FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 1. juni 1995 *

1. Domstolen skal i denne sag afgøre, om en læge, der er omfattet af en medlemsstats sociale sikringsordning for tjenestemænd, under henvisning til fællesskabsretten kan opnå, at der ved fastsættelsen af hans alderspension tages hensyn til beskæftigelsesperioder, han har tilbagelagt ved en anden medlemsstats offentlige hospitaler, når henses til, at den første medlemsstats lovgivning gør det muligt under visse betingelser at medregne perioder, der er tilbagelagt ved nationale offentlige hospitaler.

Faktiske omstændigheder

2. Det fremgår af sagens akter, at fastansatte læger ved Idrima Kinonikon Asfalisseon (social sikringsinstitution, herefter »IKA«), som er en offentligretlig juridisk person, i medfør af lovdekret nr. 4277/1962 har ret til en alderspension, som udbetales af denne institution i henhold til bestemmelserne i lov nr. 3163/1955 om pensioner til ansatte i IKA samt i henhold til bestemmelserne om pension til tjenestemænd i civilforvaltningen i lovdekret nr. 1854/1951, som finder tilsvarende anvendelse.

I henhold til nævnte lovbestemmelser kan lægen efter indbetaling af et særligt tilbagekøbsbidrag anmode om og opnå, at der ved fastsættelsen af hans alderspension skal tages hensyn til de perioder, han har tilbagelagt i statens tjeneste eller i en offentligretlig juridisk persons tjeneste som tjenestemand eller fastansat eller midlertidigt ansat læge, der har oppebåret en månedsløn eller et månedligt eller dagligt beløb, samt til den beskæftigelse, vedkommende har udøvet i hæren som reservist og til tidsrum, hvor vedkommende erhvervsmæssigt har udøvet lægevirksomhed. Det særlige tilbagekøbsbidrag udgør 5% af den månedsløn, som den pågældende oppebar på tidspunktet, hvor han indgav sin anmodning, ganget med antallet af de måneder, som svarer til varigheden af de anerkendte tjenesteydelser.

3. Sagsøgeren i hovedsagen, Vougioukas, er fastansat læge ved IKA og anmodede i 1988 institutionen om, at der med henblik på fastsættelsen af hans alderspension som beskæftigelsesperioder foruden de beskæftigelsesperioder, han havde tilbagelagt ved de forskellige nationale hospitaler, også blev medregnet de perioder, hvor han havde arbejdet på offentlige hospitaler i Forbundsrepublikken Tyskland, nemlig fra januar 1964 til januar 1965, samt fra september 1966

* Originalsprog: spansk.

til december 1969, i hvilke perioder han havde været omfattet af den almindelige sikringsordning for arbejdstagere.

Såvel denne anmodning, som en senere klage blev afslået under henvisning til, at bortset fra et begrænset antal undtagelser, som ikke omfattede sagsøgerens beskæftigelsesforhold, kunne der ikke i medfør af de nationale lovbestemmelser om pension til fastansatte læger ved IKA ved fastsættelsen af deres alderspension tages hensyn til beskæftigelsesperioder, der var tilbagelagt i udlandet. Sagsøgerens anke til prøvelse af denne afgørelse blev forkastet ved dom afsagt af Anden Afdeling ved Elegktiko Sinedrio (Grækenland).

Vougioukas iværksatte kassationsanke af denne dom til plenum ved Elegktiko Sinedrio. Denne retsinstans har herefter forelagt Domstolen forskellige præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af EØF-traktatens artikel 48 og 51 samt vedrørende gyldigheden af artikel 4, stk. 4, i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet (herefter »forordningen«) [1].

De præjudicielle spørgsmål

4. De præjudicielle spørgsmål, som Elegktiko Sinedrio har forelagt, er følgende:

»1) Når henses til, at de fastansatte læger ved IKA under deres karriere undertiden kan udpeges til chef for de forskellige lægetjenester ved IKA, som de også leder, eller kan være medlem af lægeudvalg af første eller anden instans i institutionen, og altså inden for rammerne af disse opgaver, der er blevet tillagt dem som ovenfor anført, kan træffe beslutninger, som vedrører formålet og styringen af IKA, opstår det spørgsmål

a) om disse læger af denne grund skal anses for 'tjenestemænd' i den i artikel 4, stk. 4, i forordning nr. 1408/71

1 — I den konsoliderede udgave i Rådets forordning (EØF) nr. 2001/83 af 2.6.1983 om ændring og ajourforelse af forordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet og ved forordning (EØF) nr. 574/72 om regler til gennemførelse af forordning (EØF) nr. 1408/71 (EFT 1983 L 230, s. 6).

angivne forstand, og navnlig, om de udøver offentlig myndighed, og

b) om det for at blive anset for 'tjenestemænd' er tilstrækkeligt, at den mulighed består, at de kan indtage sådanne stillinger, eller om de reelt skal have indtaget en sådan stilling, om end kun én enkelt gang under deres karriere.

2) For så vidt nævnte lægers pensionsretlige stilling — uden hensyn til, om de reelt har indtaget de ovenfor nævnte stillinger, er reguleret af en pensionsordning, der hovedsagelig er baseret på de pensionsregler, som gælder for tjenestemænd samt øvrige offentligt ansatte i den offentlige civile forvaltning og militæret, opstår det spørgsmål, om dette er tilstrækkeligt til, at den pågældende ordning kan anses for en 'særlig' ordning om sikringsydelser til tjenestemænd som angivet i artikel 4, stk. 4, i forordning nr. 1408/71 i dens gældende version; eller rettere sagt om det, for at denne ordning om specielle sikringsydelser skal anses for 'særlig', da er tilstrækkeligt, at ordningen omfatter tjenestemænd, eller er baseret på en eksisterende social sikringsordning for en medlemsstats tjenestemænd. Eller indebærer udtrykket 'særlig', at der også skal foreligge andre elementer eller bestemmelser, som ikke i noget tilfælde kan være ufordelagtigere end de i forordningen angivne principper, bl.a. princippet i EØF-traktatens artikel 51, som vedrører sammenlægning af anførte tidsrum, der i de forskellige nationale lovgivninger tages i betragtning med henblik på at indrømme og opretholde ret til ydelser og på beregning af disse?

3) Såfremt en 'særlig' tilsluttet ordning om ydelser til 'tjenestemænd' i medlemsstaterne i henhold til artikel 4, stk. 4, i nævnte forordning må anses for ikke at udelukke bestemmelser, hvorefter der ikke foreskrives eller ikke hjemles muligheder for sammenlægning med henblik på at indrømme og opretholde ret til ydelser og på beregning af disse, der er tilbagelagt af en nuværende tjenestemand efter en anden medlemsstats lovgivning, opstår spørgsmålet, om denne forordnings bestemmelser ikke strider mod EØF-traktatens artikel 51, litra a), når henses til, at selv om EØF-traktatens artikel 48, stk. 4, fastsætter, at 'Bestemmelserne i denne artikel gælder ikke for ansættelse i den offentlige administration' og vedrører adgang til stillinger i den offentlige administration, synes den ikke udtrykkeligt at sigte på en social sikringsordning i en sådan grad, at en person, der er undergivet en særlig social sikringsordning for tjenestemænd i en medlemsstat, berøves den ovenfor nævnte ret til sammenlægning af tidligere beskæftigelsesperioder i en anden medlemsstat med henblik på at erhverve og opretholde retten til ydelser og på beregning af disse, især når henses til, at den samme nationale sikringsord-

ning for tjenestemænd hjemler ret til ovennævnte sammenlægning, idet tidligere tilbagelagte beskæftigelsesperioder på nationalt område efter ordningen kan sammenlægges, såfremt de har fundet sted i tilsvarende offentlige institutioner.«

stk. 4, at »bestemmelserne i artiklen ikke gælder for ansættelse i den offentlige administration«.

Relevante fællesskabsretlige bestemmelser

Artikel 51 pålægger Rådet at vedtage »foranstaltninger vedrørende social tryghed, der er nødvendige for at gennemføre arbejdskraftens frie bevægelighed, især ved at indføre en ordning, som gør det muligt at sikre vandrende arbejdstagere og deres ydelsesberettigede pårørende:

5. De fællesskabsretlige bestemmelser, som er relevante for besvarelsen, er dels traktatens artikel 48 og 51 og dels artikel 4, stk. 4, i forordning nr. 1408/71.

a) sammenlægning af alle tidsrum, der i de forskellige lovgivninger tages i betragtning med henblik på at indrømme og opretholde retten til ydelser og på beregning af disse

b) betaling af ydelser til personer, der bor inden for medlemsstaternes områder«.

Traktatens artikel 48 indeholder princippet om arbejdskraftens frie bevægelighed inden for Fællesskabet, hvilket i henhold til stk. 2 forudsætter »... afskaffelse af enhver i nationaliteten begrundet forskelsbehandling af medlemsstaternes arbejdstagere for så vidt angår beskæftigelse, aflønning og øvrige arbejdsvilkår«; det fremgår af bestemmelsens

Artikel 4, stk. 4, i den forordning, som Rådet har udstedt med henblik på at gennemføre denne forpligtelse bestemmer, at forordningen ikke finder anvendelse på »... særlige ordninger for tjenestemænd og dermed ligestillede personer«.

Første spørgsmål: rækkevidden af undtagelsen i forordningens artikel 4, stk. 4, i forhold til undtagelsen i traktatens artikel 48, stk. 4

6. Det fremgår af ordlyden af det første præjudicielle spørgsmål, at den nationale retsinstans anser det for muligt, at forordningens artikel 4, stk. 4, hvorefter forordningen »... ikke finder anvendelse på særlige ordninger for tjenestemænd og dermed ligestillede personer«, udelukkende omfatter de »tjenestemænd«, som omfattes af fravigelsen i traktatens artikel 48, stk. 4, som fortolket af Domstolen.

7. Parterne i hovedsagen og den græske, tyske og franske regering samt Rådet og Kommissionen har afgivet indlæg i sagen.

Sagsøgeren har støttet den nationale retsinstans' fortolkning, hvorefter der ved tjenestemænd som omhandlet i forordningens artikel 4, stk. 4, udelukkende skal forstås dem, som er udelukket fra arbejdstageres frie bevægelighed efter Domstolens praksis. Den franske regering har tilføjet, at i denne sag kan de fastansatte læger ved IKA kun anses for tjenestemænd, som omhandlet i forordningens artikel 4, stk. 4, såfremt de besætter stillinger, der reelt indebærer udøvelse af offentlig myndighed.

IKA har anført, at begrebet »tjenestemænd« i forordningen er anvendt i vid forstand, således at det ikke blot omhandler statens ansatte, men tillige de personer, som er ligestillet hermed som f.eks. ansatte i offentlige institutioner eller kommunalforvaltninger, og at kompetencen til at indføre særlige ordninger og til at lade alle eller visse af disse grupper af ansatte være omfattet heraf, fuldstændigt tilkommer den nationale lovgiver.

8. Kommissionen, Rådet, den græske og den tyske regering finder derimod, at spørgsmålet, om en tjenestemand udøver offentlig myndighed kun er relevant ved fortolkningen af traktatens artikel 48, stk. 4, men ikke ved fortolkningen af forordningens artikel 4, stk. 4. Det afgørende kriterium bør ikke være tjenestemandens konkrete arbejdsopgaver, men om vedkommende er omfattet af en særlig pensionsordning, hvis etablering og opbygning under alle omstændigheder henhører under medlemsstaternes kompetence.

Den græske regering har tilføjet, at den ikke er enig i den snævre fortolkning, som den nationale retsinstans har givet af forordnin-

gens artikel 4, stk. 4, af tre grunde: Først fordi der består forskelle mellem traktatens ordlyd på den ene side og forordningens på den anden side, idet de særlige ordninger, som sidstnævnte udelukker fra sit anvendelsesområde ikke blot omfatter tjenestemænd, men også dermed ligestillede personer såsom ansatte i offentlige institutioner eller organer, som uafhængigt af deres arbejdsopgaver i henhold til national lovgivning er omfattet af en social sikringsordning, der er forskellig fra den, som gælder for de øvrige arbejdstagere; dernæst fordi de to bestemmelser har forskelligt formål, eftersom traktatens artikel 48, stk. 4, vedrører adgangen til stillinger, mens forordningens artikel 4, stk. 4, vedrører personer, som allerede er ansat i en offentlig forvaltning, og hvis sociale sikringsordninger adskiller sig fra arbejdstageres almindelige ordning; og endelig fordi anvendelsen af et konkret kriterium ved fortolkningen af forordningens artikel 4, stk. 4, ulogisk fører til det resultat, at kun visse af de arbejdstagere, som er omfattet af samme særlige sociale sikringsordning for tjenestemænd, kan profitere af hensyntagen til forsikringsperioder tilbagelagt i de øvrige medlemsstater. Subsidiært har den græske regering anført, at de arbejdsopgaver, som de fastansatte læger ved IKA udøver, er beslægtet med udøvelse af beslutningskompetence i en offentlig institution, hvilket indebærer deltagelse i udøvelse af offentlig myndighed, hvorved det er tilstrækkeligt, at den pågældende har mulighed for senere at besætte en sådan stilling.

9. Jeg må tilslutte mig den fortolkning, som Kommissionen, Rådet og den græske og tyske regering har anlagt.

Den nationale retsinstans' argumentation kan jeg ikke tiltræde, selv om den tilsyneladende beror på en udtalelse i et obiter dictum, i dommen i sagen Lohmann [2] — nævnt i visse af de skriftlige indlæg til Domstolen — hvorefter forordningens udelukkelse af de særlige ordninger for tjenestemænd eller dermed ligestillede personer fra forordningens anvendelsesområde kun er »en logisk konsekvens af traktatens artikel 48, stk. 4, hvorefter 'stillinger i den offentlige administration' ikke omfattes af bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed for arbejdstagere i Fællesskabet«.

10. Udelukkelsen fra stillinger i den offentlige administration er omhandlet af Domstolens faste praksis, hvorefter:

»... begrebet ansættelse i den offentlige administration, jf. artikel 48, stk. 4, som er udelukket fra anvendelsesområdet for artikel 48, stk. 1, 2 og 3, omfatter en række former for stillinger, som indebærer en direkte eller indirekte deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed og i de funktioner, der skal sikre staten eller andre offentlige organers almindelige interesser, og som derfor forudsætter, at de personer, der beklæder dem, står i et særligt solidaritetsforhold til staten, og at der

2 — Dom af 8.3.1979, sag 129/78, Lohmann, Sml. s. 853, præmis 3. Generaladvokat Mancini har i sit forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Frankrig, dom af 3.6.1986, sag 307/84, Sml. s. 1725, udtalt, at dette obiter dictum må sidestilles med en »skrivefejl«.

foreligger gensidige rettigheder og forpligtelser, som er grundlaget for tilhørsforholdet som statsborger. Undtaget er kun de stillinger, der i betragtning af de opgaver, og det ansvar, som er forbundet med dem, fremviser de træk, der er karakteristiske for den offentlige forvaltnings særlige virksomhed på de pågældende områder« [3].

Denne strenge fortolkning af begrebet »ansættelser i den offentlige administration« hviler på det fællesskabsretlige grundlag og finder kun anvendelse på adgangen til ansættelse, eftersom en medlemsstat, når den har ansat de andre medlemsstaters statsborgere i sådanne stillinger, som bekendt ikke længere lønmæssigt eller med hensyn til andre arbejdsvilkår kan behandle disse forskelligt [4].

11. Ved gennemgangen af begrebet »tjenestemænd« i forordningens artikel 4, stk. 4, kommer man ind på et andet område, nemlig området for arbejdstageres sociale forsikring, som kun er delvis reguleret af fællesskabsretten. I henhold til Domstolens praksis er traktatens artikel 51, for så vidt som den forudsætter en samordning af medlemsstaternes lovgivning og ikke harmonisering heraf og dermed forskellige rettigheder for arbejdstagere, ikke til hinder for, at de sociale sikringsordninger i de forskellige medlemsstater indeholder forskellige materielle og formelle regler, således at arbejdstagere har forskellige rettigheder, alt efter hvor de er beskæftiget [5].

I henhold til fællesskabsretten skal der kun ske en samordning af medlemsstaternes lovgivninger, hvorfor medlemsstaterne alene er kompetente til at regulere deres sociale sikringsordninger, og Domstolen har ofte understreget, at det tilkommer den enkelte medlemsstat at fastsætte vilkårene for retten eller forpligtelsen til at blive tilknyttet en social sikringsordning eller en bestemt gren af en sådan, idet der dog ikke herved må ske en forskelsbehandling mellem indenlandske statsborgere og statsborgere fra andre medlemsstater [6].

Som det fremgår af en sag, som Domstolen for nylig har truffet afgørelse i, kan medlemsstaten udnytte denne residualkompetence til f.eks. at bestemme, at ansatte ved militæret — altså en persongruppe, der utvivlsomt er bestemt til at besætte »stillinger i den offentlige administration« — samtidig henhører under en særlig ordning for tjenestemænd og for så vidt angår dækningen af udgifter til lægehjælp også under den almindelige syge- og invalideforsikringsordning for arbejdstagere [7].

3 — Jf. dom af 27.11.1991, sag C-4/91, Bleis, Sml. I, s. 5627, præmis 6.

4 — Dom af 16.6.1987, sag 225/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2625, præmis 11.

5 — Dom af 27.9.1988, sag 313/88, Lenoir, Sml. s. 5391, præmis 13.

6 — Dom af 25.2.1986, sag 254/84, De Jong, Sml. s. 671, præmis 13, og af 24.9.1987, sag 43/86, De Rijke, Sml. s. 3611, præmis 12.

7 — Dom af 24.3.1994, sag C-71/93, Van Poucke, Sml. I, s. 1101.

12. Begrebet »tjenestemænd«, som omfattes af undtagelsen i traktatens artikel 48, stk. 4, kan altså ikke udstrækkes til forordningens artikel 4, stk. 4, idet medlemsstaterne ellers ville være forpligtet til at ændre deres sociale sikringsordning. Dette forudsætter en harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om social sikring, hvilket på fællesskabsrettens nuværende trin ikke er muligt.

Det må derfor fastslås, at der ved »tjenestemænd«, som omfattet af forordningens artikel 4, stk. 4, må forstås alle ansatte i den offentlige administration, for hvilke den nationale lovgiver har indført en særlig social sikringsordning, som de pågældende skal være tilknyttet.

Henset til denne fortolkning er det unødvendigt at behandle spørgsmålet, om lægerne ved IKA i dette tilfælde deltager i udøvelse af offentlig myndighed.

Andet spørgsmål: begrebet »særlige ordninger for tjenestemænd« i forordningens artikel 4, stk. 4

13. Den nationale retsinstans' andet præjudicielle spørgsmål er, om man kan tale om en særlig social ordning, når

— den omfatter tjenestemænd eller er baseret på en eksisterende social sikringsordning for en medlemsstats tjenestemænd, eller

— udtrykket »særlig« desuden indebærer, at der skal foreligge andre forhold eller regler, som under ingen omstændigheder kan være mindre fordelagtige end de principper, som forordningen er baseret på.

14. Sagsøgeren i hovedsagen mener, at begrebet »særlige ordninger for tjenestemænd« må fortolkes snævert, og at den omstændighed, at en social sikringsordning udelukkende omfatter tjenestemænd og dermed ligestillede personer, ikke er tilstrækkeligt til, at den kan anses for »særlig«, idet denne betegnelse kun kan finde anvendelse, når der er tale om en særlig karakter af den pågældende ordning, som gør, at anvendelsen af forordningens bestemmelser bliver umulig eller særdeles vanskelig. Da den sociale ordning for de fastansatte læger ved IKA hverken med hensyn til regler eller opbygning objektivt har en sådan særlig karakter fastslår sagsøgeren, at forordningen kan finde anvendelse på ham uden nogen større vanskelighed.

Den tyske og den franske regering samt Kommissionen har anført, at den omstændighed, at der er tale om en særlig ordning for tjenestemænd, som indeholder bestemmelser, der klart adskiller sig fra dem, der gælder for den almindelige ordning, er tilstrækkelig til, at ordningen ikke omfattes af forordningens saglige anvendelsesområde.

Den græske regering har anført, at en social sikringsordning, som omfatter tjenestemænd eller er baseret på en eksisterende social sikringsordning for tjenestemænd i medlemsstaten, må anses for »særlig«, som angivet i forordningens artikel 4, stk. 4.

15. Jeg er vedrørende dette spørgsmål enig med den græske regering. Fællesskabslovgiver har ved at udelukke »særlige ordninger for tjenestemænd eller dermed ligestillede personer« fra forordningens saglige anvendelsesområde tilkendegivet, at samordningen af disse sikringsordninger alene omfatter de almindelige sikringsordninger for arbejdstagere, men ikke de andre ordninger, som medlemsstaterne har indført for hele eller en del af personalet i deres offentlige administrationer. De mere eller mindre alvorlige forskelle, der eksisterer i de enkelte medlemsstater mellem disse særlige ordninger og den almindelige ordning, er efter min mening herved uden betydning.

Der er altså tale om en »særlig ordning for tjenestemænd«, som omhandlet i forordningens artikel 4, stk. 4, når den nationale lovgiver under udøvelse af sin kompetence indfører en social sikringsordning, der er forskellig fra den almindelige ordning, og som omfatter hele eller kun en del af de offentlige ansatte, eller som i dette tilfælde henviser til en i medlemsstaten allerede eksisterende ordning for tjenestemænd. Som jeg tidligere har anført, er den eneste betingelse, at medlemsstaterne ved deres indførelse af disse ordninger skal påse, at der ikke herved skabes en forskelsbehandling mellem deres statsborgere og de øvrige medlemsstaters statsborgere.

Tredje spørgsmål: gyldigheden af forordningens artikel 4, stk. 4

16. Den nationale retsinstans ønsker med dette spørgsmål at få oplyst, om forordningens artikel 4, stk. 4, er ugyldig, fordi den strider mod traktatens artikel 51, litra a), for så vidt som den udelukker særlige ordninger for tjenestemænd fra forordningens anvendelsesområde, og om denne udelukkelse kan fratage en fastansat læge ved IKA, der er underlagt en af disse ordninger, retten til sammenlægning af beskæftigelsesperioder, vedkommende har tilbagelagt i en anden medlemsstat, når henses til, at den nationale sociale ordning for sådanne tjenestemænd gør det muligt at foretage en sådan sammenlægning, når de tidligere perioder er blevet tilbagelagt på nationalt område i tilsvarende offentlige institutioner.

17. Sagsøgeren i hovedsagen har anført, at forordningens artikel 4, stk. 4, er ugyldig, fordi den strider mod to grundlæggende principper i fællesskabslovgivningen vedrørende socialsikring, nemlig princippet om ligebehandling og om samordning af nationale lovgivninger.

Sagsøgeren har vedrørende det første princip anført, at traktatens eneste undtagelse herfra indeholdes i artikel 48, stk. 4, hvorefter i henhold til Domstolens praksis alene de stillinger, som indebærer udøvelse af offentlig myndighed er undtaget fra princippet, og alene gælder for adgang til visse offentlige stillinger, men ikke for personer, som allerede arbejder i administrationen. Derfor er ifølge sagsøgeren den ovenfor nævnte bestemmelse uforenelig med traktaten, idet dens anvendelsesområde er videre, for så vidt som bestemmelsen omfatter tjenestemænd, der som de fastansatte læger er undergivet en særlig sikringsordning, men som ikke omfattes af undtagelsen i artikel 48, stk. 4.

Med hensyn til princippet om samordning af lovgivningerne har sagsøgeren anført, at da artikel 51 ikke indeholder nogen undtagelse, skal tjenestemænd og dermed ligestillede personer — uanset om de undergivet en almindelig sikringsordning eller en særlig ordning — på samme måde som arbejdstagere profitere af retten til fri bevægelighed og samordningen af de nationale lovgivninger på det sociale sikringsområde. Rådet kan nemlig ellers i praksis begrænse visse grupper arbejdstageres grundlæggende ret til fri bevægelighed.

Sagsøgeren har endelig tilføjet, at selv om Rådet skulle kunne indføre en sådan udelukkelse, som figurerer i forordningens artikel 4, stk. 4, skal denne dog være begrundet i objektive og vægtige hensyn, og at forordningen i denne sag intet indeholder herom.

18. Den græske regering har anført, at de pågældende bestemmelser er gyldige og har under henvisning til dommen i sagen Lohmann [8] anført, at udelukkelsen af de særlige ordninger for tjenestemænd eller dermed ligestillede personer fra forordningens saglige anvendelsesområde er hjemlet i traktatens artikel 48, stk. 4, idet denne indeholder en undtagelse fra princippet om arbejdstageres fri bevægelighed med hensyn til ansættelser i den offentlige administration. IKA, Rådet og den tyske regering har anført, at den anfægtede bestemmelse af de samme grunde må anses for gyldig.

19. Den franske regering og Rådet har begge anført, at det afgørende for, om forordningens artikel 4, stk. 4, er forenelig med trakta-

8 — Nævnt under fodnote 2.

tens artikel 51, er, om den pågældende i det konkrete tilfælde fortaber rettigheder, han har efter en national lovgivning på grund af den omstændighed, at de særlige ordninger for tjenestemænd ikke omfattes af forordningens saglige anvendelsesområde. De har dels anført, at i henhold til artikel 2, stk. 3, finder forordningen anvendelse på tjenestemænd og på dermed ligestillede personer, for så vidt som de pågældende er eller har været omfattet af en medlemsstats lovgivning, på hvilken forordningen finder anvendelse, og dels, at artikel 15, stk. 2, i Rådets forordning (EØF) nr. 574/72 af 21. marts 1972 om regler til gennemførelse af forordning (EØF) nr. 1408/71 [9] (herefter »forordning nr. 574/72«) gør det muligt at anse forsikringsperioder, der er tilbagelagt under en særlig ordning for en medlemsstats tjenestemænd som forsikringsperioder, der kan tages i betragtning med henblik på sammenlægning, når der tages hensyn til disse perioder i henhold til en lovgivning i denne medlemsstat, som omfattes af forordningens anvendelsesområde. Når en national lovgivning altså gør det muligt at medregne sådanne forsikringsperioder, vil den pågældende ikke fortabe nogen af sine rettigheder, mens forordning nr. 1408/71 og nr. 574/72 ikke, såfremt den pågældende nationale lovgivning ikke tillader en sådan medregning, vil kunne give arbejdstageren en gunstigere stilling end den, han har efter national lovgivning.

Rådet har afslutningsvis anført, at den sidstnævnte opfattelse indebærer vedtagelse af yderligere samordningsbestemmelser, og at det har fået forelagt et forslag fra Kommissionen med henblik på ændring af forordning nr. 1408/71, som bl.a. indebærer, at de særlige ordninger for tjenestemænd [10] inddrages under forordningens anvendelsesområde.

20. Kommissionen har gennemgået spørgsmålet om bestemmelsens gyldighed og har herved støttet sig på Domstolens praksis vedrørende fortolkningen af traktatens artikel 48 og 51 med henblik på at finde frem til den afgørelse, som bør foreslås den nationale retsinstans. Kommissionen har i sine skriftlige indlæg lagt til grund, at princippet om ligebehandling gælder uden begrænsning for den sociale sikring af medlemsstaternes tjenestemænd og dermed ligestillede personer, eftersom dette princip udgør et arbejdsvilkår; Kommissionen har tilføjet, at princippet om ligebehandling, som formelt består i, at andre medlemsstaters statsborgere skal behandles på samme måde som værtsstatens, indebærer, at forhold, som har fundet sted på en anden medlemsstats område, bør sidestilles med andre lignende forhold, som kan finde sted på værtsstatens område; Kommissionen har konkluderet, at eftersom den græske lovgivning muliggør, at der ved fastsættelsen af alderspensionen foruden perioderne ved IKA kan tages hensyn til de perioder, der er tilbagelagt på andre nationale offentlige hospitaler og institutioner, indebærer princippet om

9 — I den ved nævnte forordning nr. 2001/83 kodificerede udgave.

10 — Forslag til Rådets forordning (EØF) om ændring af forordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet og forordning (EØF) nr. 574/72 om regler til gennemførelse af forordning (EØF) nr. 1408/71 (EFT 1992 C 46, s. 1).

ligebehandling, at de tidligere perioder, som den pågældende har tilbagelagt på offentlige hospitaler i Tyskland, også må tages i betragtning.

Endelig har Kommissionen anført, at den bestemmelse, hvorved forordningens artikel 4, stk. 4, udelukker de særlige ordninger for tjenestemænd fra forordningens saglige anvendelsesområde udgør en lakune, der kan udfyldes, når Rådet har vedtaget det af Kommissionen forelagte forslag [11].

21. Jeg mener, at grunden til, at de særlige ordninger for tjenestemænd eller dermed ligestillede personer ikke omfattes af forordningens saglige anvendelsesområde, ikke skal findes i traktatens artikel 48, stk. 4, men i de dybtgående forskelle mellem de eksisterende nationale ordninger, således at vanskelighederne forekom uoverstigelige for fællesskabslovgiver, da han ville samordne dem.

22. Skønt Rådet endnu ikke har iværksat en samordning af disse ordninger, er det dog forpligtet til at gøre det. Traktatens artikel 51 forpligter det nemlig til på området for social sikring at træffe de foranstaltninger, der er nødvendige for at garantere vandrende arbejdstagere sammenlægning af alle tidsrum, der i de forskellige nationale lovgivninger tages i betragtning med henblik på at indrømme og opretholde retten til ydelser samt på beregning af disse. I praksis består der i medlemsstaterne forskellige ordninger for tjenestemænd, som adskiller sig væsentligt fra en medlemsstat til en anden. Når henses til tendensen i de mest avancerede medlemsstater til at undergive tjenestemændene de almindelige ordninger og til den gradvise ophævelse af de forskelle, som historisk havde kendetegnet de særlige ordninger i forhold til de almindelige ordninger, kan de tekniske vanskeligheder ved samordning af disse ordninger, som Rådet hidtil har kunnet henvise til, imidlertid ikke længere anses for uovervindelige. Dette fremgår helt klart af Kommissionens forslag til nævnte forordning, der, hvis den vedtages, vil indebære, at forordningens saglige anvendelsesområde også vil omfatte de særlige ordninger for tjenestemænd og dermed ligestillede personer.

23. Jeg er enig i Kommissionens synspunkt, hvorefter udelukkelsen i forordningens artikel 4, stk. 4, indebærer en lakune, som Rådet hurtigst muligt må udfylde. Men af følgende grunde mener jeg ikke, at denne bestemmelse bør erklæres ugyldig af Domstolen:

— For det første giver annullation heraf ikke mulighed for at samordne medlems-

11 — Nævnt under fodnote 10.

staternes særlige ordninger for tjenestemænd og forordningens bestemmelser bliver heller ikke direkte anvendelige dér, hvor de ikke tidligere var det.

— Dernæst har forordningens artikel 4, stk. 4, hverken til formål eller til virkning, at medlemsstaternes statsborgere skal fratages eller afholde sig fra at udøve deres ret til fri bevægelighed. Den omstændighed, at de særlige ordninger for tjenestemænd ikke omfattes af forordningens saglige anvendelsesområde, indebærer nemlig ikke automatisk, at en vandrende arbejdstager altid er afskåret fra at få medregnet bidragsperioderne i sådanne ordninger.

24. Der må herved tages hensyn til, at forordningens bestemmelser, som Domstolen ofte har udtalt, netop fordi de er vedtaget i henhold til traktatens artikel 51, må fortolkes i lyset af formålet med denne artikel, som alene består i at bidrage til oprettelsen af den videst mulige frihed for vandrende arbejdstageres frie bevægelighed, et princip som hører til Fællesskabets grundprincipper, og at formålet med artikel 48-51 ikke bliver nået, hvis arbejdstagere efter udøvelse af deres ret til fri bevægelighed vil fortabe de sociale fordele, som en medlemsstats lovgivning sikrer dem [12].

25. For derfor i praksis at afgøre, om en vandrende arbejdstagers pensionsrettigheder er blevet beskåret, fordi han har tilbagelagt en del af sin erhvervsudøvelse under en særlig ordning for tjenestemænd, må man se på de nationale bestemmelser, som finder anvendelse på ham i det konkrete tilfælde.

Som Rådet og den franske regering har anført i deres indlæg bestemmer forordningens artikel 2, stk. 3, at tjenestemænd og dermed ligestillede personer omfattes af forordningens personkreds, såfremt de er eller har været omfattet af en medlemsstats lovgivning, samt at artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 574/72 hjemler ret til at anse forsikringsperioder, der er tilbagelagt under en særlig ordning for en medlemsstats tjenestemænd, som forsikringsperioder, der kan medregnes med henblik på sammenlægning, når disse perioder medregnes i henhold til en lovgivning i denne medlemsstat, som er omfattet af forordningens anvendelsesområde. En vandrende arbejdstager kan derfor udmærket have været tilknyttet en særlig ordning for tjenestemænd, uden at dette indebærer, at hans pensionsrettigheder beskæres, hvis han omfattes af denne bestemmelse.

12 — Dom i sagen De Jong, nævnt under fodnote 6, præmis 14, og dom af 25.2.1986, sag 284/84, Spruyt, Sml. s. 685, præmis 18.

Såfremt der er tale om en særlig ordning for tjenestemænd, der er fuldstændig separat, dvs. som udelukker enhver hensyntagen til bidragsperioder, der er tilbagelagt under en særlig ordning, vil den vandrende arbejdstagers pensionsrettigheder blive beskåret, idet medregningen af tilbagelagte beskæftigelsesperioder i en anden medlemsstat nødvendigvis vil blive afslået. Men da en national bestemmelse med et sådant indhold også indebærer, at arbejdstagere, der ikke har forladt deres land, heller ikke kan få medregnet bidragsperioder, de har tilbagelagt under en almindelig ordning, må det fastslås, at de vandrende arbejdstageres rettighedstab i dette tilfælde ikke beror på udøvelsen af retten til fri bevægelighed.

26. Det må dernæst undersøges, hvilke virkninger den i denne sag særlige ordning for tjenestemænd har, idet ordningen ikke er separat — eftersom der med henblik på indrømmelse af pensionsretten kan tages hensyn til bl.a. beskæftigelsesperioder, som er udført for staten eller for en offentligretlig juridisk person, samt til tjenesteydelser, der er præsteret i hæren som reservist og perioder, hvor der erhvervsmæssigt er udøvet lægevirksomhed — men hvorefter der ikke kan tages hensyn til arbejdsperioder, der er tilbagelagt i udlandet.

Det er uden videre klart, at sagsøgerens pensionsrettigheder er beskåret derved, at han har udnyttet retten til fri bevægelighed: Hvis han i stedet for at rejse til Tyskland og arbejde dér, var forblevet i sit hjemland, ville han blot ved at have udøvet erhvervsvirksomhed som læge inden ansættelsen ved IKA have haft ret til medregning af denne periode efter betaling af et tilbagekøbsbidrag, mens denne mulighed i denne sag ikke foreligger for ham.

27. Dette er ikke det eneste: En bestemmelse som den, jeg er i færd med at undersøge, indeholder en skjult forskelsbehandling efter Domstolens praksis, hvorefter »reglerne om ligestilling ... i traktaten ... forbyder ikke blot åbenlys forskelsbehandling begrundet i nationalitet, men desuden enhver form for skjult forskelsbehandling, som ved anvendelse af andre kriterier og regler fører til samme resultat« [13].

Jeg skal herved anføre, at i henhold til Domstolens praksis har den omstændighed, at sagsøgeren i hovedsagen er græsk statsborger overhovedet ingen betydning for anvendelsen af princippet om forbud mod forskelsbe-

13 — Dom af 12.2.1974, sag 152/73, Sotgiu, Sml. s. 153, præmis 11.

handling. Enhver statsborger i en medlemsstat, som har gjort brug af sin ret i henhold til arbejdskraftens frie bevægelighed, og som har haft beskæftigelse i en anden medlemsstat, er således omfattet af traktatens artikel 48 [14], uanset sin bopæl og sit statsborgerskab.

Det fremgår klart, at den græske lovgivning, som regulerer pensionsretten for de fastansatte læger ved IKA, indeholder en skjult eller maskeret forskelsbehandling: Denne lovgivning kan nemlig ramme statsborgere fra andre medlemsstater langt hårdere end græske statsborgere, eftersom hovedparten af de læger, som vil anmode om en medregning af perioder, der er tilbagelagt ved andre specialinstitutioner end ved IKA, vil have arbejdet i Grækenland og have græsk nationalitet, mens hovedparten af dem, som vil have arbejdet uden for Grækenland, vil være statsborgere i andre medlemsstater.

28. Det fremgår af dommen i sagen Sotgiu [15], at en skjult forskelsbehandling ikke er forbudt ved artikel 48, stk. 2, når forskelsbehandlingen er objektivt begrundet. Ligesom generaladvokat Jacobs i sit forslag til afgørelse i sagen Scholz, er jeg også under behandlingen af spørgsmålet om, hvorvidt denne forskelsbehandling er berettiget, i tvivl om, hvilket formål den nationale regel forfølger [16].

Jeg skal hertil anføre, at hvis der efter denne særlige bestemmelse ved erhvervelse af retten til pension kun kunne tages hensyn til perioder, der var tilbagelagt under andre ordninger for tjenestemænd eller dermed ligestillede personer, kunne man hævde, at bestemmelsens formål var at opretholde den økonomiske ligevægt i de nationale ordninger for tjenestemænd. Men da den pågældende græske ordning bestemmer, at der ikke blot kan medregnes perioder, der er tilbagelagt i statens tjeneste eller for en offentligretlig juridisk person, men også perioder, hvor der udøves erhvervsvirksomhed som læge, mener jeg, at bestemmelsens hovedformål er, at de læger som ansættes ved IKA, fuldt ud kan bevare deres pensionsrettigheder. Hvis dette er bestemmelsens formål, foreligger der ingen objektiv begrundelse for ikke at medregne perioder, der på de samme betingelser som de tilbagelagte perioder i Grækenland er blevet tilbagelagt i en anden medlemsstat af en læge, som har udnyttet sin ret til fri bevægelighed.

29. Jeg mener derfor, at når, som i denne sag en stats særlige ordning for tjenestemænd bestemmer, at dens medlemmer — efter betaling af et tilbagekøbsbidrag — har ret til ved fastsættelsen af deres alderspension at få medregnet perioder, der er tilbagelagt i statens og i offentligretlige juridiske personers tjeneste, er denne stat forpligtet til også at medregne perioder, der er tilbagelagt på de samme vilkår i en anden medlemsstat ved tilsvarende offentlige institutioner.

14 — Dom af 23.2.1994, sag C-419/92, Scholz, Sml. I, s. 505, præmis 9.

15 — Jf. fodnote 13.

16 — Jf. dom i sagen Scholz (nævnt under fodnote 14), Sml. I, s. 514.

Forslag til afgørelse

Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare de spørgsmål, som er forelagt af Elegktiko Sinedrio, således:

»1) Udtrykket 'tjenestemænd' i artikel 4, stk. 4, i forordning (EØF) nr. 1408/71 omfatter alle personer, der er ansat i en offentlig administration, og for hvilke den nationale lovgiver har indført en særlig social sikringsordning, som de pågældende personer skal være medlemmer af. Denne fortolkning af begrebet falder ikke sammen med fortolkningen af begrebet 'tjenestemænd', som omfattes af undtagelsen i traktatens artikel 48, stk. 4. Det er derfor i denne sag unødvendigt at afgøre, om den pågældende har deltaget i udøvelse af offentlig myndighed.

2) Begrebet 'særlig ordning for tjenestemænd eller dermed ligestillede personer' må med henblik på anvendelsen af artikel 4, stk. 4, i forordning nr. 1408/71 forstås således, at det omfatter de sociale sikringsordninger, som medlemsstaterne har indført for deres ansatte i den offentlige administration, og som disse skal være medlem af.

3) Der er ikke ved gennemgangen af denne sag fremkommet noget, der kan rejse tvivl om gyldigheden af artikel 4, stk. 4, i forordning nr. 1408/71. En medlemsstat, som hjemler medlemmer af en særlig ordning for tjenestemænd ret til efter betaling af et tilbagekøbsbidrag ved fastsættelsen af alderspensionen at få medregnet beskæftigelsesperioder for staten og for offentligretlige juridiske personer på dens område, kan dog ikke under henvisning til denne bestemmelse fratage en af dens statsborgere retten til medregning på samme betingelser af perioder, der er tilbagelagt i en anden medlemsstat ved tilsvarende offentlige institutioner.«