse diğer ye devletlerin mevzuatlarında yer alan bu türden hakların elde edilme koşulları incelenir ve bu ye devletlerin mevzuatları kapsamında tamamlanmış olan sigorta veya ikamet sürelerinin uzunluğuna göre bu yardımlar sağlanır.

Aylık veya aylığa ek olarak ödenen yardımlar 883/04 sayılı Tüzüğün 5. Bölümüne göre sağlanır ve hesaplanır. (bkz. Bölüm 9).

987/09 sayılı Tüzüğün 61. maddesi, 883/04 sayılı Tüzüğün 69. maddesinin uygulanması için gerekli olan usulleri belirler.

987/09 sayılı Tüzüğün 61. maddesi, 883/04 sayılı Tüzüğün 69. maddesinin uygulanması için İdari Komisyonun 69. madde kapsamına giren yetimlere yönelik ek veya özel aile yardımlarının listesini oluşturması gerekmektedir.

Eğer yetkili kurumun mevzuatı kapsamında yetimlere yönelik bu türden ek veya özel bir aile yardımının ödenmesine ilişkin bir hüküm mevcut değilse 61. Maddeye göre bu kurum aile yardımı başvurusunu tüm ilgili evraklar ve bilgi ile birlikte ilgili kişinin en uzun süre boyunca mevzuatına tabi olduğu ve mevzuatında yetimler için bu türden ek veya özel aile yardımlarının yer aldığı ye devletin kurumuna bir an önce yönlendirir.

## **VI. Additional and special family benefits for orphans**

Article 69 of Regulation 883/04 provides that if, under the legislation designated by virtue of Articles 67 and 68 (discussed above), no right is acquired to the payment of additional or special family benefits for orphans, these benefits must be paid by default, and in addition to the other family benefits acquired in accordance with the coordinating regulations, under the legislation of the Member State to which the deceased worker was subject for the longest period of time, in so far as the right was acquired under that legislation. If no right was acquired under that legislation, the conditions for the acquisition of such a right under the legislations of the other Member States must be examined and benefits provided in decreasing order of the length of periods of insurance or residence completed under the legislation of those Member States.

Benefits paid in the form of pensions or supplements to pensions are provided and calculated in accordance with Chapter 5 of Regulation 883/04. (See Chapter 9.

Article 61 of Regulation 987/09 sets out the procedure for applying Article 69 of Regulation 883/04.

Article 61 of Regulation 987/09 provides that for the purposes of applying Article 69 of Regulation 883/04, the Administrative Commission must draw up a list of the additional or special family benefits for orphans covered by Article 69.

Article 61 provides that if there is no provision for the institution that is competent to grant, by priority right, such additional or special family benefits for orphans under the legislation it applies, it must without delay forward any application for family benefits, together with all relevant documents and information, to the institution of the Member State to whose legislation the person concerned has been subject, for the longest period of time and which provides such additional or special family benefits for orphans.

## Bölüm 12.

### AB Koordinasyon Hukuku Alanında İdari İşbirliği

#### I. Koordinasyon alanında yasama süreci

883/04 sayılı Tüzük, kendi politik, hukuki ve idari geleneklerine sahip otuz bir Avrupa ülkesi için sosyal güvenliğin sınır ötesi koordinasyonunu sağlamayı amaçlamaktadır. Ulusal sosyal güvenlik sistemleri ve mevzuatları çeşitli durumlarda “beşikten mezara” güvence sağlayan kendi içlerinde karmaşık yapılardır. Dolayısıyla yüzlerce kurumu ve binlerce kuralı, maddeyi, fıkrayı ve bendi kapsayan otuz bir karmaşık sistemin sınır ötesi koordinasyonu da oldukça karmaşıktır ve bu karmaşıklık pek çok idari zorluğa yol açmaktadır. Örneğin farklı idari kurumların sorumlulukları ve görevleri nasıl tanımlanmalıdır? Bu kurumlar birbirleriyle nasıl ve hangi dilde iletişim kurmalıdır? Uluslararası yardım talepleri hangi kurumlara, nasıl iletilmelidir? Bu başvuruların değerlendirilmesinde ne gibi standartlar uygulanmalıdır? – Karşımıza bunlarla birlikte pek çok soru daha çıkmaktadır.

Koordinasyonun idari organizasyona, kurallara, süreçlere ve prosedürlere ilişkin çerçevesi AB koordinasyon hukuku tarafından oluşturulmuştur. Bu kuralların amacı ulusal sosyal güvenlik kurumları arasındaki iletişimi ve usulleri düzenlemektir. Bu Bölüm AB koordinasyon hukukunun anlaşılmasına yönelik bir çerçeve oluşturmaya yönelik kilit unsurları ve konuları açıklamaktadır. İlk alt başlıkta maddi yasal hükümler ve yasal süreçteki aktörler de dahil olmak üzere koordinasyon alanındaki yasama sürecinin genel hatları verilmektedir. İkinci alt başlık, İdari Komisyon ve İdari Komisyona bağlı özel organlar da dahil olmak üzere tüzükler tarafından oluşturulmuş olan organları açıklamaktadır. Üçüncü alt başlık sosyal güvenlik bilgisinin elektronik ortamdaki alışverişini incelerken, son olarak dördüncü alt başlık iyi yönetim ve işbirliği ilkesini ele almaktadır.

#### A. Asli Yasal Hükümler

Koordinasyon Tüzüklerinin idaresine ilişkin kuralların üç ana kaynağı vardır: Bunlar, 883/04 sayılı Temel Tüzük, 987/09 sayılı Uygulama Tüzüğü ve Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Koordinasyonuna ilişkin İdari Komisyon Kararları ve Tavsiyeleridir (daha önce Göçmen İşçilerin Sosyal Güvenliğine ilişkin Avrupa Toplulukları İdari Komisyonu olarak bilinmekteydi). Her biri de Avrupa Adalet Divanına konu olmuştur. Avrupa Komisyonuna bağlı Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Koordinasyonuna ilişkin İdari Komisyonun 16 Haziran 2010 tarihli Kurallarının 16. Maddesi şunları belirtmektedir: *“Bu kuralların yorumlama gerektirdiği durumlarda yorumlama Avrupa Birliğinin İşleyişine ilişkin Antlaşmanın 267. Maddesine uygun olarak Avrupa Adalet Divanı tarafından sağlanır.”*



## Chapter 12.

### Administrative cooperation in the field of EC coordination law

#### I. The legislative process in the field of coordination

Regulation 883/04 coordinates cross border social security for thirty-one countries across Europe all with their own political, legal and administrative traditions. National social security systems and legislation are in themselves complex providing for a range of circumstances “from the cradle to the grave”. The cross border coordination of thirty-one complex systems involving several hundred institutions and many hundreds of thousands of rules, articles, paragraphs and clauses is therefore itself going to be complex and give rise to a plethora of administrative challenges. For example, how should the responsibilities and tasks of the various administrative institutions be defined? How and in what language should these institutions communicate with each other? How and to which institutions should international claims for benefit be addressed? What standards should be applied to the assessment of claims? - Amongst many others.

The framework for the administrative organisation, rules, processes and procedures of coordination is established by EC coordination law itself. The rules aim to streamline the contacts and procedures between the national social security institutions. This Chapter identifies the key issues and themes in order to provide a framework for understanding the administration of EC coordination law. This Section outlines the legislative process in the field of coordination, including the substantive legal provisions and the actors involved in the legal process; Section Two describes the bodies established by the regulations, including the Administrative Commission, and the special bodies attached to the Administrative Commission. Section Three examines the electronic exchange of social security information (EESSI); and finally Section Four discusses the principle of good administration and cooperation.

#### A. Legal substantive provisions

There are three main sources of rules for the administration of the coordinating regulations: the Basic Regulation 883/04, the Implementing Regulation 987/09 and the Decisions and Recommendations of the Administrative Commission for the Coordination of Social Security Systems (formerly known as the Administrative Commission of the European Communities on Social Security for Migrant Workers). Each is subject to the European Court of Justice (ECJ). Article 16 of the Rules of the Administrative Commission for the Coordination of Social Security Systems attached to the European Commission of 16 June 2010 provides: *“Where the provisions of these rules require interpretation, such interpretation shall be given by the Court of Justice of the European Union in accordance with Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union.”*

## **987/09 sayılı Uygulama Tüzüğü**

Geleneksel olarak sosyal güvenliğe ilişkin uluslararası koordinasyon antlaşmalarına, bunlar tarafından kabul edilen Temel Antlaşmaya dahil önemli kuralların uygulanmasına ilişkin idari kuralları belirleyen ayrı araçlar eşlik etmektedir. Bunlar genellikle “İdari Anlaşmalar” olarak bilinirler. Bu ayırım AB koordinasyon hukukunda yer almaktadır: Asli kararlar 883/04 sayılı Tüzüğe dahilken idareye ilişkin kurallar 987/09 sayılı Tüzükte yer almakta olup, tam başlığı : *Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Koordinasyonuna İlişkin 883/04 Sayılı Tüzüğün Uygulanması İçin Gerekli Prosedürleri Belirleyen 16 Eylül 2009 Tarihli ve 987/09 Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Tüzüğü* şeklindedir.

1 Mayıs 2010 tarihinden itibaren 574/72 sayılı eski Uygulama Tüzüğünü yürürlükten kaldıran 987/09 sayılı Tüzük, 883/04 sayılı Tüzüğün 89. maddesinde, “*Bu Tüzüğün uygulanmasına ilişkin usuller ayrı bir Tüzükte belirtilmiştir*” denmektedir.

Esasa ilişkin kurallar ve uygulama için belirlenmiş olan usuller arasındaki ayırım her zaman net değildir. Dolayısıyla 987/09 sayılı Tüzüğe dahil olmayan idari alana ilişkin temel ilkelere 883/04 sayılı Tüzüğün V. Başlığında yer verilmiştir. Bu başlık, üye devletlerin kurumları arasında işbirliği, veri işleme ve kişisel verilerin korunması, sosyal güvenlik alanındaki faaliyetlerin finanse edilmesi, talepler, bildirimler ve itiraz, tıbbi muayeneler; mevzuatın uygulanması, primlerin toplanması ve yardımların ihyası, kurumların hakları gibi asli olmaktan çok uygulamaya yönelik olan hususlara ilişkin hükümler içermektedir.

Diğer yandan 987/09 sayılı Tüzük, tartışmaya açık bir şekilde 883/04 sayılı Temel Tüzükte yer alması gereken asli özelliklere sahip bazı kurallar da içermektedir. Fakat bu açıdan yaklaşılacak olursa 987/09 sayılı Tüzük 883/04 sayılı Temel Tüzüğü destekleyici niteliktedir. Uygulama Tüzüğünün (987/09) yapısı Temel Tüzüğün (883/04) yapısını yansıtmaktadır.

## ***Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Koordinasyonuna ilişkin İdari Komisyonun Kararları ve Tavsiyeleri***

İdari koordinasyon düzenlemelerine ilişkin kuralların kaynaklarından biri de Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Koordinasyonuna ilişkin İdari Komisyonun Kararları ve Tavsiyeleridir. İdari Komisyon üye devlet hükümetlerinin temsilcilerinden oluşmaktadır. Görevi, yorumlama ve idareye ilişkin sorularla ilgili Kararlar ve Tavsiyeleri kabul ederek 883/04 sayılı Tüzüğün uygulanmasını kolaylaştırmaktır. (Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Koordinasyonuna ilişkin İdari Komisyon aşağıda yer alan II.A’da da ele alınmıştır).

İlk koordinasyon tüzüğü (3/58 sayılı Tüzük) tarafından oluşturulmasından bu yana (bkz. Bölüm 3) Göçmen İşçilerin Sosyal Güvenliğine İlişkin Avrupa Topluluğu İdari Komisyonu / Sosyal Güvenliğin Koordinasyonuna ilişkin İdari Komisyon çok sayıda Karar ve Tavsiye kabul etmiştir.

## ***The Implementing Regulation 987/09***

Traditionally, international coordination treaties on social security are accompanied by separate instruments which provide the administrative rules on the application of the substantive rules contained in the Basic Agreement which are adopted in the treaties themselves. These are generally known as “administrative agreements”. This distinction exists in EC coordination law: the substantive rules are contained in Regulation 883/04, while the rules on administration are set out in Regulation 987/09, the full title of which is: *Regulation (EC) No 987/2009 of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems.*

Regulation 987/09, which repealed the former Implementing Regulation (EEC) No 574/72, with effect from 1 May 2010, is provided for by Article 89 of Regulation 883/04 which states simply that: *“A further Regulation shall lay down the procedure for implementing this Regulation.”*

The demarcation lines between the substantive rules and those that lay down the procedure for implementation are not always clear. Thus, the basic principles which apply in the administrative field, rather than being included in Regulation 987/09, are contained in Title V of Regulation 883/04. This Title has provisions on such matters as cooperation between the institutions of the Member States; data processing and the protection of personal data; funding of activities in the social security field; claims, declarations and appeals; medical examinations; implementation of legislation; collection of contributions and recovery of benefits; rights of institutions etc., all of which are implementing rather than substantive measures.

On the other hand, Regulation 987/09 contains some rules which have a clear substantive character which arguably should have been adopted under the Basic Regulation 883/04. Nevertheless, from a substantive point of view, Regulation 987/09 is subordinate to the Basic Regulation, 883/04. Indeed the structure of the Implementing Regulation (987/09) mirrors that of the Basic Regulation (883/04).

## ***Decisions and Recommendations of the Administrative Commission for the Coordination of Social Security Systems***

A further source of rules on the administration of the coordinating regulations are the Decisions and Recommendations of the Administrative Commission for the Coordination of Social Security Systems. The Administrative Commission is composed of representatives of the Member States’ governments. Its task is to streamline the application of Regulation 883/04, inter alia by adopting Decisions and making Recommendations on questions of interpretation and administration. (The Administrative Commission for the Coordination of Social Security Systems is discussed further under II.A. below).

Since being set up by the first coordinating Regulation (Regulation 3/58) (See Chapter 3), the Administrative Commission of the European Communities on Social Security for Migrant Workers /Administrative Commission for the Coordination of Social Security has made a very large number of Decisions and Recommendations.

Fakat İdari Komisyonun aldığı kararlar yasal olarak bağlayıcı değildir. Avrupa Adalet Divanı, bu tür kararların görevi tüzükleri idare etmek olan sosyal güvenlik kurumlarına yardımcı olabileceğini belirtirken, kararların bu kurumların Birlik kurallarına ilişkin belirli idari yaklaşımları izlemelerini gerektirecek bir statüsü olmadığına karar vermiştir:

*“Antlaşmanın 155. Maddesine ve Antlaşma tarafından oluşturulmuş olan hukuk sistemine, özellikle de 17.3 ve 177. maddelere göre idari komisyon gibi bir organa komisyon tarafından kanun hükmü taşıyan kararlar alma yetkisi verilemez. İdari Komisyonun kararları bu alanda topluluk hukukunun uygulanmasından sorumlu olan sosyal güvenlik kurumlarına destek olabilirken, bu kurumların topluluk kurallarının uygulanmasında belirli yöntemleri izlemesini veya belirli yorumlamaları kabul etmesini gerektirmek gibi bir özelliğe sahip değildir. Dolayısıyla İdari Komisyonun kararları ulusal mahkemeler için bağlayıcı olma özelliği taşımazlar.” (98/80 sayılı Dava, Romano vs Institut National D'assurance Maladie-Invalidité).*

Bununla birlikte pratikte üye devletlerin sosyal güvenlik kurumları büyük ölçüde İdari Komisyon tarafından belirlenmiş olan kurallara dayanmaktadırlar.

## B. Yasal Sürece Dahil Olan Taraflar

Koordinasyon Tüzüklerinin uygulanmasına dahil olan ana taraflar, ulusal sosyal güvenlik programlarının uygulanmasından ve koordine edilmesinden sorumlu olan üye devletlerin sosyal güvenlik kurumlarıdır. üye devletlerin sosyal güvenlik kurumlarına “yetkili kurumlar” şeklinde atıfta bulunmaktadır. Koordinasyon tüzüklerinin uygulanması söz konusu olduğunda bu terim farklı anlamlar kazanabilir: “Yetkili Kurum” bir yandan 883/04 sayılı Tüzüğün II. Başlığına göre (bkz. Bölüm 5) belirlenen uygulanabilir mevzuatta yer alan kurallar tarafından belirlenen kurumken, diğer yandan “Yetkili Kurumlar” kavramı güncel bağlamda Koordinasyon Tüzüklerinin uygulanmasından sorumlu olan üye devletlerin kurumlarıdır.

Tüzükler sosyal güvenlik mevzuatının uygulanmasında yetkili ulusal bakanlıkların idareci veya politika oluşturucu olma rollerini göz önünde bulundurarak yetkili kurumlara veya onlar tarafından atanan organlara bazı yetkiler verirler. Örneğin 883/04 sayılı Tüzüğün 16. maddesi üye devletlere belirli kişilerin veya kişi kategorilerinin çıkarına olması halinde uygulanabilir mevzuat ile alakalı olan Madde 11 – 15 için istisnalar oluşturma hakkı tanırken, 987/09 sayılı Tüzüğün 9. Maddesi iki veya daha fazla üye devletin veya bunların yetkili mercilerinin Uygulama Tüzüğüne kapsamına girmeyen prosedürler konusunda, bu prosedürler ilgili kişilerin haklarını ve yükümlülüklerini olumsuz etkilemiyorsa, anlaşmaya varmalarına müsaade etmektedir.

Ulusal bakanlıkların siyasal işlevleri de İdari Komisyonun oluşumuna ve görevlerine yansıtılmıştır. 883/04 sayılı Tüzüğün 71. maddesi İdari Komisyonun her üye devletten birer tane hükümet temsilcisinden oluştuğunu belirtmektedir.

However, the Decisions of the Administrative Commission are not legally binding. The European Court of Justice has decided that, while such decisions may act as an aid to social security institutions tasked with administering the regulations, they do not have the status that would *require* those institutions to follow particular administrative approaches to Community rules:

*“It follows both from Article 155 of the Treaty and the judicial system created by the Treaty , and in particular by Articles 173 and 177 thereof , that a body such as the administrative commission may not be empowered by the council to adopt acts having the force of law . Whilst a decision of the administrative commission may provide an aid to social security institutions responsible for applying community law in this field , it is not of such a nature as to require those institutions to use certain methods or adopt certain interpretations when they come to apply the community rules . A decision of the administrative commission does not therefore bind national courts.” (Case 98/80, Romano v Institut national d'assurance maladie-invalidité).*

Nevertheless, in practice the social security institutions of the Member States rely heavily on the guidelines set out by the Administrative Commission.

## B. Actors involved in the legal process

The main actors involved in the administration of the coordinating Regulations are the social security institutions of the Member States which are tasked with the application and coordination of the national social security schemes. The social security institutions of the Member States are referred to as the “competent institutions”. For the purposes of the application of the coordinating Regulations this term may have different connotations: on the one hand the “competent institution” is that determined by the rules on applicable legislation as set out in Title II of Regulation 883/04 (See Chapter 5), and on the other hand the “competent institutions” as used in the present context are the institutions of the Member States tasked with administering the coordinating Regulations.

The regulations take into account the involvement of the competent national ministries in the administration of social security law, either in their capacity as administrators or as policy makers and entrust certain powers to the competent authorities or to the bodies designated by them. For example, Article 16 of Regulation 883/04 permits the Member States to provide for exceptions to Articles 11 to 15 on applicable legislation in the interest of certain persons or categories of persons; while Article 9 of Regulation 987/09 permits two or more Member States, or their competent authorities, to agree procedures other than those provided for by the Implementing Regulation, provided that such procedures do not adversely affect the rights or obligations of the persons concerned.

The policy role of the national Ministries is also reflected in the composition and the tasks of the Administrative Commission. Article 71 of Regulation 883/04 provides that the Administrative Commission shall be made up of a government representative from each of the Member States.

Dolayısıyla yalnızca ulusal bakanlıklar temsil edilmekte, diğer ulusal kurumların temsilcileri İdari Komisyonun toplantılarına yalnızca teknik danışman olarak katılabilmektedirler (883/04 sayılı Tüzüğün 71. maddesi).

İdari Komisyon, tüzüklerin idaresi için oluşturulmuş olan kurumsal hiyerarşinin en üst basamağı olarak düşünülebilir. İdari Komisyon Denetim Kurulu ve Veri İşlemeye ilişkin Teknik Komisyon tarafından desteklenir. Denetim Kurulu ve Teknik Komisyon İdari Komisyonun yetkisi altında çalışırlar. (Denetim Kurulu ve Teknik Komisyonun roller aşağıda yer alan II.B'de daha ayrıntılı bir biçimde ele alınmıştır).

Thus only the national ministries are represented; representatives of other national institutions may only attend the meetings of the Administrative Commission as technical advisers (Article 71 of Regulation 883/04).

The Administrative Commission can be considered as the top of the institutional hierarchy which has been created for the administration of the regulations. The Administrative Commission is supported by an Audit Board and a Technical Commission for Data Processing. The Audit Board and the Technical Commission work under the authority of the Administrative Commission. (The role of the Audit Board and the Technical Commission are discussed further under II.B. below).

## II. Tüzükler Tarafından Oluşturulmuş Olan Farklı Organlar

### A. CASSTM : İdari Komisyon

Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Koordinasyonuna ilişkin İdari Komisyon (İdari Komisyon veya CASSTM olarak bilinir) 883/04 sayılı Tüzüğün 72. maddesi ile oluşturulmuştur ve görevleri de bu Tüzük tarafından belirlenmiştir. Başlangıçta İdari Komisyon 3/58 sayılı ilk Koordinasyon Tüzüğü tarafından oluşturulmuştur. Bu Tüzük üye ülkelerin sosyal güvenlik kurumlarının Tüzüklerin uygulanması alanında iyi deneyimlerini birbirleriyle paylaşmalarını gerektiriyordu. Bu durum her üye devletten birer hükümet temsilcisinden ve Komisyonun sağladığı bir sekreterlikten oluşan İdari Komisyonun oluşturulması ile desteklenmiştir.

Bugün 883/04 sayılı Tüzüğün 71. Maddesi İdari Komisyonun gerektiğinde uzman danışmanlar tarafından desteklenen üye devletlerin hükümet temsilcilerinden oluşturulduğunu belirtmektedir. Avrupa Komisyonundan bir temsilci danışman olarak İdari Komisyon toplantılarına katılır.

Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Koordinasyonuna ilişkin İdari Komisyonun 16 Haziran 2010 tarihli Kurallarının 2. Maddesi, ele alınan konular veya ulusal düzeyde alınan önlemler açısından gerekli olması halinde, genel kurala göre her delegasyon en fazla dört kişiden oluşsa da, her üyeye bir veya birkaç uzman danışmanın eşlik edebileceğini belirtmektedir. Toplantılara ele alınan sorularla ilişkili olması halinde AB Hukuk Hizmetlerinin bir temsilcisi ve Avrupa Komisyonunun başka bir dairesinden de bir temsilci katılabilir.

İdari Komisyonun başkanlığını, Avrupa Birliği Konseyi üyesi olan ve aynı zamanda Konseyin de Başkanlığını yapan devlete aittir (Bu durum İdari Komisyona bağlı özel organlar için de geçerlidir – aşağıda ele alınmaktadır).

Başkan İdari Komisyonu, Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Koordinasyonuna ilişkin Danışma Komitesi de dahil olmak üzere her durumda temsil eder (aşağıda ele alınmaktadır).

İdari Komisyon Kurallarının 7. maddesi, İdari Komisyonun yılda en az dört kere toplanmasını gerektirmektedir. Günümüzde İdari Komisyon uygulamada Brüksel'de düzenlenen iki günlük oturumlar halinde yılda sekiz kere toplanmaktadır. İstisnai bir durum olarak İdari Komisyon Brüksel'deki merkezi dışında AB üye devletlerinin birinde veya uluslararası örgütlerde de bir araya gelebilir.

Ayrıca Kurallar İdari Komisyonun, en az beş Avrupa Komisyonu temsilcisi üyenin talebiyle olağanüstü toplantılar düzenleyebileceğini de belirtmektedir.



## **II. The different bodies established by the Regulations**

### **A. CASSTM: Administrative Commission**

The Administrative Commission for the Coordination of Social Security Systems (known as the Administrative Commission or CA.SS.TM) is established and its tasks defined by Article 72 of Regulation 883/04. The Administrative Commission was originally created by the first coordinating Regulation, 3/58, which required the social security institutions of the member countries to lend each other their good offices in the administration of the Regulations underpinned by the creation of an Administrative Commission comprised of a government representative from each Member State with a secretariat provided by the Commission.

Today, Article 71 of Regulation 883/04 provides that the Administrative Commission shall be made up of a government representative from each of the Member States assisted, where necessary, by expert advisers. A representative of the European Commission attends the meetings of the Administrative Commission in an advisory capacity.

Article 2 of The Rules of the Administrative Commission for the Coordination of Social Security Systems of 16 June 2010 (2010/C 213/11) provide that, where necessary in view of the subjects to be dealt with or the measures to be taken at national level, each member may be accompanied by one or several expert advisers, although each delegation may, as a rule, consist of not more than four persons. The meetings may also be attended by a representative of the EU Legal Service and, where this is relevant to the question to be dealt with, a representative of another department of the European Commission.

The office of Chair of the Administrative Commission is held by the member belonging to the State whose representative to the Council of the European Union holds, for the same period, the office of President of the Council (This is the same for the special bodies attached to the Administrative Commission (see below)).

The Chair represents the Administrative Commission on all occasions, including within the Advisory Committee for the Coordination of Social Security Systems (see below).

Article 7 of the Rules of the Administrative Commission requires the Administrative Commission to meet at least four times a year. In practice, the Administrative Commission currently meets in the region of eight times a year, usually in two-day sessions in Brussels. By way of exception, the Administrative Commission may hold meetings away from its seat in Brussels, in one of the EU Member States or on the premises of an international organisation.

Furthermore, the Rules require the Administrative Commission to convene an extraordinary meeting if at least five members or the representative of the European Commission make a request.

Her İdari Komisyon üyesinin ve Avrupa Komisyonu temsilcisinin, bir üye devlet üye devlet veya birden fazla üye devletin ve Avrupa Komisyonunun arasındaki yorumlama farklılıklarının kişilerin haklarını etkilemesi halinde, 883/2004 ve 987/2009 sayılı Tüzüklerin yorumlanmasına ilişkin olarak İdari Komisyona belirli sorular yöneltme hakkı vardır. İdari Komisyon böyle bir soruyu Uzlaşma Kuruluna yönlendirme kararı alabilir (aşağıda ele alınmıştır). (Bkz:İdari Komisyon Kararları, madde 8).

Bu kararlar madde 10'a tabi olarak, Antlaşmalarda belirlenmiş olan oylama kurallarına göre kabul edilirler (İdari Komisyon Kuralları, Madde 9). İdari Komisyon Kurallarının 10. maddesine göre kuralların değiştirilmesine ilişkin kararlar ya İdari Komisyonu oluşturan üyelerin oybirliği , veya mevcut olan üyelerin oybirliği ile, ya da İdari Komisyon üyelerinden en az 21 kişinin olumlu oyu ile alınır.

İdari Komisyonun görevleri 883/04 sayılı Tüzüğün 72. maddesi tarafından tanımlanır. madde 72'ye göre İdari Komisyon, koordinasyon tüzüklerini hükümlerinden ve o tüzükler altında sonuçlandırılan veya düzenlenen anlaşmalardan doğan tüm idari sorular ve yorumlamalar ile ilgilenmekle yükümlüdür. Fakat bu ilgili mercilerin, kurumların ve kişilerin, üye devlet mevzuatları, Koordinasyon Tüzükleri veya Antlaşma tarafından sağlanan usullere ve mahkemelere başvurmalarını etkileyemez.

İdari Komisyonun aynı zamanda Topluluk hukukunun tek bir biçimde uygulanmasını kolaylaştırmak gibi bir görevi de mevcuttur. Bunu da deneyim ve iyi idari uygulamaların paylaşımını artırarak; üye devletler arasındaki işbirliğini destekleyerek ve geliştirerek yapar.

Bunun yanı sıra İdari Komisyon, özellikle bilgi alışverişinde kullanılan yöntemleri çağdaşlaştırarak, kurumlar arası elektronik alışverişi elde etmek amacıyla bilgi akışını sağlamak ve her üye devletteki veri işleme alanında görülen gelişmelerden yararlanmak suretiyle, kişilerin serbest dolaşımını kolaylaştırmak için yeni teknolojilerin kullanımını desteklemekten sorumludur. Bu bağlamda İdari Komisyon özellikle güvenlik ve standartların kullanımı konusunda veri işleme hizmetleri için ortak yapısal kurallar belirleme ve bu hizmetlerin kesiştikleri alanlar için hüküm tespiti görevini üstlenmiştir. Uygulamada sosyal güvenlik bilgisinin alışverişinde yeni teknolojilerin kullanımına yönelik çalışmaların çoğu Teknik Komisyon tarafından yürütülmektedir (bkz. Kısım III – EESSI).

İdari Komisyon aynı zamanda Koordinasyon Tüzüklerine göre üye devletlerin kurumları tarafından karşılanan masraflara ilişkin hesaplar belirlenirken hesaba katılması gereken unsurları oluşturur ve Madde 74'te atıfta bulunulan Denetim Kurulu raporuna dayalı olarak bu kurumlar arasındaki yıllık hesapları belirler (aşağıda ele alınmıştır).

Any member of the Administrative Commission and the representative of the European Commission has the right to submit specific questions to the Administrative Commission on the interpretation of Regulations 883/2004 and 987/2009 where differing interpretations by the Member States or by one or more Member States and the European Commission may prejudice the rights of persons. The Administrative Commission may decide to transfer such a question to the Conciliation Board (see below). (Article 8 of the Rules of the Administrative Commission).

Subject to the provisions of Article 10, Decisions are adopted under the voting rules established by the Treaties (Article 9 of the Rules of the Administrative Commission). Article 10 of the Rules of the Administrative Commission requires that decisions concerning the revision of the rules shall be taken either by a unanimous vote of the members forming the Administrative Commission or by a unanimous vote of the members present or by an affirmative vote of at least 21 members of the Administrative Commission.

The tasks of the Administrative Commission are defined by Article 72 of Regulation 883/04. Article 72 provides that the Administrative Commission is responsible for dealing with all administrative questions and those of interpretation that arise from the provisions of the coordinating Regulations as well as from any agreement that is concluded or arranged under those Regulations. This must, however, be without prejudice to the right of the authorities, institutions and individuals concerned to have recourse to the procedures and tribunals provided for by the legislation of the Member States, by the coordinating regulations or by the Treaty.

The Administrative Commission is also tasked with facilitating the uniform application of Community law, especially by promoting the exchange of experience and best administrative practices; and to foster and develop cooperation between Member States.

Furthermore, the Administrative Commission is responsible for encouraging the use of new technologies in order to facilitate the free movement of persons, in particular by modernising procedures for exchanging information and adapting the information flow between institutions for the purposes of exchange by electronic means, taking account of the development of data processing in each Member State. In this context the Administrative Commission is tasked with adopting common structural rules for data processing services, in particular on security and the use of standards, and must lay down provisions for the operation of the common part of those services. In practice, much of the work towards employing new technologies to exchange social security information has been undertaken by the Technical Commission (See below and III. on EESSI).

The Administrative Commission is also required to establish the factors to be taken into account for drawing up accounts relating to the costs to be borne by the institutions of the Member States under the coordinating Regulations and to adopt the annual accounts between those institutions, based on the report of the Audit Board referred to in Article 74. (See below).

Bu bağlamda İdari Komisyonun her yıl düzenlediği toplantılardan biri, 883/2004 sayılı Tüzüğün 74. Maddesine göre İdari Komisyona rapor veren Denetim Kurulu Başkanının da katılımıyla birlikte 987/2009 sayılı Tüzüğün 69. Maddesinde belirtilen taleplerin incelenmesine ayrılması gerekmektedir.

Son olarak İdari Komisyonun görevleri arasında Avrupa Komisyonuna, tüzük taslakları oluşturarak veya Antlaşma tarafından sağlanan diğer araçları kullanarak Topluluk Müktesebatının iyileştirilmesi ve çağdaşlaştırılması için sosyal güvenlik programlarının koordinasyonuna ilişkin ilgili tekliflerde bulunması yer almaktadır.

İdari Komisyon Kurallarınının 14. maddesine göre her yeni dönem başkanlığı uygulamaya yönelik çalışma programını ve planlarını sunar. Örneğin son olarak Belçika'nın başkanlığında İdari Komisyonun ana görevi sosyal güvenlik alanında elektronik bilgi alışverişinin oluşturulması olmuştur (bkz. Kısım III). Bunun yanı sıra İdari Komisyon yolsuzluk ve hata, hasta hareketliliği, koordinasyon sistemi ve ikamet direktifleri arasındaki ilişki gibi konuları da ele almıştır.

Kuralların 15. Maddesine göre İdari Komisyon faaliyetleri ve tüzüklerin uygulanması hakkında periyodik ve genel bir rapor oluşturur. Bu rapor Sosyal Güvenliğin Koordinasyonuna ilişkin Danışma Komitesine sunulur (aşağıda ele alınmıştır).

Kurallara göre İdari Komisyonun çalışmalarına yardımcı ve destek olacak başka organlar oluşturma yetkisi vardır. Ayrıntılı olarak belirtecek olursak İşlevsel Kurul, Uzlaşma Kurulu, özel sorunlar için çalışma tarafları ve grupları gibi özel amaçlı gruplar oluşturabilir. Bunlar tek tek ele alınacak olursa;

- Kuralların 4. Maddesine göre İdari Komisyon İşlevsel Kurul oluşturabilir. İşlevsel Kurulun oluşumuna, süresine, görevlerine, çalışma yöntemlerine ve başkanlık sistemine ilişkin ayrıntılar İdari Komisyon tarafından belirlenir.
- Kurallara göre İdari Komisyon aynı zamanda Koordinasyon Tüzüklerinin hükümlerinin üyeler tarafından farklı yorumlanması durumunda çalışmalara destek olması için bir Uzlaşma Kurulu da kurabilir. Uzlaşma Kurulunun oluşumuna, süresine, görevlerine, çalışma yöntemlerine ve başkanlık sistemine ilişkin ayrıntılar da yine İdari Komisyon tarafından belirlenir (Kurallar – Madde 5).
- Kuralların 6. Maddesi, İdari Komisyona özel sorunlar hakkında özel çalışma tarafları ve grupları oluşturma yetkisini verir. Bir çalışma grubu oluştururken İdari Komisyon bu grubun görevlerini kendisi tarafından daha fazla müzakere gerektirmeden kabul edilecek şekilde gerçekleştirmesini zorunlu kılabilir.

In this context, one meeting of the Administrative Commission a year must be devoted to the examination of the statement of claims provided for in Article 69 of Regulation (EC) No 987/2009 in the presence of the Chair of the Audit Board who reports to the Administrative Commission in accordance with Article 74 of Regulation 883/2004.

Finally, the Administrative Commission is expected to make any relevant proposals to the European Commission concerning the coordination of social security schemes, with a view to improving and modernising the Community *acquis* by drafting subsequent regulations or by means of other instruments provided for by the Treaty.

Article 14 of The Rules of the Administrative Commission requires each incoming Presidency to present its programme of work and the plans for its implementation. For example, during the recent Belgian Presidency, the Administrative Commission's main task concerned the introduction of the electronic information exchange in the social security field (See III below). Alongside this, the Administrative Commission addressed inter alia the issues of fraud and error, patient mobility and the relationship between the coordination system and the residence directives.

Article 15 of the Rules requires the Administrative Commission to periodically draw up a general report on its activities and on the implementation of the regulations. The report is presented to the Advisory Committee for the Coordination of Social Security Systems (See below).

The Administrative Commission is authorised by its rules to set up other bodies to facilitate and assist in its work. Specifically to set up an Operational Board, a Conciliation Board, working parties and study groups for special problems and ad-hoc groups. Taking these in turn:

- Article 4 of the Rules enables the Administrative Commission to set up an Operational Board. The details of the composition, term, tasks, working methods as well as the system of Chairmanship of the Operational Board are mandated by the Administrative Commission.
- The Rules also permit the Administrative Commission to set up a Conciliation Board to assist its work in case of differing interpretation between members with the provisions of the coordinating Regulations. The details of the composition, term, tasks, working methods as well as the system of Chairmanship of the Conciliation Board are again mandated by the Administrative Commission (Article 5 of the Rules).
- Article 6 of the Rules authorises the Administrative Commission to set up working parties and study groups for special problems. When setting up a working party, the Administrative Commission may mandate the working party to carry out its tasks in such a way that its findings can be accepted by the Administrative Commission, without further deliberations.

- İdari Komisyon aynı zamanda belirli konularda kendisine öneriler hazırlaması ve sunması için sınırlı sayıda kişiden oluşan özel amaçlı gruplar da oluşturabilir. Raportörün kim olacağı, yerine getirilmesi gereken görevler ve grubun sonuçları İdari Komisyona sunmasına ilişkin zaman sınırı gibi konulara her özel grup kendisi karar verir (Madde 6).

## B. İdari Komisyona Bağlı Özel Organlar

### ***Veri İşleme Hakkında Teknik Komisyon***

883/04 sayılı Tüzüğün 73. Maddesi Veri İşleme Hakkında Teknik Komisyonun görevlerini belirler. Madde 73 (1) İdari Komisyona bağlı Veri İşleme Hakkında Teknik Komisyonu oluşturur ve bu Teknik Komisyonun özellikle güvenlik ve kullanım standartları konusunda veri işleme hizmetlerinin işleyişi için ortak yapısal kurallar hakkında İdari Komisyona önerilerde bulunması gerektiğini belirtir. Madde 73 (1) aynı zamanda Veri İşleme hakkında Teknik Komisyonun, İdari Komisyonun karar almasından önce raporlar ve akla uygun seçenekler sunmasını gerektirir.

Teknik Komisyonun oluşumu ve çalışma yöntemleri İdari Komisyon tarafından belirlenir.

Bu görevleri gerçekleştirebilmek için Teknik Komisyon şunları yapmak zorundadır: ilgili teknik belgelerin bir araya getirilmesi ve görevlerin yerine getirilmesi için gerekli olan çalışmaların gerçekleştirilmesi; İdari Komisyona raporların ve akla uygun seçeneklerin sunulması; İdari Komisyon tarafından yöneltilen diğer tüm görevlerin ve çalışmaların yerine getirilmesi; Veri işleme hizmetlerini kullanarak Topluluk pilot projelerinin ve veri işleme hizmetlerini kullanarak işletme sistemlerinin sağlanması.

İdari Komisyonun H2 sayılı ve 12 Haziran 2009 tarihli, sosyal güvenlik sistemlerinin koordinasyonuna ilişkin İdari Komisyona (2010/C 106/06) bağlı veri işleme hakkında Teknik Komisyonun işleyiş ve oluşum yöntemlerine ilişkin Kararı, Teknik Komisyonun işleyiş kurallarını daha ayrıntılı hale getirmiştir.

Kararın 3. Maddesi Teknik Komisyonun, biri daimi diğeri de onun vekili olmak üzere her üye devletten görevlendirilecek ikişer üyeden oluştuğunu belirtmektedir.

Madde 2, raporların ve akla yatkın seçeneklerin Teknik Komisyon üyelerinin oy çoğunluğu ile kabul edilebileceğini ifade eder. Her üye devletin daimi temsilcisi veya onun yokluğunda vekili tarafından kullanılan tek bir oy hakkı vardır. Fakat Teknik Komisyonun raporlarda ve rasyonel seçeneklerde oybirliği mi, yoksa oy çoğunluğu ile mi karara varıldığı da belirtilmelidir. Eğer azınlık söz konusuysa, bu azınlığın görüşlerine veya çekincelerine de yer verilmelidir.

- The Administrative Commission may also set up ad-hoc groups consisting of a limited number of persons to prepare and present the Administrative Commission with proposals for adoption on specific issues. It is for each ad-hoc group decide who is to be the rapporteur, the tasks to be carried out and the time limit within which the group has to present the result of its work to the Administrative Commission (Article 6).

## B. Special bodies attached to the Administrative Commission

### ***The Technical Commission for Data Processing***

Article 73 of Regulation 883/04 establishes and sets out the tasks of the Technical Commission for Data Processing. Article 73 (1) establishes a Technical Commission for Data Processing, attached to the Administrative Commission and states that the Technical Commission shall propose to the Administrative Commission common architectural rules for the operation of data-processing services, in particular on security and the use of standards. Article 73(1) also provides that the Technical Commission for Data Processing must deliver reports and a reasoned opinion before decisions are taken by the Administrative Commission.

The composition and working methods of the Technical Commission are determined by the Administrative Commission itself.

In order to undertake these tasks, the Technical Commission must: gather together the relevant technical documents and undertake the studies and other work required to accomplish its tasks; submit to the Administrative Commission the reports and reasoned opinions; carry out all other tasks and studies on matters referred to it by the Administrative Commission; and ensure the management of Community pilot projects using data-processing services and operational systems using data-processing services.

Administrative Commission Decision No H2 of 12 June 2009 concerning the methods of operation and the composition of the Technical Commission for data processing of the Administrative Commission for the coordination of social security systems (2010/C 106/06) provides further detailed operational rules for the Technical Commission.

Article 3 of the Decision provides that the Technical Commission shall be composed of two members from each Member State, one of whom shall be nominated as the standing member, with the other designated as her or his deputy.

Article 2 also provides that reports and reasoned opinions can be adopted by a simple majority of all members of the Technical Commission, each Member State having a single vote. However, the reports or reasoned opinions of the Technical Commission must indicate whether they were reached unanimously or by simple majority. They must also, should there be a minority, set out conclusions or reservations of the minority.

Madde 7'ye göre ise Teknik Komisyon, onayını almak için İdari Komisyona ayrıntılı bir çalışma programı sunar. Aynı zamanda Teknik Komisyon, çalışma programıyla ilişkili faaliyetleri, gerçekleştirdikleri ve değişiklik teklifleri hakkında İdari Komisyona her yıl rapor vermek durumundadır.

Madde 5, Teknik Komisyona belirli konularla ilgili özel amaçlı çalışma grupları oluşturma yetkisi verir.

### ***Denetim Kurulu***

883/04 sayılı Tüzüğün 74. Maddesi Denetim Kurulunu oluşturur ve görevlerini belirler. Madde 74 (1) oluşumu ve çalışma yöntemleri İdari Komisyon tarafından belirlenen, İdari Komisyona bağlı bir Denetim Kurulu oluşturur.

Madde 74 (1) Denetim Kuruluna şu görevleri yüklemiştir:

- Üye devletler tarafından sunulan yıllık ortalama giderlerin tespit ve hesaplama yöntemlerinin doğrulanması;
- Üye devletlerin yıllık talep bildirimlerinin oluşturulması için gereken verilerin toplanması ve hesaplamaların yapılması;
- İdari Komisyona tüzüklerin uygulanmasının sonuçlarıyla, özellikle de mali yönleriyle ilgili periyodik hesapların sunulması;
- İdari Komisyon tarafından alınan kararlar için ihtiyaç duyulan veri ve raporların sağlanması;
- İdari Komisyona ilgili önerilerde bulunulması;
- İdari Komisyon tarafından kendisine yönlendirilen konularla alakalı tüm çalışmaların veya görevlerin yerine getirilmesi.

İdari Komisyonun H4 sayılı ve 22 Aralık 2009 tarihli, Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Koordinasyonuna ilişkin İdari Komisyonun Denetim Kurulunun (2010/C 107/03) oluşturulması ve çalışma yöntemleriyle alakalı Kararı Denetim Kurulunun işleyiş kurallarına ilişkin ayrıntıları verir.

Denetim Kurulunun oluşumu Kuralların 3. maddesinde belirlenmiştir. Madde 3'e göre Denetim Kurulu her üye devletin Üye devletin yetkili mercileri tarafından belirlenen ikişer temsilciden oluşur.

Denetim Kuruluna, işlevleri ile alakalı olan konularda mesleki eğitim ve deneyim sahibi olan bağımsız bir uzman ve uzman ekibi yardımcı olabilir.

Madde 1, Denetim Kurulunun, talimatları aldığı İdari Komisyonun yetkisi altında işlemlerini gerektirir. Bu çerçevede Denetim Kurulu, uzun vadeli çalışma programını İdari Komisyonun onayına sunar.



Article 7 requires the Technical Commission to submit a detailed work programme to the Administrative Commission for its approval. The Technical Commission must also report each year to the Administrative Commission on its activities and achievements in relation to the work programme and with any proposals for amending it.

Article 5 enables the Technical Commission to set up ad-hoc working groups to consider specific issues.

### ***The Audit Board***

Article 74 of Regulation 883/04 establishes and defines the tasks of the Audit Board. Article 74 (1) establishes an Audit Board attached to the Administrative Commission; the composition and working methods of which are determined by the Administrative Commission itself.

Article 74 (1) tasks the Audit Board with

- verifying the method of determining and calculating the annual average costs presented by Member States;
- collecting the necessary data and carrying out the calculations required for establishing the annual statement of claims of each Member State;
- giving the Administrative Commission periodic accounts of the results of the implementation of the regulations, in particular as regards the financial aspects;
- providing the data and reports necessary for decisions to be taken by the Administrative Commission;
- making any relevant suggestions it may have to the Administrative Commission and;
- carrying out all work, studies or assignments on matters referred to it by the Administrative Commission.

Administrative Commission Decision No H4 of 22 December 2009 concerning the composition and working methods of the Audit Board of the Administrative Commission for the Coordination of Social Security Systems (2010/C 107/03) provides further detailed operational rules for the Audit Board.

The composition of the Audit Board is defined by Article 3 of the Rules. Article 3 provides that the Audit Board is composed of two representatives of each of the Member States appointed by the competent authorities of those States.

The Audit Board may be assisted by an independent expert or expert team with professional training and experience in matters concerning its functions.

Article 1 provides that the Audit Board operates under the authority of the Administrative Commission, from which it receives its instructions. Within this framework the Audit Board must present a long-term work programme to the Administrative Commission for approval.

Madde 2, prensipte Denetim Kurulunun aldığı kararları belgelere dayandırmasını gerektirir. İncelemesi gereken meselelere ilişkin yürüttüğü soruşturmalar için gerekli gördüğü bilgileri yetkili mercilerden talep edebilir. Denetim Kurulu gerekli olduğu takdirde, öncelikle İdari Komisyon Başkanının onayına tabi olarak, işin yürütümü açısından gerekli görülen yerinde soruşturmaların gerçekleştirilmesi için Sekreterliğin bir üyesini veya kendi üyelerini görevlendirebilir. İdari Komisyonun Başkanı ilgili üye devletin İdari Komisyon temsilcisini bu soruşturma konusunda bilgilendirir.

987/2009 sayılı Tüzükte belirtilmiş olan süre içinde anlaşmaya varılamaması halinde Denetim Kurulu hesapların nihai kapanışını kolaylaştırmaktan sorumludur. Denetim Kurulu, taraflardan biri tarafından yapılan görüş talebini karşılamasında yardımcı olması için bir Uzlaşma Paneli oluşturabilir.

Kuralların 6. Maddesine göre Denetim Kurulu kendisine belirli konulara ilişkin teklifler oluşturup sunması için sınırlı sayıda kişiden oluşan özel amaçlı gruplar oluşturabilir. Her özel amaçlı grubun raportörünün kim olacağına, yerine getirilecek görevlere ve çalışmaların sonucunun Denetim Kuruluna teslim ediliş sürelerine Denetim Kurulunun kendisi karar verir.

### C. Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Koordinasyonuna İlişkin Danışma Komitesi

883/04 sayılı Tüzüğün 75. maddesi Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Koordinasyonuna İlişkin Danışma Komitesini oluşturur ve bu komitenin görevlerini belirler.

Madde 75 (1) Sosyal Güvenlik Sistemlerinin Koordinasyonuna İlişkin Danışma Komitesini kurar ve oluşumunu tanımlar. Danışma Komitesi tüm üye devletlerin üçlü üyeliğinden oluşur:

- Bir hükümet temsilcisi;
- Bir sendika temsilcisi;
- Bir işveren örgütü temsilcisi.

Madde 75 (1) her üye devletin yedek üye atamasını gerektirir.

Danışma Kurulunun üyeleri ve yedek üyeleri Konsey tarafından atanır. Danışma Komitesine Avrupa Komisyonunun bir temsilcisi başkanlık eder. Danışma Komitesi kendi usul kurallarını belirler.

Madde 75 (2) Danışma Komitesine, Avrupa Komisyonunun veya İdari Komisyonun talebi üzerine veya kendi inisiyatifiyle özellikle belirli kişi kategorileriyle alakalı olarak sosyal güvenlik sistemlerinin koordinasyonuna ilişkin Topluluk hükümlerinin uygulanmasından doğan ilke ve sorunlarla ilgili genel soruları yanıtlama; ayrıca bu tür konularda İdari Komisyon için görüş oluşturma ve bu hükümlerin değiştirilmesine yönelik tekliflerde bulunma görevi vermiştir.

Article 2 provides that the Audit Board shall, in principle, reach its decisions on the basis of documentary evidence. It can request from the competent authorities any information or enquiries it deems necessary for the investigation of the matters submitted for its examination. Where necessary, subject to the prior approval of the Chair of the Administrative Commission, the Audit Board may delegate a member of the Secretariat or certain members of the Audit Board to carry out, on the spot, any investigation required for the pursuit of its work. The Chair of the Administrative Commission must notify the representative on the Administrative Commission of the Member State concerned that this investigation is being made.

The Audit Board is required to facilitate the final closing of accounts in cases where a settlement cannot be reached within the period set out in Regulation 987/2009. The Audit Board may set up a Conciliation Panel to assist its work in dealing with the reasoned request for the Audit Board opinion, submitted by one of the parties.

Article 6 of the Rules permits the Audit Board may set up ad-hoc groups consisting of a limited number of persons to prepare and present the Audit Board with proposals for adoption on specific issues. The Audit Board decides for each ad-hoc group who is to be the rapporteur, the tasks to be carried out and the time limit within which the group has to present the result of its work to the Audit Board.

### C. Advisory Committee for the Coordination of Social Security Systems

Article 75 of Regulation 883/04 establishes and defines the tasks of the Advisory Committee for the Coordination of Social Security Systems

Article 75 (1) establishes and defines the composition of an Advisory Committee for the Coordination of Social Security Systems. The Advisory Committee has a tripartite membership comprised of from each Member State:

- One government representative;
- One representative from the trade unions;
- One representative from the employers' organisations.

Article 75 (1) provides for the appointment of an alternative member for each Member State.

The members and alternate members of the Advisory Committee are appointed by the Council. The Advisory Committee is chaired by a representative of the European Commission. The Advisory Committee draws up its own rules of procedure.

Article 75 (2) tasks the Advisory Committee, at the request of the European Commission, the Administrative Commission or on its own initiative with examining general questions or questions of principle and problems arising from the implementation of the Community provisions on the coordination of social security systems, especially regarding certain categories of persons; and formulating opinions on such matters for the Administrative Commission and proposals for any revisions of those provisions.

#### D. Özel Uzlaşma Mekanizmaları

987/09 sayılı Tüzük üye devletler arasında anlaşmazlıklar olması halinde uygulanması için özel uzlaşma önlemleri belirlemiştir. Madde 5 bir üye devletin kurumu tarafından verilen belgelerin, verildikleri devlette geri çekilmedikleri veya hükümsüz ilan edilmedikleri sürece diğer üye devletlerin kurumları tarafından da kabul edilmesini gerektirir. Belgenin geçerliliğine veya bilgilerin doğruluğuna dair şüpheler olması halinde belgeyi alan üye devletin kurumu belgeyi veren kurumdan gerekli açıklamaların yapılmasını ve uygun durumlarda belgenin geri çekilmesini talep eder. Bu durumda belgeyi veren kurum belgenin dayandığı zemini yeniden gözden geçirir ve gerekli olması halinde belgeyi geri çeker.

İlgili kişinin sağladığı bilgilerle, belgenin veya destekleyici kanıtın geçerliliğiyle veya gerçeklerin doğruluğuyla ilgili şüphe duyulduğu durumlarda kalınan veya ikamet edilen yerin kurumu, yetkili kurumun talebi üzerine mümkün olması halinde bu bilginin veya belgenin doğrulanması için gerekli işlemleri yerine getirir.

İlgili kurumlar arasında anlaşmaya varılamaması halinde, belgeyi alan kurumun talepte bulunduğu tarihin üzerinden en az bir ay geçtikten sonra bu mesele yetkili merciler tarafından İdari Komisyona yönlendirilebilir. İdari Komisyon konunun kendisine yöneltildiği tarihten itibaren altı ay içinde görüşlerin arasında uzlaşma sağlamaya çalışır.

987/09 sayılı Tüzüğün 6.maddesi mevzuatların geçici olarak uygulanması ve yardımların geçici olarak verilmesi hakkındaki kuralları belirler. Madde 6'ya göre uygulama tüzüğü tarafından aksi belirtilmedikçe, uygulanabilir mevzuatın belirlenmesi konusunda iki veya daha fazla üye devletin kurumları veya otoriteleri arasında görüş farklılıkları bulunması halinde ilgili kişi geçici olarak üye devletlerden birinin mevzuatına tabi olur. Öncelik sırası aşağıdaki şekilde belirlenmiştir:

(a) Eğer kişi tek bir ülkede hizmet akdi ile veya kendi hesabına çalışıyorsa kişinin bu faaliyetlerini yürüttüğü üye devletin mevzuatı;

(b) Kişinin faaliyetinin/faaliyetlerinin bir kısmını yürüttüğü veya hizmet akdi ile/kendi hesabına faaliyet yürütmediği, ikamet edilen üye devletin mevzuatı;

(c) Kişinin iki veya daha fazla üye devlette bir faaliyet veya faaliyetler yürüttüğü durumlarda başvuruda bulunulan ilk üye devletin mevzuatı.

#### D. Special conciliation mechanisms

Regulation 987/09 provides for special conciliation measures where there are disagreements between Member States. Article 5 requires that documents issued by the institution of a Member State must be accepted by the institutions of the other Member States as long as they have not been withdrawn or declared to be invalid by the Member State in which they were issued. Where there is doubt about the validity of a document or the accuracy of the facts, the institution of the Member State that receives the document must ask the issuing institution for the necessary clarification and, where appropriate, the withdrawal of that document. In this case, the issuing institution must reconsider the grounds for issuing the document and, if necessary, withdraw it.

Where there is doubt about the information provided by the persons concerned, the validity of a document or supporting evidence or the accuracy of the facts, the institution of the place of stay or residence must, insofar as this is possible, at the request of the competent institution, proceed to the necessary verification of this information or document.

Where no agreement is reached between the institutions concerned, the matter may be brought before the Administrative Commission by the competent authorities no earlier than one month following the date on which the institution that received the document submitted its request. The Administrative Commission will endeavour to reconcile the points of view within six months of the date on which the matter was brought before it.

Article 6 of Regulation 987/09 provides rules on the provisional application of legislation and provisional granting of benefits. Article 6 provides that unless otherwise provided for in the implementing Regulation, where there is a difference of views between the institutions or authorities of two or more Member States concerning the determination of the applicable legislation, the person concerned shall be made provisionally subject to the legislation of one of those Member States. The order of priority is determined as follows:

- (a) the legislation of the Member State where the person actually pursues his or her employment or self-employment, if the employment or self-employment is pursued in only one Member State;
- (b) the legislation of the Member State of residence where the person concerned performs part of his or her activity/activities; or where the person is not employed or self-employed;
- (c) the legislation of the Member State the application of which was first requested where the person pursues an activity or activities in two or more Member States.

Nakdi veya ayni yardımların hangi kurum tarafından sağlanacağı konusunda iki veya daha fazla in kurumları veya otoriteleri arasında görüş farklılıkları bulunması halinde ilgili kişi anlaşmazlık olmaması halinde geçici olarak ikamet ettiği yerin kurumunun uyguladığı mevzuata tabi tutulur veya kişi ilgili üye devletlerden birinin sınırları dahilinde ikamet etmiyorsa talebin ilk iletildiği kurumun uygulamakta olduğu mevzuatın sağladığı yardımlardan faydalanmaya hak kazanır.

İlgili kurumlar veya otoriteler arasında anlaşmaya varılamaması durumunda konu fikir farklılıklarının ortaya çıktığı tarihten itibaren en az bir ay geçmesinin ardından yetkili merciler tarafından İdari Komisyona yönlendirilebilir. İdari Komisyon bu talebi aldığı tarihten itibaren altı ay içinde uzlaşma yolları arar.

Geçici üyeliğin bulunduğu üye devletin mevzuatının uygulanabilir olmadığı veya yardımları geçici olarak sağlayan kurumların yetkili kurum olmadıklarının ortaya çıkması halinde yetkili kurum olarak kabul edilen kurum en geç geçici üyeliğin veya ilk geçici yardımın verildiği tarihinden itibaren görüş ayrılıkları hiç var olmamışçasına yetkili kabul edilir.

987/09 sayılı Tüzüğün 16. Maddesi, 883/04 sayılı Tüzüğün 13 Maddesinin uygulanma prosedürünü belirler. Madde 16'ya göre iki veya daha fazla üye devlette faaliyette bulunan kişi ikamet edilen üye devletin yetkili otoritesi tarafından atanan kurumu bilgilendirir.

İkamet edilen yerin görevlendirilen bu kurumu gecikme olmadan 883/04 sayılı Tüzüğün 13. Maddesi ve uygulama tüzüğünün 14. Maddesi uyarınca ilgili kişi için uygulanabilir olan mevzuatı tespit eder. Bu ilk tespit geçicidir ve görevlendirilmiş olan bu kurum, faaliyet yürütülen üye devletlerin her birini bu geçici tespit konusunda bilgilendirmek durumundadır.

Uygulanabilir mevzuatın geçici olarak belirlenmesi konusu, mevzuat tam olarak belirlenmediyse ilgili üye devletlerin yetkilileri tarafından atanan kurumlarca iki ay içerisinde netlik kazanır ya da ilgili kurumlardan en az biri ikamet edilen üye devletin yetkilileri tarafından tayin edilen kurumu bu iki ayın sonu itibarıyla verilen kararı kabul edemediği, ya da farklı bir yaklaşım belirlediği konusunda bilgilendirir.

Uygulanabilir mevzuatın belirlenmesi konusundaki belirsizlik sonucunda iki ya da daha fazla üye devletin yetkilileri ya da kurumları arasında irtibat kurulması gerektiğinde, ilgili üye devletlerin yetkililerince tayin edilen kurumların biri veya daha fazlasının ya da yetkililerin isteği üzerine, 883/04 sayılı Tüzük'ün 13. Maddesi ve 987/09 sayılı Tüzük'ün 14. Maddesi'nin ilgili hükümleri uyarınca söz konusu kişi için uygulanabilir mevzuat ortak bir kararla belirlenir.

İlgili yetkililer ya da kurumlar arasında görüş ayrılığı olduğunda, bu kurumların anlaşmaya varmaya çalışması gerekir.

Where there is a difference of views between the institutions or authorities of two or more Member States about which institution should provide the benefits in cash or in kind, the person concerned who could claim benefits if there was no dispute is entitled, on a provisional basis, to the benefits provided for by the legislation applied by the institution of his or her place of residence or, if that person does not reside on the territory of one of the Member States concerned, to the benefits provided for by the legislation applied by the institution to which the request was first submitted.

Where no agreement is reached between the institutions or authorities concerned, the matter may be brought before the Administrative Commission by the competent authorities no earlier than one month after the date on which the difference of views arose. The Administrative Commission will seek to reconcile the points of view within six months of the date on which the matter was brought before it.

Where it is established either that the applicable legislation is not that of the Member State of provisional membership, or the institution which granted the benefits on a provisional basis was not the competent institution, the institution identified as being competent must be deemed retroactively to have been so, as if that difference of views had not existed, at the latest from either the date of provisional membership or of the first provisional granting of the benefits concerned.

Article 16 of Regulation 987/09 sets out the procedure for the application of Article 13 of Regulation 883/04. Article 16 requires a person who pursues activities in two or more Member States to inform the institution designated by the competent authority of the Member State of residence.

The designated institution of the place of residence must without delay determine the legislation applicable to the person concerned, having regard to Article 13 of Regulation 883/04 and Article 14 of the implementing Regulation. That initial determination is provisional and the institution must inform the designated institutions of each Member State in which an activity is pursued of its provisional determination.

The provisional determination of the applicable legislation becomes definitive within two months of the institutions designated by the competent authorities of the Member States concerned being informed of it, unless the legislation has already been definitively determined, or at least one of the institutions concerned informs the institution designated by the competent authority of the Member State of residence by the end of this two-month period that it cannot yet accept the determination or that it takes a different view.

Where uncertainty about the determination of the applicable legislation requires contacts between the institutions or authorities of two or more Member States, at the request of one or more of the institutions designated by the competent authorities of the Member States concerned or of the competent authorities themselves, the legislation applicable to the person concerned is determined by common agreement, having regard to Article 13 of Regulation 883/04 and the relevant provisions of Article 14 of Regulation 987/09.

Where there is a difference of views between the institutions or competent authorities concerned, those bodies are required to seek agreement.

Geçici ya da kesin olarak uygulanabilirliği kararlaştırılan mevzuatın ait olduğu üye devletin yetkili kurumu, ertelemeye mahal vermeden ilgili kişiyi bilgilendirmelidir.

883/04 sayılı Tüzük'ün 68(3). maddesi ve 987/09 sayılı Tüzüğün 60. maddeleri ile, aile yardımları talebinin olası karmaşıklığının, bir ailenin doğru miktarda yardım almak için uzun süre beklemek zorunda kalmasına sebebiyet vermesinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır (bkz. Bölüm 11).

68(3). madde'ye göre; 67. madde kapsamında mevzuatı öncelik sırasına göre olmamakla birlikte uygulanabilir olan üye devletin yetkili kurumuna bir aile yardımı başvurusunda bulunulduğunda, bu kurum ertelemeye mahal vermeden öncelik sırasına göre mevzuatı uygulanabilir olan üye devletin yetkili kurumuna başvuruyu iletmeli, söz konusu kişiyi bilgilendirmeli ve gerektiği takdirde yardımların geçici olarak verilmesine ilişkin Uygulama Tüzüğü'nün hükümlerine hâlel getirmeden uygun düşen ek ödemeyi yapmalıdır.

Yardımanın alınması konusunda, öncelik sırasına göre mevzuatı uygulanabilir olan üye devletin yetkili kurumu, başvuru doğrudan kendisine yapılmış gibi değerlendirmeli, başvurunun ilk kuruma yapıldığı tarih öncelikli kuruma başvuru tarih olarak kabul edilmelidir.

987/09 sayılı Tüzük'ün 60. Maddesi'nde, 883/04 sayılı Tüzük'ün 67 ve 68. Maddelerinin uygulanmasına ilişkin prosedür belirlenmiştir. 60. Madde'ye göre; aile yardımı başvuruları yetkili kuruma yapılmalıdır.

Söz konusu maddeye göre, 883/04 sayılı Tüzüğün 67 ve 68. maddelerinin uygulanması amacıyla, özellikle de kişilerin bu tür yardımları talep etme hakkı konusunda, ilgili bütün kişiler ilgili üye devletin mevzuatına tabiymiş ve orada ikamet ediyormuş gibi bütün ailenin durumu dikkate alınmalıdır. Yardım talep etme hakkı bulunan kişiler hakkını kullanmadığında, diğer ebeveyn, ebeveyn olarak kabul edilen kişi ya da çocuk ya da çocukların velayetini elinde bulunduran kişi ya da kurum tarafından yapılan aile yardımı başvurusu, mevzuatı uygulanabilir olan üye devletin yetkili kurumunca dikkate alınır.

Buna uygun olarak başvuruda bulunulan kurum, başvuruyu yapanın ailesinin tüm fiili ve yasal durumunu göz önünde bulundurarak, başvuruyu yapanın sağladığı ayrıntılı bilgi ışığında başvuruyu değerlendirmelidir.

İlgili kurum, mevzuatının Temel Tüzüğün 68(1) ve (2). maddeleri uyarınca öncelik sırasıyla uygulanabilir olduğuna karar verirse, kendi uyguladığı mevzuata uygun olarak aile yardımlarını sağlamalıdır.

Bu kurum, 883/04 sayılı Tüzük'ün 68(2). maddesi uyarınca başka bir üye devletin mevzuatına istinaden ek ödeme hakkı olabileceği görüşünü taşıdığı takdirde, ertelemeye mahal vermeden diğer üye devletin yetkili kurumuna başvuruyu iletmeli ve ilgili kişiyi bilgilendirmelidir. Buna ek olarak, diğer üye devletin kurumunu ödenen aile yardımlarının miktarı ve başvuruya ilişkin kararı konusunda bilgilendirmelidir.



The competent institution of the Member State whose legislation is determined to be applicable either provisionally or definitively must without delay inform the person concerned.

Article 68 (3) of Regulation 883/04 and Article 60 of Regulation 987/09 seek to ensure that the potential complexity of a claim for family benefits does not lead to a family having to wait a lengthy period of time to receive the correct amount of benefit. (See Chapter 11)

Article 68 (3) provides that if, under Article 67, an application for family benefits is submitted to the competent institution of a Member State whose legislation is applicable, but not by priority right, that institution must forward the application without delay to the competent institution of the Member State whose legislation is applicable by priority, inform the person concerned and, without prejudice to the provisions of the Implementing Regulation concerning the provisional award of benefits, provide, if necessary, the appropriate differential supplement.

On receipt, the competent institution of the Member State whose legislation is applicable by priority must deal with the application as though it had been submitted directly to itself, and the date on which the application was submitted to the first institution is considered to be the date of its claim to the institution with priority.

Article 60 of Regulation 987/09 sets out the procedure for applying Articles 67 and 68 of Regulation 883/04. Article 60 provides that the application for family benefits must be addressed to the competent institution.

Article 60 of Regulation 987/09 provides that for the purposes of applying Articles 67 and 68 of Regulation 883/04, the situation of the whole family must be taken into account as if all the persons involved were subject to the legislation of the Member State concerned and residing there, in particular as regards a person's entitlement to claim such benefits. Where a person entitled to claim the benefits does not exercise his or her right, an application for family benefits submitted by the other parent, a person treated as a parent, or a person or institution acting as guardian of the child or children, shall be taken into account by the competent institution of the Member State whose legislation is applicable.

The institution to which an application is made in accordance must examine the application on the basis of the detailed information supplied by the applicant, taking into account the overall factual and legal situation of the applicant's family.

If that institution concludes that its legislation is applicable by priority right in accordance with Article 68(1) and (2) of the basic Regulation, it must provide the family benefits according to the legislation it applies.

If it appears to that institution that there may be an entitlement to a differential supplement by virtue of the legislation of another Member State in accordance with Article 68(2) of Regulation 883/04, that institution must forward the application, without delay, to the competent institution of the other Member State and inform the person concerned. Furthermore, it must inform the institution of the other Member State of its decision on the application and the amount of family benefits paid.

Başvurunun yapıldığı kurum, mevzuatın 883/04 sayılı Tüzük'ün 68(1) ve (2). maddeleri uyarınca öncelikli olarak olmamakla birlikte uygulanabilir olduğu sonucuna vardığı takdirde, ertelemeye mahal vermeden uygulanacak öncelik kurallarına ilişkin geçici bir karar almalıdır, 883/04 sayılı Tüzük'ün 68(3). Maddesi'ne uygun olarak (yukarıya bkz) başvuruyu diğer üye devletteki kuruma iletmeli ve başvuruyu yapan kişiyi bu konuda bilgilendirmelidir. Bu kurum iki ay içerisinde geçici karara ilişkin bir tutum belirlemelidir.

Başvurunun iletildiği kurum başvuruyu aldığı iki ay içerisinde tutumunu belirlemediği takdirde, var olan geçici karar uygulanır ve kurumun kendi mevzuatı kapsamında sağlanan yardımları ödemesi ve başvurunun yapıldığı kurumu ödenen yardım miktarı konusunda bilgilendirmesi gerekir.

İlgili kurumlar arasında öncelik sırasına göre hangi mevzuatın uygulanabilir olduğu konusunda görüş ayrılığı olduğunda, Uygulama Tüzüğü'nün 6(2) ve (5). maddeleri uygulanır. Bu amaçla, Uygulama Tüzüğü'nün 6(2). maddesinde bahsi geçen ikamet edilen yerdeki kurum, çocuk ya da çocukların ikamet ettikleri yerdeki kurum olur.

Geçici bir temele dayanarak yardım sağlayan kurum, nihayetinde ödemekle sorumlu olduğu miktardan daha yüksek miktarda bir ödeme yaptığı takdirde, 987/09 sayılı Tüzük'ün 73. Maddesi'nde belirlenen prosedüre uygun olarak öncelikli sorumluluğu elinde bulunduran kurumdan fazla ödemelerin tahsilatını talep edebilir.

Where the institution to which the application is made concludes that its legislation is applicable, but not by priority right in accordance with Article 68(1) and (2) of Regulation 883/04, it must take a provisional decision, without delay, on the priority rules to be applied and must forward the application, in accordance with Article 68(3) of the Regulation 883/04 (see above), to the institution of the other Member State, and must also inform the applicant that this has been done. That institution must take a position on the provisional decision within two months.

If the institution to which the application was forwarded does not take a position within two months of the receipt of the application, the existing provisional decision applies and the institution must pay the benefits provided for under its legislation and inform the institution to which the application was made of the amount of benefits paid.

Where there is a difference of views between the institutions concerned about which legislation is applicable by priority right, Article 6(2) to (5) of the implementing Regulation shall apply. For this purpose the institution of the place of residence referred to in Article 6(2) of the implementing Regulation shall be the institution of the child's or children's place of residence.

If the institution that has provided the benefits on a provisional basis has paid more than the amount for which it is ultimately responsible, it may claim reimbursement of the excess from the institution with primary responsibility in accordance with the procedure laid down in Article 73 of Regulation 987/09.

### III. Elektronik ortamda sosyal güvenlik bilgi değişim ağı

Yeni Koordinasyon Tüzükleri tarafından yapılan önemli değişikliklerden biri, Elektronik Ortamda Sosyal Güvenlik Bilgi Değişim Ağının (EESSI) oluşturulması ve bütün ülkelerin 1 Mayıs 2012 itibariyle tüm sosyal güvenlik bilgilerini elektronik ortamda karşılıklı olarak değişimi gerekliliğidir. Daha önceden yaklaşık yüz sayfalık e-formlarla (dil çeşitliliğini göz önünde bulundurduğumuzda yaklaşık 2000 farklı eform) değiş tokuş edilen bütün bilgiler, 1 Mayıs 2012 itibariyle elektronik ortama geçirilmiş olmalıdır.

Elektronik Ortamda Sosyal Güvenlik Bilgi Değişim Ağı için hukuki temel, 883/2004 sayılı Tüzük'ün 78. Maddesi'nce sağlanmaktadır. 78. madde'ye göre, üye devletler koordinasyon tüzüklerine uygulanmak üzere gereken verilerin değişimi, girişı ve işlemini konusunda yeni teknolojilerden yararlanırlar. 987/09 sayılı Tüzük'ün 4 (2). ve 88 (4). maddeleri'nde, ortak güven çerçevesi ve izin hizmetleri kapsamında erişim noktaları aracılığıyla elektronik ortamda değişim yapılması öngörülmektedir.

883/04 sayılı Tüzük'ün 78. maddesi, Avrupa Komisyonu'nun, üye devletler veri işleminin hizmetlerini oluşturduğu andan itibaren ortak çıkar faaliyetlerini desteklemesini gerektirmektedir. Daha özel bir yaklaşımla, AB Komisyonu, ulusal sosyal güvenlik sistemlerinden güvenli bir şekilde değiştirilmek üzere bilgi sağlamak için köprü görevi görecek olan bir BT (Bilişim Teknolojisi) altyapısını devreye sokmakla yükümlüdür. EESSI projesi genel olarak, mevcut en önemli Avrupa çapındaki BT projelerinden biri olarak kabul edilmektedir. Sistemin işleminin merkezi, koordinasyon kuralları kapsamında bulunan bütün sosyal güvenlik kurumlarının elektronik dizini olan "EESSI Dizin Hizmetleri"dir. Dizin, EESSI sistemi içerisindeki iletilerin yönlendirilmesine yönelik bir temel olarak hizmet vermektedir. Kurumlar ve internet ara yüzü sayesinde kamu da bu dizine ulaşabilmektedir.

EESSI projesinin temel amacı, vatandaşlık haklarının korunması artırmak için sosyal güvenliğin koordinasyonuna ilişkin AB hukuku uygulamalarının bilgisayar ortamına atılmasını sağlamaktır. BT destekli değişimler;

- Sosyal güvenlik yardımlarının hesaplanması ve ödenmesi konusunda karar aşamasını hızlandıracak ve bu süreci kolaylaştıracaktır;
- Verilerin doğruluğu daha etkili bir şekilde teyit edilmesine imkân tanıyacaktır;
- Farklı sistemler arasında daha esnek ve kullanıcı dostu bir ara yüz oluşturacaktır;
- Avrupa'daki bilgi değişimine ilişkin istatistiksel verilerin düzgün bir şekilde bir araya getirilmesini sağlayacaktır.

Elektronik veri değişimi sistemi için finansman ayarlamaları 883/2004 sayılı Tüzük'ün 79. maddesinde yer almaktadır. Bu maddeye göre, Avrupa Komisyonu aşağıdakileri finanse edebilmektedir:

- Üye devletlerin sosyal güvenlik yetkilileri ve kurumları arasında bilgi değişimi, özellikle de elektronik veri değişimi sağlamayı hedefleyen faaliyetler;
- Bu Tüzük'ün kapsamına giren kişileri ve bu kişilerin temsilcilerini en uygun yollarla bu Tüzük'ten doğan hak ve yükümlülükler konusunda bilgilendirmeyi amaçlayan diğer bütün faaliyetler.

### **III. Electronic exchange of social security information**

A key component of the modernization of social security coordination is a requirement on all EU member countries to exchange all social security information electronically by 1 May 2012. Thus, all information previously exchanged via around one hundred paper E (European) forms should be processed electronically by 1 May 2012.

The legal basis for the Electronic Exchange of Social Security Information is provided by Article 78 of Regulation 883/2004. Article 78 provides that Member States shall progressively use new technologies for the exchange, access and processing of the data required to apply to the coordinating regulations. Article 4 (2) and 88 (4) of Regulation 987/09 provide for the exchange via electronic means through Access Points under a common secure framework and Directory Services.

Article 78 of Regulation 883/04 requires the European Commission to lend its support to activities of common interest as soon as the Member States have established their data-processing services. Specifically, the European Commission is responsible for putting in place an IT infrastructure that will act as a bridge to enable information from the national social security systems to be exchanged. Central to the operation of the system is the creation of "EESSI Directory Services", which is in effect an electronic directory of all the social security institutions that operate within the coordination rules. The Directory serves as the basis for the routing of messages within the EESSI system. It can also be consulted by institutions and, via a web interface, by the general public.

The basic aim of the EESSI project is to strengthen the protection of citizens' rights through the introduction and application of the latest electronic technology. To this end, IT- based information exchange will:

- facilitate and speed up the decision-making for the calculation and payment of social security benefits;
- allow more efficient verification of data;
- provide a more flexible and user-friendly interface between different systems;
- provide an accurate collection of statistical data on European exchanges.

The funding arrangements for introducing the electronic exchange of data are provided by Article 79 of Regulation 883/2004 which states that the European Commission may fund:

- activities aimed at improving exchanges of information between the social security authorities and institutions of the Member States, particularly the electronic exchange of data;
- any other activity aimed at providing information to the persons covered by this Regulation and their representatives about the rights and obligations deriving from this Regulation, using the most appropriate means.

883/2004 sayılı Tüzük'ün 77. maddesi, kişisel bilgilerin korumasını sağlamaktadır. 77. Madde'ye göre; bir üye devletin yetkilileri veya kurumları kişisel verileri başka bir üye devletin yetkili veya kurumlarıyla paylaştığında, bu paylaşım verileri aktaran üye devletin veri koruma mevzuatına tabi olur. Verilerin aktarıldığı üye devletin yetkilileri ya da kurumlarının yaptığı bütün paylaşımlar ile bu devletin sağladığı verilerin depolanması, değiştirilmesi ve yok edilmesi halleri ise alıcı üye devletin veri koruma mevzuatına tabi olur.

987/09 sayılı Tüzük'ün 95. Maddesi, elektronik ortamda veri değişimi için bir geçiş süresi tanımaktadır. 95. Madde'ye göre; bütün üye devletler, Uygulama Tüzüğü'nün 4(2). Maddesi'nin de öngördüğü gibi elektronik ortamda veri değişimi için gereken geçiş süresinde yararlanabilmektedirler. Ancak, bu geçiş süreleri uygulama tüzüğü'nün yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 24 ayı aşamaz.

Öte yandan, gerekli Topluluk altyapısının yerleşmesi büyük ölçüde uygulama tüzüğü'nün yürürlüğe girişine istinaden ertelendiği takdirde, İdari Komisyon bu süreleri uygun gördüğü ölçüde uzatabilir.

Article 77 of Regulation 883/2004 provides for the protection of personal data. Article 77 states that where the authorities or institutions of a Member State communicate personal data to the authorities or institutions of another Member State, such communication is subject to the data protection legislation of the Member State transmitting them. While any communication from the authority or institution of the receiving Member State as well as the storage, alteration and destruction of the data provided by that Member State is subject to the data protection legislation of the receiving Member State.

Article 95 of Regulation 987/09 provides for a transitional period for electronic data exchange. Article 95 provides that each Member State may benefit from a transitional period for exchanging data by electronic means as provided for by Article 4(2) of the implementing Regulation. However, these transitional periods shall not exceed 24 months from the date of entry into force of the implementing Regulation.

However, if the delivery of the necessary Community infrastructure is significantly delayed with regard to the entry into force of the implementing Regulation, the Administrative Commission may agree on any appropriate extension of these periods.

#### IV. Tüzük'te yer alan iyi yönetim ve işbirliği ilkesi

Ulusal yetkili kurumlar kuralların uygulanmasını kolaylaştırmak için işbirliği yapmadığı takdirde, birbirinden çok uzak olan ulusal sosyal güvenlik sistemlerini koordine etmek için uygulanan kurallar sistemi işleyemez. İlk koordinasyon tüzüklerinden bu yana (3 ve 4/58 sayılı Tüzükler) üye devletlerin birbirine iyi niyetle yaklaşması ve kendi mevzuatlarını uyguluyorlarmış gibi hareket etmeleri beklenmiştir. Tüzüklerin modernize edilmesinin önemli yönlerinden biri de, dolaşım halindeki kişilere sosyal güvenlik haklarının verilmesine yönelik olarak uygulama süreci boyunca yeni bir ivme kazandırmak açısından bu işbirliğini güçlendirmek olmuştur.

987/09 sayılı Tüzük'ün önsözünde şu ifade yer almaktadır; *“Sosyal güvenlik kurumları arasında daha etkili ve açık bir işbirliği, 883/2004 sayılı Tüzük'ün (AK) kapsamına giren kişilerin mümkün olduğunca hızlı bir şekilde ve en uygun koşullarda haklarına erişim sağlamalarına imkân tanıma konusunda kilit bir unsurdur.”* (987/09 sayılı Tüzük'ün Önsözü, paragraf 2)

İşbirliğine ilişkin hükümlere, 883/04 sayılı Tüzük'ün 76. maddesi, Başlık V'de yer verilmektedir. 76. madde'ye göre; üye devlet yetkililerinin birbirleriyle, Tüzüğü uygulamak için alınan önlemler ve kendi mevzuatlarında yapılan Tüzüğün uygulanmasını etkileyebilecek değişiklikler konusunda bilgi paylaşımı içerisinde olması gerekmektedir.

Buna ek olarak, 76. madde'ye göre, Tüzüğün amaçlarına yönelik olarak üye devletlerin yetkilileri ve kurumları birbirlerine iyi niyetle yaklaşmalı ve kendi mevzuatlarını uyguluyormuşçasına hareket etmelidir. Üye devletlerin yetkilileri ve kurumlarınca verilen idari destek, kurallar gereği, ücretsiz sağlanmalıdır. Ancak, İdari Komisyon'un geri ödemesi yapılabilen harcamaların yapısını ve geri ödemenin nereden itibaren yapılabileceğine dair sınırı belirlemesi gerekmektedir.

Tüzük kapsamına giren kurum ve kişilerin, Tüzüğün doğru bir şekilde uygulanmasını sağlamak için karşılıklı bilgi değişimi ve işbirliği görevi bulunmaktadır.

Kurumlar ise, iyi idare ilkesine uygun olarak, bütün sorgulara makul bir zaman dilimi içerisinde cevap vermeli ve buna bağlı olarak ilgili kimselere haklarını kullanmaları için gereken her türlü bilgiyi sağlamalıdır.

987/09 sayılı Tüzük'ün 89. Maddesi'ne göre; İdari Komisyon, ilgili tarafların haklarından ve bu hakları tanımak için gereken idari formalitelerden haberdar olmalarını sağlamak için gerekli olan bilgileri hazırlamalıdır. Bu bilgiler, mümkün olduğu takdirde, elektronik ortamda halkın erişiminin olduğu internet sitelerinde yapılacak yayınlarla yayılmalıdır. İdari Komisyon, bilgilerin düzenli olarak güncellenmesini ve müşterilere sağlanan hizmetlerin kalitesinin kontrolünü sağlamalıdır.



#### **IV. Principle of good administration and cooperation in the Regulation**

Cooperation between Member State's administrations is fundamental and essential to the effective coordination of social security in the interests of European citizens and others covered by the coordination Regulations. The Member States have been expected to lend one another their good offices and act as if implementing their own legislation since the introduction of the first coordination Regulations in 1959 (Regulations 3 and 4/58). One important aspect of the modernisation of the Regulations has been to strengthen this cooperation in order to provide a new impetus throughout the implementation process in the way social security rights are delivered to mobile people.

The Preamble to Regulation 987/09 states that *"Clear and more effective cooperation between social security institutions is a key factor in allowing the persons covered by regulation (EC) 883/2004 to access their rights as quickly as possible and under optimum conditions"*(Preamble to Regulation 987/09, para. 2).

The provisions concerning cooperation are set out in Title V, Article 76 of Regulation 883/04. Article 76 provides that the competent authorities of the Member States must communicate to each other all information regarding measures taken to implement the Regulation and changes in their legislation which may affect the implementation of the Regulation.

Article 76 also provides that for the purposes of the Regulation, the authorities and institutions of the Member States must lend one another their good offices and act as though implementing their own legislation. The administrative assistance given by member countries' authorities and institutions must, as a rule, be provided free of charge. However, the Administrative Commission is required to establish the nature of reimbursable expenses and the limits above which their reimbursement is due.

The institutions and persons covered by the Regulation have a duty of mutual information and cooperation to ensure the correct implementation of the Regulation.

For their part, the institutions, in accordance with the principle of good administration, must respond to all queries within a reasonable period of time and must in this connection provide the persons concerned with any information required for exercising the rights to which they are entitled.

Article 89 of Regulation 987/09 provides that the Administrative Commission must prepare the information needed to ensure that the parties concerned are aware of their rights and the administrative formalities required to assert them. This information must, where possible, be disseminated electronically via publication online on sites accessible to the public. The Administrative Commission must ensure that the information is regularly updated and monitor the quality of services provided to customers.

883/04 sayılı Tüzük'ün 75. Maddesi'nde yer verilen Danışma Kurulu, bilgilerin artırılması ve yayılması konusunda fikir belirtebilmekte ve tavsiyede bulunabilmektedir. Yetkililer, kurumlarının bütün Topluluk hükümlerini, yasalarını ve temel Tüzük ve Uygulama Tüzüğü'nün kapsamına giren alanlarda İdari Komisyon'un almış olduğu kararlardan haberdar olmasını sağlamalıdır.

883/04 sayılı Tüzük'ün 76. maddesine göre; hak talebinde bulunanlar ve faydalanıcıların ise, yetkili üye devletin ve ikamet edilen üye devletin kurumlarını mümkün olan en kısa zamanda, Koordinasyon Tüzüğü kapsamında tanınan yardım haklarını etkileyen kişisel ya da ailevi durumlarındaki her türlü değişiklikten haberdar etmeleri gerekmektedir. Bu konuda bilgi sağlama yükümlülüğünü yerine getirememesi hali, oransal önlemlerin ulusal yasalara uygun olarak uygulanması ile sonuçlanabilmektedir.

Koordinasyon Tüzükleri'nin, kapsamına giren kişileri haklarını tehlikeye atabilecek şekilde, yorumlanmasında ve uygulanmasında zorluklar yaşanması halinde, yetkili üye devletin ya da kişinin ikamet ettiği üye devletin kurumunun ilgili üye devlet(ler)in kurumu(ları)yla irtibata geçmesi gerekmektedir. Makul bir zaman dilimi içerisinde bir sonuca varılamadığı takdirde, ilgili yetkililer İdari Komisyon'un duruma müdahale etmesini talep edebilmektedir.

Bir üye devletin yetkilileri, kurumları ve mahkemeleri, kendilerine sunulan belgeleri ya da yapılan başvuruları, Antlaşma'nın 290. Maddesi uyarınca Topluluk kurumlarının resmi dillerinden birisi olarak tanınan, başka bir üye devletin resmi dili ile yazıldıkları gerekçesi ile reddedemezler.

The Advisory Committee referred to in Article 75 of Regulation 883/04 may issue opinions and recommendations on improving the information and its dissemination. The competent authorities must ensure that their institutions are aware of and apply all the Community provisions, legislative or otherwise, including the decisions of the Administrative Commission, in the areas covered by and within the terms of the basic Regulation and the implementing Regulation. The authorities, institutions and tribunals of one Member State may not reject applications or other documents submitted to them on the grounds that they are written in an official language of another Member State, recognised as an official language of the Community institutions in accordance with Article 290 of the Treaty.

For their part claimants and beneficiaries are required by Article 76 of Regulation 883/04 to inform the institutions of the competent Member State and of the Member State of residence as soon as possible of any change in their personal or family situation which affects their right to benefits under the coordinating Regulation. Failure to respect this obligation to provide information may result in the application of proportionate measures in accordance with national law.

In the event of difficulties in the interpretation or application of the coordinating Regulations which could jeopardise the rights of a person covered by it, the institution of the competent Member State or of the Member State of residence of the person concerned are required to contact the institution(s) of the Member State(s) concerned. If a solution cannot be found within a reasonable period of time, the authorities concerned may call on the Administrative Commission to intervene.

## **Bölüm 13.**

### **Avrupa Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Koordinasyon Kavramı: AB Tüzükleri / İkili Ve Çok Taraflı Antlaşmalar / Katılım Antlaşmaları / Aralarındaki İlişkiler**

Avrupa Birliği'ne giren aday ülkeler, diğer devletlerle hali hazırda çok sayıda ikili sosyal güvenlik antlaşmasına imza atmışlardır. Bu antlaşmalarla kastedilen, diğer AB üyesi devletlerle ya da üçüncü ülkeler dediğimiz üye olmayan devletlerle yapılan ikili antlaşmalardır. Buna ek olarak, birçok aday ülke Avrupa Konseyi gibi uluslararası örgütlerle yapılan Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi, Ren Gemicileri Anlaşması ve Geçici Avrupa Sözleşmeleri gibi çok taraflı sosyal güvenlik sözleşmelerine akit olmuşlardır.

Bir ülke Avrupa Birliği'ne katıldığı andan itibaren karşılaşılan temel soru şudur: Yeni üye ülkenin daha önce yaptığı ikili ve çok taraflı anlaşmaların statüsü ne olacaktır? Yeni üye ülkenin vatandaşları, örneğin Türk vatandaşları, ileride de bu ikili ve çok taraflı anlaşmaların hükümlerinden yararlanabilecekler midir? Bu ikili anlaşmalarda yer alan hükümlerin Koordinasyon Tüzüklerinde bulunan hükümlerden farklılık gösterdiğini söylemek mümkündür. Sosyal güvenlik mevzuatlarını koordine eden uluslararası araçların sayısı ve çeşitliliği sebebiyle, bu araçlar arasında doğabilecek muhtemel uyumsuzlukları önleyen açık hükümler gerekmektedir. Bunun için yasal bakımdan kesinlik ve idari kolaylık temin edilmelidir.

Ancak bir diğer soru da, Türk vatandaşlarının Sosyal Güvenlik Tüzükleri konusundaki güncel durumuna ilişkindir. Bugün milyonlarca Türk vatandaşı Avrupa'da yasal olarak çalışmakta ve ikamet etmekte, dolayısıyla da Avrupa Birliği'ne üye devletlerin sosyal güvenlik mevzuatlarına tabi olmaktadır. Bunun yanında başka bir üye devletin mevzuatına da tabi olmaları halinde bu kişilerin sosyal güvenliklerinin nasıl koordine edileceği sorusu gündeme gelmektedir. Öte yandan bu Türk işçilerinin aile üyelerinin başka bir üye devletin sınırları dâhilinde ikamet etmeleri ihtimali, duruma başka bir boyut kazandırmaktadır. Böyle bir durumda bu kişiler yine de Koordinasyon Tüzüklerinden yararlanabilecekler midir?

Türk vatandaşları bir üye devletin sosyal güvenlik sistemine tabi olarak çalıştıktan sonra iş bulmak ya da sadece emekliliklerini geçirmek üzere Türkiye'ye geri döndüklerinde, durum daha da karmaşık bir hal alabilmektedir. Böyle durumlarda kişilerin sosyal güvenlik hakları tehlikeye girebilmektedir. Bu Türk vatandaşlarının, koordinasyon sorunlarını halletmek için uluslararası anlaşmalardan yararlanma şansı var mıdır? Avrupa Birliği sadece bu meseleleri aydınlığa kavuşturabilmek için, üçüncü ülkelerle, kişilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümlerin yanı sıra sosyal güvenlik programlarının koordinasyonu da ilgili bazı hükümler içeren uluslararası anlaşmalar yapmıştır. Ancak bu hükümlerin önem ve kapsamı değişiklik gösterebilmektedir. Bu uluslararası anlaşmalar Avrupa Birliği ile özel ilişkileri bulunan üye devletlerle yapılmıştır. Bu anlaşmaların bazıları ilgili devlet ve Avrupa Birliği arasında daha yakın bir işbirliği kurma amacı taşıırken, bazıları da daha farklı bir yaklaşımla, ortaklık hedefi gütmekte ve katılım hazırlığı niteliği taşımaktadırlar.

## **Chapter 13.**

### **The concept of coordination in European and international law: EU regulations / bilateral and multilateral treaties / Accession agreements / the relationship between them**

Candidate States that enter the European Union, have most often already entered into a vast number of bilateral social security conventions with other states. This might as well imply bilateral treaties, concluded with other actual Member States of the European Union or with non-Member States, the so-called third States. In addition, a lot of Candidate States are also member of multilateral conventions in the field of social security of international organisations, as the Council of Europe, like the European Convention on social security or the Agreement of the Rhine boatmen, the European interim agreements, etc.

From the moment one joins the European Union, the fundamental question arises what the status is of these previous bilateral and multilateral agreements concluded by a new Member State? Can nationals of the new Member State, imagine eg Turkish nationals, further rely on the provisions of these bilateral or multilateral conventions? It may not be excluded that the provisions elaborated in these bilateral agreements differ from the ones we can find back in the Coordination Regulations. Due to the number and variety of international instruments that coordinate social security legislations, clear provisions that prevent potential conflicts arising between these instruments are required. Reasons of legal certainty, as well as for administrative facilitations, request for action.

Another question, however, concerns the actual situation of Turkish nationals with regard to the social security regulations. Millions of Turkish people are already at this moment working and legally residing and as such subject to the social security legislation of the Member States of the European Union. And in case they would also already have been subject to the legislation of another Member State, the question arises how their social security is coordinated. Or we might even think of the possibility that family members of such Turkish workers reside on the territory of another Member State. Can these persons already rely on the Coordination Regulations?

The situation could become even more complicated, when Turkish nationals, after having worked and been subject to the social security regime of a Member State, return to Turkey, either to take up an employment there or perhaps just to retire. This might endanger their social security situation. Do these Turkish nationals have any possibility to rely on an international agreement to tackle these coordination problems? It is exactly to solve some of these issues that the European Union has concluded international conventions with some third countries, which may contain certain provisions on the coordination of social security schemes, next to provisions dealing with the free movement of persons. The importance and extent of these provisions might however differ. These international conventions are traditionally concluded with Member States, which have a special relationship with the European Union. Where some of these agreements were rather looking to establish a closer cooperation between this state and the European Union, others went further and clearly envisaged association and preparation for accession.

Bu bölümün ilk kısmında, üçüncü ülke vatandaşlarının AB koordinasyon sistemi içerisindeki sosyal güvenlik tutumlarını ayrıntılı bir biçimde ele alırken, diğer kısımlarda tüzük ve ikili anlaşmalar arasındaki ilişkiye ve Avrupa Birliği ile üçüncü ülkeler arasında yapılan uluslararası anlaşmalara değineceğiz. Ancak açıklamalara geçmeden önce uygulamanın kapsamının açıklığa kavuşturulmasında fayda vardır.

In the first part of this chapter we will have a closer look at the social security situation of third country nationals within the EU coordination system, while in the following parts we will look at the relation between the Regulation and the bilateral agreements on the one hand and the international agreements concluded between the European Union and Third States on the other hand. However, before we come to a description, one has to clarify the scope of application.

## I. İç ve Dış Koordinasyon

Koordinasyon hükümlerinin üçüncü ülkelere uygulanma kapsamını tamamen anlamak için, “iç ve dış koordinasyon” arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir.

İç koordinasyon, AB üyesi olmayan ülkelerin mevzuatları kapsamında ve o ülkelerin topraklarında gerçekleşen olaylar için bu ülkelerin sistemlerini dikkate almadan sağlanan Avrupa Birliği içerisindeki koordinasyondur. Örneğin; Belçika’da ve Hollanda’da çalışmış olan bir Türk vatandaşı, işsiz kaldığı ancak sigorta için gerekli süreyi doldurmadığı için işsizlik yardımı alamadığında ve bu sebeple de sosyal güvenlik yardımı alma hakkını elde etmek için sigorta sürelerinin birleştirilmesi uygulamasından yararlanması gerektiğinde, tamamen dâhili bir koordinasyon meselesiyle karşı karşıya kalır. Böyle bir durumda, koordinasyon sorunu kendi ülkesi olan üçüncü ülkenin müdahalesi olmadan çözülebilir.

Bu durum, AB ülkeleri ve AB üyesi olmayan ülkelerin sosyal güvenlik sistemlerinin koordine edilmesini sağlayan dış koordinasyondan farklıdır. Bütün hayatı boyunca AB’de çalışan, ancak emekli olduktan sonra Türkiye’ye dönen bir Türk vatandaşı, emekli aylığının ihraç edilip edilemeyeceği konusunda bir dış koordinasyon durumuyla karşılaşır. Ortaya çıkabilecek başka bir durum da, bir üye devletin ve üye olmayan bir devletin mevzuatları kapsamında tamamlanan sürelerin dikkate alınma gerekliliğidir. İç koordinasyonun aksine, bu durumda AB üyesi olmayan ülkenin devreye girmesi, dolayısıyla uluslararası anlaşmalar yapılması gerekmektedir. Bu meseleleri ele almak için Avrupa Topluluğu/Birliği üçüncü ülkelerle çeşitli uluslararası anlaşmalar (işbirliği ve ortaklık) yapmıştır. Bu anlaşmalar, harici olduğu kadar dâhili hükümler de içermektedir. Örneğin; sadece Avrupa Birliği sınırları dâhilinde tamamlanan süreler için sigorta ve ikamet sürelerinin birleştirilmesi öngörülmektedir. Bu durum, iç koordinasyon uygulamaları kapsamına girmektedir.

Örneğin, yaşlılık yardımlarının üçüncü ülkelere ihracını öngören dış koordinasyon hükümleri gibi bazı diğer hükümler de mevcuttur.

Aşağıdaki grafikte, üçüncü ülke vatandaşları ve üçüncü ülkelere ilişkin uluslararası koordinasyon hükümlerinin çerçevesi yer almaktadır:



## **I. About internal and external coordination**

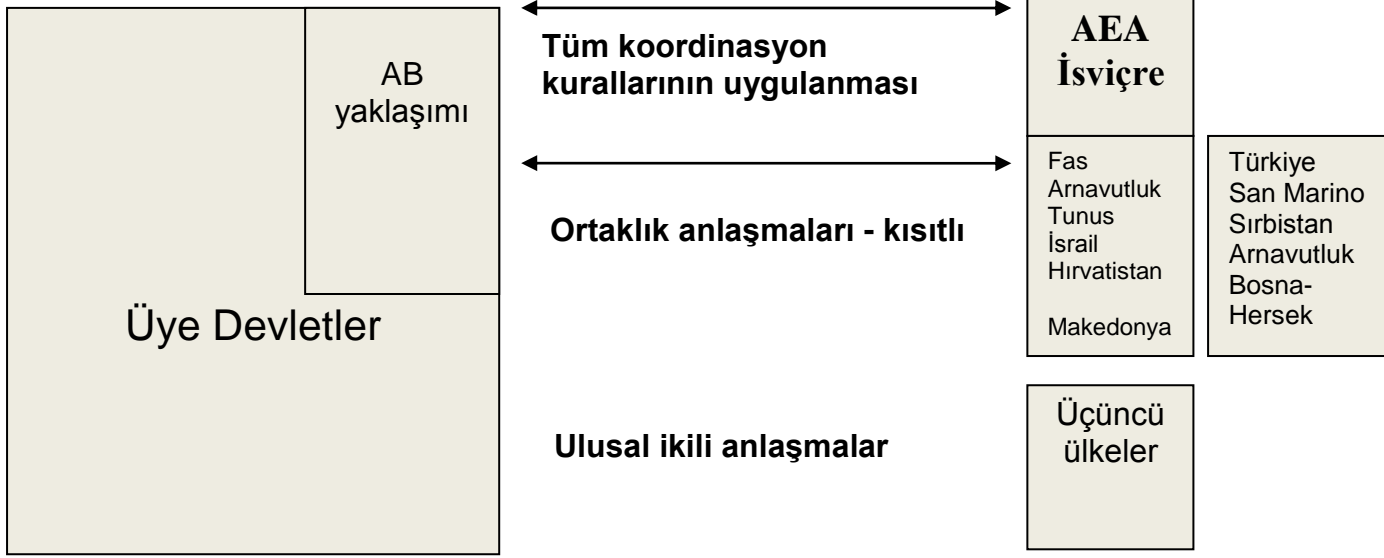
In order to fully understand the scope of application of the provisions of the Coordination to third country nationals, a distinction has to be made between what one calls "internal and external coordination".

Internal coordination deals with coordination within the European Union, without taking into account schemes of non EU states for events arising under their legislation or in their territory. A Turkish national eg who has been working in Belgium, as well as in the Netherlands and who falls unemployed, but cannot obtain an employment benefit as he did not fulfil the necessary periods of insurance and for that reason depends on the aggregation of his insurance periods to acquire the right to a social security benefit, is confronted with a purely internal coordination issue. Indeed, his coordination problem could be settled without any intervention from his country of origin, ie the Third State.

This situation is different from external coordination that seeks to coordinate the social security schemes of the EU and (a) non-EU Member State(s). A Turkish national, who has been working in the EU all his life, but returns to Turkey upon retirement and wonders if his pension benefit could be exported, is confronted with a situation of external coordination. Another situation is eg the necessity to take into account periods completed under the legislation of a Member State with a non-Member State, etc. Contrary to internal coordination, the intervention from the non-EU Member State is now required and as such international conventions will have to be concluded. In order to tackle these issues, the European Community/Union has concluded several international (cooperation and association) agreements with third States. These agreements contain provisions dealing with internal as well as with external coordination. For instance, an aggregation of periods of insurance or residence is only foreseen for such periods which have been completed within the European Union. This is the application of the principle of internal coordination.

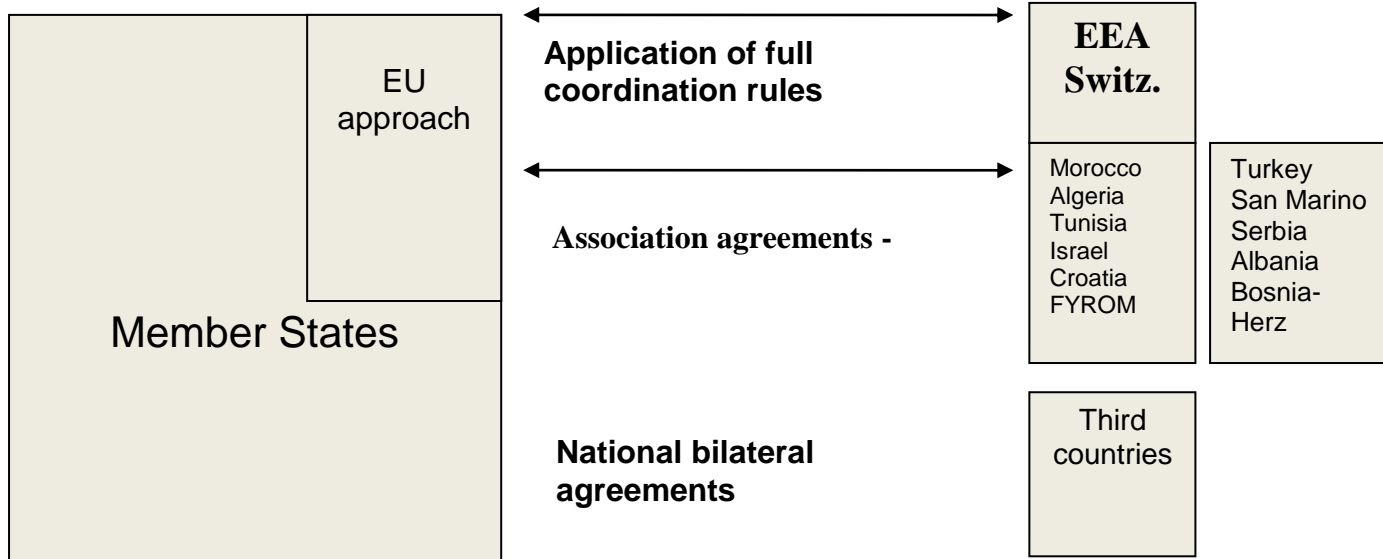
Other provisions foresee the export of eg old-age benefits to the third country concerned, which is a provision of external coordination.

The following graphic shows the framework of the international coordination provisions with respect to third country nationals and third States:



Üçüncü ülke vatandaşlarının AB içinde dolasımı

**Sosyal güvenliğin koordinasyonu geçerlidir**  
(859/2003 sayılı Tüzük güncelleniyor)



Mobility of third country nationals **within** the EU

**Coordination of social security apply**  
(Regulation 859/2003 is being updated)

## II. Üçüncü Ülke Vatandaşlarının AB Sınırları İçerisindeki Durumu: İç Koordinasyon Meselesi

Üçüncü ülke vatandaşlarının Koordinasyon Tüzükleri çerçevesindeki açık konuları daima çokça tartışılan bir konu olmuştur. Mülteciler, kendi vatanının dışında olanlar ve AB vatandaşı işçilerin AB vatandaşı olmayan aile fertleri gibi üçüncü ülke vatandaşları en başından beri tamamen Koordinasyon Tüzükleri'nin kapsamına girmişken, diğer üçüncü ülke vatandaşları kapsam dâhiline alınmamıştır. Bu üçüncü ülke vatandaşlarının iç koordinasyon açısından durumları , uyruklarına ve ilgili üye devlete göre değişiklik göstermiştir. Örneğin; AEA üyesi ülkelerin bazı vatandaşları tamamen koordinasyon kurallarının kapsamına girerken, diğer üçüncü ülke vatandaşlarının çoğunun durumu üçüncü ülkeler ve bazı AB ülkeleri arasında yapılan ikili anlaşmalara bağlı olmuştur. Aslında bu anlaşmaların çoğu temelde dış koordinasyon hükümleri içermelerine rağmen, eşit muamele ilkesi gibi iç koordinasyon meselelerine de yer verilmiştir. Bazı üçüncü ülke vatandaşlarının en azından bazı hükümler açısından iki üye devlet arasında imzalanan ikili anlaşmalardan yararlanabildiği hallerde, durumun daha da karmaşıklaştığını kabul etmek gerekir. Örneğin; bu ikili anlaşmaların bazıları yoluyla, görevlendirme kurallarının, anlaşmaya taraf olan iki ülkenin dışında bir ülkenin yani üçüncü bir ülkenin vatandaşlarına da uygulanabilmesi sağlanmıştır. Avrupa Birliği'ne üye bir ülkeden başka bir üye ülkeye görevlendirilerek gönderilen bir üçüncü ülke vatandaşı, söz konusu ikili anlaşmalardan yararlanır. Benzeri şekilde , diğer üçüncü ülke vatandaşları da Avrupa Konseyi içerisinde imzalanan ya da Avrupa Topluluğu/Birliği ve üye devletlerle üçüncü ülkeler arasında yapılan çok taraflı anlaşmalardan faydalanabilmişlerdir.

Ancak, üçüncü ülke vatandaşlarının çoğu bu özel anlaşmalardan yararlanamamış ve koruma sağlanamamıştır. Sonuç olarak, üçüncü ülke vatandaşları kendilerini sosyal güvenlik koordinasyonu açısından AB vatandaşlarından tamamen farklı bir durumda bulmuşlardır.

Bu durum farkı, Adalet Divanı'nda görülen *Vander Elst* Davası'yla birlikte (C-53/93) olabildiğince görünür bir hal almıştır. Söz konusu dava, hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesinden yararlanarak Fransa'da hizmet vermek isteyen Belçikalı bir şirketle ilgilidir. Belçikalı şirket, bina yıkımı gibi bir işi gerçekleştirmek için, dört Belçikalı, dört de yasal olarak Belçika'da ikamet eden ve çalışan Faslı işçiden oluşan bir grup sabit süreli işçiden yararlanmak istemiştir. Ancak, Fransız denetim kurumu ve ulusal göçmenlik bürosu, üçüncü ülke vatandaşı oldukları gerekçesiyle bu dört Faslı işçinin çalışma izni olması gerektiğini savunmuştur. Ancak Adalet Divanı, bu gerekliliğin hizmetlerin serbest dolaşımına aykırı olduğuna ve işverenin faaliyet gerçekleştirmek üzere uyruklarına bakılmaksızın bütün personelini yanında götürme hakkı olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla, üçüncü ülke vatandaşları, işverenlerinin hizmetlerin serbest dolaşımı alanında sahip olduğu haklar vasıtasıyla dolaylı yoldan, bir başka ülkenin iş piyasasında geçici olarak faaliyet gösterme konusunda sınırlı serbest dolaşım hakkı elde etmişlerdir. Bu üçüncü ülke vatandaşları başka bir üye devlette geçici olarak faaliyet yürütebilseler dahi, bu dört Faslı'nın sosyal güvenlik durumları dört Belçikalı'dan farklı olmuştur.

## **II. The situation of third country nationals within the EU: a question of internal coordination**

The concrete situation of third country nationals within the Coordination Regulations has always been a topic of heavy debate. While certain third country nationals were from the beginning on always fully covered by the Coordination Regulations, like refugees and expatriates, as well as non-EU members of the family of EU workers, most other third country nationals were, however, not covered. For these last third country nationals, the position with respect to internal coordination differed according to their nationality and the Member State concerned. Where eg certain nationals, as those from the countries that are EFTA members, were fully covered by the coordination rules, the situation of most of the other third country nationals in particular depended on the possible bilateral agreements which were concluded between the third State and some of the Member States of the European Union. Indeed, although most of these conventions would basically contain provisions of external coordination, they also contain matters of internal coordination like eg the principle of equality of treatment. It has to be admitted that the situation became even more complicated as some third country nationals could, at least with respect to certain provisions, rely on the bilateral conventions concluded between two Member States. Some of these bilateral conventions eg provided in the extension of the rules of posting to third country nationals, ie nationals of another than the two signing states. A third country national posted between the two Member States of the European Union could rely on this bilateral agreement. Other third country nationals could further rely on multilateral agreements concluded either eg within the Council of Europe or concluded between the European Community/Union and its Member States and the third State.

However, most – ie the majority - of third country nationals could not rely on any of these special agreements and did not enjoy any protection. This led therefore to a situation where third country nationals were, with respect to social security coordination, in a completely different situation than EU nationals.

This difference in situation became very visible in the *Vander Elst* case from the Court of Justice (C-53/93). This case dealt with a Belgian company, who wanted to provide services in France using the principle of free movement of services. To fulfil her task, ie destroying a building, the Belgian company wanted to make use of its group of fixed employees, ie four Belgians and four legally in Belgium residing and working Moroccans. The French inspection services and the national immigration office were, however, of the opinion that a labour permit was required for these four Moroccans as they were third country nationals. The Court of Justice, however, indicated that this requirement was against the free movement of services and that for the employer, this freedom implies the right to take his whole personnel, regardless the nationality of the workers, with him to perform the activities. Third country nationals therefore indirectly obtained a limited free movement through the principle of free movement of services of their employer to perform temporary activities on the labour market of another country. Notwithstanding the fact that these third country nationals therefore had the possibility to perform temporary activities in another Member State, the social security situation of these four Moroccans considerably differed from the situation of the four Belgians.

Dört Belçikalı işçi Avrupa Sosyal Güvenlik Koordinasyonu Tüzüklerinin görevlendirme hükümlerinden yararlanabilmiş, dolayısıyla Fransa'da gerçekleştirdikleri geçici faaliyetler süresince Belçika sosyal güvenlik mevzuatına tabi olmaya devam etmişlerdir. Koordinasyon Tüzükleri'nden faydalanamadıkları için söz konusu dört Faslı'nın durumu tamamen farklılık göstermiştir. Belçika ve Fransa'nın ulusal yasalarına bakılmış ve sonuç olarak bu kişiler her iki üye ülkenin sosyal güvenlik mevzuatına tabi olmuşlardır.

Bu örnekten de anlaşılacağı üzere, AB Tüzüğü'nün kişisel uygulama kapsamına üçüncü ülke vatandaşlarını da dâhil edecek şekilde bir düzenleme yapılması konusunda temel bir ihtiyaç duyulmuştur. Ancak genellikle Koordinasyon Tüzüklerinin kapsamının üçüncü ülke vatandaşlarını da kapsayacak şekilde genişletilmesi fikrine karşılıklılık argümanına dayanılarak itiraz edilmiş, üye olmayan bir ülkede ikamet eden AB vatandaşlarının da o ülkenin kurumlarınca eşdeğer muamele görmesi yönünde görüşler öne sürülmüş, ancak devletin tek taraflı olarak uygulamanın kişisel kapsamını genişletmesi halinde eşit muamelenin garanti edilemeyeceği anlaşılmıştır. Konuyla pek alakalı olmasa da, Avrupa Birliği'nin değerlendirdiği ve yorumladığı şekliyle eşit muamelenin kesin bir şekilde karşılıklılık gerektirdiği söylenememektedir.

859/2003 sayılı Tüzüğü'nün 2003 yılında kabul edilmesiyle, Koordinasyon Tüzüklerinin kapsamı üçüncü ülke vatandaşlarını kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Koordinasyon Tüzüğü'nün kapsamının üçüncü ülke vatandaşlarını da kapsayacak şekilde genişletilmesi için gereken yasal temel, ABİA'nın göçmenlik politikasına ilişkin 79. maddesi'nde yer almaktadır. Kapsamın genişletilmesi konusunda yasal temelin göçmenlik politikasına ilişkin maddede bulunması, üçüncü ülke vatandaşlarının da kapsanmasının üye devletin ülkeye ve iş piyasasına girişe ve üçüncü ülke vatandaşlarının ikametine ilişkin verdiği kararın önüne geçemediği anlamına gelmektedir. Bu sebeple üçüncü ülke vatandaşlarının Koordinasyon Tüzükleri'nin uygulanması yoluyla başka bir AB ülkesinde kalma, çalışma ya da ikamet etme hakkı bulunmamaktadır. Bu konuda söz, üye devletlerin temel ulusal yetkisine kalmaktadır.

Uzun tartışmalar sonucunda, 883/2004 sayılı yeni Tüzüğü'nün ve onun Uygulama Tüzüğü olan 987/2009 sayılı tüzüğü'nün kapsamının aynı koşullarda üçüncü ülke vatandaşlarını da içerecek şekilde genişletilmesi konusunda siyasi bir anlaşmaya varılmıştır. Üçüncü ülke vatandaşlarının Tüzüklerden yararlanabilmeleri için iki koşulun yerine getirilmesi gerekmektedir: Kişiler ilgili ülkede yasal olarak ikamet ediyor olmak zorundadır ve sınır ötesi bir durum söz konusu olmalıdır. Öyle ki tamamen iç hukuka ilişkin bir durum söz konusu olduğunda Tüzükten yararlanılamaz. Örneğin; bir mülteci ya da başka bir üye ülkede hiç çalışmadan/yaşamadan bir üye devlette yerleşik bulunan ve sahip oldukları tek bağlantı AB ülkesi ve AB üyesi olmayan diğer ülke olan üçüncü ülke vatandaşları Koordinasyon Tüzüklerinden yararlanamazlar.

The four Belgians could rely on the posting provisions of the European social security coordination Regulations and therefore remained subject to Belgian social security during their temporary activities on the French territory. The situation of the four Moroccans was completely different as they could not rely on the Coordination Regulations and therefore one had to look at national Belgian and French law, resulting in a situation where they were subject to the social security legislation of both Member States.

This example clearly shows the fundamental need to find an arrangement for the coordination of social security situations of third country nationals, by extending the personal field of application of the EU Regulation to third country nationals. Often, however, objections were heard against a possible extension of the Coordination Regulations to third country nationals, based on the argument of reciprocity, ie that also nationals of the EU, residing in the non-Member State, would enjoy comparable treatment by the institutions of these countries, which could not be guaranteed if one unilaterally extended the personal field of application. Apart from the irrelevance of this issue, it is clear that the equal treatment as it is considered and interpreted by the European Union does not immediately ask for reciprocity.

It was only in 2003, with the adoption of Regulation 859/2003 that the Coordination Regulations were extended to third country nationals. The legal basis for the extension of the Coordination Regulation to third country nationals is found in Art. 79 of the TFEU, which belongs to the immigration policy. The fact that the legal basis for this extension is found in the policy of the immigration, immediately also implies that the extension to third country nationals does not interfere with the decision of the Member State with respect to access to the country, the labour market or the residence of the third country national. Third country nationals therefore do not obtain the right to stay, work or reside on the territory of another EU Member State through the application of the Coordination Regulations. This still remains to the fundamental competence of the national Member States.

After long discussions, a political agreement has recently been reached and through the application of Regulation 1231 /2010, the personal field of application of the new Regulation 883/2004, as well as its Implementing Regulation 987/2009 are now also extended to third country nationals under the same conditions. Like it was the case under Regulation 859/2003, two conditions are required before third country nationals can rely on the Regulations: on the one hand, a fundamental prerequisite for the application of the Regulation is that the third-country national is already legally residing in the territory of a Member State and on the other hand, there has to be a cross-border situation. Indeed, one cannot rely on the Regulation in case there is only a purely internal situation. A refugee eg or third country national who installs in a Member State without ever having worked/lived in another Member State and for whom therefore the only link is between the EU state and a non EU state, cannot rely on the Coordination Regulations.

Bugün üçüncü ülke vatandaşları Koordinasyon Tüzüklerinden yararlanabilseler dahi, söz konusu anlaşmada iki ilkedan daha bahsedilmektedir. Söz konusu siyasi anlaşma, ancak üçüncü ülke vatandaşları gittikleri ve yasal olarak çalışmakta oldukları ülkede iş arayan statüsünde iş bulma kurumuna kayıt yaptırdıkları takdirde, devam eden işsizlik yardımlarını alma hakkına sahip olabileceklerini öngörmektedir (burada bahsedilen, işsizlik yardımlarını üç ila altı ay arasında ihraç etmek için öngörülen özel bir ihraç ibaresidir). Buradan da açıkça anlaşılacağı gibi, Tüzükler ülkeye ve iş piyasasına giriş konusunda ulusal koşulların önüne geçmek için kullanılamamaktadır. Buna ek olarak, Tüzük aynı zamanda, haneler getirmeden, üçüncü ülke vatandaşlarıyla yapılan uluslararası anlaşmalardan doğan hak ve yükümlülöklere de uygulanacaktır.

Ancak göç politikasının yasal temel olarak seçilmesinin, AB politikasının bu alanına katılmamaya karar verdikleri için Danimarka, İrlanda ve Birleşik Krallık açısından bazı sonuçları olmuştur. Danimarka ile ilişkiler açısından, Türk vatandaşları koordinasyon ilkelerinden yararlanamazlar. Açık bir şekilde katılmadığını belirten Danimarka'nın aksine, Birleşik Krallık ve İrlanda, AB ortak göç politikasını tercih ettiğı takdirde, vaka bazında dâhil olmaya karar vermişlerdir. 1231/2010 sayılı Tüzük kapsamında yalnızca İrlanda buna katılmayı seçmiştir. Yani bu tüzükler İrlanda ile olan ilişkilerinde üçüncü ülke vatandaşları için de geçerlidir; Tüzük Birleşik Krallık için bağlayıcı değildir.

Konuya açıklık getirmek için, bazı üçüncü ülke vatandaşlarının halen özel durumlarının olduğunu belirtmek gerekir. EFTA ülkeleri ve İsviçre vatandaşlarının durumu bu konuda örnek teşkil etmektedir.

Bu özel durumlardan ilki, Avrupa Birliğı'nin Avrupa Ekonomik Alanı (AEA) konusunda anlaşma imzaladığı EFTA ülkelerinin vatandaşlarına ilişkindir (Lihtenştayn, Norveç ve İzlanda vatandaşları). Söz konusu vatandaşlar, en azından işçi oldukları takdirde diğer üye devlet vatandaşları gibi Koordinasyon Tüzükleri'ne tabi olurlar. Bu duruma ilişkin karar 1992 Porto Antlaşması'nda verilmiştir. EFTA ülkelerinin vatandaşları yalnızca Koordinasyon Tüzüklerinden yararlanmamakta, ayrıca Tüzükler de bu ülkelerde uygulanabilmektedir. Bu anlaşmanın sonucunda, topluluk içerisinde hareket halinde olan EFTA ülkelerinin vatandaşları da Topluluk Tüzüklerinin avantajlarından yararlanabilmekte (tam tersi de söz konusu olabilir, iki ya da daha fazla EFTA ülkesi arasında dolaşım halinde olan Topluluk vatandaşları da koordinasyon yardımlarından yararlanabilir) ve bu durum bir iç koordinasyon meselesi olmaktadır. Ancak öte yandan bu kişiler, üye devletlerin çeşitli sosyal güvenlik programları ve EFTA ülkeleri arasında koordinasyon yardımlarından yararlanabilmekte ve bu durum hem topluluk vatandaşları, hem de EFTA ülkelerinin vatandaşları açısından bir dış koordinasyon meselesi teşkil etmektedir.

İsviçre ve Avrupa Birliğı arasında 1999 yılında serbest dolaşım konusunda özel bir anlaşma imzalanmıştır. Bu anlaşmaya göre, 1408/71 ve 574/72 sayılı Tüzüklerin kapsamı, analık ve hastalık halinde özel hükümlerin kabul edilmesi gibi bazı küçük istisnalarla birlikte İsviçre'ye yönelik ve İsviçre'den dışarıya yönelik durumları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Şuan için 883/2004 ve 987/2009 sayılı yeni Tüzüklerin uygulanması konusunda yeni bir anlaşma imzalanma aşamasındadır.



Although third country nationals can now also rely on the Coordination Regulations, this agreement mentions two further principles. The political agreement foresees that the continued right to an unemployment benefit (this is a special export clause foreseen for exporting the unemployment benefit for a period between three to six months) can only apply to third country nationals if the person concerned can register as a jobseeker in the country he entered and where he is legally working. This again clearly confirms that the Regulations may not be used to circumvent national conditions with respect to entry to the country and the labour market. In addition, the Regulation will also apply without prejudice to the rights and obligations arising from international agreements concluded with third countries.

However, choosing immigration policy as the legal basis has a consequence for Denmark, Ireland and the UK as these countries decided not to join (or not immediately) this domain of EU policy; In the relation with Denmark, Turkish nationals cannot rely on the coordination principles. It has to be mentioned here that, contrary to Denmark who has clearly decided for opting out, the UK and Ireland decide on their involvement in the common EU immigration policy on a case by case basis, the so-called opt-in clause. Under Regulation 1231/2010, only Ireland has decided to opt-in so that these Regulations also apply to third country nationals in their relation with Ireland. The UK is not bound by this Regulation.

For matters of clarity, it should be mentioned that some third country nationals still have a special situation. This is in particular the case for nationals of the EFTA countries and Switzerland.

The first special relation deals with nationals of the EFTA countries, ie nationals of the countries with whom the European Union has concluded an agreement on the European economic area (ie nationals of Liechtenstein, Norway and Iceland). These nationals are subject to the Coordination Regulations like all Member States, at least if these nationals are workers. This was decided in the Agreement of Porto of 1992. Not only the nationals of the EFTA countries can rely on the Coordination Regulations, the Regulations are also applicable in the EFTA countries. As a result of this agreement, nationals of the EFTA-countries who move within the community as well can rely on the benefit of the advantages of the Community Regulations (as well as vice versa, Community nationals who move between two or more EFTA countries can enjoy benefits of the coordination) - which is a situation of internal coordination - but on the other hand, they also enjoy the benefits of the coordination between the various social security schemes of the Member States and the EFTA countries, which is a form of external coordination both for community nationals and for nationals of the EFTA countries.

With Switzerland a special agreement was concluded on the free movement with the European Union in 1999. According to this agreement, the Regulations 1408/71 and 574/72 were extended to situations to and from Switzerland, however, with some minor exceptions, eg in case of maternity and sickness, where special provisions were enacted. For the moment, a new agreement is being signed for application with respect to the new Regulations 883/2004 and 987/2009.

### III. Tüzük ve Uluslararası Sözleşmeler

#### A. Tüzük ile İki veya Daha Fazla Üye Devlet Arasında Yapılan Anlaşmalar Arasındaki İlişki

Tüzük ve diğer (ikili) anlaşmalar arasındaki ilişki nasıldır?

Tüzük, kapsamına giren üye devletler arasında uygulanabilir olan bütün sosyal güvenlik anlaşmalarının yerine geçebilecektir. Ancak, üye devletlerin söz konusu Tüzüğün yürürlüğe girdiği tarihten önce yürürlüğe koyduğu sosyal güvenlik anlaşmalarının bazı hükümleri, faydalanıcılar açısından daha avantajlı oldukları, bir takım özel tarihi durumlardan kaynaklandıkları ve etkileri zaman içerisinde sınırlı olduğu takdirde uygulanmaya devam edecektir. Bu hükümler, Tüzüğe ait Ek II'de yer alarak uygulanabilirliklerini koruyacaklardır. Söz konusu hükümlerin kapsamının Tüzüğün uygulandığı bütün kişileri içerecek şekilde genişletilmesi tarafsız gerekçelerle mümkün olmadığına, durum özele indirgenebilecektir.

Dolayısıyla, Tüzük, kapsamına giren üye devletler arasında uygulanabilir olan bütün sosyal güvenlik anlaşmalarının yerine geçmektedir. Ancak bu noktada sınırlandırıcı nitelikteki ilk soruyla karşılaşılmaktadır: "Kapsamına giren" dendiğinde ne anlaşılmalıdır? Burada anlaşılması gereken, bu ikili anlaşmaların maddi uygulama kapsamı Tüzükten daha geniş olduğu takdirde, anlaşmaların uygulanabilir olacağıdır. 1408/71 sayılı Tüzük kapsamında yer verilmeyen (Ek I'de yer verildikleri takdirde 883/2004 sayılı Tüzük kapsamında da bulunmayabilirler) bir yardım olan doğum ödenekleri konusunda bu durumu açıklayabilecek örnekler bulunabilmektedir. Doğum ödeneği iki üye devlet arasında yapılan bazı ikili anlaşmalarda yer aldığı için, vatandaşlar diğer ülkede yaşarken bu yardımın ihracı için söz konusu anlaşmadan yararlanabilmişlerdir (bu ihrac Koordination Tüzüğü kapsamında mümkün olmasa da, 1612/68 sayılı Tüzük gibi diğer AB araçları ihracı mümkün kılabilmiştir).

Ancak, ikili anlaşmaların hükümleri Tüzük'ün hükümlerinden daha avantajlı olduğu takdirde nasıl bir durum oluşacağı konusu daha fazla önem teşkil etmektedir. Aslında ilke oldukça açıktır. Tüzük ikili anlaşmaların yerini alır. Yalnızca ikili anlaşmaların daha avantajlı olduğu istisnai durumda bu anlaşmalar uygulanabilir.

Bu ilke, mantığı açıklayabilmek amacıyla sürekli tekrar edeceğimiz Avrupa Adalet Divanının ilginç içtihat hukukunun bir sonucudur. İlk önemli dava *Rönfeldt Davası* olmuştur (C-277/89). Rönfeldt 1957 yılına kadar Almanya'da çalışmış bir Alman işçidir. 1971 yılına kadar aynı şirket için Danimarka'da sigortalılığına devam etmiştir. Daha sonra, Almanya'ya dönmüştür. Erken emeklilik aylığı başvurusunda bulunmuş, ancak kişi Danimarka'da emekli olabilecek yaşa erişene kadar Danimarka'da ödenen primler dikkate alınmadığı için bu başvurusu reddedilmiştir. Öte yandan, Almanya ve Danimarka arasındaki ikili anlaşmalar kapsamında bunun mümkün olabileceği anlaşılmıştır. O halde Rönfeldt ikili anlaşmaların daha avantajlı olan bu hükümden yararlanabilmiş midir yoksa Tüzüğe göre hareket etmesi mi gerekmiştir?

### III. The Regulation and international conventions

#### A. Relation between the Regulation and conventions between two and more Member States

How is the relation between the Regulation and other (bilateral) conventions?

The Regulation provides that it will replace any social security convention applicable between Member States falling under its scope. Certain provisions of social security conventions entered by the Member States before the date of application of this Regulation shall, however, continue to apply, provided that they are more favourable to the beneficiaries or if they arise from some specific historical circumstances and their effect is limited in time. For these provisions to remain applicable, they shall be included in an Annex II to the Regulation. It shall also be specified if it is not possible on objective grounds to extend some of these provisions to all persons to whom the Regulation applies.

So, the Regulation replaces any social security convention, applicable between the Member States falling under its scope. At the same moment, this implies a first limitation: what should be understood under "under its scope" ? This implies that the conventions will still apply if eg the material scope of application of this bilateral agreement would be broader than under the Regulations. A typical example could be found with respect to childbirth allowances, which was a benefit that was explicitly excluded under Regulation 1408/71 (also under 883/2004 these benefits can be excluded if they are mentioned in Annex I). As this birth grant was, however, included in some bilateral conventions between two Member States, nationals could therefore rely on this convention for export of this benefit when living in the other state (although this export is not possible under the Coordination Regulation, other EU instruments (like Regulation 1612/68) might prescribe the export).

But more fundamental is what happens if the provisions of the bilateral conventions are more favourable than the provisions under the Regulation? The principle is clear. The Regulation replaces the bilateral conventions, also if the latter ones are more favourable, and it will only be in exceptional circumstances that these bilateral conventions can apply.

This principle is the result of interesting case law before the Court of Justice that we will repeat here as it explains the reasoning behind it. The first important case was the *Rönfeldt* case (C-277/89). Mr Rönfeldt was a German national who worked in Germany until 1957. Until 1971, he was insured for the same company in Denmark. Afterwards, he returned to Germany. He applied for an early retirement pension which had been refused as the contributions paid in Denmark could not be taken into account until one has reached the pensionable age in Denmark. However, under the bilateral convention between Germany and Denmark this was possible. Could Mr Rönfeldt rely on this provision of the bilateral convention, as it was more favourable, or should he follow the Regulation?

Divan bu hükmü, serbest dolaşım sağlama hedefi ve bir üye devletin mevzuatına göre edinilen hakların dokunulmazlığı ilkesi ışığında yorumlamıştır. Burada, ünlü *Petroni* ilkesinin (Dava C-24/75) uygulanması söz konusudur. Bu ilkeye göre, topluluk mevzuatının uygulanması sonucunda bir üye devletin mevzuatınca sağlanan yardımlardan daha düşük düzeyde yardım sağlanmamalıdır. Divan'a göre; iki üye devlet arasında imzalanan ve ulusal mevzuatın bir parçası haline gelen ikili anlaşmalar ulusal mevzuata denk kabul edilmelidir. Bir üye devletin mevzuatı kapsamında kazanılan hakların dokunulmazlığı ilkesi, Tüzüğün hakları geçersiz kılamayacağı, hakların en azından denk olması ya da fazladan bir şeyler katması gerektiği anlamına gelmektedir. Sonucun herhangi bir özelliği yoktur. Rönfeldt bir ikili anlaşmadan yararlanmış ve Tüzük Danimarka için yürürlüğe girmeden önce tamamlanan süreler kapsamında ulusal mevzuattan doğan haklar elde etmiş, daha önce elde ettiği bu hakların geçersiz kılınamayacağını görmüştür. Bu sebeple, söz konusu kişiye ikili anlaşma uygulanmıştır.

Ancak kişilerin Tüzük yürürlüğe girdikten sonra serbest dolaşım hakkını kullanmaları halinde, durum değişiklik göstermiştir. Bu durum birkaç yıl sonra *Thévenon* Davası'nda (C-475/93 sayılı Dava) açıklığa kavuşturulmuştur. Thévenon 1964 ve 1977 yılları arasında Fransız mevzuatına, daha sonra ise Alman yasalarına tabi olmuştur. Ancak bu kişinin 1408/71 sayılı Tüzük kapsamında hesaplanan malullük aylığının, Almanya ve Fransa arasındaki ikili sözleşmeye dayanarak hesaplandığında olacağından daha düşük bir miktarda olduğu anlaşılmıştır. Divan'ın kararına göre, Thévenon, serbest dolaşım hakkını Tüzüğün uygulanmaya başlamasından sonra yani ikili anlaşmanın yerini Tüzük aldıktan sonra kullandığı için söz konusu ikili anlaşmadan yararlanamamıştır.

Bu sebeple Divan Tüzüğün uygulamaya başlamasından önce ve sonra olmak üzere durumlar arasında ayırım yapılması gerektiği konusuna açıklık getirmiştir. İlk davada Rönfeldt Danimarka'nın Avrupa Topluluğu'na girmesinden önce yapılan daha eski bir ikili anlaşma kapsamında Danimarka sistemin dahilinde prim ödemişken, Thévenon daima Tüzüğe tabi olmuştur. Bugün Tüzüğe yansıtılan içtihat hukuku da budur. Bu sebeple, örneğin AB hukuku uygulanmaya başlamadan önce iki üye devlette istihdam edilen ve böylece ikili ya da çok taraflı anlaşmalara göre haklar elde etmiş olan kişiler bu anlaşmalardan yararlanabilmektedirler.

İkili anlaşmaların uygulanmaya devam etmesi ve kişilerin de bunlardan yararlanabilmesi için çok özel durumlar oluşması gerekmektedir. Bu özel durumlara, Avrupa Birliği'ne yeni giren ülkelerle yapılan ikili anlaşmalar örnek gösterilebilir. Ancak bu durumun ehemmiyeti küçümsenemez. Aslında başlangıçta, yeni üye devletlerin bazı vatandaşları Tüzüklerin uygulanmaya başladığı tarihten önce bazı üye devletlerde sigorta sürelerini tamamlamış olabilecekleri için, yeni üye devletlerin bu ikili anlaşmaları dikkate alması ve eski ikili anlaşmalarla Avrupa Birliği mevzuatının bir arada var olması durumuyla karşı karşıya kalmaları gerekmektedir.

İkili anlaşmalarla karşılaştırıldığında uygulama önceliğinin Tüzüklere verilmesinin tercih edilmesi, başka bir durumun doğurabileceği muhtemel sonuçlar göz önünde bulundurulduğunda kabul edilebilmektedir.

The Court interpreted this provision in the light of the objective to ensure the freedom of movement and the principle of intangibility of rights acquired under the legislation of a single Member State. This is the application of what is known as the famous *Petroni* principle (Case C-24/75), according to which the application of community legislation should not result in lower benefits than those granted under the legislation of a single Member State. According to the Court, a bilateral convention concluded between two Member States and which is integrated in national legislation, should now be considered as equal to national legislation. The principle of intangibility of rights required under the legislation of a single Member State therefore implies that the Regulation cannot abolish rights and should be at least equal or add a plus. The outcome was nothing special. Mr. Rönfeldt had made use of a bilateral treaty and had obtained national rights under periods fulfilled before the Regulation entered into force for Denmark. He could trust that he could not lose these rights he had acquired before. For that reason, the bilateral convention could further apply to him.

The situation is, however, different from the moment someone exercised his right to freedom of movement after the Regulation entered into force. This was made clear a few years later in the *Thévenon* case (Case C-475/93). Mr Thévenon was subject to the French legislation between 1964 and 1977, after which he became subject to German law. His German invalidity pension that was calculated under Regulation 1408/71, was, however, lower than it would have been if it was calculated on the basis of the bilateral convention between Germany and France. According to the Court, Mr Thévenon could, however, not rely on this bilateral convention, because he only exercised his right to freedom of movement after the implementation of the Regulation, so when the bilateral agreement was already replaced by this Regulation.

The Court therefore makes clear that a difference must be made, determined on the dates of the periods completed, ie before or after the implementation of the Regulations. Where in the first case, Mr Rönfeldt had paid contributions under the Danish system under an earlier bilateral agreement, ie before the accession of Denmark to the European Community, Mr Thévenon, however, has always been subject to the Regulation. It is this case law which is now reflected in the Regulation. So, people who have been employed eg in two Member States before EU law became applicable and as such could have obtained rights on the basis of a bilateral or multilateral treaty, could further rely on it.

It will only be in very specific circumstances that the bilateral conventions will further apply and that one can further rely on it. This will in particular be the case for bilateral conventions concluded with countries that have recently acceded the European Union. But this may not be underestimated. Certainly in the beginning, new Member States will have to take these bilateral agreements into account and will be confronted with a side-by-side existence of an old bilateral agreement and European Union law as it might indeed be expected that some of the nationals of the new Member States will already have completed insurance periods in some Member States before the date of application of the Regulations.

This preference for the application of the Regulations with priority over the bilateral convention is certainly acceptable, looking at the possible consequences that another position would imply.

Göçmen işçilerin Tüzüğü'nün uygulanması halinde ikili bir anlaşmadan sağlayacakları faydayı kayb ettikleri için daha kötü bir durumda olabilecekleri gerçeğine rağmen, ikili anlaşmalarla Tüzüğü'nün bir arada var olması büyük idari sorunlara ve karışıklıklara yol açabilmektedir. Sosyal güvenlik kurumları sadece göçmen işçilerin Tüzük temelinde elde ettikleri haklara bakmayacak, aynı zamanda her bir muhtemel ikili ya da çok taraflı anlaşmanın uygulanması halinde hangi hakların edinileceğini de araştırmak zorunda kalacaktır. Bu sebeple, idareler Tüzüğü ikili anlaşmalarla karşılaştırmalıdır ve böylece göçmen işçiler iki sistem arasında seçim yapma hakkı elde edebilecektir. Buna ek olarak, ikili anlaşmaların uygulama alanı çoğu zaman kişilerin uyruğuna bağlı olduğu için, ikili anlaşmaların varlığını sürdürmesi bir bakıma ayrımcılıklara sebep olacak, Tüzükler haricinde hala ikili anlaşmalardan yararlanabilen kişiler daha avantajlı durumda olacaklardır. Son olarak, uluslararası hukuk kapsamında bilinen genel *lex posterior derogat priori* (yeni yasa eskisinin yerine geçer) ilkesi de Tüzüğü'nün uygulanmasını desteklemektedir.

Türkiye ve bir AB ülkesi arasında imzalanan ikili bir anlaşma uygulanabilir durumda olsa bile, AB yasasında öngörülen ayrımcılık yapmama ilkesinin üye devletlerin bu ikili anlaşmaları bütün AB vatandaşlarına açmasını gerektirdiğini unutmamak gerekir. Türkiye bir AB üyesi olduktan sonra, Türkiye ve AB ülkeleri arasında yapılan ikili anlaşmalar, ikili anlaşma kapsamına giren bütün AB vatandaşlarına uygulanabilir.

#### B. Bir Üye Devlet ile Üçüncü Bir Ülke Arasında Yapılan Anlaşmalar ve Tüzük Arasındaki İlişki

İkili anlaşmalar üçüncü bir devletle yapıldığı takdirde çok daha sorunlu bir durum ortaya çıkmaktadır.

Bu konuyla ilgili olarak, Adalet Divanı'nda *Gottardo Davası* (C-55/00 sayılı Dava) görülmüştür. İtalyan ve Fransız vatandaşı olan Gottardo, bir Fransız vatandaşıyla yaptığı evlilik sonucunda İtalyan vatandaşlığını bırakıp Fransız vatandaşlığına geçen bir hanımefendidir. Sırasıyla İtalya, İsviçre ve Fransa'da yaşamıştır. Fransa ve İsviçre'de yaşlılık aylığı alabilirken, İtalya'da alamamaktadır. Öyle ki Tüzük temelinde İtalya ve Fransa'nın vereceği aylıkların birleştirilmesi, bu kişinin İtalyan mevzuatına göre gerekli olan asgari prim dönemini tamamlamasına imkân tanımamaktadır. Bu durum ancak İtalya ve İsviçre arasında yapılan ikili sözleşmelerle uyumlu olarak İsviçre'de tamamlanan sürelerin dikkate alınabilmesi halinde mümkün olabilecektir. Ancak söz konusu kişi Fransız vatandaşı olduğu için, bu kişiye ikili sözleşmenin uygulanması reddedilmiştir. Bu durumda esasen kişi bu anlaşmadan yararlanabilir miydi? Divan, genel ayrımcılık yapmama ilkesinin uygulanması gerektiğini açık bir şekilde belirtmektedir. Bu ilke gereğince; bir üye devlet üye olmayan bir devletle sosyal güvenlik alanında kendi vatandaşlarına bazı avantajlar sağlayan bir ikili anlaşma yaptığında, temel eşit muamele ilkesi, bu üye devletin söz konusu ikili anlaşma sayesinde kendi vatandaşlarının sahip olduğu avantajların aynısını diğer üye devletlerin vatandaşlarına da sağlamasını gerektirmektedir.

Notwithstanding the argument that migrant workers would now perhaps be in a worse situation through the application of the Regulation as they lose the benefit of the application of a bilateral convention the coexistence of the Regulation and other bilateral treaties would indeed lead to huge administrative problems and complications. Social security institutions would be obliged not only to look anymore at the rights a migrant person obtains on the basis of the Regulation, but they would also have to investigate what the rights would be under application of every possible bilateral or multilateral treaty. Therefore, administrations should be obliged to compare the Regulation with bilateral treaties and a migrant person would obtain a kind of right of option between two systems. In addition, as the field of application of bilateral treaties is most of the time depending on the nationality of the persons, the further existence of these bilateral treaties would in a certain way lead to further discriminations, where persons who could - apart from the Regulations - still rely on bilateral treaties, would be in a much better position. And lastly also the general principle of *lex posterior derogat priori*, known under international law, favours an application of the Regulation.

One should however not forget that even when a bilateral treaty concluded between Turkey and an EU Member State would further apply, the general principle of non-discrimination foreseen under EU law, obliges the Member States to open these bilateral treaties to all EU nationals. From the moment Turkey is member of the European Union, the bilateral treaty between Turkey and an EU Member State will therefore be applicable to all EU nationals who fall within the situation of the bilateral treaty.

#### B. Relation Regulation and Conventions concluded between a Member State and a third State

Much more problematic is, however, what happens with a bilateral convention concluded with a third State. Here also, the Court could explain its position in an important case, the *Gottardo* case (Case C-55/00). Mrs Gottardo was an Italian-French national, who renounced that nationality in favour of French nationality when she married to a French national. She successively worked in Italy, Switzerland and France. While she could obtain a French and Swiss old-age pension, she could, however, not have an Italian one. Indeed, aggregation of the Italian and French periods on the basis of the Regulation would not enable her to achieve the minimum period of contributions which was required under Italian legislation. This would only be possible in case she could also take account of the periods completed in Switzerland, in accordance with the bilateral convention concluded between Italy and Switzerland. As she, however, had the French nationality, she was refused to apply this bilateral convention. Could she have relied on this convention? The Court clearly states that the general non-discrimination principle must apply. It follows from this principle that when a Member State concludes a bilateral convention on social security with a non-Member country, which provides for certain advantages to its own nationals, the fundamental principle of equal treatment requires that that Member State grants nationals of other Member States the same advantages as those which its own nationals enjoy under that bilateral convention.

Bu, AB hukukunun uygulama alanının önemli bir uzantısıdır. Aynı zamanda Antlaşma'nın serbest dolaşımın teşvik edilmesi hedeflerine de uygundur.

Söz konusu durumu bir vaka örneğiyle açıklayalım. Bir Belçikalı Almanya'da iki yıl çalıştıktan sonra çalışmak için Türkiye'ye gider. Türkiye'de on yıl çalıştıktan sonra, iki yıllık çalışmasının ardından malul kaldığı Almanya'ya geri döner. Almanya'da malullük aylığı başvurusunda bulunur, ancak bu talebi gereken sigorta sürelerini tamamlamadığı gerekçesiyle reddedilir. Belçikalı olması sebebiyle, Almanya ve Türkiye arasındaki ikili anlaşma sadece Türk ve Alman vatandaşlarına uygulanabilir olduğu için Türkiye'deki sigorta sürelerini kullanamaz. Serbest dolaşımdan yararlandığı için söz konusu Belçika vatandaşı sosyal güvenlik haklarını kaybeder. Kişi Almanya'ya gitmiştir, ancak Belçika'da kalmış olsaydı, Belçika-Türkiye arasında yapılan bir ikili anlaşmaya dayanarak Türkiye'deki sigorta sürelerini dikkate alırdı. Ayrımcılık yapmama ilkesi yoluyla AB ülkeleri ve üçüncü ülkeler arasında yapılan ikili anlaşmaların çok taraflılığı sağlanmıştır. Bu davada, Divan, AB üyesi ülkenin yetkili kurumlarının üçüncü ülkenin yetkili kurumlarıyla ilişki kurarken yaşadıkları idari zorluklar ve mali yükün muhtemel artışının, bu üye devletin Antlaşma yükümlülüklerine uymamasını izah edemediğine karar vermiştir.

Ancak bu çok taraflılık üçüncü tarafın hesabından karşılanamaz. Örneğin; AB üyesi olan A ülkesi üçüncü bir devletle bir ikili anlaşmaya imza attığında, bu A ülkesinin kendi vatandaşlarına sağladığı avantajların aynısını çoktaraflılaştırma yoluyla aynı durumda olan diğer bütün AB vatandaşlarına da sağlaması zarureti, üçüncü devletin A üye devletin vatandaşlarına sağladığı avantajların aynısını diğer bütün AB üyesi devletlerin vatandaşlarına uygulaması gerektiği anlamına gelmemektedir. Avrupa Adalet Divanı'nın üçüncü ülke üzerinde hiçbir yargı yetkisi bulunmamakla birlikte, Divan hiçbir konuda üçüncü ülkeyi zorlayamaz. Bu uluslararası hukukun genel "pacta tertiis nec nocent nec prosunt" (*üçüncü taraflar sözleşmelerden dolayı herhangi bir hak elde edemezler*) ilkesidir. Bu ilkeyi *Gottardo Davası*'ndaki gerekçelere uyguladığımızda, İsviçre kendi ülkesinde aylık vermek için Fransız vatandaşlarının İtalya'da tamamladıkları süreleri birleştirmek zorunda değildir.

Fakat Adalet Divanı tarafından yaratılmış olan bu memleket dışı dokunulmazlığı kavramının somut etkilerinin ne olduğu konusu hala netlik kazanmış değildir. Bu ilke hangi hükümlere uygulanabilir? Bu ilke yardımlara hak kazanılmasında ve yardımların hesaplanmasında üçüncü ülkelerin prim sürelerinin ikili birleştirilmesine, nakdi yardımların ihracına, aynı sağlık yardımlarının sağlanmasına, vb. yol açabilir. Fakat bu aynı zamanda uygulanabilir mevzuat kurallarıyla da mı ilişkilidir? Temel koşul hükümlerin üçüncü ülkeler için yükümlülükler oluşturmaması olduğu için bu son hüküm çok daha karmaşık olabilir. Uygulanabilir mevzuat kuralları her zaman kişinin kendi sosyal güvenlik mevzuatına tabi olmasına dair bir yükümlülük veya yasak içerdiği için uygulanabilir mevzuat açısından durum daha da karmaşıktır.

Fakat üçüncü ülke açısından bir yükümlülük söz konusu olmasa bile bu devletler birtakım sonuçlarla karşı karşıya kalabilmektedirler. Bu ilkenin tam olarak uygulanması aynı zamanda üçüncü ülke ile idari işbirliğinin göstergesidir (örneğin ikili anlaşmanın kişisel kapsamına girmeyen kişilere ilişkin başvuruların yapılması veya formların doldurulması gibi işlemler).



This is an important extension of the application of EU law. It also fits with the objectives of the Treaty, which is to promote the free movement.

Let us clarify this with the following situation. A Belgian has worked in Germany for two years and afterwards goes to work in Turkey. After having worked in Turkey for ten years, he returns to Germany, where he – after two years of employment – becomes an invalid. He applies for an invalidity pension in Germany, which is refused, however, because he did not fulfil the necessary periods of insurance. As he is Belgian, he cannot rely on the Turkish periods of insurance, as the bilateral treaty between Germany and Turkey is only applicable to Turkish and German nationals. The Belgian national loses social security rights, because he has made use of his free movement. He went to Germany and in case he would have stayed in Belgium, he would have been able to presumably take Turkish periods of insurance into account on the basis of a Belgian-Turkish bilateral treaty. Through the non-discrimination principle, a multilateralisation of the bilateral conventions concluded between an EU Member State and a third State is achieved. In its case, the Court also clarifies that a possible increase in financial burden and administrative difficulties that the competent institutions of that EU Member State might now have in liaising with the competent authorities of the third State, cannot justify the failure of this EU Member State to comply with its treaty obligations.

This multilateralisation can, however, never be at the charge of the third party. Indeed, when eg an EU Member State A has concluded a bilateral treaty with a third country and this Member State A is now required through the multilateralisation to grant the advantages, which it grants to its own nationals, to all other EU nationals who are in the same position, this does not imply that the third State would now on its turn be obliged to recognise the advantages it grants to the nationals of EU Member State A also to the nationals of all other EU Member States. The European Court of Justice has indeed no jurisdiction over this third State and cannot in any way oblige the third State. This is a general principle of international law "pacta tertiis nec nocent nec prosunt". When applying this principle to the facts in the *Gottardo* case, Switzerland is not obliged to aggregate periods fulfilled by French nationals in Italy to acquire a Swiss pension.

It remains, however, unclear what the concrete impact is of this extraterritoriality created by the Court of Justice. To which provisions may this principle apply? It might lead to a bilateral aggregation of contribution periods of third countries for acquiring as well as calculating the amount of benefits; the exportation of cash benefits; the providing of sickness benefits in kind, etc. But does this also concern the rules on applicable legislation? This last provision might be more complicated as the fundamental condition is that the provisions may not lead to obligations for the third State. This seems more complicated for applicable legislation, as the rules on applicable legislation always contain an obligation or prohibition to make someone subject to his own social security legislation.

But even despite the fact that there might be no obligation for the third State, these last states might be confronted with certain consequences. Full application of this principle also always implies administrative cooperation with the third country, as eg making applications or filling in forms, etc in respect of persons who are not included in the personal scope of this bilateral convention.

Üçüncü ülkeler ikili anlaşmalar için özel olarak geliştirilmiş olan formları doldurmak konusunda istekliler midir ve bu taraf olmayan diğer AB üye devletlerinin yararına bir durum mudur? Bunun amacı Göçmen İşçilerin Sosyal Güvenliğine ilişkin İdari Komisyonun, bir üye devlet ile üçüncü bir ülke arasında imzalanan yeni bir anlaşmanın başka üye devletlerin vatandaşlarının uyruklarına dayalı ayrımcılık yapmama ilkesine atıfta bulunacağını belirten yeni P1 tavsiyesine ilişkin kararın tam olarak uygulanmasını sağlamaktır.

Son olarak AB'nin taraf olmayan diğer üye devletleri, başka bir üye devlet ile üçüncü bir ülke arasında imzalanan ikili bir anlaşmadan kaynaklanan ekstra yükümlülüklerle tabi tutulmazlar. A üye devleti Almanya'nın Tüzüğü uygularken Almanya ve Hollanda'daki sosyal güvenlik sürelerine ek olarak ikili anlaşma imzaladığı bir üçüncü ülkedeki prim sürelerini de dikkate almak durumunda olması, diğer üye devletin de aylıkları hesaplarırken bu ikili anlaşmayı hesaba katması gerektiği anlamına gelmez. Verilen örnekte Hollanda, Almanya'da tamamlanmış olan süreleri hesaba katmak durumunda kalabilir fakat üçüncü üye devlette tamamlanmış olan süreleri hesaba katmak durumunda değildir (C-21/87 sayılı *Borowitz Davası*).

#### C. Tüzük Ve Diğer Çok Taraflı Anlaşmalar Arasındaki İlişki

1408/71 sayılı önceki Tüzükte görülen durumun aksine 883/2004 sayılı Tüzüğün, ILO ve özellikle de Avrupa Konseyi gibi diğer uluslararası kurumların çerçevesinde imzalanan çok taraflı anlaşmalara ilişkin olarak bir öncelik rolüne sahip olmaması şaşırtıcıdır. Bir öncelik hükmü içermemeleri halinde bu çoklu anlaşmaların uygulanması beklenir. (örn. AB Tüzüklerinin nispeten daha öncelikli olduğu 1972 senesine ait konulu Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi). Ama örneğin, 1979 tarihli Ren Nehri Gemiadamlarına İlişkin Antlaşmanın veya 1956 tarihli Uluslararası Ulaşım İşçilerine İlişkin Avrupa Sözleşmesinin daha büyük önem taşıması söz konusu olabilir.

#### D. Üçüncü Ülkeler İle İmzalanan Ortaklık Anlaşmaları

##### 1. *Uluslararası Anlaşmaların Etkisi Nedir?*

Avrupa Topluluğu/Birliği üyesi devletleri ve üçüncü ülkeler arasında işçilerin serbest dolaşımı ve yerleşme hakkı ile ilgili hükümler içeren uluslararası anlaşmalar imzalanmıştır. Bu devletlerden bir kaçıyla da özel ilişkiler kurulmuştur. Bu durum 1960'lardan ve 1970'lerden itibaren Cezayir, Fas, Tunus ve Türkiye gibi ülkelerle uluslararası anlaşmalar imzalanmasını sağlamıştır. Aşağıda daha ayrıntılı biçimde ele alınan Türkiye ile imzalanan uluslararası anlaşma özel bir anlaşmadır. Daha sonra Orta ve Doğu Avrupa devletlerini Avrupa Birliği üyeliğine hazırlayan özel Avrupa anlaşmaları imzalanmıştır. Şu anda uluslararası anlaşmaların imzalanması için diğer pek çok ülke ile görüşmeler sürmektedir.

Are third country states willing to fill in forms which have specifically been developed for this bilateral convention and this to the benefit of the other EU Member States for nationals of non-contracting states? It is exactly in order to ensure full application of this judgement that the Administrative Commission for the Social Security of Migrant Workers has adopted a new recommendation P1 that states that in a new agreement that would be concluded between a Member State and a third State, explicit reference has to be made to the principle of non-discrimination on the grounds of nationality of nationals from other Member States.

Just to conclude, other EU non-contracting Member States may on their term not be confronted with extra obligations that would follow out of the application of a bilateral treaty concluded between another EU Member State and a third State. The fact eg that a Member State A, Germany, would be obliged to take German and Dutch social security periods into account in application of the Regulation, as well as periods of contributions fulfilled in a third State which Germany has concluded a bilateral treaty with, does not imply that the other Member State should also take this bilateral treaty into account when calculating the pension. In the example given the Netherlands might be obliged to take the period fulfilled in Germany into account, but not the periods fulfilled in the third Member State (Case C-21/87, *Borowitz*).

#### C. Relation between Regulation and other multilateral agreements

To one or another extent it is surprising that, contrary to the situation under previous Regulation 1408/71, the actual Regulation 883/2004 does not have any priority role with respect to other multilateral treaties concluded within the framework of other international organisations, like the ILO, but in particular also the Council of Europe. By not mentioning these multilateral conventions, it might be expected that they will further apply, unless they would on their turn contain a provision on priority (which is eg the case for the European convention on social security of 1972, according to which the EU Regulations have priority). But eg the agreement of 1979 concerning the Rhine boatmen or the European convention concerning international transport workers of 1956, might have a further importance.

#### D. Association agreements with certain third States

##### 1. *What is the impact of these international agreements?*

With some third States the European Community/Union together with its Member States have concluded international agreements that contain provisions with respect to free movement of workers and the free movement of establishment. With several of these states, special relations have been built up. From the 1960s and 1970s on, this has led to conclusion of several international agreements with eg Algeria, Morocco, Tunisia and also Turkey. The international agreement with Turkey is a special one, which will be examined more detailed below. Later on, special Europe agreements have been concluded, preparing the accession of the Central and Eastern European states into the European Union. With a lot of other countries, negotiations are currently taking place to conclude international agreements.

Bu uluslararası anlaşmaların, söz konusu ülke vatandaşlarının sosyal güvenlik durumları üzerindeki somut etkisi tartışma konusu olmayı sürdürmektedir. Bu temel olarak, uluslararası anlaşmalarda geçen hükümlerin ölçüde etkin kılınabileceği veya diğer bir deyişle bireylerin bu hükümlerden ulusal mahkemelerde ne ölçüde yararlanabilecekleri sorusuna dayanmaktadır. Genelde ortaklık anlaşmaları sosyal güvenlikle alakalı belirli hükümler içerirler. Fakat bu sosyal güvenlik hükümlerinin uygulanabilmesi için Ortaklık Konseyinin gerekli önlemleri alması gerekmektedir. Bu tür gerekli uygulama önlemlerini almak Ortaklık Konseyinin görevi olduğu için genel olarak bu hükümlerin somut etkisinin oldukça kısıtlı olduğuna inanılmıştır. Bazı önemli davalarda Adalet Divanı bu hükümlerin doğrudan yasal etkilerinin de bulunabileceğini belirtmiştir.

Üye devletler tarafından kendilerini bu uluslararası anlaşmaların olası doğrudan etkilerine karşı korumak için ortaya atılan savunmalardan bağımsız olarak Divan, Birlik ile üye olmayan bir devlet arasında sonuçlandırılan bir hükmün ve anlaşmanın, uygulanışı veya etkinlik kazanması tamamlayıcı önlemler gerektirmeyen net ve açık hükümler içermesi halinde doğrudan uygulanabilir olarak kabul edileceğini ilan etmiştir (bkz. C-12/86 sayılı *Demirel* Davası; C-18/90 sayılı *Kziber* Davası ve diğer davalar).

Dolayısıyla sosyal güvenlik hükümlerinin açık ve koşulsuz olmaları, isteğe bağlı uygulayıcı önlemlere bağlı olmamaları gerekmektedir. “Doğrudan uygulanabilirlik bu suretle anlaşılacaktır. Hükümler ne ölçüde idari önlemler gerektirmeyecek şekilde doğrudan uygulanabilmelerini sağlayacak yeterli açıklığa sahiptirler? Koşulsuz uygulama durumu uluslararası anlaşmalardaki pek çok hüküm ile ilgili Adalet Divanı tarafından kabul edilmiştir ve hem anlaşma hükümlerine hem de bu hükümlerin uygulanması için Konsey tarafından alınan kararlara ilişkin olarak uygulanır.

Avrupa Topluluğu/Birliği ve Türkiye arasında imzalanan anlaşmaların protokolü serbest dolaşımın ilerleyici aşama aşama gerçekleştirilmesini öngörmekte ve dolayısıyla bu hükümlerin belirlenme nedenleri bir program oluşturmaktır. Bu nedenle yeterli düzeyde sarıh olmamakla işçilerin serbest dolaşımını doğrudan yönlendirme gücüne de sahip değildirler. Ayrıca anlaşmada Ortaklık Konseyinin serbest dolaşımın aşamalı gerçekleşmesi için ayrıntılı kurallar oluşturma yetkisi vardır ve uygulamaları sırasında ayrıntılı hale getirilen hükümler doğrudan uygulanabilir hale gelebilirler. Ortaklık Konseyi Kararının, üçüncü ülke vatandaşlarına verilen hakların uygulanmasına ilişkin süreçlerin ulusal kurallar altında daha ayrıntılı bir biçimde oluşturulacağını belirlemiş olması bu sonucu etkilememektedir. Bu hükümler üye devletlerin, hükümlerin uygulanması için gerekli olan idari önlemleri alma yükümlülüklerini netleştirir, ancak üye devletlere, Ortaklık Konseyi kararlarının üçüncü ülke vatandaşlarına verdiği net ve koşulsuz hakkın uygulanışını koşullu hale getirme veya kısıtlama yetkisini vermez (C-292/89 sayılı *Sevince* Davası).

The concrete impact of these international agreements on the social security situation of nationals from these states was and still is a matter of discussion. It basically depends on the question to what extent direct effect can be given to some of the provisions found in these international agreements or, in other words, to what extent can individuals rely on these provisions before the national courts? The problem is related to the fact that in general the association agreements contain certain provisions on social security, but that it is provided for that an association council will need to enact the necessary measures to guarantee the application of these social security provisions. As it was up to such an association council to take the necessary implementing measures, it was generally believed that the concrete impact of these provisions was extremely limited. In a number of important cases, the Court of Justice has, however, indicated that this does not exclude that certain of these provisions could have a direct legal effect.

Notwithstanding the many arguments used by Member States to protect themselves to a possible direct effect of these international provisions, the Court declared that a provision and an agreement concluded by the community with a non-member country must be regarded as being directly applicable, when, having had regard to its wording and to the purpose and nature of the agreement itself, the provision contains a clear and precise obligation which is not subject, in its implementation or effects, to the adoption of any subsequent measure (Case C-12/86, *Demirel*; Case C-18/90, *Kziber*; and other cases).

The social security provisions therefore have to be clear, unconditional and not contingent on any discretionary implementing measure. This is nothing more than a "direct applicability test". To what extent are provisions sufficiently clear to be directly applied without the need for further administrative measures? This unconditional application has been accepted by the Court of Justice with respect to many provisions in international agreements and applies as well with respect to the provisions of the agreements themselves, as to the decisions taken by the Council adopted to implement these provisions.

That the protocol of the agreements concluded between the European Community/Union and Turkey, provides that freedom of movement shall be secured by progressive stages and therefore reveal nothing more than that these provisions are essentially served to set out a programme and are therefore not sufficiently precise and unconditional to be capable of directly governing the movement of workers and that the Council of association foreseen in the agreement has exclusive powers to lay down detailed rules for the progressive attainment of freedom of movement, does not exclude that exactly the provisions which have been elaborated in application of these provisions, may be directly applicable. This conclusion is not affected by the fact that the provisions of the Association Council Decision provides that the procedures for applying the rights conferred on these third country nationals are to be further established under national rules. Indeed, those provisions merely clarify the obligation of the Member States to take such administrative measures as may be necessary for the implementation of those provisions, without empowering the Member States to make conditional or restrict the application of the precise and unconditional right which the decisions of the Council of Association grants to these third country nationals (Case C-292/89, *Sevinçe*).

Bu açıdan yaklaşıldığında Ortaklık Konseyinin bu hükümlerin uygulanması için ulusal veya uluslararası önlemler alması fark etmemektedir (C-18/90 sayılı *Kziber* Davası).

Bu davanın kesin sonucu üçüncü ülke vatandaşlarının artık mahkemelerde ve hak edinmek için ulusal kurumlarla kurdukları ilişkilerde bu hükümlerden doğrudan yararlanabilir hale gelmeleri olmuştur. Söz konusu hükümlerin olası doğrudan etkilerinin üye devletler tarafından beklenmiyor olması örneğin Orta ve Doğu Avrupa devletleri ile yapılan ortaklık anlaşması görüşmelerinde gözlemlenebilir. Fas ile imzalanan anlaşmada geçen ayrımcılık yapmama ilkesinin Adalet Divanı tarafından tanınması ve bu anlaşmalarda yer alan benzeri hükümlerin doğrudan uygulanabilir hale gelmesi korkusu nedeniyle işçilerin serbest dolaşımına ilişkin hükümlerin genel bir ayrımcılık yapmama maddesi içermemesine karar verilmiştir.

## 2. Ortaklık Anlaşmalarındaki Koordinasyon İlkeleri

Dolayısıyla bu ortaklık anlaşmalarındaki sosyal güvenlik hükümlerinin uygulanması öncelikle Ortaklık Konseyi tarafından alınan kararlara bağlıdır. Ortaklık Konseyleri tarafından alınan farklı kararlar taslak haline getirilip gözden geçirilmektedir. Ortaklık Konseyinin yeni kararları için oluşturulmuş olan altı yeni öneri içeren ilk paket (Fas, Cezayir, Makedonya, Tunus, Hırvatistan ve İsrail) şu anda görüşme aşamasındadır. Diğer ülkelere yönelik yeni kararlardan oluşan ikinci paket (Türkiye, San Marino, Sırbistan, Arnavutluk ve Bosna Hersek) daha sonraki aşamalarda ele alınacaktır.

Bu uluslararası anlaşmalar hangi koordinasyon ilkelerini içermektedir? Genel olarak oldukça kısıtlı bir koordinasyon öngörülmektedir. Öncelikle eşit muamele ilkesi sağlanır ve bu ilke üçüncü ülke vatandaşları ve bu kişilerin çalıştıkları üye devletlerin kendi vatandaşları arasında uyuşma dayalı ayrımcılık yapılmamasını sağlar. Ayrımcılık yapmama ilkesi doğrudan uygulanabilir niteliktedir. (C-18/90 sayılı *Kziber* Davası, C-58/93 sayılı *Yousfi* Davası). Prensipde Adalet Divanı tarafından, dolaylı ayrımcılığın da kapsam altına alındığı Koordinasyon Tüzükleri çerçevesinde ayrımcılık yapmama ilkesine getirilmiş olan geniş yorumlamanın Ortaklık Anlaşmaları/Ortaklık Konseyi Kararları kapsamında yer alan bu ilke için de geçerli olması beklenebilir. Bir diğer soru da, ayrımcılık yapmama ilkesinin ulusal sosyal güvenlik mevzuatı açısından ve Avrupa sosyal güvenlik hukuku, özellikle de Koordinasyon Tüzükleri açısından ne ölçüde eşit muameleyi sağladığıdır. Ayrımcılık yapmama ilkesi Koordinasyon Tüzüklerinin uygulanmasına neden olmakta mıdır? Böyle geniş bir yorumlama tüm diğer hükümleri kullanılamaz hale getirebilir. Üçüncü ülkelerle imzalanan farklı, yeni ortaklık anlaşmalarında artık eşit muamele ilkesinin uygulanmasının AB Tüzükleri tarafından sağlanan diğer koordinasyon ilkelerinin uygulanmasına yol açmayacağı belirtilmektedir.

In this respect, it does not matter whether either national measures or international measures have to be taken by the Association Council to implement these provisions (Case C-18/90, *Kziber*).

The clear result of this case law is that nationals of these third States can now directly rely on these provisions before the Court and in their relation to the national administrations to obtain rights. That the possible direct effect of these provisions was not expected by the Member States, can eg be noticed on occasion of the negotiations for an association agreement with the Central and Eastern European states. Taking notice of the recognition by the Court of Justice of a direct effect to the non-discrimination principle in the agreement with Morocco and fearing that a similar provision would also be recognised as a direct effect in these agreements, it was decided not to include a general non-discrimination clause in the provisions of free movement of workers.

## 2. *The coordination principles in the association agreements*

The application of the social security provisions in these association agreements is therefore in the first place dependent on the decisions taken by the Association Council. The different decisions taken by the Association Councils are currently being drafted and revised. While a first package of six new proposals for new decisions of the Association Council (with regard to the agreements with Morocco, Algeria, the Former Yugoslavian Republic of Macedonia, Tunisia, Croatia and Israel) is currently under negotiation, new decisions for a second package of countries (Turkey, San Marino, Serbia, Albania and Bosnia-Herzegovina) will be tackled in a later phase.

Which coordination principles do these international agreements contain ? In general, only a limited coordination is foreseen. In the first place, a principle of equality of treatment is provided for, guaranteeing a treatment free from any discrimination to nationals of the third State, based on nationality, relative to nationals of the Member States in which those workers are employed. This non-discrimination principle clearly has a direct effect (Case *Kziber*, C-18/90; Case *Yousfi*, C-58/93). In principle, it might be expected that a similar broad interpretation as the Court of Justice has given to the non-discrimination principle under the Coordination Regulations – where also forms of indirect discrimination are covered - is to be attributed to this principle under the association agreements/decisions of the Association Council. An interesting question was also to what extent this principle of non-discrimination not only implies an equal treatment with respect to national social security legislation, but also in application of European social security law, in particular the Coordination Regulations. Can this non-discrimination principle lead to the application of the Coordination Regulations ? Such a wide interpretation would basically make all other provisions useless. In the different new association agreements concluded with the third States, it is now explicitly provided for that the application of the principle of equal treatment may not lead to the application of the other coordination principles as provided for in the EU Regulations.

İkinci bir hüküm de sigorta, çalışma veya ikamet sürelerinin birleştirilmesi olasılığı ile alakalıdır. Fakat birleştirme (toplama) yalnızca dahili koordinasyon ile ilgilidir. Yani yalnızca AB üye devletlerinin mevzuatları kapsamında tamamlanmış olan süreler birleştirilebilmektedir. Bir üye devlette ve bir üçüncü ülkede tamamlanmış olan süreler için birleştirme öngörülmemiştir. Birleştirme ilkesinin doğrudan bir etkisi olmadığı söylenebilir. Ortaklık Konseyinin ayrımcılık yapmama ilkesine ilişkin rolü sürelerin toplanması ile ilgili olarak bu ilkenin uygulanışını kolaylaştırmak ile sınırlı tutulmuş olsa da Konseyin bu ilkenin uygulanışına ilişkin önlemler alması gerekmektedir (C-18/90 sayılı *Kziber Davası*). Dolayısıyla sürelerin birleştirilmesi ilkesinin daha net ve açık hale gelebilmesi için uygulama önlemlerinin alınması gerektiği sonucuna erişilebilir. Aslında hem bu sürelerin birleştirilmesinde izlenecek yol ile hem de bu sürelerin tekrarlanmasının engellenmesi ile ilgili özel önlemlerin alınması gerekmektedir.

Üçüncü ilke AB üye devletlerinin veya üçüncü bir ülkenin sınırları dahilinde yardımların ihracı ilkesidir. Bu hükmün de doğrudan uygulanabilir olarak tanınması için yeterli düzeyde netliğe ve açıklığa sahip olduğu iddia edilebilir.

Dördüncü uluslararası ilke işçinin ikamet ettiği ülkeden başka bir ülkede yaşayan aile fertlerine aile yardımı ödenmesi ilkesidir. Burada da yalnızca bir iç koordinasyon söz konusudur. Uluslararası anlaşma AB dışında, yani üçüncü bir ülkede yaşayan aile fertlerine aile ödeneği sağlanmasına müsaade etmemektedir. Bu ilkenin doğrudan uygulanabilir olup olmadığı belirgin değildir. Kuşku olabilir. Koordinasyon Tüzükleri kapsamında bildiğimiz aynı hükümlerin izlenmesi yerinde olsa da bu uluslararası anlaşmalarda durum her tanım için farklılık gösterebilir. Dolayısıyla aile ödeneklerinin işçinin çalıştığı ülkenin mevzuatına mı, yoksa çocuğun ikamet ettiği ülkenin mevzuatına göre mi verileceği net değildir. Daha ayrıntılı bir hale getirilmediği sürece bu kuralın olası doğrudan uygulanabilirliği ile ilgili şüpheler mevcudiyetini korumakta olup, daha çok önlem alınması gerekmektedir.

Bu uluslararası anlaşmalarda yer alan sınırlı sayıdaki hükmün ve doğrudan uygulanabilirliğe ilişkin şüpheler göz önünde bulundurulursa bu kuralların somut etkilerinin ne olduğu merak edilebilir. Bunun yanı sıra üye devletlerin tamamına yakını ortaklık anlaşmalarına uygun olarak üçüncü ülkeler ile ikili anlaşmalar imzalarsa ve Ortaklık Konseyi tarafından kabul edilen hükümler ilgili kişiler açısından daha elverişli bir durum oluşturuyorsa, bu ikili anlaşmaların hükümlerinin uygulanmasını kısıtlamayabilir.

Başka bir deyişle, bu uluslararası anlaşmalar yalnızca ikili anlaşmalarda yer alan hususları mı teyit etmektedir? Bu hükümler doğrudan uygulanabilir olduğu sürece yeni avantajlar elde edilebilir. Anlaşmalar bir yandan da göçmen işçilerin sosyal güvenlik durumlarını "Avrupalılaştırmaktadır". İki den fazla devlette çalışmış olan bir üçüncü ülke vatandaşı, uluslararası anlaşmalara dayanarak üç ayrı devlette tamamlamış olduğu sürelerini birleştirebilir. Çok taraflı toplama işleminin ikili anlaşmaları temel alarak yapılması mümkün değildir. Ayrıca AB üye devletleri arasında imzalanan ikili anlaşmaların çoğu anlaşmayı imzalayan iki tarafın vatandaşları ile sınırlıdır, üçüncü ülke vatandaşları bu anlaşmalardan faydalanamazlar.



A second provision is the possibility of aggregation of periods of insurance, work or residence. The totalisation, however, only deals with an internal coordination, meaning that only periods fulfilled under the legislation of Member States of the EU might be counted together. No totalisation is foreseen for periods fulfilled in a Member State and in a third State. It can be presumed that this totalisation principle has no direct effect. Where indeed the role of the Association Council with respect to the non-discrimination principle was limited to facilitate the application of this principle, with respect to totalisation, however, the Council needs to adopt measures required for the application of this principle (Case *Kziber*, C-18/90). Therefore, it can be concluded that the principle of aggregation requires further measures of implementation in order to make the principle clear and precise. Indeed, it might be expected that special measures are needed to determine the way these periods should be aggregated, as well as how to avoid duplication of these periods.

A third principle is the principle of export of benefits within the Member States of the EU or within the territory of the third State. Also from this provision, it could be argued that it is sufficiently clear and precise to be recognised direct effect.

A fourth international principle, is the payment of family allowances for members of family who live in another Member State than the worker. So, also here only an internal coordination is provided for. The international agreement does not allow payment of family allowances for members of the family who live outside the EU, i.e. in the third State. Whether this principle has direct effect, is however unclear. Doubts may exist. Although it might be opportune that the same provisions as we know under the Coordination Regulations would be followed, this might perhaps per definition not be the case under these international agreements. It is therefore unclear whether family allowances should be based on the legislation of the country where the worker is employed or the legislation of the country where the child is residing. As long as this has not been elaborated, one could doubt the possible direct effect of this rule. Further measures are required.

Taking into account the limited number of provisions in these international agreements, as well as the doubts that exist with respect to the direct effect, one could wonder what the concrete impact is of these rules. In addition, almost all Member States have already if also concluded, bilateral agreements with these third States and according to the association agreements, the provisions adopted by the Association Council may not limit further application of the provisions of these bilateral treaties, in case these last ones are more favourable for the persons concerned.

Do these international agreements therefore only confirm what is written in the bilateral treaties ? As long as these provisions have direct effect, one could however find a few advantages. On the one hand, these agreements in a certain way "Europeanize" the social security situation of migrant persons. A third country national who has worked in more than two states, would be able to totalize, eg. all his periods fulfilled in these three states on the basis of these international agreements. This multilateral totalisation is not possible on the basis of a bilateral treaty. In addition, many of the bilateral treaties concluded between the Member States of the EU are also limited to the nationals of these two contracting states, excluding the possibility for third country nationals to rely on this bilateral convention.

Bir diğer avantaj da bu uluslararası anlaşmaların son aşamada Avrupa Adalet Divanı tarafından yorumlanmasıdır. Avrupa Adalet Divanının uluslararası anlaşmaların hükümlerini çoğu zaman ulusal mahkemelere kıyasla daha geniş bir biçimde yorumladığı gözlemlenmiştir. Adalet Divanı Fas ve Cezayir ile imzalanan uluslararası anlaşmalarda yer alan sosyal güvenlik kavramının AB Koordinasyon Tüzüğü kapsamında yer alan kavramla aynı şekilde yorumlanması gerektiğine karar vermiştir (C-18/90 sayılı *Kziber* Davası, C-58/93 sayılı *Yousfi* Davası). Böyle geniş bir yorumlama üçüncü ülkelerin vatandaşlarının Tüzüğe uygun bir şekilde özel primsiz yardımlar elde etmek için söz konusu anlaşmalardan faydalanabilmelerini sağlamaktadır; bu da normal olarak, ikili anlaşmalardan anlaşıldığı şekliyle sosyal güvenlik kavramına dahildir.

### 3. Türkiye'nin Özel Durumu

Türkiye ile imzalanan Ortaklık Antlaşması (1963 tarihli Ankara Antlaşması) işçilerin serbest dolaşımı ile alakalı özel hükümler içermektedir. Bu maddeye göre akit taraflar, aralarında işçilerin serbest dolaşımının aşamalı olarak güvence altına alınması amacıyla AB Antlaşmasında yer alan işçilerin serbest dolaşımına ilişkin maddeleri yol gösterici olarak kabul etmişlerdir. Gerekli önlemleri almak Ortaklık Konseyinin görevidir. 1972 tarihli Ek Protokolde ilave özel hükümler belirlenmiştir. Ek Protokolün 36. maddesine göre serbest dolaşım ana Antlaşmada belirtilmiş ilkelere uygun olarak, yürürlüğe giriş tarihinden itibaren geçen 12. ve 22. yıl arasındaki süre boyunca aşamalı olarak sağlanır ve bu konuya ilişkin kurallarla alakalı kararları da Ortaklık Konseyi alır. Dolayısıyla en geç 1 Aralık 1986 tarihinde serbest dolaşımın sağlanmış olması gerekmektedir.

Bu maddenin uygulanması kapsamında Ortaklık Konseyi 1/80 sayılı Kararı kabul etmiştir. Bu Karar çoktan bir üye devletin iş piyasasına dahil olmuş olan Türk işçileriyle ilgili olarak istihdama erişimi yöneten koşullara ilişkin daha fazla kısıtlama getirilmesini yasaklamıştır. Yani bu hüküm Türk işçilerinin Avrupa Birliği'nin üye devletleri arasında serbest dolaşımını veya Türkiye ve Avrupa Birliği arasında serbest dolaşımını sağlamaz. Bu konuya ilişkin başka karar alınmamıştır. Adalet Divanının da belirlemiş olduğu gibi Antlaşmanın 12. ve Protokolün 36. maddesi bir yol haritası oluşturulmasına hizmet etmektedir. Bu maddeler doğrudan uygulanabilirliği sağlayacak ve Türk işçilerine doğrudan bu hükümlerden yararlanma fırsatı sunacak ölçüde yeterli ve koşulsuz olmayıp, (C-12/86 sayılı *Demirel* Davası) Türk vatandaşlarının serbest dolaşım hakları 1/80 sayılı Kararın içeriği ile sınırlıdır.

1/80 sayılı Karar belirli bir sürenin geçmesinin ardından ilgili üye devletin iş piyasasına sınırsız erişimi sağlamaktadır. Bu farklı süreçlerle gerçekleşir. Türk işçileri bir yılın ardından aynı işveren ile çalışmaya devam edebilirler, üç yıl sonra aynı mesleği sürdürmek kaydıyla başka bir işveren ile çalışmaya başlayabilirler ve dört yıllık yasal çalışma süresinin ardından üye devletin istihdam piyasasına sınırsız erişim elde ederler. Adalet Divanı 1/80 sayılı Kararın bazı hükümlerini doğrudan uygulanabilir olarak kabul etmiştir (C-192/89 sayılı *Sevince* Davası; C-237/91 sayılı *Kus* Davası, ...).

Another advantage is the fact that these international agreements would be lastly interpreted by the European Court of Justice. In general, we have already noticed that the European Court of Justice most of the time interprets the provisions of these international agreements in a broader way than national courts. The Court of Justice has eg. already decided that the concept of social security in accordance with the international agreements with Morocco and Algeria has to be interpreted in the same way as its identical concept in the EU Coordination Regulation (Case *Kziber*, C-18/90; Case *Yousfi*, C-58/93). Such a broad interpretation allows nationals of these third States to rely on these agreements to obtain special non-contributory benefits according to the Regulation, which will normally eg. fall under the concept of social security as understood under the bilateral agreements.

### 3. *Special situation of Turkey*

The association agreement with Turkey (the so-called Ankara-Agreement of 1963) contains particular provisions with respect to the free movement of workers. According to this article, the contracting parties agreed to be guided by the articles of the free movement of workers as enacted in the EU Treaty for the purpose of progressively securing freedom of movement for workers between them. It is up to the Association Council to take the required measures. More particular provisions were taken in 1972 in the Additional Protocol, where according to Art. 36 the freedom of movement shall be secured by progressive stages in accordance with the principles set out in the main agreement between the end of the 12<sup>th</sup> and the 22<sup>nd</sup> year after entering into force of that agreement and that the Council of Association should decide on the rules necessary to that end. So, at the latest on December 1<sup>st</sup>, 1986 this free movement should be secured.

It is in the implementation of this article that the Association Council has adopted Decision 18/0, which with regard to Turkish workers who are already duly integrated in the labour market of a Member State, prohibits any further restrictions on the conditions governing access to employment. So, this provision neither leads to a free movement of Turkish workers between the Member States of the European Union, nor to a free movement between Turkey and the European Union. Further decisions have not been adopted. And as the Court of Justice determined that this Art. 12 of the Agreement and Art. 36 of the Protocol essentially serve to set out a programme, the provisions of which are not sufficiently precise and unconditional to be capable of directly governing effect and to give the possibilities to Turkish workers to directly rely on these provisions (Case *Demirel*, C-12/86), the right of free movement for Turkish nationals is basically limited to the content of this Decision 1/80..

This Decision 1/80 provides an unlimited access to the labour market of the Member State concerned after a certain period. This happens through different phases. Where after one year they have right to an extension of their employment with the same employer; after three years they may change from employer within the same profession and after four years of legal labour they have an unlimited access to the labour market of the Member State. The Court of Justice considered several of these provisions of Decision 1/80 as having direct effect (Case *Sevinçe*, C-192/89; Case *Kus*, C-237/91, ...).

Ortaklık Antlaşmasının Ek Protokolü 39. maddesinde, özellikle de sosyal güvenliğin koordinasyonuna ilişkin hükümlerinde yukarıda tarif ettiklerimize benzer hususlara yer vermektedir (ayrımcılık yapmama ilkesi; Avrupa Birliği'nin sınırları dahilinde ikamet eden aile fertleri için aile ödeneklerinin verilmesi; aylıkların Türkiye'ye ihracı ve sürelerin birleştirilmesi ilkesi). Fakat diğer Ortaklık Antlaşmalarından farklı olarak, Ortaklık Konseyi başlangıçtan bu yana bu kararı uygulayan ve Türk göçmen işçiler için kuralların daha ileri düzeyde koordinasyonunu sağlayan bu protokolle uyumlu bir kararı kabul etmiştir. Aslında 3/80 sayılı Karar, 1408/71 ve 574/72 sayılı önceki Tüzüklerin uygulama alanlarını kısıtlı bir ölçüde genişletir ve bu hükümleri Türk işçilerine uygun biçimde uygular. Dolayısıyla 3/80 sayılı Karar ayrımcılık yapmama ile ilgili hükümler, ihraca ilişkin bir madde ve uygulanabilir mevzuat ile ilgili hükümler ve geçici bir süreliğine yurtdışında bulunma gibi durumlarda aynı hastalık yardımı alma gibi haklara ilişkin kurallar içermektedir. Aslında bu hükümlerin çoğu 1408/71 sayılı Tüzükteki hükümler ile benzerlik taşımaktadır. Ama bu Tüzüklerin hükümlerinin tamamı kullanılmamıştır. 3/80 sayılı Karar birtakım istisnalar içermektedir: işsizlik yardımları için özel hükümler öngörülmemiştir; sürelerin toplanması yalnızca Avrupa Birliği'nin üye devletlerinde tamamlanmış olan süreler için mümkündür (üye devletlerin Türkiye'de tamamlanan süreleri de dikkate almalarını sağlayacak kurallar geliştirilmesi için ayrı bir bildiri kabul edilmiştir); aylık ödemeleri için iki hesaplamanın yapılması gerekmektedir. Öncelikle üye devletlerde tamamlanmış olan süreler için orantılılık (*pro rata*) kuralı temel alınır. Eğer ilgili kişi Türkiye'nin ikili anlaşma imzaladığı bir üye devlette de süre tamamlamışsa, hesaplama yapılırken bu ikili anlaşma da göz önünde bulundurulur. Antlaşmaya göre yapılan hesaplama elde edilen miktar 3/80 sayılı Karara göre ortaya çıkan sonuçtan daha düşükse (sürelerle oransallık – *pro rata temporis* kuralına göre) tamamlayıcı bir miktar ödenir.

Uzun süre 3/80 sayılı Kararın belirgin bir geçerliliği olmadığı düşünülmüştür. Doksanlı yılların ortalarında, *Taflan-Met* Davasında bu Kararın yorumlanması ilk defa Avrupa Adalet Divanının kararına tabi tutulmuştur. Bu davada (C-277/94), Hollanda, Almanya, Fransa, Belçika ve Avusturya'da çalışan işçilere yönelik Hollanda dul aylığı ile ilgili sorular yöneltilmiştir. Davacı Türk işçiler Türkiye'de buldukları sırada vefat ettikleri için ve risk ortaya çıktığı esnada Hollanda'da sigortalı durumda olmadıkları için ilgili kişilerin Hollanda dul aylığı talepleri reddedilmiştir. Fakat 3/80 sayılı Kararın 12. ve 13. Maddeleri 1408/71 sayılı Tüzük kapsamında oluşturulmuş olan sistemle de uyumlu olarak kişi hala Hollanda'da çalışıyormuş gibi kurgusal bir durum yaratmıştır. Fakat burada açıklanması gereken ilk temel soru, 3/80 sayılı Kararın ne ölçüde yürürlüğe girmiş olduğudur. 3/80 sayılı Karar yürürlüğe ilişkin hüküm içermediği için mesele bu Kararın dayandığı ve Ortaklık Konseyindeki taraflarını ortaklığın uygulanması ve aşamalı olarak geliştirilmesini sağlayan Konseyi bir araya getiren ve bu Konseyin yetkilerini belirleyen anlaşmaların ne gibi bir etkiye yol açacağıdır.

Ortaklık Konseyinin başka kararlar da alması gerekli midir? Adalet Divanı Kararın yürürlüğe girişiyle ilgili olumlu bir tutum sergilemiştir. Bu Kararlar Avrupa Birliği tarafından sonuçlandırılan uluslararası anlaşmalar gibi Avrupa hukuk düzeninin tamamlayıcı parçalarıdır.

The Additional Protocol to the association agreement provides in its Art. 39 in particular provisions with respect to the coordination of social security, which are similar to the ones we have described above (i.e. the principle of non-discrimination; payment of family allowances for members of the family residing within the European Union; export of pensions to Turkey and principle of aggregation). Contrary, however, to the other association agreements, the Association Council has from the beginning on adopted a decision in accordance with this protocol that implements this decision and provides further coordination rules for Turkish migrant workers. This Decision 3/80, indeed, to a limited extent broadens the field of application of the previous Regulations 1408/71 and 574/72 and applies these provisions by analogy to Turkish workers. Decision 3/80 therefore contains provisions with respect to non-discrimination, an export clause, provisions with respect to applicable legislation and further rules with respect to the right to sickness benefits in kind when staying temporarily abroad, etc. Many of these provisions are as a matter of fact identical to the ones we knew under Regulation 1408/71. But not all provisions of these Regulations were taken. Decision 3/80 knows some exceptions: no particular provisions have been foreseen for unemployment benefits; totalisation is only possible for periods fulfilled in the Member States of the European Union (a separate declaration was adopted where the Member States declared to further develop rules in order to also take into account Turkish periods); for pension benefits two calculations have to be made, ie in the first place one on the basis of the *pro rata*-rule with only periods fulfilled in the Member States and secondly, if the person concerned has fulfilled periods in a Member State which Turkey has concluded a bilateral agreement with calculation will also take place according to this bilateral agreement. In case the calculation according to the Convention would be lower than a calculation based on this Decision 3/80 (so, according to the *pro rata temporis*-rule), a supplement should be paid.

This Decision 3/80 has long been considered to have no particular relevance. It is only in the middle of the nineties in the *Taflan-Metcase*, that for the first time the interpretation of this Decision was made subject to the judgement of the European Court of Justice. In this case (C-277/94), questions were asked with respect to a Dutch widow pension for workers who have worked in the Netherlands, Germany, France, Belgium and Austria. The persons concerned were refused the Dutch widow pension, as the Turkish workers died when they were in Turkey and as such were not insured in the Netherlands when the risk occurred. Art. 12 and 13 of Decision 3/80, however, provided for a kind of fiction – also in line with the system under Regulation 1408/71 – as if one was still insured in the Netherlands. The basic preliminary question was, however, to what extent this Decision 3/80 had already entered into force? Or, since Decision 3/80 contains no provision on its entering into force, the question was which possible effect could result from the agreements on which that Decision is based and according to which the contracting parties still meet in the Association Council to ensure the implementation and a progressive development of the association and which shall act within the powers confirmed by this agreement.

Is it required that the Association Council takes a further decision? The Court of Justice answered positively with respect to the entering into force of this Decision. These Decisions are indeed, just as the international agreements concluded by the European Union, an integral part of the European legal order.

Divana göre Karar kabul edilmiş tarihi olan 19 Eylül 1980 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir (bunun nedeni 3/80 sayılı Kararda herhangi bir yürürlüğe giriş tarihinin öngörülmemiş olmasıdır). İkinci temel soru ise bu Kararın hükümlerinin ne ölçüde doğrudan uygulanabilir olduğu ile ilgiliydi. Dolayısıyla anlaşmadaki hükümler uygulanmaları veya etkili hale gelmeleri için belirli önlemlerin alınmasını gerektirmeyen net ve açık yükümlülükler içermektedir. Bu durumda Divan Türk işçilerin 3/80 sayılı Karardan yararlanmalarını kısıtlıyor gibi görünmektedir. Bazı hükümler açık olsa da Divan, 1408/71 sayılı Tüzüğün 574/72 sayılı Uygulama Tüzüğünde olduğu gibi bu durumda da tamamlayıcı uygulama önlemlerinin alınması gerektiği fikrindedir. Dolayısıyla 3/80 sayılı Kararın doğası gereği Konseyin müteakip bir eylemi olarak tamamlanması ve uygulanması gerekmektedir.

8 Şubat 1983'te 3/80 sayılı Kararın uygulanması için bir teklifte bulunulmuştur (bu teklif 80'den fazla madde ve ayrıntılı hükümler içermektedir) ama bu teklif şimdiye kadar Konsey tarafından kabul edilmemiştir. Divana göre bu özellikle sürelerin birleştirilmesi açısından gereklidir. Birleştirmenin nasıl olacağına ve yardımların çakışmasının nasıl engelleneceğine ilişkin açık kurallar belirlenmelidir. 3/80 sayılı Kararda yer alan sürelerin birleştirilmesi ilkesinin doğrudan uygulanabilirliği yoktur. Sonraki bir davada ise Divan Türklerin bu Kararın bazı hükümlerinden faydalanabilme olasılığını tanımıştır. *Sürül* davasında (C-262/96) Divan, ayrımcılık yapmama ilkesi nedeniyle bu mantığın izlenemeyeceğine karar vermiştir. 3/80 sayılı Kararın 3. Maddesinde yer alan ayrımcılık yapmama hükmü genel ayrımcılık yapmama maddesinin bir uygulaması ve somut ifadesi olma niteliğini taşıdığı için Divan, bu maddenin doğrudan uygulanabilirliğini kabul etmiştir. İlke, ulusal mahkemelerde uygulanmasını sağlayacak ölçüde açık ve koşulsuzdur. 3/80 sayılı Kararın uygulanması için Komisyon tarafından sunulan Tüzük önerisinin ayrımcılık yapmama maddesinin uygulanışı ile ilgili başka hükümler içermediği görülmektedir.

Yani 3/80 sayılı Kararın bazı hükümleri doğrudan etkiye sahiptir. Divanın muhakeme şekli 3/80 sayılı Kararın diğer hükümlerinin de doğrudan uygulanabilirliğini sağlayacak düzeyde sarahate ve koşulsuzluğa sahip olup olmadığının sorgulanmasına yol açmaktadır.

3/80 sayılı Kararın 6. Maddesinde öngörülen, ihraç maddesiyle ilgili olan, bir veya daha fazla üye devletin mevzuatına göre alınan malullük, yaşlılık ve dul ve yetim nakdi yardımları ve iş kazası ve meslek hastalığı için alınan aylıklar, alıcısı Türkiye'de veya ödemelerden sorumlu olan kurumun bulunduğu üye devletten başka bir üye devletin sınırları içinde ikamet ediyor diye kesintiye, değişikliğe, askıya alınmaya, geri çekilmeye veya alıkonmaya tabi tutulamaz. Bu hüküm için de 3/80 sayılı Kararın uygulanması için yapılan teklifte herhangi bir uygulama önlemi öngörülmemiştir. Bu soru şu anda Avrupa Adalet Divanı tarafından ele alınmaktadır (Hollanda malullük yardımının Türkiye'ye ihracına ve aynı zamanda Tüzüğe göre özel primsiz ödemeler kapsamına girmeyi nedeniyle ihraç edilemeyen özel, tamamlayıcı bir Hollanda yardımının ihracına ilişkin C-485/07 sayılı *Akdas* Davası). Fakat başka hükümlerin de doğrudan uygulanabilirliği söz konusu olabilmektedir.

According to the Court, this Decision entered into force on the date of its acceptance (as no particular date of entering into force was foreseen in Decision 3/80), which is September 19th, 1980. The second fundamental question was, however, to what extent the provisions of this Decision have direct effect. So, basically, regarding its wording in the purpose of the agreement itself, the provision contains a clear and precise obligation which is not subject in its implementation or effect to the adoption of any subsequent measure. In this case, the Court seems to limit the possibility for Turkish workers to rely on Decision 3/80. Even if some provisions are clearly precise, the Court is of the opinion that supplementary implementing measures need to be adopted, just as was the case for the Implementing Regulation 574/72 with respect to Regulation 1408/71. By its nature, Decision 3/80 is therefore intended to be supplemented and implemented in the community by a subsequent act of the Council.

On February 8th, 1983 a proposal has been made for implementing the Decision 3/80 (which contains over 80 articles and detailed provisions), but this proposal has until now not been adopted by the Council yet. According to the Court, this was particularly required in this case with respect to the aggregation of periods. Clear rules, explaining how aggregation should happen, how overlapping of benefits should be avoided, etc should be adopted. So, the principle of aggregation of Decision 3/80 has no direct effect. In a next case, however, the Court opened the possibility for Turkish persons to rely on some of the provisions of this Decision. Indeed, in the *Sürül* case (C-262/96) the Court was of the opinion that this reasoning could not be followed with respect to the principle of non-discrimination. The Court accepted the direct effect of this clause, as the non-discrimination as enacted in Art. 3 of Decision 3/80 is merely an implementation and a concrete expression of the general non-discrimination clause. The principle is sufficiently precise and unconditional to be capable of being implemented by national courts. One may notice here that the proposal for the Regulation submitted by the Commission for implementing Decision 3/80 does not contain any further provisions concerning the application of this non-discrimination clause.

So, it is not excluded that some provisions of Decision 3/80 might have direct effect. The reasoning of the Court leads to investigate whether or not also other provisions of 3/80 would be sufficiently precise and unconditional to be directly applied.

This seems to be relevant in particular with respect to the export clause, foreseen in Art. 6 of this Decision 3/80 and according to which invalidity, old-age and survivors' cash benefits and pensions for accidents at work or occupational diseases, acquired under the legislation of one or more Member States, shall not be subject to any reduction, modification, suspension, withdrawal or confiscation by reason of the fact that the recipient resides in Turkey or in the territory of a Member State other than that in which the institution responsible for payments is situated. For this provision, no implementing measure is foreseen in the proposal for the implementing Decision 3/80 as well. This question is currently under investigation by the European Court of Justice (Case C-485/07, *Akdas*, dealing with the export of a Dutch invalidity benefit to Turkey, but also a special Dutch supplementary benefit which is actually seen as a special non-contributory benefit under the Regulation and therefore not exportable). But it is perhaps not excluded that also some other provisions might have direct effect.

3/80 sayılı Karar, uygulayıcı önlemlerin uygulanmasını değil de kolaylaştırılmasını sağlayan bazı idari yöntemler ve formaliteler dışında başka uygulayıcı önlem gerektirmeyen başka hükümler de içermektedir (Örneğin, sağlık hizmeti hakkına ilişkin hükümler).

3/80 sayılı Kararın hükümlerinin bazılarının doğrudan uygulanabilirliği söz konusu olduğu için 1408/71 sayılı Tüzüğün hangi şeklinin veya 883/2004 sayılı Tüzüğün mü takip edilmesi gerektiği sorusuyla karşı karşıyayız. Yoksa yeni bir karar mı alınmalıdır? Aslında bu Karar genelde son yıllarda sık sık uyarlanmış olan Koordinasyon Tüzüklerinin benzer hükümlerine atıfta bulunmaktadır. Tüzüğün, 3/80 sayılı Kararın kabul edildiği tarihte (1980) yürürlükte olan şekli mi, yoksa daha sonraki versiyonları mı kullanılmalıdır? *Akdas* davası bu durumla doğrudan ilgilidir. Günümüzde Hollanda'nın tamamlayıcı malullük yardımı 1408/71 sayılı Tüzüğe (ve 883/2004) göre artık ihraç edilebilir değildir. Çünkü bu özel primsiz bir yardım olarak kabul edilmektedir ve Tüzükte ihracı hariç tutan özel bir hüküm yer almaktadır. Tarafların amacınının 3/80 sayılı Karar ile AB işçilerinininkine benzer bir sistem oluşturmak olduğu açıktır. EFTA Antlaşmasında belirli bir versiyona atıfta bulunulmuştur Bu nedenle EFTA ülkelerinde son versiyonların uygulanmasının sağlanması için Tüzüklerin her uyarlanışında belirli bir kararın alınması gerekmektedir. Türkiye için durum böyle değildir; dolayısıyla gerçek versiyonun temel alınması fikri savunulabilir. Fakat bu, tarafların rızası dışında olduğunda 3/80 sayılı Kararın doğrudan adapte edileceği şeklinde yorumlanamaz. Bu durum Tüzüklerde yapılan değişiklikler daha büyük değişikliklere veya büyük mali sonuçlara yol açtığına görülür. Böyle durumlarda yeni bir kararın alınması gerekmektedir.

883/2004 ve 987/2009 sayılı Tüzüklerin yeni düzenleyici çerçevesinin bir ön anlaşma ve yeni bir kararın kabulü olmadan uygulanamayacağı açıktır. Aynı şekilde Türk işçileri üye devletlerin kendi vatandaşlarının sahip olduğu haklardan daha fazlasından faydalanamazlar ve AB vatandaşlarının haklarının azalmasına yol açan Tüzüklerde yapılan daha sonraki değişiklikler doğrudan Türkler için de geçerli olmalıdır. Bu, Türklerin üye devletlerin birbirlerine sağladıkları muameleden daha avantajlı bir muameleye tabi olamayacaklarını belirten ek protokole koşuttur ve AB Antlaşmasına uygundur. Buna örnek olarak, günümüzde artık Avrupa Birliği dahilinde ihraç edilemeyen özel primsiz ödemeler verilebilir. Dolayısıyla Türk vatandaşları, kabul edildiği sırada Tüzüğe göre bu yardımların hala ihraç edilebildiği 3/80 sayılı Kararın eski versiyonundan yararlanamazlar.

#### E. Türk İşçilerle İlgili Farklı Koordinasyon Araçlarına Şematik Genel Bir Bakış

Aşağıdaki tablo temel ilkeleri, Tüzükler ve Türkiye ile imzalanan uluslararası anlaşmalar arasındaki farkları ve Türk vatandaşları açısından yol açtığı sonuçları özetlemektedir.



Furthermore, Decision 3/80 also contains other provisions, where no particular implementing measures have been adopted, apart from some administrative modalities and formalities that should facilitate – rather than apply - the implementing of these measures (see eg the provisions with respect to right to medical care).

Now that it is possible that some of these provisions of Decision 3/80 have direct effect, the question remains which version of Regulation 1408/71 or perhaps if even the new Regulation 883/2004 should be followed? Or must a new decision be taken? Indeed, this Decision often refers to similar provisions of the coordination Regulations which have been frequently adapted during the last decades. Should the version of the Regulation be followed that existed the day of adoption of Decision 3/80 (ie 1980) or should later versions be followed too? In the actual *Akdasc* case this is of particular relevance. Indeed, the supplementary Dutch invalidity benefit is actually not exportable anymore today under the version of Regulation 1408/71 (and also 883/2004), as it is considered as a special non-contributory benefit and a special provision has been adopted in the Regulation that excludes this export. It is clear that the aim of the parties was to set up a system under Decision 3/80, similar to that of EU workers. In the EFTA Agreement, one refers to a particular version and for that reason a specific decision is required every time the Regulations have been adapted in order to apply this last version in the EFTA countries. For Turkey, this is not the case and therefore one could be of the opinion that rather the actual version should be looked at. However, this may not be interpreted in the sense that an automatic adaptation of Decision 3/80 will take place in case this would be outside the will of the parties. This is certainly happening when modifications to the Regulations would lead to big modifications or huge financial implications. In such circumstances, a new decision is required.

So, it is obvious that the new regulatory framework of 883/2004 and 987/2009 cannot apply without prior agreement and the acceptance of a new decision. To the same extent, Turkish workers may not benefit from more rights than those enjoyed by nationals of the Member States and as such further later modifications to the Regulations that have led to a reduction of rights for EU nationals should also automatically apply to Turkish nationals. This in line with the additional protocol, according to which Turkish nationals cannot receive more favourable treatment than Member States grant to one another, pursuant to the EU Treaty. An example are the special non-contributory benefits that can no longer be exported within the European Union today. Turkish nationals can therefore not rely on the old version of Decision 3/80 which was adopted at a time when under the Regulation, these benefits could still be exported.

#### E. Schematic overview of the different coordination instruments with respect to Turkish workers

The following table summarises some of the basic principles and differences between the Regulations and the international agreements concluded with Turkey, and its consequences for Turkish persons.

	<b>Tüzük 883/2004</b>	<b>Tüzük 1231/2010</b>	<b>Ortaklık Antlaşması</b>	<b>Karar 3/80</b>
<b>Koordinasyon kavramı</b>	AB üye devletleri arasında "İç koordinasyon)	Tüzük sistemini bazı üçüncü ülke vatandaşlarını kapsayacak şekilde genişletir "İç koordinasyon"	"İç ve kısıtlı dış koordinasyon"	"İç ve kısıtlı dış koordinasyon"
<b>Kişisel uygulama alanı</b>	Tüm sigortalı AB vatandaşları ve aile fertleri, uyuşturucu bağımsız (AB içi dolaşım olmalı)	İki koşul altında üçüncü ülke vatandaşları (Türk vatandaşları dahil) - yasal olarak bir ÜD'de ikamet etme - iki ÜD arasında hareket etme (AB içi durum)	AB işçileri ve Türk işçileri (hizmet akdi veya kendi hesabına çalışanlar) AB vatandaşları için karşılıklılık öngörülmemiş! AB işçileri için benzeri bir güvence yok (ikili anlaşmalar hariç)	Türk işçileri (kendi hesabına çalışanlar ve aile fertleri hariç) (AB içi hareketlilik gerekli değil)
<b>Maddi uygulama alanı</b>	Geniş fakat ayrıntılı yardımlar listesi (babalık ve ön emeklilik yardımlarını da içerdiği için 1408/71'den daha geniş)	Yeni Tüzük 883/2004'ün listesini uygular	1408/71 kapsamında sayılan aynı riskler ve sosyal güvenliğe ilişkin aynı yorumlama	İşsizlik yardımları hariç 1408/71'in (ve 859/2003) kapsamına giren yardımlar listesi
<b>Eşit muamele</b>	AB üye devletlerinin tüm vatandaşları (ve uyruklarına bakmaksızın aile fertleri)	883/2004 ile aynı sistem	Öngörülmemiş, ama 3/80'de işlenmiş	Ülke vatandaşları ile aynı muamele: doğrudan etki
<b>Uygulanabilir mevzuat</b>	Bazı kurallar (1408/71'e kıyasla sadeleşme ve karmaşıklık)	883/2004 ile aynı sistem	Öngörülmemiş: 3/80'de ele alınmış	1408/71 ile benzer Doğrudan uygulanabilirliği kuşkulu
<b>Sürelerin birleştirilmesi</b>	AB üye devletindeki süreler	AB üye devletlerindeki süreler	İç koordinasyon AB üye devletlerindeki süreler (ÜD + Türkiye'de süreler toplamı yok) (yaşlılık, dul ve yetim ve malullük yardımları ve sağlık hizmeti için) Doğrudan uygulanabilirlik olmadığı için kısıtlı sonuç	Dahili koordinasyon AB üye devletlerindeki süreler (ÜD + Türkiye'deki süreler toplamı yok) Ama kısıtlı etki: doğrudan uygulanabilirlik yok
<b>Yardımların ihracı</b>	AB içinde yardımların ihracı: üçüncü ülkeye ihraç yok. Ama AB dışında ikamet etme halinde bile eşit muamele geçerli (kendi vatandaşı ve diğer uyruklardan kişiler arasındaki ihraç farklılıkları hariç)	883/2004 sayılı Tüzükteki sistem uygulanır	AB'den Türkiye'ye muhtemelen doğrudan etki Yalnızca AB üye devletinde çalışan işçilerin başka bir AB üye devletinde ikamet eden aile fertleri için aile ödenekleri (Türkiye'de ikamet halinde ödenmez)	Muhtemelen doğrudan uygulanabilir

	Regulation 883/2004	Regulation 1231/2010	Association Agreement	Decision 3/80
<b>Concept of coordination</b>	Between MS of the European Union "Internal coordination"	Extends Regulation system to some third country nationals "Internal coordination"	"Internal and limited external coordination"	"Internal and limited external coordination"
<b>Personal field of application</b>	All insured EU nationals and members of their family, regardless nationality (there should be an intra-EU-mobility)	Third country nationals (so also Turkish nationals) under double condition: - legally living in MS - must move between two MS (intra-EU situation)	EU workers and Turkish workers (employed and self-employed) No reciprocity foreseen for EU nationals ! So no guarantee for EU workers of comparative protection (unless application bil. treaty)	Turkish workers (not self-employed and their members of family) (no intra-EU-mobility is as such required)
<b>Material field of application</b>	Broad but exhaustive list of benefits (broader than 1408/71 as it covers paternity, pre-retirement benefits)	New regulation follows list of 883/2004	Same risks and same interpretation of social security as under 1408/71	List of benefits covered by 1408/71 (and 859/2003) with exception of unemployment benefits
<b>Equal treatment</b>	All citizens of the EU MS (and members of family, regardless nationality)	Same system as under 883/2004	Not foreseen: but in 3/80	Same treatment as nationals: direct effect
<b>Applicable legislation</b>	Several rules (simplification and complication compared to 1408/71)	Same system as 883/2004	Not foreseen: worked out in Decision 3/80	Similar to reg. 1408/71. Direct effect?
<b>Aggregation of periods</b>	Periods in MS of the EU	Periods in MS of the EU	Internal coordination Periods in MS of the EU (no totalisation periods MS + Turkey) (for old-age, survivors and invalidity benefits and medical care) But limited result as No direct effect	Internal coordination Periods in MS of the EU (no totalisation periods MS + Turkey) But limited result as No direct effect
<b>Exportability of benefits</b>	Export of benefits within EU: no export to third country But: equal treatment applies even if residing outside EU (excludes eg. distinction for export made between own national and other nationals)	Follows system of Reg. 883/2004	From EU to Turkey Presumably direct effect For family allowances: only for Turkish workers who work in MS of the EU and whose members of family live in another EU MS (so not if they live in Turkey !)	Presumably direct effect

## Bölüm 14.

### Tüzüklerin Ötesinde: Diğer AB Araçlarıyla İlişki

#### I. Koordinasyon Tüzüklerinin Hariç Koordinasyon

##### A. İşçilerin Serbest Dolaşımı

İşçilerin serbest dolaşımı ilkesinden, özellikle de uyruğa dayalı ayrımcılıkların yasaklanması prensibinden, önceki bölümlerden birinde, bahsedilmiştir (bkz. Bölüm 2). Bu sebeple, bu konuyu tüm yönleriyle yeniden ele almak gereksiz olacaktır. Ancak yine de, ABİA'nın 45. maddesi ve Koordinasyon Tüzükleri arasındaki ilişkinin özel yapısına vurguda bulunan bazı ilave unsurlardan bahsedilebilir.

Bu konuda, Adalet Divanı'nın içtihat hukuku açık değildir. “*Lex specialis generalibus derogant*” (özel hukuk genelden üstündür) ilkesine dayanılarak, koordinasyon tüzüklerinin öncelikli olarak uygulandığı düşünülebilir. Bu kurallar öncelikli olarak uygulanamıyorsa veya istenmeyen bir çözüme yol açıyorsa “işçi” statüsü (“Birlik vatandaşı” statüsünden öncelikli olarak) kullanılır. Uygulamada bu kaynak hiyerarşisi, kısmen ön karar sorularının dilinden etkilenen bir muhakemeye sahip olan AAD tarafından her zaman için dikkate değer bulunmamaktadır.

Adalet Divanı'nın içtihat hukukuna baktığımızda, iddia sahipleri/davacılar fiilen mesleki bir faaliyette bulunmadıklarında bile, ABİA'nın 45. maddesi ışığında tahlil edilen sosyal güvenlik meseleleriyle ilgili birçok davanın yer aldığını görüyoruz. Örneğin; Belçika'da iş arayan genç bir Yunanlıyla ilgili bir davada, Divan işsizlik yardımı konusunda yapılan dolaylı ayrımcılığa karşı şöyle bir karar vermiştir: “*Bir üye devletin, ödeneği veren üye devlette ikamet eden bir göçmen işçinin bakmakla yükümlü olduğu evladı olmayan, ilk işini arayan ve başka bir üye devletin vatandaşı olan bir kimseye, yalnızca orta öğrenimini başka bir üye devlette görmesi gerekçesiyle, yardım ödeneği vermeyi reddetmesi EC 39. maddesine aykırıdır. (C-258/04 sayılı Ioannidis Davası)*” Divan'ın da belirttiği gibi, başka bir üye devlette iş arayan üye devlet vatandaşları ABİA'nın 45. maddesi kapsamına girmekte, bu sebeple de hükümde belirtilen eşit muamele hakkına da sahip olmaktadır. Bu hak kapsamına, sosyal güvenlik yardımları da girebilmektedir (C-22/08 sayılı *Vastouras Davası*). Belçika'da görülen bir dava ise başka bir örnek teşkil edebilir. Bu davada Divan, aynı gerekçelerle, “*bir sosyal güvenlik kolu kapsamına girme ve bu kolun sadece söz konusu varlığın topraklarında ikamet eden kişilere sağladığı yardımlara hak kazanma konusunda sınırlamalar getiren bir üye devletin federe hükmi şahsiyetine ait mevzuatı, bu tür bir sınırlama söz konusu hükmi şahsiyetin sınırları dâhilinde çalışan başka üye devlet vatandaşlarını ya da söz konusu üye devletin Avrupa Topluluğu içerisinde serbest dolaşım hakkından yararlanan vatandaşlarını etkilediği için bu hükümlere aykırıdır*” (C-212/06 sayılı *Dava, Government of the French Community and Walloon Government v. Flemish Government*).

## Chapter 14. Beyond the Regulations: interface with other EU instruments

### I. Coordination outside the coordination Regulations

#### A. Free movement of workers

The freedom of movement of workers principle has been developed in a former Chapter, especially the principle of prohibition of discrimination based on nationality (see chapter 2). It is therefore unnecessary to present again all the aspects of this topic. Some extra elements may, however, be put forward: those which underline the specific nature of the relationships between Article 45 TFEU and coordination Regulations.

On this matter, the caselaw of the Court of Justice is not clear. One may have thought that, based on the “*lex specialis generalibus derogant*” principle, coordination Regulations would apply in priority so that it is only when these rules would not be applicable or would lead to an unwanted solution that the status of “worker” would be invoked (before the status of “Union citizen”). In practice, this hierarchy of sources is not always respected by the ECJ, whose reasoning is partly influenced by the wording of the preliminary ruling questions.

When we look at the case-law of the Court of Justice, we see that there are several cases dealing with social security matters which are analysed under the light of Article 45 TFEU, even when claimants do not actually exercise a professional activity. For example, in a case concerning a young Greek national seeking a job in Belgium, the Court ruled against an indirect discrimination applied to an unemployment benefit: *“it is contrary to Article 39 EC for a Member State to refuse to grant a tideover allowance to a national of another Member State seeking his first employment, who is not the dependent child of a migrant worker residing in the Member State granting the allowance, on the sole ground that he completed his secondary education in another Member State”*(Case C-258/04, *Ioannidis*). As the Court said again, Nationals of a Member State seeking employment in another Member State fall within the scope of Article 45 TFEU and therefore enjoy the right to equal treatment laid down in that provision, which may include social security benefits(Case C-22/08, *Vastouras*). Another example is drawn from a Belgian case where the Court held that, on the same grounds, that *“legislation of a federated entity of a Member State limiting affiliation to a social security scheme and entitlement to the benefits provided by that scheme only to persons residing in that entity’s territory is contrary to those provisions, in so far as such limitation affects nationals of other Member States working in that entity’s territory or nationals of the Member State concerned who have made use of their right to freedom of movement within the European Community”* (Case C-212/06, *Government of the French Community and Walloon Government v. Flemish Government*).

Ancak muhakeme belirsizliği, ABİA'nın 45. Maddesinin diğer yasal temeller arasına karıştığı diğer davalarda görülebilmektedir. Buna örnek olarak *Collins* davasını gösterebiliriz<sup>48</sup>. Sosyal güvenlik primi ödemeleri tehlikede olduğunda, AAD, ABİA'nın 45. maddesine başvurur. Öyle ki, koordinasyon tüzükleri bu konuda her zaman için net çözümler sunmamaktadır. Örneğin; Divan, "ABİA'nın 45. maddesinin, temel meşguliyeti o üye devlette çalışma olan kişileri, kendi hesabına çalışmanın ikinci bir meşguliyet olduğu aynı üye devlette kendi hesabına çalışan kişilerin dâhil olduğu sigorta koluna prim ödemekten muaf tutan ve bu tür bir muafiyeti asıl meşguliyeti başka bir üye devlette çalışma olan kişilere sağlamayan bir üye devlet mevzuatını men etmektedir." (C-394/99 sayılı *Hervein ve Hervillier SA* Davası ) yönünde bir karar vermiştir. Divan'ın daimi amacı, işçilerin AB içerisinde dolaşım halinde olmaktan caymamasını ve bu dolaşımlarının sosyal güvenlik alanındaki haklarını etkilememesini sağlamaktır.

İşte bu sebeple, ABİA'nın 45. Maddesi göçmen işçilere koordinasyon tüzüklerinin sağladığından daha avantajlı çözümler sağlamak için kullanılabilir. Örneğin, AAD, bir üye devletin yetkili kurumlarının, 1408/71 sayılı Tüzüğe uygun olarak, malullük yardımlarına hak kazanmayı bir senelik ilk iş görmezlik süresinin geçmesi koşuluna tabi tutan ulusal mevzuatı uygulamaktan men etmiştir. Bu tür bir uygulamadan, göçmen işçinin, o üye devletin sosyal güvenlik programlarına faiz/iadesi olmayan, dolayısıyla göçmen olmayan bir işçiyle kıyaslandığında dezavantajlı olan prim ödemeleri yapması sonucu çıkmaktadır (C-3/08 sayılı *Leyman* Davası). Bir başka çok önemli davada AAD, bir üye devletin yetkili sosyal güvenlik otoritelerinin, ABİA'nın 45. Maddesi kapsamındaki Topluluk yükümlülüklerine göre, yaşlılık yardımına hak kazanma amacıyla, ikinci bir üye devletin vatandaşı olan bir kişinin üye olmayan bir ülkede, tamamladığı sigorta sürelerini, benzer prim koşulları altında, yetkili otoritelerin ilk üye devlet vatandaşları tarafından o üye devletle üye olmayan bir devlet arasında imzalanmış bir ikili uluslar arası antlaşmaya uygun olarak tamamlanan süreleri dikkate aldığı durumlarda hesaba katması gerektiğine karar vermiştir (C-55/00 sayılı *Gottardo* Davası).

Yine göçmen işçileri koruma amacıyla, ABİA'nın 45. Maddesi, koordinasyon tüzüklerinin kapsamının dışında kalan durumlar için uygulanabilir. Örneğin; bir üye devletin kendi mevzuatına tabi olan emekli bir işçinin hastalık sigortası primlerini, brüt aylığın bir kısmının diğer üye devlette hastalık sigortası primleri yoluyla hali hazırda eksiltmiş olduğunu dikkate almadan, bu işçinin başka bir üye devlette imzaladığı bir antlaşmaya göre ödenebilen ek emekli aylığının brüt miktarına dayanarak hesaplaması men edilmiştir (C-302/98 sayılı *Sehrer* Davası).

---

<sup>48</sup> Aşağıya bakınız... "EC Antlaşması'nın, EC Antlaşmasının 6 ve 8. Maddeleriyle (değişiklikten sonra 12 ve 17 EC oldular) bağlantılı olarak okunan 48(2). Maddesinde belirtilen eşit muamele hakkı, iş arayan ödeneğine hak kazanmayı ikamet gerekliliği koşuluna bağlayan ulusal mevzuatları men etmez. Zira bu gereklilik ilgili kişilerin uyuşmaktan bağımsız ve ulusal hükümlerin meşru amacıyla orantılı olan nesnel yaklaşımlara dayanarak gerekçelendirilebilirler."

The ambiguity of the reasoning is, however, visible in other cases, where Article 45 TFEU is mixed among other legal grounds, which is the case in *Collins* for instance<sup>48</sup>. It is often when payment of social security contributions is at stake that Article 45 TFEU is referred to by the ECJ. Indeed, coordination Regulations do not always provide clear solutions in this area. For instance, the Court ruled that Article 45 TFEU “preclude the legislation of a Member State which exempts persons whose principal occupation is employment in that Member State from the obligation to pay contributions to the scheme for self-employed persons in the same State, where self-employment is a secondary occupation, but withholds such exemption from persons whose principal occupation is employment in another Member State”( Case C-394/99, *Hervein and Hervillier SA*). The point of the Court is always to make sure that workers be not deterred from being mobile within the EU, making sure that their mobility does not affect their rights in the area of social security.

This is why Article 45 TFEU may also be used as to provide solutions more favourable to migrant workers than those provided by coordination Regulations. For instance, it ruled that it precludes application by the competent authorities of a Member State of national legislation which, in accordance with Regulation 1408/71, makes acquisition of the right to invalidity benefits subject to the condition that a period of primary incapacity of one year has elapsed, where such application has the result that a migrant worker has paid into the social security scheme of that Member State contributions on which there is no return and is therefore at a disadvantage by comparison with a non-migrant worker (Case C-3/08, *Leyman*). In another very important case, the ECJ ruled that the competent social security authorities of one Member State are required, pursuant to their Community obligations under Article 45 TFEU, to take account, for purposes of acquiring the right to old-age benefits, of periods of insurance completed in a non-member country by a national of a second Member State in circumstances where, under identical conditions of contribution, those competent authorities will take into account such periods where they have been completed by nationals of the first Member State pursuant to a bilateral international convention concluded between that Member State and the non-member country (Case C-55/00, *Gottardo*).

For the same reason of protecting migrant workers, Article 45 TFEU can be adapted for situations falling out of the scope of the coordination Regulations. For instance, it precludes a Member State from calculating the sickness insurance contributions of a retired worker subject to its legislation on the basis of the gross amount of the supplementary retirement pension payable under an agreement which that worker draws in another Member State, without taking account of the fact that a part of the gross amount of that pension has already been deducted by way of sickness insurance contributions in the latter State (Case C-302/98, *Sehrer*).

---

<sup>48</sup> See below “The right to equal treatment laid down in Article 48(2) of the EC Treaty (now, after amendment, Article 39(2) EC), read in conjunction with Articles 6 and 8 of the EC Treaty (now, after amendment, Articles 12 EC and 17 EC), does not preclude national legislation which makes entitlement to a jobseeker’s allowance conditional on a residence requirement, in so far as that requirement may be justified on the basis of objective considerations that are independent of the nationality of the persons concerned and proportionate to the legitimate aim of the national provisions”.

İşçiler aynı zamanda AB vatandaşı olabilirler, ancak bütün AB vatandaşları işçi olamazlar. Adalet Divanı, Birlik vatandaşlığı temel statüsü ile ilgili ve sosyal güvenliği etkileyen özel bir içtihat hukuku geliştirmiştir.

## B. Avrupa Vatandaşlığı ve İkamet Direktifi

### 1. Avrupa Vatandaşının Statüsü

ABİA'nın 20. maddesi ve alt bentlerine göre, bir üye devletin vatandaşı olan herkes Birlik vatandaşıdır. Birlik vatandaşlarının bazı hakları vardır ve Antlaşmalarda belirtilen yükümlülöklere tabidirler. Diğer haklarının yanı sıra, vatandaşların üye devletlerin sınırları içerisinde serbest dolaşım ve ikamet hakkı bulunur. Adalet Divanı'na göre, ev sahibi üye devletin sınırları içerisinde yasal olarak ikamet eden bir AB vatandaşı AB hukukunun *ratione materiae* (konu bakımından uygulama) kapsamına giren bütün durumlarda ABİA'nın 18. maddesinden (uyruğa dayalı ayrımcılığın yasaklanması) yararlanabilir. Aile yardımlarıyla ilgili olan ve önem arz eden C-85/96 sayılı *Martinez Sala* davasında belirtilen bu yorum kuralı, başka önemli davalarda açılmasına yol açmıştır.

“Birlik vatandaşı” statüsü, talep edilen bir yardım ya da talep sahibi kişi kendisi koordinasyon tüzükleri kapsamına girmediği takdirde, sosyal güvenlik alanında çok yararlı olabilmektedir. Örneğin, AAD, ABİA'nın 21. maddesinin, sadece başvuru yapıldığı sırada söz konusu üye ülkede değil de başka bir üye devletin sınırları içerisinde ikamet ediyor olduğu gerekçesiyle, sivil savaş mağdurları için verilen bir yardım (Koordinasyon Tüzüklerinin maddesel kapsamının dışında kalan bir yardım) vatandaşlarından birine vermeyi reddeden bir üye devlet mevzuatını men ettiği yönünde karar vermiştir (C-192/05 sayılı *Tas Hagen* Davası). Başka bir deyişle, Antlaşmalar temelinde ikamet ibaresi kaldırılmıştır/muaf tutulmuştur/dikkate alınmamıştır. İkamet koşulunun kaldırılması, sivil savaş mağdurları ya da siyasi baskı mağdurlarına verilen aylıklarla (C-499/06 sayılı *Nerkowska* Davası) ilgili veya da yaşlılık sigortası primlerinin geri ödemesiyle ilgili diğer davalarda (C-502/01 sayılı *Gaumain-Cerri* Davası) da teyit edilmiştir. Ancak, yardımın yapısına dayalı olarak Adalet Divanı başka türlü bir karar verebileceği için bu genel bir kural değildir. Özellikle de, Fransa'da ikamet eden bir Belçika vatandaşı tarafından açılan işsizlik ödenekleriyle ilgili bir davada, Divan, Madde 18 EC'nin bütün Birlik vatandaşlarına tanıdığı dolaşım ve ikamet özgürlüğünün, işsizlik yardımı alma hakkını elinde bulundurmamak için bir koşul olarak çalışabilir durumda olduğunu ispatlama gerekliliğinden muaf olan, 50 yaş üzerindeki işsiz bir kimseye uygulanan ikamet şartını men etmediğine karar vermiştir (C-406/04 sayılı *Dava , de Cuyper*. Divan aynı zamanda yardımın bir işsizlik yardımı olarak sınıflandırıldığına ve bu sebeple koordinasyon tüzükleri kapsamında ihraç edilemediğine karar vermiştir). Bu sebeple, ikamet haklı olarak kabul edilebilmektedir.

Ev sahibi üye devlette önceden ikamet etme koşuluna gelince (koordinasyon tüzüklerine göre bu bir çeşit dolaylı ayrımcılıktır<sup>49</sup>), Adalet Divanı daha esnek ve söz konusu sosyal güvenlik yardımının yapısına bakar.

<sup>49</sup> Bkz. Bölüm 6.



A worker is also a Union citizen; but not all Union citizens are workers. The Court of Justice has built a specific jurisprudence on the fundamental status of Union citizen which impacts social security.

## B. European citizenship and the Residence Directive

### 1. *The status of European citizen*

According to Article 20 and subsequent TFEU, every person holding the nationality of a Member State shall be a citizen of the Union. Citizens of the Union enjoy the rights and are subject to the duties provided for in the Treaties. They shall have, *inter alia* the right to move and reside freely within the territory of the Member States. For the Court of Justice, it implies that a citizen of the European Union who is lawfully resident in the territory of the host Member State can rely on Article 18 TFEU (prohibition of discrimination based on nationality) in all situations which fall within the scope *ratione materiae* of EU law. This rule of interpretation, set in the important *Martinez Sala* case (Case C-85/96) dealing with family benefits, has led to other important cases.

The status of “Union citizen” can be very useful in the area of social security when a claimed benefit or the claimant himself does not fall within the scope of the coordination Regulations. For instance, the ECJ ruled that Article 21 TFEU precludes legislation of a Member State under which it refuses to grant to one of its nationals a benefit for civilian war victims (excluded from the material scope of coordination Regulations) solely on the ground that, at the time at which the application was submitted, the person concerned was resident, not in the territory of that Member State, but in the territory of another Member State (Case C-192/05, *Tas Hagen*). In other words, the residence clause is waived on the grounds of the Treaty. The prohibition of the residence condition has been confirmed in other cases dealing with pension granted to civilian victims of war or repression (Case C-499/06, *Nerkowska*) or with the reimbursement of old age insurance contributions (Case C-502/01, *Gaumain-Cerr*). However, this is not a general rule since, depending on the nature of the benefit, the Court of Justice might decide otherwise. In particular, in a case concerning an unemployment allowance claimed by a Belgian citizen who had set his residence in France, it held that freedom of movement and residence, conferred on every citizen of the Union by Article 18 EC, does not preclude a residence clause which is imposed on an unemployed person over 50 years of age who is exempt from the requirement of proving that he is available for work, as a condition for the retention of his entitlement to unemployment benefit (Case C-406/04, *de Cuyper*). The Court also ruled that the benefit was classified as an unemployment benefit and, as such, was not exportable under coordination Regulations). The clause of residence can therefore be justified.

When it comes to a condition of prior residence on the host Member State (which would be seen as a form of indirect discrimination under coordination Regulations<sup>49</sup>), the Court of Justice is more flexible and looks at the nature of the social security benefit at stake.

---

<sup>49</sup> See Chapter 6.

Görünüşte 1408/71 sayılı Tüzüğün kapsamına girmeyen bir kişiyle ilgili bir davada, AAD, eşit muamele hakkının, “*ikamet gerekliliği söz konusu kişinin uyruğundan bağımsız ve ulusal hükümlerin meşru amacıyla orantılı olan tarafsız değerlendirmeler temeline dayanarak gerekçelendirilebildiği için, iş arayanın ödeneği almaya hak kazanmasını ikamet etme koşuluna bağlayan ulusal mevzuatları men etmediğine*” karar vermiştir (C-138/02 sayılı Dava, *Collins* [2004]). Bu davada, ön ikamet koşulunun koordinasyon tüzüklerine dayanılarak geçersiz sayılabilirliği müphemdir (talep edilen yardım, 883/2004 sayılı Tüzüğün kapsamına giren özel primsiz bir yardımdır) : Bu sorun AAD’ye taşınmamıştır). Aslında, ulusal yasama organının bu tür bir ödeneği almak için başvuruda bulunan bir kişi ile söz konusu coğrafi istihdam piyasası arasında gerçek bir bağ olmasını talep etmesi de meşrudur.

“Birlik vatandaşı” statüsü ile uyruk koşulları da çatışabilmektedir. Örneğin, üniversiteye gitmek için Belçika’ya taşınan bir Fransız vatandaşı ile ilgili olarak Adalet Divanı, şu kararı vermiştir: Uyruğa dayalı ayrımcılık yapmama ilkesi ile birlikte Birlik vatandaşı olma keyfiyeti, primsiz bir sosyal güvenlik yardımına (koordinasyon tüzüklerinin kapsamının dışında kalan) hak kazanmanın, ev sahibi üye devlette resmi olarak ikamet eden başka üye devlet vatandaşlarının o ülkenin kendi vatandaşlarına uyguladığı koşullara ilave edilen ilave şartlara bağlanmasını yasaklamıştır (C-184/99 sayılı *Grzelczyk* Davası).

Belirtmemiz gereken ilginç bir nokta da, bir üye devlet vatandaşının kendi devletine karşı Birlik vatandaşlığını kullanabildiğidir. Divan’ın kararına göre, “*bir Birlik vatandaşının bütün üye devletlerde kanun önünde, kendisiyle aynı durumda olan diğer üye devlet vatandaşlarına uygulanan muameleyi görmesi gerektiği için, vatandaşı olduğu üye devlette bir kimse Antlaşmada kendisine tanınan dolaşım özgürlüğüne ilişkin fırsatlardan vazgeçmeseydi göreceği muameleden daha az avantajlı bir muamele gördüğünde, bu durum dolaşım özgürlüğüne ters düşecektir.*” (C-224/98 sayılı *D’Hoop* Davası). Örneğin, *Tas Hagen* davasında ve sosyal güvenlikle ilgili başka davalarda da bu mantıkla hareket edilmiştir (Örn. Bkz. C-135/99 sayılı Dava , *Elsen* ; C-28/00 sayılı Dava, *Kauer*). Ancak, Birlik vatandaşı statüsü, tamamen dahili olarak sınıflandırılan durumları etkilemez (C-212/06 sayılı Dava, *Government of the French Community and Walloon Government v. Flemish Government*).

## 2. *İkamet Direktifi*

İşçilerin üye devletlerde ikamet etme haklarıyla ilgili olarak işçi statüsünün tanımlandığı bölümde 2004/38 sayılı Direktif’ten söz edilmiştir<sup>50</sup>. Ancak yine de, aktif olmayan kişilerin statüsü koordinasyon kurallarına müdahale eden bazı özel kurallara tabi olduğu için bu Direktifi yeniden ele almanın gerekli olduğunu düşünülmektedir.

Ne var ki AB yasama organı, Direktif ve Koordinasyon Tüzükleri aynı gün (28 Nisan 2004) oylanmış olmalarına rağmen bu ikisi arasındaki ilişki konusuna açıklık getirmemiştir. Konuya açıklık getirmek, huzuruna taşınan davalar temeline dayanarak Adalet Divanı’na düşer.

<sup>50</sup> Bkz. Bölüm 2.

In a case which involved a person who seemingly was not in the scope of Regulation 1408/71, the ECJ ruled that the right to equal treatment “*does not preclude national legislation which makes entitlement to a jobseeker’s allowance conditional on a residence requirement, in so far as that requirement may be justified on the basis of objective considerations that are independent of the nationality of the persons concerned and proportionate to the legitimate aim of the national provisions*”(Case C-138/02, *Collins*). One can wonder, in this case, if the condition of prior residence could have been waived on the grounds of coordination rules (the benefit claimed was a special non contributory benefit covered by Annex X of Regulation 883/2004): the question was not raised before the ECJ). Indeed, it is legitimate for the national legislature to wish to ensure that there is a genuine link between an applicant for such an allowance and the geographic employment market in question.

The status of “Union citizen” can also combat nationality conditions. In particular, about a French person who had moved to Belgium to study at university, the Court held that the quality of Union citizen combined with the principle of non-discrimination based on nationality preclude entitlement to a non-contributory social benefit (falling outside of the scope of coordination Regulations) from being made conditional, in the case of nationals of Member States other than the host State where they are legally resident, on extra conditions when no such condition applies to nationals of the host Member State (Case C-184/99, *Grzelczyk*).

It is interesting to note that the status of Union citizen can be invoked by a national against his own Member State. As the Court rules, “*in that a citizen of the Union must be granted in all Member States the same treatment in law as that accorded to the nationals of those Member States who find themselves in the same situation, it would be incompatible with the right of freedom of movement were a citizen, in the Member State of which he is a national, to receive treatment less favourable than he would enjoy if he had not availed himself of the opportunities offered by the Treaty in relation to freedom of movement*” (Case C-224/98, *D’Hoop*). This reasoning was followed, for instance, in the *Tas Hagen* case or in other cases dealing with social security matters (See, for instance, Case C-135/99, *Elsen*; Case C-28/00, *Kauer*). However, the status of Union citizen does not have any effect on situations classed as purely internal (C-212/06, *Government of the French Community and Walloon Government v. Flemish Government*).

## 2. The Residence directive

We have already introduced Directive 2004/38 in the Chapter describing the status of workers as regards their right to reside in member States<sup>50</sup>. It is, however, necessary to discuss this Directive again since the status of inactive persons is subject to specific rules which interfere with rules of coordination.

Unfortunately, the EU legislator has not been explicit about the relationships between the Directive and the coordination Regulations even though they were voted the same day (28 April 2004). This will be for the Court of Justice to clarify the matter on the basis of cases which will be submitted to it.

---

<sup>50</sup> See Chapter 2.

Bu aşamada, açık çözümler sunulamayacaksa da en azından karşılaşılan sorunların bir kısmının altı çizilebilir. Bunlardan ikisi aşağıdaki gibidir:

- 883/2004 ve 987/2009 sayılı Tüzüklerde belirlenen koordinasyon kuralları, 2004/38 sayılı Tüzüğün 7. maddesinde yer alan bir üye devlette ikamet etme hakkına sahip olmak için gereken koşulları yerine getirme konusunda ne ölçüde katkıda bulunabilir? Direktifin 7. maddesine göre (“Üç aydan daha fazla ikamet etme hakkı”); işçi olmayan Birlik vatandaşları ya da kendi hesabına çalışan kişilerin, *“kendileri ve aile fertlerinin ikamet süreleri boyunca ev sahibi üye devletin sosyal yardım sistemine yük olmayacak şekilde yeterli kaynakları varsa, ya da ev sahibi üye devlette kapsamlı hastalık sigortasına sahiplerse”* ikamet hakları vardır.<sup>51</sup> Aktif olmayan kişiler koordinasyon tüzüklerinin kapsamına girdiği için, başka bir üye devletteki bir hastalık programının hala kapsamında bulduklarını (örneğin; bu ülkeden yaşlılık aylığı alıyorlarsa) ya da ikamet ettikleri ülkedeki bir düzenlemenin kapsamında olduklarını (Örneğin; bileştirme mekanizmaları yoluyla) öne sürerek “kapsamlı hastalık” koşulunun yerine getirildiğini ileri sürerken koordinasyon kurallarından yararlanabilirler. Dahası, ev sahibi devletin verdiği primsiz yardımlar ve diğer nakdi sosyal güvenlik ödemelerinin kendilerine verilmesi gerektiğini, böylelikle 2004/38 sayılı Direktife göre ikamet etme hakkına sahip olmak için gereken diğer koşulu (yeterli kaynak) yerine getirebileceklerini de ileri sürebilirler.
- 2004/38 sayılı Direktifin 24. maddesinin sağladığı eşit muamele ilkesi, ev sahibi üye devlette ikamet eden ve aktif olmayan Birlik vatandaşlarını ne ölçüde kapsar? Bu hükme göre; *“ev sahibi üye ülkenin sınırları içerisinde bu Direktife dayanarak ikamet eden tüm Birlik vatandaşları, Antlaşma kapsamında bu üye devletin kendi vatandaşlarıyla eşit muamele görür. Bu haktan yararlananların kapsamı, bir üye devletin vatandaşı olmayan ve ikamet ya da daimi ikamet hakkı olan aile fertlerini de kapsayacak şekilde genişletilir”*. Ancak, ev sahibi üye devletin, iş aramak için üye devletin sınırları içerisine giren Birlik vatandaşlarına, ikamet ilk üç ayında ya da gerektiğinde daha uzun bir süre için sosyal destek hakkı tanıma zorunluluğu bulunmamaktadır. Eşit muamele ilkesi Birlik vatandaşı statüsüne dayalı içtihat hukukunun sadece bir düzenlemesidir (Madde 24(2)). Adalet Divanı'nın, 24(2). maddenin sağladığı istisnaların kapsamını daraltacak eşit muamele ilkesinin çok geniş bir şekilde yorumlamasından yana olması kuvvetle muhtemeldir. Görülen yeni bir dava bu eğilimi doğrulamaktadır: Divan; *“ulusal yasalardaki statülerinden bağımsız olarak, iş piyasasına girişlerini kolaylaştırmak amacıyla işsizlere verilen mali nitelikteki yardımların 2004/38 sayılı Direktifin 24(2). Maddesindeki anlamıyla ‘sosyal destek’ teşkil ettiği düşünülemez”* (C-22/08 sayılı Vastouras Davası) şeklinde bir karar vermiştir. Aslında, ileriki davalardan eşit muamele ilkesinin kişisel ve maddesel kapsamla ilgili geniş bir yoruma tabi tutulduğu sonucu çıkarsa, ev sahibi üye devlette ikamet eden Birlik vatandaşlarına, koordinasyon tüzüklerinin izin vermediği bir sosyal güvenlik avantajı kaynağı teşkil edilmiş olabilir.

<sup>51</sup> Öğrenciler için biraz daha farklı koşullar uygulanır.

At this stage, we are unable to present clear-cut solutions, but we can at least highlight some of the problems encountered. Two of them will be presented here:

- To which extent rules of coordination set by Regulations 883/2004 and 987/2009 can contribute to fulfill the conditions of Article 7 of Directive 2004/38 in order to have the right of residence in a Member State? According to Article 7 of the Directive (“Right of residence for more than three months”), Union citizens who are not workers or self-employed persons have the right of residence if they “*have sufficient resources for themselves and their family members not to become a burden on the social assistance system of the host Member State during their period of residence and have comprehensive sickness insurance cover in the host Member State*”<sup>51</sup>. Since inactive persons fall within the scope of the coordination Regulations, they may take advantage of the rules of coordination to argue that the condition of “comprehensive sickness” is fulfilled either by pretending that they remain covered by a sickness scheme from another Member State (for instance, if they are granted an old age pension from that State) or that they are covered by a scheme of the State of stay (through mechanisms of totalisation/assimilation for instance). Furthermore, they may also argue that non contributory benefits and other social security benefits in cash of the host State should be granted to them which would allow them to meet the other condition (sufficient resources) to have the right to reside under Directive 2004/38.
- To which extent does the principle of equal treatment provided by Article 24 of Directive 2004/38 cover inactive Union citizens residing in the host Member State? According to this provision, “*all Union citizens residing on the basis of this Directive in the territory of the host Member State shall enjoy equal treatment with the nationals of that Member State within the scope of the Treaty. The benefit of this right shall be extended to family members who are not nationals of a Member State and who have the right of residence or permanent residence*”. However, the host Member State is not obliged to confer entitlement to social assistance during the first three months of residence or, where appropriate, a longer period for Union citizens who entered the territory of the host Member State in order to seek employment. The principle of equality of treatment is a mere codification of the case-law based on the status of Union citizen (Article 24(2)). It is very likely that the Court of Justice will defend a very broad interpretation of the principle of equality of treatment, narrowing the scope of the derogations provided for by Article 24(2). A recent case confirms this trend: the Court ruled that benefits of a financial nature to unemployed workers, “*which, independently of their status under national law, are intended to facilitate access to the labour market cannot be regarded as constituting ‘social assistance’ within the meaning of Article 24(2) of Directive 2004/38*” (Case C-22/08, *Vastouras*). If, indeed, it results from forthcoming cases that the principle of equal treatment is subject to a broad interpretation both as regards the personal and the material scope, it may be a source of social security advantages to Union citizens resident in the host Member State which coordination Regulations would not permit.

---

<sup>51</sup> For students, slightly different conditions apply.

- Örneğin, 2004/38 sayılı Direktife göre, kendi ülkesi olan üye devlette hastalık sigortası olmayan ve başka bir üye devlete taşınan Birlik vatandaşlarının, ev sahibi ülkenin mevzuatının sigortası olmayan kendi vatandaşlarına sağladığı aynı tıbbi destek veya tedaviye erişimlerinin sağlanması garantilenebilir. Bu eşit muamele ilkesinin uygulanması koordinasyon kuralları kapsamında mümkün değildir. Ancak İkamet Direktifi bazı durumlarda (Örneğin, kalış uzunluğu ya da tıbbi aciliyete bağlı durumlar) bunu mümkün kılabilmektedir. Eğer bir Birlik vatandaşı veya onun aile fertlerinin ev sahibi üye devletin sosyal destek sistemine müracaatının doğrudan sonucunun bir sınır dışı etme önlemi olmayacağını düşünürsek (Direktifin 14(3). Maddesi), bu durum eşit muamele hakkının “orantılılık denetimine”<sup>52</sup> tabi tutulabilse dahi, bu tür bir önlem alınmadığı sürece uygulanmasını gerektirir. Daha genel bir yaklaşımla, İkamet Direktifi ve Koordinasyon Tüzüklerinin kişisel ve maddesel kapsamaları birbirine yakın ama benzer olmadığı için, iki kaynak arasındaki tutarsızlık riski yüksektir.

### C. Malların ve Hizmetlerin Serbest Dolaşımı ve Yerleşme Özgürlüğü

Malların ve hizmetlerin serbest dolaşımı ve yerleşme özgürlüğü ile koordinasyon tüzükleri (A) arasındaki etkileşimin karmaşıklığı özellikle aynı hastalık yardımları (B) konusunda dikkat çekmektedir.

#### 1. Koordinasyon kurallarıyla etkileşim

Koordinasyon Tüzükleri, iç Pazar yaratan Antlaşma ilkelerinden açık bir şekilde etkilenen hükümler içermektedir. Kendi hesabına çalışan kişilere verilen hakların koordine edilmesi amacını taşıyan bütün kurallar, birden fazla üye devlette yerleşik bulunan kendi hesabına çalışan bir kimsenin uluslar arası kariyeri sebebiyle haklarını kaybetmemesini sağlayarak, yerleşme özgürlüğünün elde edilmesine katkıda bulunmaktadır. Koordinasyon tüzükleri, kendi hesabına çalışan kişilere uygulanan görevlendirme kuralları yoluyla, sınır ötesi geçici bir hizmet sağlanmasını zorlaştırmamaya çalışır. Görevlendirme mekanizması şirketleri üye devletlerin topraklarının herhangi bir yerinde hizmet sağlamak konusunda teşvik ettiği için, hizmet akdiyle çalışan kişilere uygulanan görevlendirme kuralları da bir nevi hizmetlerin serbest dolaşımını teşvik etme yolu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Adalet Divanı iç pazar ve koordinasyon mekanizmaları arasında etkileşim olduğunu doğrulamıştır. Hizmet akdiyle çalışanların görevlendirilmesi bağlamında, Divan şöyle karar vermiştir: “1408/71 sayılı Tüzüğün 14(1)(a). maddesinin amacı, özellikle, kurulu oldukları ülkenin dışında başka üye devletlere işçi göndererek, bundan yarar sağlayan işletmelerin yararına hizmet sunma özgürlüğünü teşvik etmektir. İşçilerin dolaşım özgürlüğüne sekte vurabilecek engellerin üstesinden gelmek ve özellikle işçiler ve işletmeler için idari karmaşıklıklardan kaçınarak ekonomik kaynaşmayı desteklemek amaçlanmaktadır.” (C-404/98 sayılı Plum Davası. Bkz. 35/70 sayılı Manpower Davası)

<sup>52</sup> Birlik vatandaşı “sosyal destek sistemine makul olmayan bir şekilde yük teşkil” etmemelidir (bkz. Direktifin 7. Maddesi) .

- For instance, under Directive 2004/38, Union citizens who are not insured for sickness in their Member State of origin and who move to another Member State could be guaranteed the same access to medical treatment or medical assistance as the host legislation grants to uninsured persons having its nationality. This application of the principle of equality of treatment is not possible under coordination rules, but it may be allowed in some circumstances (depending on the length of stay or the medical emergency, for instance) by the Residence Directive. If we consider that an expulsion measure cannot be the automatic consequence of a Union citizen's or his or her family member's recourse to the social assistance system of the host Member State (Art. 14(3) of the Directive), it entails that the right to equal treatment should apply as long as such a measure is not undertaken even if it may be subject to a "test of proportionality"<sup>52</sup>. More globally, since the personal and the material scope of the Residence Directive and the coordination Regulations is close but not identical, risks of inconsistencies between the two sources are high.

### C. Free movement of goods and services and freedom of establishment

The complexity of interactions between free movement of goods and services and freedom of establishment on one side and coordination Regulations on the other side (A) is especially visible for sickness benefits in kind (B).

#### 1. *Interactions with coordination rules*

Coordination Regulations contain provisions which are implicitly inspired by the Treaty principles creating an internal market. All the rules aiming to coordinate rights granted to self-employed persons contribute indeed to the achievement of the right of establishment, by ensuring that a self-employed person, who has been established in more than one Member State, may not lose rights because of his international career. Through the posting rules applicable to self-employed persons, the coordination Regulations ensure that the provision of a cross-border temporary service will not be made difficult. Posting rules applicable to employed workers are also a way to promote free movement of services since the mechanism of posting encourages companies to provide services anywhere on the territories of the Member States.

The Court of Justice has acknowledged the interaction between the internal market and the coordination mechanisms. In the context of posting of employees, it ruled that "*The purpose of Article 14(1)(a) of Regulation No 1408/71 is, in particular, to promote freedom to provide services for the benefit of undertakings which avail themselves of it by sending workers to Member States other than that in which they are established. It is aimed at overcoming obstacles likely to impede freedom of movement of workers and also at encouraging economic interpenetration whilst avoiding administrative complications, in particular for workers and undertakings*" (Case C-404/98, *Plum*. See also Case 35/70, *Manpower*).

---

<sup>52</sup> The Union citizen must "not become an unreasonable burden on social assistance" (see Article 7 of the Directive).

Hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesi de, Koordinasyon Tüzüklerinin uygulanması sonucunda, aslında özel bir durum kapsam dışında kaldığı için, tatmin edici bir çözüme varılamadığında yararlı olmaktadır. Bu bağlamda, iki ilginç örnek verebiliyoruz. İlkinde AAD şöyle karar vermiştir: “Topluluk hukuku bir üye devleti, başka bir üye devlette kuruluşu bulunan ve geçici olarak ilk bahsedilen üye devlette birliğe üye olmayan ülkelerin vatandaşı olan işçiler kullanarak iş yürüten bir işverenden, aynı işçiler ve aynı istihdam süresine ilişkin benzer primler bakımından kuruluşu bulunduğu devletin mevzuatına göre yükümlü bulunduğu, işverenin bu işçilere ilişkin sosyal güvenlik primi payını ödemesini beklemekten men eder. Ayrıca işin yapıldığı devlette ödenen primler bu işçilere hiçbir sosyal güvenlik yardımına ulaşım hakkı vermez.” (62/81 sayılı *Seco et Desquenne et Giral* Davası) Tüzüklerin kapsamına girmeyen yardımlarla ilgili olan ikinci örnekte, Divan şöyle karar vermiştir: “İlgili kişilere ek sosyal güvenlik kapsamı sağlanması gibi durumların zamanında gerekçelendirilmemesi halinde, Antlaşmanın 52. maddesi, hali hazırda mutata meskeninin bulunduğu başka bir üye devlette kendi hesabına çalışan ve bir sosyal güvenlik programına bağlı bulunan kişilerin primlerin kendi hesabına çalışan kişiler için ayrılan sigorta koluna prim ödemesini gerektiren üye devlet mevzuatlarını men eder. Bu tür mevzuatlar ikinci bir üye devlette mesleki faaliyet sürdürülmesini dezavantajlı bir durum haline getirir. Zira zorunlu kıldığı sosyal güvenlik primlerinin kişilere hiçbir getirisi olmaz.” (C-393/99 ve C-394/99 sayılı Davalar, *Inasti v./ Hervein e. a.*)

Malların serbest dolaşımı ilkesinin özel durumlarda koordinasyon ilkelerine müdahale edebilmesi aslında daha ilginçtir. AAD özellikle şunu belirtmiştir: “Zorunlu ulusal bir sağlık hizmeti programının çerçevesi dahilinde sigortalı kişilere sigorta kurumu tarafından hizmet verilmesinin reddi amacıyla kabul edilen hükümler ve özel olarak adlandırılan hazırlıklar, hariç tutulan tıbbi hazırlıkların ürünlerin menşei açısından ayrımcılık içermemesi ve aynı etkiye sahip daha ucuz ürünlerin olması, söz konusu hazırlıkların reçeteye ihtiyaç duyulmadan serbest olarak pazarlanması veya ürünlerin kamu sağlığının korunması gerekçesine dayalı olarak ilaç tedavisi özellikleri nedeniyle para iadesine tabi tutulmaması gibi nesnel ve doğrulanabilir ölçütlere dayalı olarak ve bu ölçütler gerektirdiği takdirde listeyi değiştirmek mümkünse antlaşmanın 30. maddesine uygun kabul edilir” (238/82 sayılı *Duphar* Davası). Sosyal güvenlik ve malların serbest dolaşımı arasındaki etkileşim, sınır ötesi tedavi durumunda aynı yardımlara erişimin analiz edilmesiyle onaylanmıştır.

## 2. Sınır Ötesi Sağlık Bakımında Aynı Hastalık Yardımlarının Koordinasyonu

Adalet Divanı'nın içtihadı yoluyla koordinasyon tüzüklerinin sonuçlarıyla çok da ters düşmeyen ama çatışan yeni çözümler ortaya çıktığı için, aynı hastalık yardımları konusu hukuki açıdan bakıldığında özel konumdur. Bu konunun özel olmasının bir sebebi de, sınır ötesi tedaviye geniş bir kapsamla bütün AB vatandaşlarının erişiminin olmasıdır (yurtdışında sadece geçici bir süre için kalmak gerekir; buna mesleki geziler de dâhildir). Bu sebeple, pratik bir bakış açısıyla yaklaştığımızda bu konu önem açısından en ön sırada yer alan konulardan biridir. Adalet Divanı'nın içtihadı tedricen oluşmaktadır (1). Bununla birlikte, yasama organı da bu konuyu bir Direktifte kodifiye etmek üzere çalışmaktadır (2).



The principle of free movement of services is also useful when the application of coordination regulations cannot lead to a satisfactory solution, mainly because a specific situation falls out of its scope. In this respect, two examples are interesting. In the first one, the ECJ ruled that *“Community law precludes a Member State from requiring an employer who is established in another Member State and temporarily carrying out work in the first-named Member State, using workers who are nationals of non-member countries, to pay the employer’s share of social security contributions in respect of those workers when that employer is already liable under the legislation of the state in which he is established for similar contributions in respect of the same workers and the same periods of employment and the contributions paid in the state in which the work is performed do not entitle those workers to any social security benefits”* (Case 62/81, *Seco et Desquenne et Giral*). In the second one which concerned benefits not within the scope of the Regulations, it ruled that *“ in the absence of due justification, such as the provision of additional social security cover to the persons concerned, Article 52 of the Treaty precludes legislation of a Member State which requires contributions to be made to the scheme for self-employed persons by persons already working as self-employed persons in another Member State where they have their habitual residence and are affiliated to a social security scheme. Such legislation disadvantages the pursuit of occupational activity in a second Member State because the social security contributions it entails yield no return for the persons concerned”* (Case C-393/99 et C-394/99, *Inasti v./ Hervein e. a.*).

It is more surprising that the principle of free movement of goods can also, in specific cases, interfere with coordination principles. In particular, the ECJ ruled that *“provisions adopted within the framework of a compulsory national health-care scheme with the object of refusing insured persons the right to be supplied , at the expense of the insurance institution, with specifically named preparations are compatible with article 30 of the treaty if the determination of the excluded medicinal preparations involves no discrimination regarding the origin of the products and is carried out on the basis of objective and verifiable criteria, such as the existence on the market of other, less expensive products having the same therapeutic effect, the fact that the preparations in question are freely marketed without the need for any medical prescription , or are products excluded from reimbursement for reasons of a pharmaco-therapeutic nature justified by the protection of public health, and provided that it is possible to amend the lists whenever compliance with the specified criteria so requires”*(Case 238/82, *Duphar*). The interaction between social security and free movement of goods is confirmed by the analysis of the access to benefits in kind in case of cross-border care.

## 2. Coordination of sickness benefits in kind for cross-border healthcare

The matter of sickness benefits in kind is specific from a legal point of view since, through the caselaw of the Court of Justice, new solutions have emerged which are not as such contrary to those of the coordination Regulations, but which clash with them. This is also a particular topic for access to cross-border healthcare applies widely to all EU citizens (only a temporary stay abroad is necessary, including non professional trips). It is therefore a question of the utmost importance from a practical perspective. The caselaw of the Court of Justice is being built up gradually (1.). In parallel, the legislator is trying to codify it in a Directive (2.).

## Adalet Divanı'nın İçtihat Hukuku

Koordinasyon tüzükleri bir yandan sigortalı kişilerle, bir yandan da yetkili sosyal güvenlik kurumuyla ilgilenirken, ekonomik özgürlük bu ilişkiyi farklı açılardan görmektedir. Örneğin; Divan, üye devletlerin sosyal güvenlik alanında aldığı, tıbbi ürünlerin pazarlamasını ve dolaylı olarak bu ürünlerin ihraç ihtimalini etkileyebilecek önlemlerin, Antlaşmanın malların serbest dolaşımıyla ilgili kurallarına tabi olduğuna karar vermiştir. Gözlük bir mal olarak sınıflandırıldığı için, bu tür bir malın satın alımı Antlaşma ilkeleriyle uyumluluğa tabidir. Bu sebeple, AAD, planlanmış bir bakımın geri ödemesi için ön izin gerektiren koordinasyon tüzüklerine rağmen, Antlaşmanın, yurtdışında yapılan her türlü tıbbi mal satın alımının ön izin gerektirdiği gerekçesiyle, bir üye devletin sosyal güvenlik kurumunun sigortalı bir kişiye başka bir üye devlette bulunan bir optikçiden satın alınan numaralı bir gözlüğün masrafını sabit oranla geri ödemesini yapmayı reddetmesine müsaade eden ulusal kuralları men ettiğine karar vermiştir (C-120/95 sayılı *Decker Davası*).

Hizmetlerin serbest dolaşımı aynı hastalık yardımlarına farklı bir açıdan bakmaktadır: sigortalı kişi, Antlaşmanın ekonomik kurallarına göre hizmet sunucusu olarak sınıflandırılan bir tıbbi uzman tarafından sağlanan hizmeti alan hastadır. Aslında, *"bazı hizmetlerin özel yapısı onları temel dolaşım özgürlüğü ilkesinin kapsamından ayırmaz."* (C-158/96 sayılı *Kohll Davası*) Sonuç olarak, başka bir üye devlette kuruluşu bulunan bir ortodontist tarafından, herhangi bir hastane altyapısı dışında ve ücret karşılığında sağlanan tıbbi hizmetler *"Antlaşmanın 60.maddesindeki anlamıyla hizmet olarak görülmelidir ve bu da meslek faaliyeti anlamına gelmektedir."* Buna mukabil, AAD, hizmetlerin serbest dolaşımı ile ilgili içtihat hukukuyla uyumlu olarak şu sonuca varmıştır: *"Antlaşmanın 59. ve 60. maddeleri, başka bir üye devlette kuruluşu bulunan bir ortodontist tarafından sağlanan dış tedavisinin masrafının geri ödemesinin, sigortalı olunan ülkedeki orana uygun olarak, sigortalı kişinin sosyal güvenlik kurumunun izniyle yapıldığı bir ülkenin ulusal kurallarını men eder."*

Koordinasyon tüzükleri, yurtdışında planlı bir tedavi görülmesi halinde, aynı yardım hakkının ön izin koşuluna bağlı olmasını gerektirdikleri için, hizmetlerin serbest dolaşımı kurallarına göre varılan çözüm koordinasyon tüzüklerine göre bulunan çözümlerle zıt düşüyor gibi görünebilir. Ancak bu, yalnızca görünürdeki durumdur. Aslında, Koordinasyon Tüzüklerine göre sigortalı kişi tedavi edildiği ülkede sigortalanmış gibi muamele görürken (tedavinin sağlandığı ülkedeki uygulanabilir kurallar temeline dayanılır), çözüm, hizmetlerin serbest dolaşımı perspektifinden farklı olur: Hasta, tedaviyi sigortalı olduğu ülkede almış gibi muamele görür; bu da, bu ülkedeki uygulanabilir kuralların tanıdığı hastalık yardımlarının kapsamına gireceği anlamına gelir. Sınır ötesi tedavi halinde aynı hastalık yardımlarına Tüzükler ve Antlaşma vasıtasıyla erişim yöntemlerinin olduğunun söylenmesi de bu nedenledir.

Müteakip davalarda, Adalet Divanı'ndan sınır ötesi tedaviye uygulanan hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesinin kapsamını ve koordinasyon tüzükleriyle ilişkisini daha açık bir şekilde tanımlaması istenmiştir. Bu alandaki içtihat hukukunu bir dizi soru ile irdeleyebiliriz.

## The case-law of the Court of Justice

Whereas Coordination Regulations deal with insured persons on the one side and social security competent institutions on the other side, the economic freedom envisages the relationship from different angles. For instance, the Court has held that measures, adopted by Member States in social security matters which may affect the marketing of medical products and indirectly influence the possibilities of importing those products, are subject to the Treaty rules on the free movement of goods. Since a pair of glasses is classified as a good, the purchase of such a good is subject to the compliance with the Treaty principles. This is why the ECJ ruled that, despite coordination Regulations which require a prior authorisation for the reimbursement of scheduled care, the Treaty precludes national rules under which a social security institution of a Member State refuses to reimburse to an insured person on a flat rate basis the cost of a pair of spectacles with corrective lenses purchased from an optician established in another Member State, on the ground that prior authorisation is required for the purchase of any medical product abroad (Case C-120/95, *Decker*).

The free movement of services looks at the sickness benefits in kind from a different angle: the insured person is a patient receiving a service provided by a medical expert who is to be classified as a service provider under economic rules of the Treaty. Indeed, *“the special nature of certain services does not remove them from the ambit of the fundamental principle of freedom of movement”* (Case C-158/96, *Kohll*). The consequence is that the medical service provided by an orthodontist who is established in another Member State, outside any hospital infrastructure and for remuneration, *“must be regarded as a service within the meaning of Article 60 of the Treaty, which expressly refers to activities of the professions”*. Having said that, the ECJ draws the conclusion, in line with the case-law on free movement of services, that *“Articles 59 and 60 of the Treaty preclude national rules under which reimbursement, in accordance with the scale of the State of insurance, of the cost of dental treatment provided by an orthodontist established in another Member State is subject to authorisation by the insured person's social security institution”*.

The solution under the free movement of services rules may seem opposite to the one deriving from the coordination Regulations since the latter ones require that, in case of planned care abroad, the right to benefits in kind is made conditional upon a prior authorisation. However, the contradiction is only apparent. Indeed, whereas, according to the Coordination Regulation, the insured person is treated as if he/she were insured in the country of care (therefore, on the basis of rules applicable in the country where the care is provided), the solution is different from the free movement of services perspective: the patient will be treated as if he/she has received the care in the State of insurance, which implies that he/she will be covered for sickness benefits by the rules applicable in this State. This is why it is said that there are two methods of access to sickness benefits in kind in case of cross-border care: the Regulations and the Treaty.

In subsequent cases, the Court of Justice has been asked to define more precisely the scope of the principle of free movement of services applied to cross-border healthcare and the relationships with coordination rules. We can summarize the case-law through a range of questions.

a. “Antlaşma’nın çizdiği yol” planlanmış hastane bakımına uygulanır mı?

Ortaya çıkan ilk soru “Antlaşma hükümlerinin” bir hastane hizmetine uygulanıp uygulanamayacağı olmuştur. Bu durum önceden planlanmış bir tedavi için alınan ön izin Antlaşması ile uyumsuz kabul edilmesi anlamına gelebilir. Kohll davası yalnızca hastane dışı bakımla ilgili olduğu için, şüphe uyandıran bir durum vardır. 2001 yılındaki bir davada (C-157/99 sayılı *Geraets-Smits Davası*), hastane ortamında ve hastane dışında sağlanan tedavi arasında ayırım yapma zorunluluğu olmadan tıbbi hizmetlerin Antlaşmanın 60. maddesinin kapsamına girdiğini düşündükten sonra Adalet Divanı olumsuz yönde bir cevap vermiştir: “*Birlik hukuku, prensipte, gerekli ve mantıklı olan ön izin sistemini yasaklamaz.*” Aslında, sigortalı kişiler, şartlar ne olursa olsun, hastalık sigortasının sözleşmesinin bulunmadığı hastane hizmetlerini kullanmakta özgür ise, “*hastane hizmetlerinin mantıklı, istikrarlı, dengeli ve erişilebilir bir şekilde temin edilmesini sağlama çabasıyla sözleşme sistemine giden bütün planlamalar bir anda tehlikeye atılır.*” İleriki davalarda bu ilke yeniden vurgulanmıştır.

b. “Anlaşma yöntemi ” tedavi sağlayan ancak geri ödeme olanağı vermeyen düzenlemelere uygulanır mı?

İkinci soru, hizmetlerin serbest dolaşımındaki gerekliliklerin, hastalık sigortası açısından geri ödemedeki ziyade aynı yardım sağlayan programlarına uygulanıp uygulanmadığını öğrenmeye yöneliktir. Birleşik Krallık ve İspanya’daki durum budur. Cevap olumludur. Aslında, ulusal mahkemedeki tartışmalardan, ilgili kişilerin sigortalandıkları ülkeden başka bir üye devlette verilen tedavi sonucunda, hizmeti veren doktora ya da bakımın sağlandığı kuruma doğrudan ödeme yapmaları gerektiği sonucu çıkmıştır (C-385/99 sayılı *Müller-Fauré Davası*).

c. Ön izin sisteminin hizmetlerin serbest dolaşımı ile uyumlu olması için nasıl yapılandırılması gerekir?

Üçüncü soru, üye devletlerin ön izin vermek için uyguladığı koşullarla ilgilidir. Bu koşullar Antlaşma ile uyumlu mudur? Aslında, Divanın belirttiği gibi, “*bu tür bir iznin verilme koşulları yine de incelenen ve ağırlıklı argümanlar açısından gerekçelendirilmeli ve oransallık gerekliliğini yerine getirmelidir.*” Bu, üye devletlerin ön izin için kendi süreçlerini belirlerken bazı ilkelere saygı göstermeleri gerektiği anlamına gelmektedir.

Özellikle, AAD için, prosedür, ulusal yetkililerin takdirini sınırlandıracak ve isteğe bağlı olarak yönlendirilemeyecek bir şekilde, önceden bilinen nesnel ve ayrımcı olmayan kriterlere dayanmalıdır. Aynı zamanda, bir izin talebinin nesnel ve tarafsız bir şekilde ve makul bir süre içerisinde değerlendirilmesini sağlayan ve erişimi kolay olan bir prosedür sistemine dayanmalıdır. Ayrıca, izin taleplerinin reddinin hukuki ve yarı-hukuki süreçlerde itiraza açık olabilmesi de gerekir.

a. Does the “way of the Treaty” apply to scheduled hospital care?

The first question raised was to determine whether the “way of the Treaty” is also applicable to hospital care, which would have implied that the prior authorisation for scheduled care be ruled as incompatible with the Treaty. Since the *Kohll* case only dealt with non-hospital care, there was a doubt. In a case of 2001 (Case C-157/99, *Geraets-Smits*), after considering that medical activities fall within the scope of Article 60 of the Treaty without having to distinguish between care provided in a hospital environment and care provided outside such an environment, the Court of Justice answered in a negative manner: “Community law does not in principle preclude a system of prior authorisation” which appears to be “a measure which is both necessary and reasonable”. Indeed, if insured persons were at liberty, regardless of the circumstances, to use the services of hospitals with which their sickness insurance fund had no contractual arrangements, “all the planning which goes into the contractual system in an effort to guarantee a rationalised, stable, balanced and accessible supply of hospital services would be jeopardised at a stroke”. This principle has been reiterated in subsequent cases.

b. Does the “way of the Treaty” apply to schemes providing care and not reimbursement?

The second question was to know if requirements from free movement of services also apply to schemes which provide, as regards sickness insurance, for benefits in kind rather than reimbursement. This is for instance the case in the UK or in Spain. The answer is positive. Indeed, in the disputes before the national court, the treatment provided in a Member State other than that in which the persons concerned were insured resulted in direct payment by the patient to the doctor providing the service or the establishment in which the care was provided (Case C-385/99, *Müller-Fauré*).

c. How should the system of prior authorisation for scheduled care be built in order to be compatible with the free movement of services?

The third question concerned the conditions applicable by Member States in order to deliver the prior authorisation. Are they compatible with the Treaty? Indeed, as the Court put it, “the conditions attached to the grant of such authorisation must none the less be justified with regard to the overriding considerations examined and must satisfy the requirement of proportionality”. This means that Member States must respect some principles when setting their procedures for prior authorisation.

In particular, for the ECJ, the procedure must be based on objective, non-discriminatory criteria which are known in advance, in such a way as to circumscribe the exercise of the national authorities' discretion, so that it is not used arbitrarily. It must also be based on a procedural system which is easily accessible and capable of ensuring that a request for authorisation will be dealt with objectively and impartially within a reasonable time and refusals to grant authorisation must also be capable of being challenged in judicial or quasi-judicial proceedings.

Örneğin, bir üye devletin, tıbbi tedavilerin ve hastane tedavilerinin kendi sosyal güvenlik sistemi kapsamında karşılanmasından önce bunların yeterli düzeyde denenmiş ve denetlenmiş olmalarını şart koşması halinde izin verilmesi amacıyla diğer üye devletlerde sağlanan hastane tedavisinin kriterleri karşılayıp karşılamadığını belirlemek için ulusal otoriteler devreye sokulur ve özellikle mevcut bilimsel literatür ve çalışmalar, uzmanların görüşleri gibi ilgili veriler ve tedavinin verildiği üye devletin hastalık sigortası sisteminde önerilen tedavinin kapsam altında olup olmadığı dikkate alınır (C-157/99 sayılı *Geraets-Smits Davası*).

Bunun yanı sıra, AAD için izin, eğer aynı veya eşdeğer ölçüde etkili tedavinin kişinin hastalık sigortasının anlaşmalı olduğu bir kurumda zamanında gerçekleştirilebiliyorsa tıbbi gerekliliğin yetersiz düzeyde olması nedeniyle reddedilebilir. Bir diğer davada Divan, sigortalı kişinin hastalık sigortası fonunun anlaşmalı olduğu kurumda tedavinin gecikmesiz olarak sağlanıp sağlanamayacağını belirlemek için ulusal otoritelerin her bir vakayı inceleyip hastanın yalnızca iznin istendiği sıradaki tıbbi durumu değil aynı zamanda bu kişinin mesleki faaliyetlerini yürütmesini zorlaştıran veya imkansız hale getiren maluliyet veya ağrı düzeyleri ve kişinin tıbbi geçmişini de hesaba katmaları gerektiğini belirtmiştir (C-385/99 sayılı *Müller-Fauré Davası*).

*Müller-Fauré* davasında Divan tıbbi nedenlerin idari argümanlardan üstün olduğunun altını çizmiştir: “*Hastanelerin aşırı doluluğundan değil de, ilgili tedavi için ulusal sınırlar dahilindeki bekleme listelerinden kaynaklanan ve hastanın tıbbi durumu ile ilgili belirli unsurları hesaba katmadan verilen ön iznin reddi kararı hizmet sağlama özgürlüğüne ilişkin gerekçelendirilmiş kısıtlamaların içinde yer almaz*”.

Ön izin gerektiren bu tür durumların aynı zamanda koordinasyon tüzükleri kapsamında da uygulandığını bilmemiz gerekiyor. Bu, şu anlama gelmektedir: Ön iznin prosedürü açısından yaklaştığımızda Antlaşmada ve Tüzüklerde izlenen yollar aynıdır (C-56/01 sayılı *Inizan Davası*). Bu aynı zamanda ücretsiz tedaviye dayalı “Ulusal Sağlık Hizmetleri” için de geçerlidir: Bekleme listelerinden kaynaklanan gecikmenin, kişinin durumunun ve klinik ihtiyaçlarının nesnel tıbbi değerlendirmesinin ardından kabul edilebilir süreyi aştığı durumlarda yetkili kurum bu izin talebini bekleme listelerine, tedavi edilmesi gereken vakaların aciliyetine ilişkin önceliklere dayanarak, ulusal sistem kapsamında sunulan hastane hizmetinin ücretsiz olması sebebiyle, başka bir üye devlette görülen tedavi masraflarının geri ödenmesi ve/veya tedavi masrafiyle yetkili üye devletteki eşdeğer tedavinin kıyaslanması gibi hususlara dayanarak reddedemez (C-372/04 sayılı *Watts Davası*).

For instance, where a Member State decides that medical or hospital treatment must be sufficiently tried and tested before its cost will be assumed under its social security system, the national authorities called on to decide, for authorisation purposes, whether hospital treatment provided in another Member State satisfies that criterion must take into consideration all the relevant available information, including, in particular, existing scientific literature and studies, the authorised opinions of specialists and the fact that the proposed treatment is covered or not covered by the sickness insurance system of the Member State in which the treatment is provided (Case C-157/99, *Geraets-Smits*).

In addition, for the ECJ, authorisation can be refused on the ground of lack of medical necessity only if the same or equally effective treatment can be obtained without undue delay at an establishment having a contractual arrangement with the insured person's sickness insurance fund. In another case, the Court held that in order to determine whether treatment can be obtained without undue delay in an establishment having an agreement with the insured person's fund, the national authorities are required to have regard to all the circumstances of each specific case and to take due account not only of the patient's medical condition at the time when authorisation is sought and, where appropriate, of the degree of pain or the nature of the patient's disability which might, for example, make it impossible or extremely difficult for him to carry out a professional activity, but also of his medical history (Case C-385/99, *Müller-Fauré*).

In the *Müller-Fauré* case, the Court insists on the fact that medical reasons should prevail over administrative arguments: *"A refusal to grant prior authorisation which is based not on fear of wastage resulting from hospital overcapacity but solely on the ground that there are waiting lists on national territory for the hospital treatment concerned, without account being taken of the specific circumstances attaching to the patient's medical condition, cannot amount to a properly justified restriction on freedom to provide services"*.

It is important to note that such conditions concerning the prior authorisation also apply under Coordination Regulations. It means that, as regards the procedure of prior authorisation, the ways of the Treaty and of the Regulations are identical (Case C-56/01, *Inizan*). This is also true for "National Health Services" based on free care: where the delay arising from waiting lists appears to exceed in the individual case concerned an acceptable period having regard to an objective medical assessment of all the circumstances of the situation and the clinical needs of the person concerned, the competent institution may not refuse the authorisation sought on the grounds of the existence of those waiting lists, an alleged distortion of the normal order of priorities linked to the relative urgency of the cases to be treated, the fact that the hospital treatment provided under the national system in question is free of charge, the duty to make available specific funds to reimburse the cost of treatment provided in another Member State and/or a comparison between the cost of that treatment and that of equivalent treatment in the competent Member State (Case C-372/04, *Watts*).

Son olarak hastane içi ve hastane dışı tedavi kavramlarının arasındaki ayrımın da yapılması gereklidir. Çünkü bu, ön izin gerekip gerekmediğinin belirlenmesinde kullanılır. *Müller-Fauré* davasında 'hastane hizmetleri' ile 'hastane dışı hizmetlerin' birbirinden ayrılmasının ne kadar güç olduğunun ortaya çıkması üzerine Divan, hastane ortamında sağlanan fakat aynı zamanda pratisyen hekimin muayenehanesinde veya bir sağlık merkezinde de sağlanabilecek hizmetleri hastane dışı hizmetler ile aynı temele yerleştirmiştir. Daha net açıklayacak olursak, hangi fon şekli uygulanırsa uygulansın, üye devletlerin güncel tedavi ve özellikle tıbbi ekipmanın karşılanması için ayırdıkları bütçe kaynaklarının sınırsız olmaması nedeniyle Divan, bir davada ön iznin planlama sitemini gerekçelendiren külfetli tıbbi ekipmanı da kapsayabileceği kararına varmıştır (C-512/08 sayılı *Komisyon - Fransa*).

d. Serbest dolaşım ilkeleri ve koordinasyon kuralları arasındaki etkileşim

Dördüncü konu ise serbest dolaşım ilkelerinin ve koordinasyon kurallarının arasındaki etkileşim ile alakalıdır. İkinci yöntemi, yani koordinasyon kurallarının uygulanması yolu , tedavinin yapıldığı ülkeden yapılacak geri ödemenin sigortanın bulunduğu ülkeden yapılacak olandan daha az avantajlı olması halinde söz konusudur. Bu konu Belçika'da yaşayan, bu ülkede bir sigorta kolunda sigortalı durumda bulunan ve ortopedik bir ameliyat için Fransa'ya gitme izni almaya çalışan bir Belçika vatandaşı tarafından ortaya atılmıştır. Hasta için yapılan tıbbi masraflar Fransız mevzuatında yer alan geri ödeme formüllerine göre 38 608.99 Fransız Frankı tutarında hesaplanmış ve Belçika mevzuatında yer alan formüle göre de toplam 49 935.44 Fransız Frankı tutarına erişilmiştir.

Adalet Divanı için hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin kurallar şunları gerektirir: Eğer ikamet edilen üye devlette sağlanan hastane hizmetlerinden kaynaklanan masrafların o devlette yürürlükte bulunan kurallara göre hesaplanan geri ödemesi, kişi kayıtlı olduğu üye devlette hastane hizmeti almış olsaydı o devletin mevzuatının uygulanması sonucu alacağı miktardan daha azsa, yetkili kurum tarafından aradaki farkı karşılayacak tutarda ek geri ödeme yapılır. Bu gereklilik halen "Vanbraekel tamamlayıcısı" olarak bilinmektedir.

Çözüm, bir kişinin başka bir üye devlette hastane tedavisi aldığı anda sigorta kapsamı düzeyinin aynı tedaviyi sigortalı olduğu üye devletten aldığındaki düzeyden daha düşük olması halinde, kişinin diğer üye devletlerde sunulan tıbbi hizmetlere başvurmasının zorlaşmasıyla, hatta engellenmesiyle ve hem sigortalı kişi için hem de hizmet sağlayıcıları için hizmet sağlama serbestisinin önünde bir engel teşkil edilmiş olmasıyla gerekçelendirilir. Ayrıca kayıtlı olunan devlette uygulanan sigorta kapsamı sisteminin bir işlevi olan bu türden bir ek geri ödeme, hastane tedavisi o devlette verilmiş olsaydı yapılacak olan geri ödemeye kıyasla, o devletin hastalık sigortası programının üzerinde ek bir mali yük oluşturmaz (C-368/98 sayılı Dava, *Vanbraekel ve Diğerleri*).



Finally, a key question is to distinguish between hospital and non-hospital care since this distinction will enable to know when a prior authorisation can be required. In the *Müller-Fauré* case, after emphasising how difficult it is to distinguish 'hospital services' from 'non-hospital services', the Court pointed out that services provided in a hospital environment but that could also be provided by a practitioner in his surgery or in a health centre could, for that reason, be placed on the same footing as non-hospital services. More clearly, it ruled in a recent case that the prior authorisation could cover very onerous medical equipment, which justifies the recourse to a planning system since the budgetary resources which the Member States are able to make available for up-to-date treatment and, in particular, the subsidising of such equipment, are not unlimited, whatever the mode of funding applied (Case C-512/08, *Commission v. France*).

d. Interactions between the free movement principles and the coordination rules

The fourth question deals with the interactions between the free movement principles and the coordination rules when the latter provides a reimbursement by the State of care which is not as favourable as the reimbursement which would have been provided by the State of insurance. This issue was raised by a Belgian national residing in Belgium and insured under a Belgian scheme, who sought authorisation to undergo orthopaedic surgery in France. Reimbursement of the medical costs incurred by the patient came to a total of FRF 38 608.99 using the formula for calculating reimbursement laid down in the French legislation and to a total of FRF 49 935.44 using the formula laid down in the Belgian legislation.

For the Court of Justice, rules on free movement of services require that, if the reimbursement of costs incurred on hospital services provided in a Member State of stay, calculated under the rules in force in that State, is less than the amount which application of the legislation in force in the Member State of registration would afford to a person receiving hospital treatment in that State, additional reimbursement covering that difference must be granted to the insured person by the competent institution. This requirement is now known as the "Vanbraekel complement".

The solution is justified by the fact that when a person has a lower level of coverage when he receives hospital treatment in another Member State than when he undergoes the same treatment in the Member State in which he is insured, it may deter, or even prevent, that person from applying to providers of medical services established in other Member States and constitutes, both for insured persons and for service providers, a barrier to freedom to provide services. Moreover, such additional reimbursement, which is a function of the system of cover applying in the State of registration, does not impose any additional financial burden on the sickness insurance scheme of that State by comparison with the reimbursement to be made if hospital treatment had been provided in that latter State (Case C-368/98 *Vanbraekel and Others*).

“Vanbrakel tamamlayıcısı” aynı zamanda ücretsiz hizmete dayanan “Ulusal Sağlık Hizmetleri” için de uygulanır: Hastanın kayıtlı bulunduğu üye devletin mevzuatının, hastane tedavisi için izin gerektirdiği ve bu hizmetin masrafları için tam geri ödeme sağlamadığı durumlarda yetkili kurum hastaya masraflar arasındaki nesnel bir şekilde belirlenmiş farkı ödemek durumdadır (eğer fark varsa). Bu fark, hastanede sağlanan eşdeğer tedavinin ev sahibi üye devlette verilen tedavinin fatura edilen toplam ücretinin ve 1408/71 sayılı Tüzüğün 22(1)(c)(i) maddesine göre ikinci üye devletin kurumunun geri ödemesi gereken miktar arasındaki farktır. Ödeme o üye devletin mevzuatına uygun olarak yetkili kurum adına yapılır (C-372/04 sayılı *Watts* Davası).

Adalet Divanının içtihat hukukunca da belirtildiği gibi “Vanbrakel tamamlayıcısının” planlanmış hizmetle alakalı olduğu konusunda herhangi bir şüphe yoksa, bu aynı zamanda planlanmamış hizmet için de uygulanabilir mi? Şaşırtıcı bir şekilde AAD, tedavi görülen yerin mevzuatına göre yapılan geri ödemenin miktarı bağlı olunan devletinkinden düşük olsa bile hizmetlerin serbest dolaşımını etkileyen bir risk olmadığını açıklayarak bu soruya olumsuz bir yanıt vermiştir. Ulusal bir sağlık sistemi altında sigortalanmış olan kişilerin başka bir üye devlette kalışları (örneğin turizm veya eğitim sebebiyle) sırasında sağlık durumlarının kötüleşmesi üzerine sigortalı buldukları devletteki eşdeğer tedavinin masrafının diğer devletten fazla olması durumunda tamamlayıcı ödeme yapılması konusunda yetkili kuruma güvenmedikleri için kayıtlı oldukları devlete dönmeye ikna edilme olasılığı oldukça belirsiz ve dolaylı görünmektedir (C-211/08 sayılı *Dava, Komisyon - İspanya*).

e. Sınır ötesi tedaviye ilişkin ulaşım ve barınma masrafları

Son husus ise sınır ötesi tedaviye ilişkin ulaşım ve barınma masraflarıyla alakalıdır. Hizmetlerin serbest dolaşımı ilkesi ışığında Divan, bir sigortalının tıbbi durumuna uygun tedaviyi almak üzere başka bir üye devlete gitmesi için yetkili kurum tarafından verilen izin bu kişiye kendisi ve ona eşlik edenler için yolculuk, barınma ve harcırah için geri ödeme hakkını vermediğini belirtmiştir (sigortalı kişinin kendisine ait hastanede kalış ve yemek masrafları hariç) (C-466/ sayılı *Acereda Herrera* Davası). Ayrıca hastaya verilen hak yalnızca ev sahibi üye devlette hasta tarafından alınan sağlık hizmetinin harcamaları ile sınırlıdır. Yani hastane tedavisi alınması durumunda kişinin hastanede kalışıyla bağlantılı, katı bir biçimde tamamlanmış masrafları kapsar (C-372/04 sayılı *Watts* Davası). Konu şu anda 987/2009 sayılı Tüzük tarafından ele alınmaktadır<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> Bkz. Bölüm 8.

The “Vanbraekel complement” also applies to “National Health Services” based on free care: where the legislation of the Member State in which a patient registered with that service was or should have been authorised to receive hospital treatment at the expense of that service does not provide for the reimbursement in full of the cost of that treatment, the competent institution must reimburse that patient the difference (if any) between the cost, objectively quantified, of equivalent treatment in a hospital covered by the service in question up to the total amount invoiced for the treatment provided in the host Member State and the amount which the institution of the latter Member State is required to reimburse under Article 22(1)(c)(i) of Regulation No 1408/71 on behalf of the competent institution pursuant to the legislation of that Member State (Case C-372/04, *Watts*).

If there is no doubt that the “Vanbraekel complement” concerns scheduled care, as provided by the case-law of the Court of Justice, does it also apply to occasional care? Surprisingly, the ECJ came up with a negative answer to that question, arguing that there was no risk of affecting freedom of movement of services even if the amount reimbursed according to the legislation of treatment was lower than the one of the State of affiliation. Indeed, the possibility that persons insured under a national health system might be induced to return early to that State in order to receive hospital treatment there which has been made necessary by a deterioration in their health during a temporary stay in another Member State, or to cancel a trip to another Member State – for tourism or study, for example – because they cannot count on the competent institution making a complementary contribution if the cost of equivalent treatment in State of insurance exceeds the level of cover applicable in that other Member State, appears too uncertain and indirect (Case C-211/08, *Commission v. Spain*).

e. Transportation and accommodation costs related to the cross-border treatment

The last question is about the transportation and accommodation costs related to the cross-border treatment. In the light of the principle of free movement of services, the Court ruled that authorisation by the competent institution for an insured person to go to another Member State in order there to receive hospital treatment appropriate to his medical condition does not confer on such a person the right to be reimbursed by the competent institution for the costs of travel, accommodation and subsistence which that person and any person accompanying him incurred in the territory of that latter Member State, with the exception of the costs of accommodation and meals in hospital for the insured person himself (Case C-466/, *Acereda Herrera*). It also held that the right which it confers on the patient concerned relates exclusively to the expenditure connected with the healthcare received by that patient in the host Member State, namely, in the case of hospital treatment, the cost of medical services strictly defined and the inextricably linked costs relating to his stay in the hospital (Case C-372/04, *Watts*). The question is now addressed by Regulation 987/2009<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> See Chapter 8.

## **Sınır ötesi sağlık hizmetinde hasta haklarının uygulanmasına ilişkin Direktif önerisi (Com (2008) 414 Final, 2 Temmuz 2008)**

Konsey ve Avrupa Parlamentosu sonunda direktifin içeriğiyle ilgili anlaşmaya varabilmiştir. 2011 yılı içinde yürürlüğe girecektir. 1. maddede de belirtildiği üzere Direktif *“güvenlik, yüksek kalitede ve etkili sınır ötesi sağlık hizmetinin tedariki için genel bir çerçeve oluşturur”*. Somut hedeflerinden biri de serbest dolaşım hükümlerine dayalı olarak Adalet Divanının içtihat hukukunu düzenlemektir.

Direktif ilgili üye devletin, sağlık hizmeti almak veya başka bir üye devlette sağlanan sağlık hizmetlerinden faydalanmak amacıyla diğer bir üye devlete yolculuk eden sigortalı kişilerin söz konusu tedavinin kişinin tabi olduğu mevzuat kapsamında sağlanan yardımların arasında olduğu durumlarda başka bir üye devletten sağlık hizmeti almalarının engellenmemesini güvence altına almaktadır.

Bir diğer ilke de bağlı bulunulan üye devletin, aynı veya benzeri bir sağlık hizmeti kendi sınırları dahilinde alınsaydı yasal sosyal güvenlik sistemi tarafından ödenecek olan miktarın sigortalı kişilere masrafların geri ödenmesi şeklinde temin etmesidir. Herhangi bir durumda, hizmet nerede verilmiş olursa olsun ödemesi yapılacak sağlık hizmetlerinin belirlenmesi bağlı bulunulan üye devletin görevidir. Başka bir üye devlette sağlanan sağlık hizmetinin masrafları bu Direktifin hükümlerine uygun olarak bağlı bulunulan üye devlet tarafından aynı veya benzeri bir sağlık hizmeti kendi sınırları dahilinde sağlanmış olsaydı ödenecek olan miktar düzeyinde, alınan sağlık hizmetinin gerçek masrafı aşılmadan geri ödeme yapılır. Masraflar doğrudan bağlı bulunulan devlet tarafından hizmet sağlayıcılarına ödenebilir. Üye devletler, sınır ötesi sağlık hizmetinin masrafının kendi sınırları dahilinde gerçekleşseydi daha düşük olması halinde bile tam bir geri ödemede bulunmaya karar verebilirler. Bağlı bulunulan üye devlet, sınır ötesi sağlık hizmetinin geri ödemesiyle alakalı kuralların uygulanmasını, ilgili üye devlette dengeli ve yüksek kalitede tedaviye yeterli düzeyde ve sürekli erişimin sağlanması veya mali, teknik kaynakların ve insan kaynaklarının israfının mümkün olduğunca önlenmesi için masrafların kontrolü gibi genel çıkarılardan ötürü kısıtlayabilir.

Bağlı bulunulan üye devletler bir veya daha fazla maluliyete sahip olan kişinin sınır ötesi sağlık hizmeti alırken karşısına çıkabilecek konaklama ve yolculuk gibi ek masrafların, bu masrafları belirten yeterli belgelerin bulunması koşuluyla ulusal mevzuata uygun olarak geri ödenmesine karar verebilirler.

Hastane içi ve hastane dışı hizmet arasındaki ayırım oldukça önemlidir. Hastane dışı hizmetle ilgili olarak bağlı bulunan üye devlet, aynı türden hizmet kendi sınırları dahilinde sağlandığında masrafları sosyal güvenlik sistemi tarafından karşılanıyorsa başka bir üye devlette verilen hastane dışı hizmetin masraflarının geri ödemesini ön izne tabi tutamaz.

## **The proposal for the Directive on the application of patients' rights in cross-border healthcare (Com (2008) 414 Final, 2 July 2008)**

The Council and the European Parliament have finally managed to find an agreement on the content of the directive. It will enter into force during the course of year 2011. Beyond the principle announced in Article 1 following the Directive establishes “*a general framework for the provision of safe, high quality and efficient cross-border healthcare*”, one of its concrete goals is to codify the case-law of the Court of Justice based on the free movement provisions.

The Directive requires that the Member State of affiliation ensures that insured persons travelling to another Member State with the purpose of receiving healthcare there or seeking to receive healthcare provided in another Member State, will not be prevented from receiving healthcare provided in another Member State where the treatment in question is among the benefits provided for by the legislation of the Member State of affiliation to which the insured person is entitled.

Another principle is that the Member State of affiliation reimburses the costs to the insured person, which would have been paid for by its statutory social security system had the same or similar healthcare been provided in its territory. In any event, it is for the Member State of affiliation to determine the healthcare that is paid for regardless of where it is provided. The costs of healthcare provided in another Member State are reimbursed by the Member State of affiliation in accordance with the provisions of this Directive up to the level of costs that would have been assumed had the same or similar healthcare been provided in the Member State of affiliation, without exceeding the actual costs of healthcare received. The costs can be paid directly by the State of affiliation or the service provider. Member States of affiliation may decide to reimburse the full cost of cross-border healthcare even if this exceeds the level of costs that would have been assumed had the healthcare been provided in its territory. The Member State of affiliation may limit the application of the rules on reimbursement for cross-border healthcare based on overriding reasons of general interest, such as planning requirements relating to the object of ensuring sufficient and permanent access to a balanced range of high-quality treatment in the Member State concerned or to the wish to control costs and avoid, so far as possible, any waste of financial, technical and human resources.

Member States of affiliation may decide to reimburse other related costs, such as accommodation and travel costs, or extra costs which persons with disabilities might incur due to one or more disabilities when receiving cross-border healthcare, in accordance with national legislation and on the condition that sufficient documentation setting out these costs exists.

The distinction between hospital and non-hospital care is central. Concerning non-hospital care, the Member State of affiliation must not make the reimbursement of the costs of non-hospital care provided in another Member State subject to prior authorisation, where the cost of that care, if it had been provided in its territory, would have been paid for by its social security system.

Ön izin mekanizması şekillendirilmiştir. Bağlı bulunan üye devlet, şu koşulların karşılanması halinde sosyal güvenlik sistemi tarafından başka bir üye devlette verilen sağlık hizmetlerinin masraflarının geri ödenmesi için bir ön izin sistemi oluşturabilir: (a) İlgili üye devlette dengeli ve yüksek kalitede tedaviye yeterli düzeyde ve sürekli erişimin sağlanması ve ayrıca mali ve teknik kaynaklarla insan kaynaklarının israfının mümkün olduğunca önlenmesi amacıyla giderlerin kontrolü gibi hedeflerle ilgili olarak sağlık hizmeti planlamaya tabi tutulur; buna (i) ilgili hastanın en az bir gece süreyle hastanede yatması; (ii) yüksek derecede uzmanlaşmış ve masraflı tıbbi altyapının veya tıbbi ekipmanın kullanımı; (b) sağlık hizmetine hasta veya nüfusun geneli için belirli bir risk teşkil eden tedaviler de dahildir; (c) Birlik çapında asgari düzeyde güvenlik ve kalite sağlayan Birlik mevzuatına tabi olan hizmetler hariç olmak üzere sağlık hizmeti tedarikçisi tarafından sağlanan hizmetle ilgili olarak hizmetin kalitesi ve güvenliğine ilişkin ciddi ve belirli endişeler doğabilir. Bağlı bulunan üye devlet, bu tedavi kendi sınırları dahilinde belirli bir süre içerisinde verilemiyorsa ve izin talebinde veya izin yenileme talebinde bulunduğu sırada hastanın nesnel olarak değerlendirilmiş olan tıbbi durumuna ve geçmişine göre ağrının düzeyi ve/veya maluliyet durumu nedeniyle izin talebini reddedemez.

Her türlü durumda ön izinin reddine yönelik kriterler ve bu kriterlerin uygulanması ile kişisel kararlar gerçekleştirilmesi gereken gerekli hedefler ile orantılı olarak kısıtlanır ve hastaların serbest dolaşımına ilişkin tartışmalı bir ayrımcılık veya gerekçelendirilmemiş bir engel teşkil edemezler.

Üye devletler sınır ötesi hizmet alma taleplerinin karşılanmasına ilişkin makul zaman sınırları tespit ederler ve bunları önceden kamuya sunar ve sınır ötesi sağlık hizmeti taleplerini düşünürken (a) özel tıbbi durumu ve (b) aciliyeti ve kişisel şartları göz önünde bulundururlar.

Direktif ve koordinasyon kuralları arasındaki ilişki hala bu önerinin zayıf noktalarından biridir. Ayrıca eğer Direktif oylanırsa hizmetlerin serbest dolaşımıyla ilgili Anlaşma kurallarıyla ve Adalet Divanının içtihat hukukuyla birleştirilmesi gerekir. Araçların ve kaynakların çokluğu beklenenin aksine belirgin olmaması gibi bir sonuca yol açabilir.

The mechanism of prior authorisation is reshaped. The Member State of affiliation may provide for a system of prior authorisation for reimbursement by its social security system of the cost of hospital care provided in another Member State where the following conditions are met: (a) healthcare is made subject to planning requirements relating to the object of ensuring sufficient and permanent access to a balanced range of high-quality treatment in the Member State concerned or to the wish to control costs and avoid, so far as possible, any waste of financial, technical and human resources and (i) involves overnight hospital accommodation of the patient in question for at least one night; or(ii) requires use of highly specialised and cost-intensive medical infrastructure or medical equipment;(b) healthcare involves treatments presenting a particular risk for the patient or the population, or (c) healthcare is provided by a healthcare provider that, on a case-by-case basis, could raise serious and specific concerns relating to the quality or safety of the care, with the exception of healthcare which is subject to Union legislation ensuring a minimum level of safety and quality throughout the Union. The Member State of affiliation may not refuse to grant prior authorisation when this healthcare cannot be provided on its territory within a time-limit which is medically justifiable, based on an objective medical assessment of the patient's medical condition, the history and probable course of his illness, the degree of pain he is in and/or the nature of his disability at the time when the request for authorisation was made or renewed.

In any case, the system of prior authorisation, including the criteria and the application of those criteria, and individual decisions of refusal to grant prior authorisation, shall be restricted to what is necessary and proportionate to the objective to be achieved, and may not constitute a means of arbitrary discrimination or an unjustified obstacle to the free movement of patients.

Member states shall set out reasonable time limits within which requests for cross-border healthcare must be dealt with and make them public in advance. When considering a request for cross-border healthcare, Member states shall take into account: (a) the specific medical condition, (b) urgency and individual circumstances.

The relationship between the directive and coordination rules remains one of the weaknesses. Furthermore, the Directive will have to be combined with Treaty rules on free movement of services and with the case-law of the Court of Justice. The profusion of instruments and sources may lead to the opposite effect expected: lack of clarity of patients' rights.

## II. Tamamlayıcı Emeklilik Aylıklarının Koordinasyonu

Pek çok üye devlette yasal düzenlemelerin aylık düzeyini düşürmeleri üzerine ve dolayısıyla ek aylıkların rolünün artmasından bu yana tamamlayıcı aylıkların koordinasyonu kilit konuma gelmiştir.

Anımsanması gereken ilk husus, tamamlayıcı emeklilik düzenlemelerinin koordinasyon Tüzüklerinin kapsamı dışında kalmadığıdır. Bazıları gerçekten de , Tüzüğün 1, I) maddesinde belirtilen anlamda mevzuata dayalı yasal düzenlemeler olmaları halinde maddi kapsamın bir parçası olabilmektedirler<sup>54</sup>. Adalet Divanı “mevzuat” kavramının yorumlanmasını oldukça geniş tutmuştur (Örneğin, bknz. 300/84 sayılı *Van Roosmalen* Davası). Bazı akdi tamamlayıcı düzenlemeler Tüzüğün kapsamına girseler bile prensipte uygulanabilir olmamaları gerekmektedir. 883/2004 sayılı Tüzüğün 1, I) maddesi şu durum hariç akdi hükümlerin kapsamına girmediğini belirtir: “*Kanunlardan ve Tüzüklerden kaynaklanan sigorta yükümlülüğünü uygulamak için var olan veya kendilerini zorunlu hale getiren veya kapsamalarını genişleten kamu otoritesi kararlarının konusu olan akdi hükümler, ilgili üye devletin bu konuda açıklama yapması ve bunu Avrupa Parlamentosu Başkanına ve Avrupa Birliği Konseyi Başkanına bildirmesi hali söz konusuysa bu türden bir bildirim Avrupa Birliği Resmî Gazetesinde yayınlanır.*” Örneğin Fransa yakın zamanda açık bir karar ile “ARRCO-AGIRC” olarak adlandırılan zorunlu tamamlayıcı emeklilik mevzuatını da Tüzüğün kapsamına sokmuştur.

Aksi takdirde tamamlayıcı düzenlemelerin pek çoğu Koordinasyon Tüzüklerinin kapsamı dışında kalırlar. Bunun yerine AB yasama organları direktifler yoluyla koordinasyon kuralları tasarlamışlardır (A). Tamamlayıcı aylıkların koordinasyonuna ilişkin konular hala işçilerin serbest dolaşımıyla ilgili Anlaşma ilkesine dahildirler (B).

### A. Direktifler Zemininde Emeklilik Haklarının Koordinasyonu

Tamamlayıcı aylıkların koordinasyonu konusu, Birlik içinde dolaşan ve hizmet akdiyle çalışan kişilerle kendi hesabına çalışan kişilerin tamamlayıcı emeklilik haklarının korunmasına ilişkin 29 Haziran 1998 tarihli ve 98/49/EC sayılı Direktif kapsamında ele alınmıştır (1). Ayrıca taşınabilirlik konusunda da beklemede olan bir direktif önerisi mevcuttur (2).

#### 1. Tamamlayıcı Emeklilik Haklarının Korunmasına İlişkin 98/49 Sayılı Direktif

Direktifin amacı bir üye devletten diğerine taşınan veya işyerleri bir üye devletten diğerine taşınan işçilerin tamamlayıcı emeklilik hakları açısından, aynı üye devlette kalmayı sürdüren veya işyerleri aynı üye devlette kalmayı sürdüren işçilerle aynı muameleye tabi tutulmalarını güvence altına almaktır. Fakat bu açıdan baktığımızda Direktifin içeriği oldukça kısıtlıdır. Sadece birkaç temel konuya değinilmiştir:

<sup>54</sup> “ ‘Mevzuat’ her üye devletin sahip olduğu kanunlar, tüzükler ve diğer yasal hükümler ve tüm diğer uygulayıcı önlemler anlamına gelir”



## II. Coordination of supplementary pensions

The coordination of supplementary pensions has become a core question since, in many Member States, the statutory schemes have reduced the level of pension and, therefore, increased the role of an additional pension.

The first element to remind of is that supplementary pension schemes are not, as such, excluded from the scope of the coordination Regulations. Some of them may indeed be part of the material scope when they are statutory schemes based on a legislation in the meaning of Article 1, I) of the Regulation<sup>54</sup>. The Court of Justice has retained a broad interpretation on the concept of "legislation" (see, for instance, Case 300/84, *Van Roosmalen*). Some conventional/contractual supplementary schemes may also fall within the scope of the Regulation even if, in principle, it should not be applicable. Indeed, Article 1, I) of Regulation 883/2004 provides that contractual provisions are excluded from its scope except "*those which serve to implement an insurance obligation arising from the laws and regulations or which have been the subject of a decision by the public authorities which makes them obligatory or extends their scope, provided that the Member State concerned makes a declaration to that effect, notified to the President of the European Parliament and the President of the Council of the European Union. Such declaration shall be published in the Official Journal of the European Union*". For instance, France has included into the scope of the Regulation, through an explicit decision, compulsory supplementary retirement schemes called "ARRCO-AGIRC".

Otherwise, most supplementary schemes remain outside of the scope of the coordination regulations. Instead, the EU legislator has design rules of coordination through directives (A). Issues of coordination of supplementary pensions are still subject to the Treaty principle of free movement of workers (B)

### A. Coordination of pension rights on the grounds of Directives

The matter of coordination of supplementary pensions is dealt with by Directive 98/49/EC of 29 June 1998 on safeguarding the supplementary pension rights of employed and self-employed persons moving within the Community (1). There is also a pending proposition for a Directive on portability (2).

#### 1. Directive 98/49 on safeguarding the supplementary pension rights

The goal of the Directive is to ensure that workers who move or whose place of employment moves from one Member State to another are guaranteed equal treatment as regards the protection of their supplementary pension rights with workers who remain or whose place of employment changes but remains within the same Member State. However, the content of the Directive is very modest in this respect. Indeed, only few basic questions are addressed:

---

<sup>54</sup> "legislation" means, in respect of each Member State, laws, regulations and other statutory provisions and all other implementing measures"

- Emeklilik haklarının korunmasına ilişkin eşit muamele: Üye devletler, bir tamamlayıcı emeklilik düzenlemesinin parçası olan ve bir üye devletten diğerine gitmelerinin bir sonucu olarak bu programa prim katkısı sağlamayan kişilerin o üye devlette kalmayı sürdüren kişilerle artık prim ödememelerine rağmen elde ettikleri aylık haklarının aynı düzeyde korunmasının sağlanması için gerekli olan önlemleri alırlar;
- Sınır ötesi ödemeler: Üye devletler tamamlayıcı emeklilik düzenlemelerine üye olan kişilerin ve bu türden düzenlemeler kapsamında hak sahibi olan diğer kişilerin başka bir üye devlette de tamamlayıcı emeklilik programlarının yaptıkları ödemeleri ve benzeri mevzuat kapsamındaki diğer yardımları uygulanabilir vergiler veya işlem masrafları olmadan almalarını sağlar;
- Başka ülkede görevlendirilen işçiler tarafından ve bu işçiler adına tamamlayıcı emeklilik sistemlerine ödenen primler: Üye devletler bir üye devlette oluşturulmuş olan tamamlayıcı emeklilik sisteminin devamı için ödenmesi gereken primlerin, başka bir üye devlette görevlendirildiği süre boyunca benzeri bir sistemin parçası olan görevlendirilmiş işçiler tarafından veya bu işçiler adına ödenmesini sağlar;
- Sisteme dahil olan kişilerin bilgilendirilmesi: Üye devletler işverenlerin, vasilerin veya tamamlayıcı emeklilik sistemlerinin yönetiminden sorumlu olan diğer kişilerin bu sistemlere dahil olan kişilere başka bir üye devlete taşındıklarında aylık hakları ve sistem kapsamında sahip oldukları seçenekler konusunda bilgi vermelerini sağlar.

Direktifin emeklilerin hakları üzerindeki etkisi düşük olmuştur. Çünkü hakların taşınabilirliğine ve birden fazla üye devlette prim veya sigorta süreleri tamamlamış olan kişilerin durumlarına tam olarak değinilmez. Bu, taşınabilirlik ile ilgili Direktif önerisinin amacını oluşturmaktadır.

## 2. Taşınabilirlikle İlgili Direktif Önerisi

*“Tamamlayıcı emeklilik haklarının taşınabilirliğinin geliştirilmesine ilişkin”* Avrupa Parlamentosunun ve Konseyin ilk Direktif önerisi 20 Ekim 2005 tarihinde Avrupa Komisyonu tarafından yayınlanmıştır (Com (2005) 507 final). AB, gözden geçirilmiş Lizbon stratejisinin işçilerin ve iş sektörünün uyum sağlayabilme düzeyi ve istihdam piyasasının esnekliğinin arttırılması konusunda dolaşımın nasıl büyük bir önem taşıdığı üzerinde durduğunu vurgulamıştır. Tamamlayıcı emeklilik düzenlemelerinin yaşlılık riskini kapsamasının artan önemi düşünülürse, dolaşımın önündeki özellikle bu düzenlemeler tarafından oluşturulan engellerin azaltılması önem taşır. AB aynı zamanda üye devletlerin pek çoğunda uygulanan veya öngörülen reformların tamamlayıcı emeklilik düzenlemelerinin daha fazla geliştirilmesine yönelik olduğunun da farkındadır. Dolayısıyla bu düzenlemelerin işleyişini yöneten kuralların işçilerin dolaşımını engellemediğinden ve dolaşım halindeki işçilerin kariyerlerinin sonunda yeterli emeklilik hakkı düzeyine ulaşma şanslarını azaltmadığından emin olmak gerekmektedir; aksi takdirde iş piyasasının esnekliği ve etkinliği azalır. Bir kişinin iş değiştirme seçimini belirleyebilecek pek çok unsur olsa da böyle birinin tamamlayıcı emeklilik haklarının önemli bir kısmını yitirmek durumunda kalması bu kişinin ciddi anlamda iş değiştirmeyi düşünmesine neden olabilir.

- Equality of treatment as regards preservation of pension rights: Member States take the necessary measures to ensure the preservation of vested pension rights for members of a supplementary pension scheme in respect of whom contributions are no longer being made to that scheme as a consequence of their moving from one Member State to another, to the same extent as for members in respect of whom contributions are no longer being made but who remain within the same Member State;
- Cross-border payments: Member States ensure that, in respect of members of supplementary pension schemes, as well as others holding entitlement under such schemes, supplementary pension schemes make payment in other Member States, net of any taxes and transaction charges which may be applicable, of all benefits due under such schemes;
- Contributions to supplementary pension schemes by and on behalf of posted workers: Member States adopt such measures as are necessary to enable contributions to continue to be made to a supplementary pension scheme established in a Member State by or on behalf of a posted worker who is a member of such a scheme during the period of his or her posting in another Member State;
- Information to scheme members: Member States take measures to ensure that employers, trustees or others responsible for the management of supplementary pension schemes provide adequate information to scheme members, when they move to another Member State, as to their pension rights and the choices which are available to them under the scheme.

The impact of this Directive on pensioners' rights has been low for it does not really address the matter of portability of rights and the status of persons who have accomplished periods of contributions or periods of insurance in more than one Member State. This is the goal of the pending proposal for a Directive on portability.

## *2. Proposal for a Directive on portability*

The initial proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council “*on improving the portability of supplementary pension rights*” has been published by the European Commission on 20<sup>th</sup> of October, 2005 (Com(2005) 507 final). The EC emphasises the fact that the revised Lisbon strategy stresses how important mobility is for improving the adaptability of workers and the business sector and increasing labour market flexibility. Considering the increasing importance of supplementary pension schemes to cover the risks of old age, it considers that it is thus particularly important to reduce the obstacles to mobility which stem from these schemes. The EC is also aware that the reforms adopted or envisaged in most Member States are moving towards further development of supplementary pension schemes. It is thus urgent to ensure that the rules governing the operation of these schemes do not hamper the mobility of workers and reduce the opportunities for mobile workers to build up sufficient pension rights by the end of their careers; otherwise the flexibility and effectiveness of the labour market would be reduced. Even if there are many factors which can determine the choice of any person to change jobs, it is clear that the fact that any such person could stand to lose a substantial part of his supplementary pension rights may make that person seriously think again about wanting to change jobs.

Dolayısıyla önerinin içeriği 98/49 sayılı Direktifin içeriğinden çok daha iddialı olup, hakkı elde etmenin yönetimini sağlayan koşullara ilişkin olarak koordinasyonu vurgulamaktadır. Üye devletler, çalışmanın sona erdiği zaman henüz emeklilik haklarının elde edilmemiş olduğu durumlarda yer değiştiren bu işçi tarafından veya işçinin adına ödenmiş olan tüm primlerin iade veya transfer edilmesini veya bir kişi istenilen asgari yaşa eriştiği anda ya da işçinin azami bir yıl süreyle çalıştıktan sonra tamamlayıcı emeklilik kapsamına girmesini sağlarlar. Üye devletler aynı zamanda bir işçinin azami iki yıllık bir üyelik (program) sürecinin sonunda emeklilik hakları elde etmesini sağlamak durumundadırlar. Faal olmayan emeklilik haklarının korunmasıyla ilgili olarak da üye devletler göçmen işçilerin cezalandırılmalarını önlemek amacıyla faal olmayan emeklilik haklarının adil bir biçimde düzenlenmesini sağlamak için önlemler alırlar. Hakların transfer edilebilirliği öneride yer alan temel önlemdir: sermaye ödemesi yapılmaması halinde üye devletler, hareket eden bir işçinin yeni işinde aynı tamamlayıcı emeklilik sistemi tarafından kapsamda olmaması durumunda işin sona ermesinden sonra 18 ay içinde talep üzerine aynı üye devletin içinde veya başka bir üye devlette edindiği tüm emeklilik haklarının transferini sağlarlar. Üye devletler transfer edilecek olan hakların değerinin aktüaryal tahminlerle ve faiz oranlarını da katarak hesaplanmasını sağlarlar.

Ne yazık ki üye devletler bu öneri konusunda politik bir anlaşmaya varmayı başaramamışlardır. Hakların transfer edilebilirliği reddedilmiştir. Avrupa Komisyonu bu reddi dikkate almış ve 9 Ekim 2007 tarihinde *“tamamlayıcı emeklilik haklarının elde edilmesinin ve korunmasının iyileştirilmesi yoluyla işçi mobilitesinin desteklenmesi için asgari gerekliliklere ilişkin”* değiştirilmiş bir öneri sunmuştur. Avrupa Parlamentosunun değişikliklerine dayalı bu önerinin başarı şansı daha düşüktür. Çünkü “transfer” ilkesi (bu kapsamda elde edilmiş olan emeklilik haklarının tamamını veya bir kısmını temsil eden ve tamamlayıcı emeklilik sistemi tarafından yeni bir tamamlayıcı emeklilik düzenlemesine veya emeklilik hakları sağlayan başka bir mali kuruma transfer etme olasılığıyla yapılan sermaye toplamı ödemesi) geri çekilmiştir. Dolayısıyla değiştirilmiş öneri, arda kalan değiştirilmiş iki dayanağa bağlı kalmıştır:

Hakların elde edilmesini yöneten koşullar: Üye devletler, aktif program üyeliğinin çalışma süresine bağlı tutulduğu durumlarda bu sürecin bir yılı aşmaması için tüm gerekli önlemleri alırlar. Faal bir sistem üyesinin verilen hakları hak etmesinin asgari bir yaşa bağlandığı durumlarda bu yaş 21’i aşamaz. Hak etme sürecinin uygulandığı durumlarda bu süreç hiçbir koşul altında 25 yaşın üzerindeki faal sistem üyeleri için bir yıldan fazla olamaz. Bu yaşın altındaki faal üyeler için elde etme süresi beş yılı geçemez. Dolaşım halindeki bir işçinin çalışmasının sonunda halen verilen hakları elde edememiş olması halinde tamamlayıcı emeklilik sistemi ulusal yasalara veya toplu sözleşmelere, ya da sair sözleşmelere uygun olarak başka ülkeye giden işçi tarafından veya bu işçi adına ödenen primleri, işçinin de onayıyla geri öder.

The content of the proposal is therefore much more ambitious than Directive 98/49. It deepens the coordination with respect to the conditions governing acquisition. The Member States take all necessary steps to ensure that where pension rights have not yet been acquired when employment is terminated, all the contributions paid by, or on behalf of, the outgoing worker are reimbursed or transferred or that a worker may join a supplementary pension scheme after a maximum period of employment of one year or, where necessary, no later than once he has reached the required minimum age. Also Member States had to ensure that a worker acquires pension rights after a maximum membership period of two years. As regards the preservation of dormant pension rights, Member States adopt measures in order to ensure a fair adjustment of dormant pension rights so as to avoid that outgoing workers are penalised. The transferability of rights is the central measure of the proposal: unless a capital payment is made, the Member States had to take the necessary action to ensure that if an outgoing worker is not covered by the same supplementary pension scheme in his new job, he may obtain on request and within 18 months after the termination of his employment the transfer within the same Member State or to another Member State of all his acquired pension rights. Member States ensure that where actuarial estimates and those relating to the interest rate determine the value of the acquired rights to be transferred, these shall not penalise the outgoing worker.

Unfortunately, Member States did not manage to reach a political agreement on the basis of this proposal. The transferability of rights was refused. The European Commission took note of the refusal and introduced on 9th of October 2007 an amended proposal "*on minimum requirements for enhancing worker mobility by improving the acquisition and preservation of supplementary pension rights*". This proposal, based on amendments of the European Parliament, is much less ambitious since the principle of "transfer"(meaning the payment by a supplementary pension scheme of a capital sum representing all or part of the pension rights acquired under the scheme, with the possibility of transferring this sum to a new supplementary pension scheme or another financial institution which provides pension rights) has been withdrawn. The amended proposal is therefore based on the two remaining pillars which have also been modified:

Conditions governing acquisition: Member States take all necessary steps to ensure that where active scheme membership is made conditional upon a period of employment, this period shall not exceed one year. Where a minimum age is stipulated for the accrual by an active scheme member of vested rights, this age does not exceed 21 years. Where a vesting period is applied this shall under no circumstances exceed one year for active scheme members over the age of 25. For active scheme members below this age vesting periods shall not exceed five years. Where an outgoing worker has not yet acquired vested pension rights when the employment relationship is terminated, the supplementary pension scheme shall reimburse the contributions paid by the outgoing worker, or paid on the worker's behalf in accordance with national law or collective agreements or contracts, and where the outgoing worker bears.

Faal olmayan emeklilik haklarının korunması: Üye devletler dışarıya çıkan işçilerin emeklilik haklarının, dahil oldukları tamamlayıcı emeklilik programı içinde kalması için gerekli önlemleri alırlar. Bu hakların ilk değerleri dışarıya çıkan işçinin o sırada çalıştığı işin sona erdiği noktada hesaplanır. Üye devletler, emeklilik sistemi kurallarının veya uygulamalarının özelliklerini hesaba katarak, faal olmayan hakların veya bu hakların değerlerinin, faal program üyelerinin haklarının değeriyle veya o sırada ödemesi yapılan emeklilik yardımlarının gelişimiyle veya diğer biçimlerde göz önünde tutarak güvence altına alınması için gerekli önlemleri alırlar: (a) Tamamlayıcı emeklilik programındaki emeklilik hakları sembolik bir toplam olarak belirlenirler veya (b) ertelenmiş faydalanıcı emeklilik sistem içinde yer alan bir faiz oranından ya da tamamlayıcı emeklilik sağlayıcısı tarafından yapılan yatırımlardan elde edilen geri ödemelerden yararlanmayı sürdürür; veya (c) faal olmayan emeklilik haklarının değeri, ulusal mevzuat tarafından belirlenen veya sosyal taraflar tarafından üzerinde anlaşılabilir orantılı sınırlara tabi olabilen enflasyon veya maaş düzeylerine uygun olarak hesaplanır. Üye devletler, verilen emeklilik haklarının değerinin ilgili üye devlet tarafından belirlenen eşiği aşmaması koşuluyla, tamamlayıcı emeklilik düzenlemelerinin dışarıya giden bir işçinin haklarını, bu işçinin emeklilik haklarının değerine eşdeğer miktarda bir toptan ödeme yaparak elde tutmasına izin verebilir.

Yapılan değişikliklere rağmen Direktif önerisi ne Konsey ne de Avrupa Parlamentosu tarafından onaylanmıştır. Fakat bu, konunun AB hukukuna tabi tutulamayacağı anlamına gelmez ve işçilerin serbest dolaşımına ilişkin Anlaşma ilkesi uygulanabilir.

## B. İşçilerin Serbest Dolaşımına İlişkin Anlaşma İlkesi

Bir kişinin birden fazla üye devlette mesleki faaliyeti bulunuyorsa koordinasyon kurallarının mevcut olamamasının kişinin tamamlayıcı emeklilik hakları üzerinde olumsuz sonuçları olabilir. Böyle bir durumun işçilerin serbest dolaşımı ilkesine aykırı olduğu düşünülebilir mi?

Bu soru şu anda uzun yıllar boyunca devamlı olarak aynı işveren (havayolu şirketi British Airways) için çalışmış Belçikalı bir işçi ile ilgili bir dava ile Adalet Divanında beklemektedir (C-379/09 sayılı *Maurits Casteels - British Airways Davası*). Kişi birkaç üye devlette farklı British Airways kuruluşlarında çalışmıştır. Bu da kişinin başarılı bir biçimde birden fazla mesleki (işletme içi) emeklilik sistemine üye olmasına yol açmıştır. British Airways bu kişiye Almanya'da geçirdiği üç yılın altındaki hizmet süresi için tamamlayıcı mesleki emeklilik aylığı vermeyi reddetmiştir. Çünkü belirtilen asgari süre kadar uzun bir süre boyunca Almanya'da mevcut olan mesleki emeklilik programına üye olmamış ve bunun yanı sıra gönüllü olarak başka bir British Airways kuruluşuna geçmiştir.

Preservation of dormant pension rights: Member States adopt the measures necessary to ensure that the vested pension rights of outgoing workers can remain in the supplementary pension scheme in which they are vested. The initial value of these rights are calculated at the point when an outgoing worker's current employment relationship terminates. The Member States adopt the measures necessary having regard to the nature of the pension scheme rules or practise, to ensure dormant pension rights or their values are treated in line with the value of the rights of active scheme members, or the development of pension benefits currently in payment, or by other means which are considered, such as:(a) the pension rights in the supplementary pension scheme are set as a nominal sum; or(b) the deferred beneficiary continues to benefit from a rate of interest built into the pension scheme, or from the return on investments derived by the supplementary pension provider; or(c) the value of the dormant pension rights is adjusted in accordance with the inflation rate or salary levels which may be subject to a proportionate limit set by national legislation or agreed by the social partners. The Member States may allow supplementary pension schemes not to retain the vested rights of an outgoing worker but to pay a capital sum equivalent to the value of the vested pension rights to the outgoing worker, as long as the value of the vested pension rights does not exceed a threshold established by the Member State concerned.

Despite the amendments, the proposal for the Directive has not been approved either by the Council or by the European Parliament. It does not mean, though, that the topic cannot be subject to EU law: the Treaty principle on free movement of workers may apply.

## B. The Treaty principle on free movement of workers

When a person has had a professional activity in more than one Member State, the lack of coordination rules may have negative consequences on his rights to supplementary pensions. Could such a situation be considered as contrary to the principle of free movement of workers?

The question is currently pending before the Court of Justice in a case concerning a Belgian worker who was employed continuously for many years by the same employer, the airline company British Airways Case C-379/09, *Maurits Casteels v British Airways*). He worked at a number of British Airways establishments in several Member States. This resulted in him being affiliated successively to several occupational old-age pension schemes. British Airways refused to grant him a supplementary occupational pension in respect of his service of just under three years in Germany because he was not affiliated to the occupational old-age pension scheme which exists at its sites in Germany for the prescribed minimum period, and he also moved voluntarily to another British Airways establishment.

AB Hukuk Sözcüsü Kokott açıkladığı görüşünde şunu belirtmiştir: *“Hizmet akdiyle çalışan bir kişinin aynı işveren için çeşitli üye devletlerdeki farklı kuruluşlarda çalışması ve her kuruluşta orada uygulanabilir durumda olan mesleki emeklilik programına dahil olması halinde ilgili mesleki emeklilik programının kuralları ABİA’nın 45. Maddesi ile uyumlu olarak yorumlanır ve uygulanır. Özellikle, böyle bir çalışanın el konulamaz hakkını elde etmek amacıyla işvereni için tamamlamış olduğu hizmet süreleri hesaplanırken aynı işverenin tüm kuruluşlarında geçirdiği sürelerin toplamı hesaba katılır; böyle bir çalışanın bir kuruluştan diğerine transferi, kişi transfer konusunda hemfikir olsa bile ilgili mesleki emeklilik sisteminden gönüllü ayrılma olarak değerlendirilemez”*.

Adalet Divanı bu davayı karara bağlamadığı sürece belirgin sonuçlara varmak riskli olacaktır. Hukuk Sözcüsü bile *“planlamanın kesinliğinin korunması ve özellikle küçük emeklilik haklarıyla bağlantılı idari harcamaların önlenmesi”* ile ilgili olarak şunları söyleyerek ihtiyatlı olmayı sürdürmektedir: *“Hizmet akdiyle çalışan bir kişinin aynı işverenin bir kuruluşundan diğerine yaptığı ‘iç dolaşım’ eğer kısa bir hizmet döneminin ardından yapılmışsa, bu durum teorik olarak emeklilik haklarının kaybını da gerektirebilir”*. Bu dava aynı zamanda dolaşımın grup içi şekli ile de ilgilidir. Divan tarafından kabul edilen çözümün diğer dolaşım şekilleri üzerinde etkisi olacak mıdır?



In her opinion, Advocate General Kokott declared that “*Where an employee has worked for the same employer at several establishments in various Member States, and, at each establishment, was affiliated to the occupational pension scheme applicable there, the rules of the relevant occupational pension scheme are to be interpreted and applied as far as possible in conformity with Article 45 TFEU. In particular: in calculating the periods of service which such an employee must have completed for his employer in order to acquire a non-forfeitable entitlement, account must be taken of the entire duration of his employment at all establishments of the same employer; the transfer of such an employee from one establishment to another may not be regarded as voluntary departure from the relevant occupational pension scheme, even if the employee has agreed to his transfer*”.

As long as the Court of Justice has not ruled in this case, it would be risky to draw definite conclusions. Nevertheless, even the Advocate General remains prudent, saying, with respect to “*the objective of safeguarding certainty of planning and avoiding the administrative expenditure connected with particularly minor pension rights*”, that “*an ‘internal move’ by an employee from one establishment to another establishment of the same employer could also theoretically justify the loss of pension rights if that move were made after a particularly brief period of service*”. Also, this case concerns an intra-group form of mobility. Will the solution adopted by the Court have an impact on other forms of mobility?

**This publication has been produced with the assistance of the European Union. The content of this publication is the sole responsibility of the Consortium led by BBI and can in no way be taken to reflect the views of European Union.**

**Bu yayın Avrupa Birliği'nin yardımlarıyla hazırlanmıştır. Yayının içeriğinden yalnız Konsorsiyum lideri BBI sorumlu olup, içerik hiçbir şekilde Avrupa Birliği'nin görüşlerini yansıtmamaktadır.**