FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

fremsat den 2. februar 1999 *

Indhold

I — Indledning ..... I - 1921

II — Retlig ramme ..... I - 1922

A — Nationale bestemmelser ..... I - 1922

a) Tysk ret ..... I - 1922

b) Nederlandsk lovgivning ..... I - 1922

B — Fællesskabsretlige bestemmelser ..... I - 1923

III — Faktiske omstændigheder ..... I - 1926

IV — Præjudicielle spørgsmål ..... I - 1927

V — Besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål ..... I - 1927

A — Første spørgsmål ..... I - 1927

a) Gyldigheden af de omstridte bestemmelser i bilaget ..... I - 1929

b) Hvor bredt kan de omstridte bestemmelser i bilaget fortolkes? ..... I - 1931

c) Den eventuelle umiddelbare anvendelse af traktatens artikel 48 og 51 . I - 1933

d) Nødvendigheden af en klarlægning af Vougioukas-dommen ..... I - 1940

B — Andet spørgsmål ..... I - 1943

VI — Forslag til afgørelse ..... I - 1945

I — Indledning

1. Centrale Raad van Beroep, som i en appelsag skal træffe afgørelse i sagen mellem appellanten, H. Nijhuis, og Landelijk instituut sociale verzekeringen (herefter »LISV«), har i henhold til EF-traktatens artikel 177 indgivet to præjudicielle spørgsmål til Domstolen vedrørende fortolkningen af afsnit I, punkt 4, litra a), i bilag VI til Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemed-

* Originalsprog: græsk.

lemmer, der flytter indenfor Fællesskabet [1], og af afsnit J, punkt 2, litra b), i bilag 2 til Rådets forordning (EØF) nr. 574/72 af 21. marts 1972 om regler til gennemførelse af forordning (EØF) nr. 1408/71 [2]. I det konkrete tilfælde anmodes Domstolen om at afgøre, om en forsikringsperiode, som er tilbagelagt i Nederlandene i henhold til en særlig ordning for tjenestemænd, kan ligestilles med en forsikringsperiode, som er tilbagelagt i henhold til den almindelige forsikringsordning, således at en tjenestemand, der flytter inden for Fællesskabet, og som er blevet uarbejdsdygtig i en anden medlemsstat, kan gøre krav på en nederlandsk forholdsmæssig ydelse.

II — Retlig ramme

A — *Nationale bestemmelser*

a) Tysk ret

2. I henhold til den almindelige ordning i den tyske Angestelltenversicherungsgesetz (lov om socialforsikring af funktionærer) er størrelsen af den ydelse, der udbetales som følge af uarbejdsdygtighed, afhængig af de forsikringsperioder, som er tilbagelagt i henhold til denne lovgivning (lovgivning af type B, således som Domstolen benævnte denne variant i sin dom af 13.11.1997, Grahame og Hollanders [3]).

b) Nederlandsk lovgivning

3. I den foreliggende sag er to forskellige sæt lovbestemmelser relevante:

1) Algemene Burgerlijke Pensioenwet (den almindelige nederlandske lov om alderspension til offentligt ansatte) af 6. januar 1966 (herefter »ABPW«), som affattet på det tidspunkt, da Nijhuis var beskæftiget i Nederlandene. Det er ubestridt, at dette er en særlig ordning udelukkende for tjenestemænd [4]. Nijhuis har i Nederlandene kun været forsikret i henhold til denne særlige ordning; det drejer sig i den forbindelse om en risikoordning (type A), som alle uarbejdsdygtighedsordninger i Nederlandene, dvs. at retten til en ydelse opstår, såfremt den forsikrede begivenhed finder sted, mens arbejdstageren er forsikret i henhold til ordningen.

1 — EFT 1971 II, s. 366.

2 — EFT 1972 I, s. 149.

3 — Sag C-248/96, Sml. I, s. 6407, præmis 14.

4 — Se vedrørende definitionen af en særlig ordning for tjenestemænd og dermed ligestillede personer Domstolens dom af 25.11.1995, sag C-443/93, Vougioukas, Sml. I, s. 4033, præmis 23-27.

2) Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering (lov om forsikring ved uarbejdsdygtighed) af 18. februar 1966 (herefter »WAO«), som indeholder bestemmelser om en tvungen invalideforsikring af arbejdstagerne. I henhold til denne lov har arbejdstageren ret til en ydelse, såfremt han var forsikret på det tidspunkt, da den pågældende bliver uarbejdsdygtig (ordning af type A), og derefter har været uarbejdsdygtig uafbrudt i 52 uger. Størrelsen af ydelsen beregnes i forhold til uarbejdsdygtighedsgraden og den pågældendes løn pr. dag.

WAO trådte i kraft den 1. juli 1967. I henhold til denne lov kan der ikke tages hensyn til forsikringsperioder før denne dato. Endvidere er tjenestemænd og militærpersoner udelukket fra denne ordning (artikel 6, stk. 1). Fra den 1. oktober 1976 er sidstnævnte grupper derimod omfattet af Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (den almindelige lov om uarbejdsdygtighed) af 11. december 1975 (herefter »AAW«), der ligeledes er en risikoordning (type A).

B — *Fællesskabsretlige bestemmelser*

4. EØF-traktatens (nu EF-traktatens) artikel 48 fastlægger arbejdskraftens frie bevægelighed; i stk. 4 er dog bestemt: »Bestemmelserne i denne artikel gælder ikke for ansættelser i den offentlige administration«.

5. I EØF-traktatens (nu EF-traktatens) artikel 51 er endvidere bestemt følgende:

»På forslag af Kommissionen vedtager Rådet med enstemmighed de 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:

a) sammenlægning af alle tidsrum, der i de forskellige nationale 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.«

6. På grundlag af traktatens artikel 51 har Rådet udstedt de allerede nævnte forordninger nr. 1408/71 og 574/72, som navnlig tager sigte på en samordning af de forskellige nationale lovgivninger på det pågældende område med henblik på at sikre, at de arbejdstagere, der benytter sig af arbejdstagernes frie bevægelighed, ikke stilles ringere

end de arbejdstagere, som udfører deres beskæftigelse i én enkelt medlemsstat.

7. Artikel 4, stk. 4, i forordning nr. 1408/71 (som affattet på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, altså i den ændrede og ajourførte version i Rådets forordning (EØF) nr. 2001/83 af 2.6.1983 [5]) indeholdt følgende bestemmelse:

»4. Denne forordning finder hverken anvendelse på ... eller på særlige ordninger for tjenestemænd og dermed ligestillede personer.«

8. Artikel 40, stk. 1, i forordning nr. 1408/71 (som affattet på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen), der omhandler betingelserne for tilkendelse af en invaliditetsydelse, i tilfælde af at arbejdstageren successivt har været omfattet af to eller flere medlemsstaters lovgivning, hvoraf mindst den ene stat ikke knytter ydelsen sammen med forsikringsperiodernes længde (lovgivning af type A, som i dette tilfælde den nederlandske), henviser med hensyn til beregningen til kapitel 3 (Alderdom og dødsfald (pensioner)), navnlig til artikel 46, som regulerer den måde, på hvilken hver af de pågældende institutioner i medlemsstaterne beregner de ydelser, der skal udbetales. I henhold til artikel 46, stk. 2, bliver ydelsen beregnet i forhold til længden af de forsikringsperioder, der er tilbagelagt i henhold til hver lovgivning, som den pågældende har været undergivet, også i tilfælde af at det drejer sig om en lovgivning, ifølge hvilken invaliditetsydelsens størrelse er uafhængig af forsikringsperiodernes længde.

9. Artikel 45, stk. 4, i forordning nr. 1408/71 (som affattet på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen [6]), som bl.a. har til formål at regulere tilfælde, hvor der er et sammenfald mellem lovgivningstypen A og B, giver arbejdstagere, som modtager en invaliditetsydelse i henhold til lovgivningen i en anden medlemsstat, mulighed for også at gøre krav på nederlandske ydelser, som udbetales i henhold til WAO.

10. Med hensyn til anvendelsen af den nederlandske ordning vedrørende uarbejdsdygtighedsforsikring bestemtes det i forordning nr. 1408/71 (som affattet på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hoved-

5 — EFT L 230, s. 6.

6 — »Såfremt en medlemsstats lovgivning, som gør tilkendelse af ydelser betinget af, at arbejdstageren er omfattet af denne lovgivning på tidspunktet for forsikringsbegivenhedens indtræden, ikke stiller krav om forsikringstid af en vis længde, hverken i henseende til erhvervelse af ret til ydelser eller til disses beregning, skal enhver arbejdstager, som ikke længere er omfattet af nævnte lovgivning, ved anvendelsen af bestemmelserne i dette kapitel anses for endnu at være omfattet af den på tidspunktet for forsikringsbegivenhedens indtræden, såfremt den pågældende på det nævnte tidspunkt er omfattet af en anden medlemsstats lovgivning eller, hvis dette ikke er tilfældet, såfremt han kan gøre krav på ydelser efter en anden medlemsstats lovgivning. Denne sidste betingelse anses dog for opfyldt i det i artikel 48, stk. 1, omhandlede tilfælde.«

sagen) i bilag VI, afsnit J (Nederlandene), punkt 4, litra a), følgende:

»Ved anvendelse af artikel 46, stk. 2, i forordningen overholder de nederlandske institutioner følgende bestemmelser:

a) Såfremt den pågældende på det tidspunkt, hvor uarbejdsdygtigheden med invaliditet til følge indtrådte, var arbejdstager i henhold til forordningens artikel 1, litra a), fastsætter den kompetente institution kontantydelsernes størrelse i henhold til bestemmelserne i lov af 18. februar 1966 om forsikring mod uarbejdsdygtighed (WAO) under hensyntagen til:

— de forsikringsperioder, der er tilbagelagt i henhold til ovennævnte lov af 18. februar 1966 (WAO)

— de forsikringsperioder, der efter det fyldte 15. år er tilbagelagt i henhold til lov af 11. december 1975 om uarbejdsdygtighed (AAW), såfremt de ikke er sammenfaldende med de forsikringsperioder, der er tilbagelagt af den pågældende i henhold til ovennævnte lov af 18. februar 1966 (WAO), og

— de perioder med lønnet arbejde og dermed ligestillede perioder, der er tilbagelagt i Nederlandene før den 1. juli 1967.«

11. Endelig er i henhold til bilag 2, afsnit J, punkt 2, litra b), i forordning (EØF) nr. 574/72, som affattet på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging (herefter »NAB«, som den 1.3.1997 er indtrådt i stedet for sagsøgte i hovedsagen, LISV), den kompetente nederlandske institution i sager om tilkendelse af invaliditetsydelser i tilfælde, hvor en arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende har krav på en ydelse i andre tilfælde end udelukkende i henhold til nederlandsk lovgivning og uden anvendelse af forordningen.

Endvidere bestemmes det i artikel 84 i forordning nr. 1408/71 (som affattet på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen), at de kompetente myndigheder og institutioner i medlemsstaterne skal afgive alle oplysninger til hinanden til gennemførelse af forordningen, skal yde hinanden bistand og generelt samarbejde i nødvendigt omfang.

Artikel 86 i forordning nr. 1408/71 (som affattet på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen) bestemmer, at begæringer, erklæringer, klage eller appel, der er indgivet til en myndighed, en institution eller en domstol i en anden stat end den kompetente, straks skal oversendes til den kompetente myndighed eller den kompetente institution i denne stat. Denne bestemmelse skal sikre, at den oprindelige indgivelse til en ikke-kompetent myndighed, en ikke-kompetent institution eller en ikke-kompetent domstol ikke har nogen skadelige følger for så vidt angår antagelsen til realitetsbehandling eller frister.

III — Faktiske omstændigheder

12. Sagsøgeren i hovedsagen, som er nederlandsk statsborger, var fra den 15. oktober 1968 til den 1. oktober 1973 ansat som videnskabelig medarbejder i Nederlandse Organisatie voor Zuiver Wetenschappelijk Onderzoek, Haag, og fra den 1. august 1973 til den 1. april 1974 som lærer ved et gymnasium i Tilburg. I denne periode var han forsikret mod bl.a. risikoen for invaliditet i henhold til ABPW. Ud over disse perioder har sagsøgeren ikke været beskæftiget i Nederlandene, heller ikke som selvstændig.

13. Sagsøgeren var derefter beskæftiget i Tyskland, hvor han fra 1974 indtil den 1. april 1988 var forsikret i henhold til den tyske Angestelltenversicherungsgesetz (lov om socialforsikring af funktionærer). Den 29. marts 1988 blev han uarbejdsdygtig. Ved afgørelse af 4. september 1989 blev han af Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (herefter »BFA«) tilkendt en Erwerbsunfähigkeitsrente (invalidepension) med virkning fra den 9. november 1988. Denne ydelse var beregnet på grundlag af beskæftigelsesperioderne i Tyskland. Der blev ikke taget hensyn til beskæftigelsesperioderne i Nederlandene.

14. Nijhuis indgav begæring om en invalidepension til Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds (den almindelige nederlandske pensionskasse for offentligt ansatte, »ABP«). Nijhuis fik afslag på ansøgningen, hvorefter han ikke foretog sig yderligere over for ABP.

NAB, som den kompetente tyske myndighed havde henvendt sig til, og som i henhold til WAO var den kompetente institution med hensyn til tilkendelse af ydelser ved uarbejdsdygtighed, gav ved afgørelse af 31. januar 1990 Nijhuis afslag på begæringen, da han på det tidspunkt, da han blev uarbejdsdygtig hverken var forsikret i henhold til WAO eller i henhold til AAW, og da han ydermere ikke kunne påberåbe sig forordning nr. 1408/71, fordi han under sin beskæftigelse i Nederlandene havde været forsikret i henhold til ABPW, som er en særlig ordning for tjenestemænd, der ikke var omfattet af forordningen.

15. Sagsøgeren indbragte NAB's afgørelse for Raad van Beroep, Amsterdam, der ved afgørelse af 28. februar 1992 frifandt sagsøgte. Sagsøgeren har derefter indbragt afgørelsen for Centrale Raad van Beroep, Utrecht.

IV — Præjudicielle spørgsmål

16. Centrale Raad van Beroep har i medfør af EF-traktatens artikel 177 anmodet Domstolen om at træffe præjudiciel afgørelse vedrørende følgende spørgsmål:

»1. Skal bestemmelsen i afsnit J, punkt 4, litra a), i bilag VI til forordning (EØF) nr. 1408/71 (som affattet på det relevante tidspunkt) fortolkes således, at når der i overensstemmelse med artikel 46, stk. 2, jf. artikel 45, stk. 4, i forordning (EØF) nr. 1408/71 fastsættes ydelser ved invaliditet til en person, som alene har været beskæftiget i Nederlandene i perioden fra den 15. oktober 1968 til den 1. april 1974, og som i hele perioden var forsikret mod invaliditet i henhold til en særlig ordning for tjenestemænd, og når ligeledes henses til EF-traktatens artikel 48 og 51, også skal tages hensyn til den nævnte periode i henhold til det anførte afsnit i bilaget?

2. Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, er det i så fald den i afsnit J, punkt 2, litra b), i bilag 2 til forordning (EØF) nr. 574/72 angivne institution, der er den kompetente institution ved fastsættelsen af ydelserne vedrørende disse perioder, eller er det den institution, som i henhold til national ret er kompetent med hensyn til invalideforsikringen for tjenestemænd, selv om denne institution ikke er nævnt i bilaget?«

V — Besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål

A — *Første spørgsmål*

17. På grundlag af de faktiske omstændigheder i hovedsagen anmoder Centrale Raad van Beroep om en fortolkning af punkt 4, litra a), afsnit I (efter Spaniens og Portugals tiltræden afsnit J), i bilag VI til forordning nr. 1408/71, på baggrund af traktatens artikel 48-51. Spørgsmålet er åbenbart blevet rejst på grund af de overvejelser, som såvel sagsøgte i hovedsagen som den nederlandske regering og Kommissionen har gjort sig om, at ifølge ordlyden af de omstridte bestemmelser i bilag VI til forordning nr. 1408/71 (som affattet på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen) kan der fra

det tidspunkt, da WAO trådte i kraft, kun tages hensyn til forsikringsperioderne i henhold til WAO og AAW ved anvendelsen af forordningens artikel 46, stk. 2, jf. artikel 45, stk. 5. Derfor kan der ikke tages hensyn til forsikringsperioderne i henhold til ABPW, som Nijhuis har tilbagelagt fra den 15. oktober 1968 til den 1. april 1974, alene af den grund, at de er tilbagelagt efter WAO's ikrafttræden, men inden AAW's ikrafttræden. Den nationale retsinstans ønsker derfor tilsyneladende en afgørelse af, om den er bundet af den ordrette fortolkning af de relevante bestemmelser, eller om den på en eller anden måde kan omgå dem.

18. Herved skal jeg henvise til, at Rådet, under hensyntagen til Kommissionens forslag om ændring af forordning nr. 1408/71 [7] og til Vougioukas-dommen [8], endelig har besluttet at ændre forordning nr. 1408/71 og ved forordning (EF) nr. 1606/98 af 29. juni 1998 at udvide denne til også at omfatte særlige ordninger for tjenestemænd [9].

Jeg skal tillige nævne, at sagsøgte i hovedsagen ved skrivelse af 5. oktober 1998 til Nijhuis — som ligeledes er fremlagt for Domstolen — på grund af ovennævnte ændringer i forordning nr. 1408/71 ved forordning nr. 1606/98 har erklæret sig villig til fra den 25. oktober 1998 — datoen for den nye forordnings ikrafttræden — at tilkende Nijhuis en forholdsmæssig ydelse i henhold til WAO og herved tage hensyn til de forsikringsperioder, som i perioden fra den 15. oktober 1968 til den 1. april 1974 var tilbagelagt i henhold til ABPW.

Denne erklæring fra den sagsøgte institution medfører ikke, at hovedsagens genstand bortfalder, og gør ikke en besvarelse af de præjudicielle spørgsmål fra Centrale Raad van Beroep overflødig, da i hvert fald spørgsmålet stadig består, om Nijhuis har eller ikke har ret til en forholdsmæssig ydelse fra Nederlandene for perioden forud for den 25. oktober 1998 [10].

19. Indledningsvis skal jeg anføre, at besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål må baseres på de principper, som Domstolen har formuleret i den allerede nævnte dom i Vougioukas-sagen. Det forekommer mig derfor praktisk at inddele behandlingen af denne problematik efter hovedlinjerne i denne dom: altså først spørgsmålet om gyldigheden a) og rækkevidden b) og fortolkningen af de relevante bestemmelser i bilag VI til forordning nr. 1408/71 som affattet på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i

7 — EFT 1992 C 46, s. 1.

8 — Fodnote 4.

9 — EFT L 209, s. 1.

10 — I den forbindelse er det af betydning, at der i henhold til artikel 1, punkt 11, i den anførte forordning nr. 1606/98 er indsat en ny artikel 95c i forordning nr. 1408/71, hvis stk. 1 lyder som følger: »Forordning (EF) nr. 1606/98 giver ikke ret til ydelser for noget tidsrum, der ligger forud for den 25.10.1998«.

hovedsagen, og derefter spørgsmålet om, hvorvidt der kan tillægges traktatens artikel 48 og 51 direkte virkning c). Efter denne gennemgang vil det blive klart, at de i Vougioukas-dommen formulerede principper kræver en præcisering d).

a) Gyldigheden af de omstridte bestemmelser i bilaget

20. Er den bogstavelige fortolkning af de omstridte bestemmelser i bilag VI til forordning (EØF) nr. 1408/71, som medfører, at de forsikringsperioder, der er tilbagelagt i henhold til ABPW — en særlig ordning for tjenestemænd — ikke medregnes, og Nijhuis ikke får udbetalt en forholdsmæssig nederlandsk ydelse, forenelig med traktatens artikel 48 og 51?

21. De pågældende bestemmelser i bilag VI til forordning nr. 1408/71 må fortolkes i sammenhæng med forordningens øvrige bestemmelser [11]. På denne baggrund fremgår det klart, således som sagsøgte også har anført, hvorfor de forsikringsperioder, der er tilbagelagt i henhold til ABPW, ikke et nævnt noget sted i bilaget: netop fordi denne lov er en særlig ordning for tjenestemænd, som i henhold til forordningens artikel 4, stk. 4, (som affattet på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen) ikke er omfattet af forordningen. Derfor må der gælde det samme for de omstridte bestemmelser i bilaget, som allerede fastslået med hensyn til forordningens artikel 4, stk. 4.

22. I Vougioukas-dommen udtalte Domstolen, at Rådet ikke til fulde har opfyldt den forpligtelse, der påhviler det i henhold til traktatens artikel 51 — nemlig at indføre en ordning, som gør det muligt for arbejdstagerne at overvinde de vanskeligheder, de eventuelt stilles over for på grund af de nationale regler om social sikring — idet Rådet siden udløbet af overgangsperioden for arbejdskraftens frie bevægelighed ikke har truffet nogen samordningsforanstaltning med henblik på at udvide rækkevidden af forordning (EØF) nr. 1408/71 til også at omfatte de særlige ordninger for tjenestemænd og personer, der kan ligestilles hermed [12]. Selv om tjenestemænd takket være en streng fortolkning af undtagelsesreglen i traktatens artikel 48, stk. 4, har fået større muligheder for at udnytte retten til fri bevægelighed [13], har Rådets langvarige passivitet med hensyn til vedtagelse af samordningsforanstaltninger for de særlige sociale sikringsordninger for denne kategori af arbejdstagere, været en væsentlig hindring for udøvelsen af denne rettighed, og man kan

11 — Jf. dom af 17.10.1995, sag C-227/94, Olivieri-Coenen, Sml. I, s. 3301, præmis 16.

12 — Jf. Vougioukas-dommen, fodnote 4, præmis 30-34.

13 — Domstolen anvender en funktionel fortolkning af begrebet »offentlig administration« og henregner kun forhold under undtagelsen i EF-traktatens artikel 48, stk. 4, der kan karakteriseres som særligt arbejde inden for den offentlige administration, i forbindelse med hvilke der udøves offentlig myndighed og tages ansvar for beskyttelse af statens almene interesser, hvilket i princippet ikke er tilfældet ved ansættelse f.eks. inden for sundhedssektoren, uddannelsessektoren, kunst og videnskaber (forskningscentre) osv. Jf. bl.a. dom af 26.5.1982, sag 149/79, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 1845, af 3.7.1986, sag 307/84, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 1725, af 3.7.1986, sag 66/85, Lawrie-Blum, Sml. s. 2121, og af 16.7.1987, sag 225/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2615.

med føje stille det spørgsmål, om denne passivitet er i overensstemmelse med traktatens formål.

23. Selv om Domstolen ikke fandt den langvarige passivitet berettiget, fandt Domstolen dog ikke, at dette kunne påvirke gyldigheden af artikel 4, stk. 4, i forordning nr. 1408/71, henset til det vide skøn, Rådet har ved valget af de mest egnede foranstaltninger for at nå det i traktatens artikel 51 tilsigtede resultat, og ligeledes henset til Rådets frihed til — i hvert fald delvis — at fravige de i forordning nr. 1408/71 fastsatte fremgangsmåder ved samordningen af de særlige ordninger for tjenestemænd og dermed ligestillede personer [14].

24. Som jeg allerede har anført i mit forslag til afgørelse i sagen Grahame og Hollanders (nævnt i fodnote 3), svarer denne fortolkning dels til karakteren af forordningen som instrument til samordning — og ikke harmonisering — af medlemsstaternes lovgivninger om social sikring, og dels indebærer den meget klart, at stillingen som tjenestemand, som i medfør af traktatens artikel 48 har ret til fri bevægelighed, ikke automatisk sikrer den pågældende de fordele, som forordningen indeholder. Spørgsmålet om, hvorvidt en tjenestemand er omfattet af den pågældende traktatbestemmelse, afhænger af hans stilling i den offentlige administration, mens det for forordningens anvendelse er påkrævet, at han er tilknyttet en national socialsikringsordning, som er omfattet af forordningen, altså en almindelig national sikringsordning. Om dette sidstnævnte er tilfældet afhænger af de materielle betingelser, som den nationale lovgiver har fastsat i henhold til sin — fuldt lovlige — reguleringsfrihed på området for social sikring [15].

25. Der foreligger derfor ingen uoverensstemmelse mellem de pågældende bestemmelser i bilag VI (som affattet på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen) og traktatens artikel 48 og 51, for så vidt de ikke henviser til ABPW til bestemmelse af de perioder, der skal tages hensyn til ved beregningen af den omstridte forholdsmæssige uarbejdsdygtighedsydelse. At WAO udelukker tjenestemænd fra sit anvendelsesområde (artikel 6), og at den nederlandske lovgivning om social sikring i den relevante periode fra den 15. oktober 1968 til den 1. april 1974 indeholdt en særlig ordning for tjenestemænd (ABPW), er irrelevant for gyldigheden af de relevante bestemmelser i for-

14 — Jf. Vougioukas-dommen, fodnote 4, præmis 30-34.

15 — Jf. mit forslag til afgørelse i sagen Grahame og Hollanders, fodnote 3, punkt 48.
Ifølge ovenstående må det forhold, at Nijhuis var ansat i offentlig administration, således som han også selv gør gældende, ikke have nogen begrænsende virkning på hans ret til fri bevægelighed inden for Fællesskabet. Domstolen har på dette punkt i øvrigt som fravigelse af sin opfattelse i Lohmann-dommen (jf. dom af 8.3.1979, sag 129/78, Sml. s. 467, præmis 3) udtalt, at udtrykket »tjenestemænd« i artikel 4, stk. 4, i forordning nr. 1408/71 ikke udelukkende tager sigte på de tjenestemænd, der omfattes af undtagelsen i traktatens artikel 48, stk. 4, hvorved den erkendte, at det personelle anvendelsesområde for denne forordning tillige omfatter tjenestemænd, som udnytter deres ret til fri bevægelighed inden for Fællesskabet (jf. Vougioukas-dommen, nævnt ovenfor, præmis 21). Hertil skal dog bemærkes, at dette sidste ikke betyder, at forordningen automatisk finder anvendelse på disse tjenestemænd, da dens anvendelsesområde (som affattet på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen) ikke omfatter samordning af de særlige ordninger for tjenestemænd som f.eks. ABPW.

ordningen, men er, som sagt, en følge af den fuldt ud lovlige reguleringsfrihed, som den nationale lovgiver har [16].

b) Hvor bredt kan de omstridte bestemmelser i bilaget fortolkes?

26. Selv om Domstolen siden Vougioukas-dommen afstår fra at erklære bestemmelser i forordning nr. 1408/71 for ugyldige [17], henholder den sig tilsyneladende ikke alene til forordningens bestemmelsers ordlyd, men anvender en formålsfortolkning [18], undertiden endog en særdeles vid [19] fortolkning for at sikre gennemførelsen af formålet med EF-traktatens artikel 48 og 51 i størst muligt omfang.

27. Vil en sådan fortolkning give et andet resultat end — i betragtning af Vougioukas-dommen — en bogstavelig fortolkning af de omstridte bestemmelser i bilaget med hensyn til medregning af Nijhuis' forsikringsperioder?

Man kan navnlig sætte spørgsmålstegn ved, om den i fodnote 11 nævnte dom i Olivieri-Coenen-sagen kan anvendes på den foreliggende sag. I den dom udtalte Domstolen, at i henhold til de omstridte bestemmelser i bilag VI til forordning nr. 1408/71 (som affattet på det pågældende tidspunkt) skal inden for rammerne af WAO alle ansættelsesperioder i lønnet beskæftigelse eller dermed ligestillede perioder før den 1. juli 1967, altså før WAO's ikrafttræden [20], medregnes, uanset efter hvilken ordning den pågældende i disse perioder har været forsikret mod invaliditet. Selv det forhold, at det drejede sig om en særlig ordning for tjenestemænd, ændrede ikke noget ved denne fortolkning [21]. Kan man nu på grundlag af denne dom antage, at

16 — Jf. vedrørende bedømmelsen af gyldigheden af bilag I til forordning nr. 1408/71 dom af 12.7.1997, sag C-266/95, Merino García, Sml. I, s. 3301, præmis 27-31, samt forslag til afgørelse fra generaladvokat Fennelly i samme sag (punkt 28).

17 — Før denne dom blev visse bestemmelser i forordningen erklæret ugyldige. Se f.eks. dom af 15.1.1986, sag 41/84, Pinna, Sml. s. 1, hvori artikel 73, stk. 2, om tilkendelse af familietilskud blev erklæret ugyldig, da den var uforenelig med den i EF-traktatens artikel 48 foreskrevne ligebehandling, og dom af 7.7.1988, sag 20/85, Roviello, Sml. s. 2805, hvori forordningens punkt 15 i bilag VI, del C, blev erklæret ugyldig, ligeledes fordi den var uforenelig med den i traktatens artikel 48 foreskrevne ligebehandling.

18 — Ved fortolkningen af bestemmelsen i punkt 4, litra a), i bilag VI til forordning nr. 1408/71 udtalte Domstolen i Olivieri-Coenen-dommen (fodnote 11), at bestemmelserne i bilaget og forordningens øvrige bestemmelser skal fortolkes under ét i lyset af formålet med denne artikel, som er at gennemføre den størst mulige grad af fri bevægelighed for vandrende arbejdstagere, hvilket er en del af Fællesskabets grundlag (præmis 16). Se med hensyn til formålsfortolkningen af forordningens bestemmelser tillige mit forslag til afgørelse i sag C-475/93, Thévenon (punkt 21 ff.), dom af 9.11.1995 (Sml. I, s. 3813).

19 — Se f.eks. Grahame og Hollanders-dommen, der er nævnt i note 3, hvori Domstolen ved fortolkningen af udtrykkene »perioder med lønnet arbejde« eller »dermed ligestillede perioder« i forbindelse med militærtjenesteperioder, som var tilbagelagt før den 1. juli 1967, udtalte, at forordningens bestemmelser kan have et selvstændigt fællesskabsretligt indhold, altså temmelig uafhængigt i forhold til bestemmelserne i den nationale ret, et indhold, der bestemmes af formålet med fællesskabslovgivningen i almen forstand, dvs. traktatens artikel 48 og 51 (præmis 21 og 25-32).

20 — Se herved dommen i sagen Grahame og Hollanders, fodnote 3, præmis 24.

21 — Jf. dommen i sagen Olivieri-Coenen, fodnote 11, præmis 15 og 16. I samme dom udtaler Domstolen: »Såfremt en periode med lønnet beskæftigelse, der er undergivet en særlig ordning for tjenestemænd eller dermed ligestillede personer, ikke blev betragtet som en forsikringsperiode, som omhandlet i bilag V til forordningen [punkt 4, litra a), i afsnittet vedrørende Nederlandene], vil den person, som har tilbagelagt perioden, i strid med traktatens artikel 51, blive stillet ringere, når en medregning af denne periode ikke medfører kumulation af forskellige rettigheder« (præmis 17).

også de forsikringsperioder, der efter den 1. juli 1967 er tilbagelagt i henhold til den særlige ordning for tjenestemænd, som i Nijhuis' tilfælde, skal medregnes for så vidt angår WAO, selv om det i så fald er som beskæftigelsesperioder?

28. Efter min opfattelse kan man ikke hverken i begrundelsen for eller i den mest brede fortolkning af dommen finde nogen begrundelse for en analog anvendelse af Olivieri-Coenen-dommen på den foreliggende sag, og heller ikke ved en systematisk fortolkning af de relevante bestemmelser i bilaget.

Som Kommissionen også har bemærket, indeholder den i Olivieri-Coenen-dommen givne fortolkning af bilaget ikke nogen undtagelse fra at udelukke særlige ordninger for tjenestemænd i henhold til forordningens artikel 4, stk. 4, da de pågældende ikke erhverver nogen som helst ret til pension efter disse ordninger. Perioder, der er tilbagelagt før den 1. juli 1967, medregnes dog ved beregningen af en ydelse i henhold til den generelle ordning, WAO. Disse perioder gælder med andre ord som beskæftigelsesperioder, således som det også udtrykkelig er anført i de omstridte bestemmelser i bilaget, men ikke som forsikringsperioder. Om de skal medregnes har således intet at gøre med arten af den forsikring, der var i disse perioder [22].

For perioden efter den 1. juli 1967, som Nijhuis' forsikringsperioder falder ind under, henviser bilag VI udtrykkeligt til forsikringsperioder i henhold til WAO eller AAW. Forsikringsperioder, der er tilbagelagt i henhold til en anden ordning kan ikke medregnes, heller ikke som beskæftigelsesperioder, idet en sådan kvalifikation ville være i strid med den udtrykkelige formulering i bilaget, hvori der sondres mellem beskæftigelsesperioder før den 1. juli 1967 og forsikringsperioder efter WAO's ikrafttræden.

I øvrigt forekommer en formålsfortolkning af bilaget, i den forstand at forsikringsperioder i henhold til ABPW skulle kunne medregnes, ud fra et systematisk synspunkt ikke muligt. De bestemmelser i bilaget, jeg behandler her, er indført for at garantere, at også personer, der før WAO's ikrafttræden har tilbagelagt beskæftigelsesperioder, er forsikret på samme måde som dem, der har tilbagelagt forsikringsperioder i henhold til denne ordning [23]. Efter WAO's ikrafttræden medregnes alene forsikringsperioder, der er blevet tilbagelagt i henhold til WAO eller AAW. Dette gælder således så meget desto mere for forsikringsperioder, som er tilbagelagt i henhold til en særlig ordning for tjenestemænd. Som sagsøgte i hovedsagen og den nederlandske regering har anført, vil det være paradoksalt at fortolke en samordningsregel

22 — Jf. på dette punkt generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i sagen Olivieri-Coenen, fodnote 11, punkt 12 og 13.

23 — Som sagsøgte i hovedsagen bemærker, har man hermed villet hindre, at vandrende arbejdstagere stilles ringere på grund af overgangen fra det gamle system efter invalideloven til WAO's risikosystem.

på en sådan måde, at der alligevel skal tages hensyn til forsikringsperioder, som udtrykkeligt er udelukket fra forordningens anvendelsesområde. En sådan fortolkning er højst tænkelig, såfremt forordningens artikel 4, stk. 4 (som affattet på tidspunktet for de faktiske omstændigheder) blev fundet ugyldig, fordi den var i strid med traktatens artikel 48 og 51. Dermed ville den tidligere nævnte dom i Vougioukas-sagen, hvor Domstolen udtrykkeligt fastslog gyldigheden af denne bestemmelse, imidlertid blive tilsidesat [24].

c) Den eventuelle umiddelbare anvendelse af traktatens artikel 48 og 51

30. Kommissionen mener — efter eksemplet i den allerede flere gange nævnte dom i Vougioukas-sagen — at traktatens artikel 48 og 51 er umiddelbart anvendelige, hvilket efter dens opfattelse medfører en forpligtelse til at betale Nijhuis en nederlandsk ydelse, der er beregnet forholdsmæssigt efter de forsikringsperioder, som han har tilbagelagt i henhold til ABPW.

29. Af samme grund kan det ikke accepteres, at de omstridte bestemmelser i bilaget indeholder et tomrum med hensyn til de forsikringsperioder, der er tilbagelagt efter en særlig ordning for tjenestemænd fra den 1. juli 1967 til den 1. oktober 1976. I Vougioukas-dommen (nævnt i fodnote 4) nævnes der ganske vist et tomrum, men hermed hentydede Domstolen til den ufuldstændige gennemførelse af traktatens artikel 51, altså til Rådets langvarige passivitet med hensyn til at samordne de særlige ordninger for tjenestemænd, og ikke til et retstomt område i ordets snævreste betydning, som der kun ville have været tale om, såfremt den pågældende ordning blev erklæret for ugyldig eller annulleret, og dette retstomme område skulle udfyldes ved anvendelse af en tidligere ordning, ved analog anvendelse af en anden ordning eller ved anvendelse af en generel bestemmelse.

31. I Vougioukas-dommen har Domstolen ikke underkendt gyldigheden af artikel 4, stk. 4, i forordning nr. 1408/71, men udtalt, at den således fastlagte gyldighed vedrørende udelukkelsen af særlige ordninger for tjenestemænd fra samordningen »[dog ikke] indebærer, at en begæring om sammenlægning må afslås, når begæringen uden videre i medfør af traktatens artikel 48-51 kan imødekommes uden anvendelse af samordningsregler vedtaget af Rådet« [25].

32. For at afgøre, om traktatens artikel 48-51 kan anvendes umiddelbart, og om en sådan anvendelse faktisk giver Nijhuis ret til en forholdsmæssig nederlandsk ydelse, må det undersøges, om betingelserne for umiddelbar

24 — Jf. punkt 23 i mit forslag til afgørelse.

25 — Jf. Vougioukas-dommen, fodnote 4, præmis 36.

anvendelse af disse traktatbestemmelser, som de er formuleret i Vougioukas-dommen og nærmere fastlagt i Domstolens senere afgørelser, er opfyldt.

på grund af den politiske magts frie skøn, er en umiddelbar anvendelse af artikel 51 principielt ikke tænkelig. Derimod skal traktatens artikel 48 anvendes umiddelbart, såfremt det ikke er nødvendigt at henholde sig til de i artikel 51 fastsatte fællesskabsretlige samordningsforanstaltninger.

33. Ifølge Vougioukas-dommen er det en uomgængelig forudsætning for umiddelbar anvendelse af traktatens artikel 48-51, at man ikke behøver at henholde sig til Rådets samordningsforanstaltninger, i dette tilfælde bestemmelserne i forordning nr. 1408/71. Denne betingelse er i fuld overensstemmelse med den måde, på hvilken Domstolen i den pågældende dom har fastslået gyldigheden af forordningens artikel 4, stk. 4 (som affattet på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen) [26]. Mens Domstolen således på den ene side ikke accepterer, at artikel 51 som sådan, dvs. som bestemmelse, der forpligter til vedtagelse af de fornødne samordningsforanstaltninger, er egnet til umiddelbar anvendelse på grund af det vide skøn, som er tillagt Rådet ved valg af foranstaltninger til gennemførelse af traktaten, kan borgerne alligevel ved de nationale retsinstanser umiddelbart påberåbe sig de bestemmelser, som Rådet i medfør af traktaten skal anvende inden for rammerne af artikel 51 [27]. Da forpligtelsen i traktatens artikel 51 og dennes gennemførelse er adskilt fra hinanden

Sidstnævnte betingelse kunne let opfyldes i den reelle situation i Vougioukas-dommen, hvori Domstolen faktisk tillagde traktaten umiddelbar anvendelse. Tvisten i denne sag vedrørte anvendelsen af lovgivningen i én medlemsstat vedrørende anerkendelse af beskæftigelsesperioder, der var tilbagelagt i denne medlemsstat eller i en anden medlemsstat i Fællesskabet for at kunne erhverve ret til pension. Den tekniske samordning af forskellige nationale sociale sikringssystemer blev ikke herved behandlet, fordi det drejede sig hovedsagelig om det personelle anvendelsesområde for forordning nr. 1408/71 og om en national bestemmelse, der medførte forskelsbehandling mellem vandrende og ikkevandrende arbejdstagere inden for Fællesskabet.

34. Med hensyn til retspraksis efter Vougioukas-dommen anfører Kommissionen, at Domstolen ikke lægger nogen særlig vægt på den ovennævnte betingelse for umiddelbar anvendelse af traktatbestemmelserne. Kommissionen henviser navnlig til dom af 30. januar 1997, Stöber og Pereira [28], til støtte for sit synspunkt om dels, at der skal tillægges traktaten umiddelbar anven-

26 — Jf. punkt 23 i mit forslag til afgørelse.

27 — Som det også fremgår af litteraturen, kan borgerne over for medlemsstaterne umiddelbart påberåbe sig princippet om den frie bevægelighed eller princippet om ligebehandling af arbejdstagere inden for rammerne af det sociale sikringssystem, også med hensyn til bestemmelser i en forordning fra Rådet, som er udstedt på grundlag af artikel 51, hvis indhold eller anvendelse ikke er i overensstemmelse med traktatens formål. Jf. Commentaire Megret, *Le droit de la CEE*, del 3. Libre circulation des personnes, des services et des capitaux. Transports, 2. oplag, 1990. Éditions de l'Université de Bruxelles, Études européennes. Collection dirigée par l'Institut d'Études européennes, s. 99 og 100.

28 — Forenede sager C-4/95 og C-5/95, Sml. I, s. 511.

delse, således at retten til en forholdsmæssig ydelse også er sikret for dem, der, som Nijhuis, i de pågældende perioder var forsikret i medfør af en særlig ordning for tjenestemænd, og dels at bestemmelserne i bilag VI til forordning nr. 1408/71 i mangel af særlige fællesskabsretlige samordningsbestemmelser for disse særlige ordninger for tjenestemænd, skal anvendes analogt ved den konkrete beregning af denne forholdsmæssige ydelse.

35. I visse tilfælde har Domstolen tilsyneladende tillagt traktatens artikel 48, stk. 2, umiddelbar anvendelse uden direkte at undersøge, om betingelsen om, at det var nødvendigt at henholde sig til de af Rådet indførte samordningsforanstaltninger var opfyldt [29]. I dommen Stöber og Pereira gik Domstolen endog så vidt som til at fastslå, at de problemer, der ville kunne opstå ved at ophæve et bopælskrav, der var fundet i strid med traktatens artikel 52, som var anvendt i en medlemsstats lovgivning til beregning af familiestøtte, måtte løses ved at anvende bestemmelserne i forordning nr. 1408/71 analogt [30]. Disse domme kan dog ikke fortolkes således, som Kommissionen har fremført i dette tilfælde.

36. For det første fremgår det ved en nærmere gennemgang af den af Kommissionen anførte praksis, at Domstolen stadig anser det for afgørende, at fællesskabslovgiver har vedtaget de nødvendige foranstaltninger til gennemførelse af traktaten, for at denne kan finde umiddelbar anvendelse. Domstolen henviser således i dommen Stöber og Pereira udtrykkeligt til en præmis i sin dom af 4. oktober 1991, Middleburgh, om, at lovgivningen i en medlemsstat, som udelukkede betaling af tilskud til forsørgelse af børn for så vidt angik børn af selvstændige erhvervsdrivende med bopæl i en anden medlemsstat, ikke var uforenelig med traktatens artikel 52, da Rådet i den for denne sag relevante periode endnu ikke havde vedtaget de pågældende foranstaltninger [31]. Domstolen fastholder med andre ord den opfattelse, at umiddelbar anvendelse af traktatens artikel 52 ikke er mulig, så længe anvendelsen kræver visse foranstaltninger — i dette tilfælde for at garantere, at tilskuddene faktisk bruges til underholdet af børn, som den pågældende skal forsørge, og for at undgå kumulation af disse tilskud — som fællesskabslovgiver endnu ikke har vedtaget. Men når sådanne foranstaltninger — som det faktisk er tilfældet i sagen Stöber og Pereira — er blevet vedtaget, kan de anvendes analogt af de nationale myndigheder for at udfylde det tomrum, som de med traktaten uforenelige nationale og derfor uanvendelige bestemmelser har efterladt.

37. For det andet skal jeg understrege, at den af Kommissionen anførte praksis drejer sig om umiddelbar anvendelse af traktatbestem-

29 — Jf. dommene i sagerne Stöber og Pereira samt Merino Carcía, fodnote 28 og fodnote 16. I den beslægtede dom af 5.3.1998, sag C-194/96, Kulzer, Sml. I, s. 895, har Domstolen derimod ikke anset EF-traktatens artikel 48, stk. 2, for umiddelbar anvendelig, fordi det, som generaladvokat Fennelly fremhævede i sit forslag til afgørelse (punkt 61), ikke drejede sig om en vandrende arbejdstager inden for Fællesskabet.
Se endvidere dom af 15.2.1996, sag C-53/95, Kemmler, Sml. I, s. 703, hvori Domstolen tillagde traktatens artikel 52 umiddelbar anvendelse og fastslog, at en medlemsstat ikke må forpligte personer, der allerede er beskæftiget som selvstændige erhvervsdrivende i en anden medlemsstat, hvor de har bopæl og er tilsluttet en social sikringsordning, til at betale bidrag til den sociale sikringsordning for selvstændige erhvervsdrivende, når forpligtelsen ikke yder dem nogen ekstra social beskyttelse (præmis 14).

30 — Jf. dommen i sagen Stöber og Pereira, fodnote 28, præmis 40.

31 — Jf. dommen i sagen Stöber og Pereira, fodnote 28 (præmis 40), sammenholdt med dom af 4.10.1991, sag C-15/90, Middleburgh, Sml. I, s. 4655, præmis 14 og 15.

melserne og den eventuelle analoge anvendelse af bestemmelserne i forordning nr. 1408/71 i tilfælde, der svarer til Vougioukas-sagen, hvori umiddelbar anvendelse af traktatbestemmelserne ikke havde nogen forbindelse med nødvendigheden af at anvende fællesskabsretlige samordningsforanstaltninger, men især med, at nationale foranstaltninger på grund af deres diskriminerende karakter var uforenelige med traktaten [32]. Jeg er dog af den opfattelse, at Domstolens praksis vedrørende forskelsbehandling inden for den nationale lovgivning om social sikring ikke finder anvendelse i dette tilfælde.

38. Ifølge Domstolens praksis skal alle traktatens bestemmelser vedrørende den frie bevægelighed for personer gøre det lettere for EF-borgerne at udøve erhvervsmæssig virksomhed af enhver art på hele Fællesskabets område, og de indeholder et forbud mod en national ordning, som kan skade disse borgere, såfremt de ønsker at udvide deres aktiviteter uden for en enkelt medlemsstats område [33].

Den umiddelbare anvendelse af traktatens artikel 48 ff. betyder således ikke alene, at nationale bestemmelser ikke må medføre forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, dvs. mellem statens egne borgere og borgere fra andre medlemsstater [34], men tillige, at de ikke må medføre forskelsbehandling mellem dem, der gør brug af deres ret til fri bevægelighed, og dem, der ikke har gjort det [35]. Som Kommissionen ligeledes har anført i sine bemærkninger, sammenligner Domstolen den situation, hvori den vandrende arbejdstager befinder sig, efter at han har udnyttet sin ret til fri bevægelighed, med den situation, hvori han ville befinde sig, såfremt han

32 — I dommen Stöber og Pereira (fodnote 28) fastslog Domstolen f.eks. efter fortolkning af artikel 73 i forordning nr. 1408/71, jf. artikel 1, litra a), nr. ii), sammenholdt med bilag I, punkt I, C, litra b), at tilfældene Stöber og Pereira ikke var omfattet af forordningen, og udtalte først, at den tyske lovgiver, i betragtning af forordningens samordnende funktion, frit kunne fastsætte betingelserne for tilkendelse af rettigheder til sociale sikringsydelser, såfremt det ikke medførte en med traktatens artikel 52 uforenelig forskelsbehandling. Derefter anvendte Domstolen de nævnte traktatbestemmelser direkte, idet den fastslog, at den omstridte tyske lovgivning medførte forskelsbehandling og derfor var i strid med traktaten. Domstolen har ligeledes i dommen i Merino García-sagen (fodnote 16), efter at have konstateret; at der ikke forelå omstændigheder, som kunne påvirke gyldigheden af bilag I, punkt 1, litra c), til forordningen, fastslået, at traktatens artikel 48, stk. 2, kunne anvendes umiddelbart på en i strid dermed national ordning, hvorefter en arbejdstager, hvis børn havde bopæl i en anden medlemsstat, ikke have ret til familietilskud i de kalendermåneder, i hvilke han havde haft orlov uden løn, mens arbejdstagere, hvis børn var bosat i den pågældende medlemsstat, havde ret til disse tilskud.
Også i Kemmler-dommen (fodnote 29) har Domstolen anvendt traktatens artikel 52 umiddelbart på nationale bestemmelser, der hindrede udøvelsen af forskellige former for erhvervsvirksomhed i medlemsstaterne i Fællesskabet.

33 — Jf. bl.a. dom af 7.7.1988, sag 143/87, Stanton, Sml. s. 3877, præmis 13. Jf. tillige dom af 7.3.1991, sag C-10/90, Masgio, Sml. I, s. 1119, præmis 16, 17 og 18, samt Vougioukas-dommen, fodnote 4, præmis 39.
På dette punkt fastslår Domstolen, at »selv om traktatens artikel 51 ... lader de sociale sikringsordninger i medlemsstaterne med de forskelle, de har, og følgelig med forskelle i rettighederne for arbejdstagerne dér, bestå, er det dog utvivlsomt, at målet for traktatens artikel 48-51 ikke vil blive nået, hvis vandrende arbejdstagere, som har gjort brug af deres ret til fri bevægelighed, skulle miste de sociale fordele, som sikres dem ved en medlemsstats lovgivning. Dette ville kunne afholde EF-arbejdstagere fra at udøve deres ret til fri bevægelighed, hvilket vil være en hindring for virkeliggørelsen af dette princip«. Jf. dom af 5.10.1994, sag C-165/91, Van Munster, Sml. I, s. 4661, præmis 27, hvori der ligeledes henvises til dom af 4.10.1991, sag C-349/87, Paraschi, Sml. I, s. 4501, præmis 22. Jf. tillige dom af 20.9.1994, sag C-12/93, Drake, Sml. I, s. 4337, præmis 20 og 22.

34 — Jf. f.eks. dom af 18.5.1989, sag 368/87, Hartmann Troiani, Sml. s. 1333, præmis 19 og 21, og af 30.1.1997, sag C-340/94, De Jaeck, Sml. I, s. 461, præmis 36 og 37.

35 — Jf. Vougioukas-dommen, fodnote 4, præmis 38. Se vedrørende dette punkt tillige Commentaire Megret, fodnote 27, side 123.

ikke havde gjort brug af denne rettighed, for at kunne bedømme, om der er tale om en sådan forskelsbehandling [36].

39. Med hensyn til den foreliggende sag er sagsøgeren i hovedsagen og Kommissionen af den opfattelse, at en bogstavelig fortolkning af bilaget medfører, at de, der har udøvet deres ret til fri bevægelighed inden for Fællesskabet, lider skade. Såfremt Nijhuis, ifølge Kommissionen, ikke havde udøvet sin ret til fri bevægelighed, men havde fortsat med at arbejde i Nederlandene og var blevet uarbejdsdygtig der, mens han samtidig var forsikret i henhold til den nederlandske lovgivning, ville han have haft ret til en uarbejdsdygtighedsydelse, som ville være blevet beregnet uafhængigt af forsikringsperiodernes længde. Da han imidlertid har udøvet sin ret til fri bevægelighed, får han ikke nogen ydelse fra Nederlandene, og i Tyskland opnår han kun en tidsmæssigt beregnet ydelse. Efter den opfattelse, som Nijhuis og Kommissionen har, er den manglende udbetaling af en forholdsmæssig nederlandsk ydelse åbenbart i strid med målet med traktatens artikel 48 og 51.

40. Såfremt Nijhuis ved udøvelsen af retten til fri bevægelighed inden for Fællesskabet rent faktisk er blevet stillet ringere, så er det afgørende spørgsmål, hvem der er ansvarlig herfor. Såfremt årsagen er de bestemmelser, der er indført — eller ikke er indført — ved forordning nr. 1408/71, som udelukker de særlige ordninger for tjenestemænd fra anvendelsesområdet, opstår spørgsmålet om forordningens gyldighed i forhold til traktatens artikel 48-51, et spørgsmål, der dels er uafhængigt af den umiddelbare anvendelse af disse bestemmelser i den nationale ret, dels allerede er blevet besvaret i den forstand, at forordningen er gyldig [37]. Det eneste tilfælde, hvor den umiddelbare anvendelse af den relevante traktat kan komme på tale, er det tilfælde, hvor den skade, den vandrende arbejdstager lider, skyldes de nationale bestemmelser [38].

41. Med hensyn til sidstnævnte er de eneste punkter, hvor den nederlandske nationale ordning kan være grunden til, at Nijhuis skades, den omstændighed, at der i de omstridte perioder gjaldt en særlig tjenestemandsordning, ifølge hvilken forsikringsperioder ifølge denne ordning var undtaget fra WAO, at man havde valgt et risikosystem (type A), ifølge hvilket der ikke er ret til nogen ydelse, såfremt den pågældende tog erhvervsmæssig beskæftigelse i Tyskland, og endelig, antager jeg i hvert fald, den omstændighed, at den nederlandske lovgivning, som

36 — Jf. Vougioukas-dommen, fodnote 4, præmis 40 og 41.

37 — Jf. ovenfor, punkt 20 ff. i mit forslag til afgørelse.

38 — I tilfælde af, at dette skyldes begge forhold, således som Kommissionen antyder, forbliver opfattelsen den samme, da umiddelbar anvendelse af traktaten kun omhandler den begrundende del af de nationale bestemmelser. Jeg vil dog understrege, at hvis det accepteres, at ansvaret er delt mellem fællesskabslovgiver og den nationale lovgiver, ville dette kunne medføre, at ansvaret for samordningen af lovgivningen vedrørende social sikring må pålægges national lovgiver. Se endvidere følgende punkt 43.

Kommissionen bemærker, ikke tog hensyn til, at der modtages en tilsvarende ydelse fra en anden medlemsstat.

42. Jeg skal indledningsvis anføre, at alle disse fire punkter uden forskel finder anvendelse på alle tjenestemænd. Det er dog klart, at problemet med at anerkende og sammenlægge perioder, der er tilbagelagt i Nederlandene og i andre medlemsstater i Fællesskabet, kun spiller en rolle for dem, der har udnyttet retten til fri bevægelighed inden for Fællesskabet, og at kun sidstnævnte kan blive udsat for de heraf skadelige følger.

43. Anser man de omhandlede punkter i den nederlandske lovgivning for diskriminerende for vandrende tjenestemænd inden for Fællesskabet, indebærer dette, at man forpligter denne medlemsstat til enten at afskaffe de særlige ordninger for tjenestemænd og dermed ligestillede personer, eller at bestemme, at forsikringsperioder, der er tilbagelagt i medfør af sådanne ordninger, henregnes til de almindelige forsikringsordninger i den pågældende stat, eller at afskaffe forsikringsordninger af type A, eller at fastsætte, at der vil blive taget hensyn til, at der modtages en forholdsmæssig ydelse fra en anden medlemsstat.

Anerkendelse af en sådan forpligtelse ville imidlertid have et resultat, som er i strid med traktatens bestemmelser, idet gyldigheden af nationale ordninger, der efter deres karakter henhører under den nationale lovgivers fuldt lovlige reguleringsfrihed inden for det sociale sikringsområde [39], ville blive anfægtet, i realiteten ikke en gang fordi ordningerne i sig selv skader dem, der udøver deres ret til fri bevægelighed inden for Fællesskabet, men fordi de ikke er samordnet — og endnu mindre harmoniseret — med ordningerne i en anden medlemsstat [40]. Men det ville dog være paradoksalt at sætte de omstridte bestemmelser i forordningen ud af kraft ved at lægge ansvaret for samordningen — eller harmoniseringen — af medlemsstaternes

39 — Jf. ovenfor, punkt 24 og 25. Herom har Domstolen fastslået, at punkt 4, afsnit I (nu J), i bilag VI til den ændrede forordning nr. 1408/71 ikke er i strid med traktatens artikel 48-51, for så vidt der herved indføres et nyt bedømmelseskriterium, nemlig arbejdstagerens status på tidspunktet for uarbejdsdygtighedens indtræden, når det drejer sig om i henhold til bestemmelsen at fastslå, på grundlag af hvilken nederlandsk ordning, WAO eller AAW, der kan opnås ret til en ydelse. Jf. Drake-dommen, fodnote 33, præmis 18 og 20-25. Med hensyn til hele den nationale lovgivers lovlige reguleringsfrihed på området for social sikring henvises endvidere til dommen i sagen Stöber og Pereira, fodnote 28, præmis 36.

40 — De her nævnte fire punkter i den nederlandske lovgivning, og navnlig det punkt, som Kommissionen lægger vægt på, nemlig at der ikke kan tages hensyn til, at Nijhuis modtager en forholdsmæssig ydelse fra Tyskland, må ikke ligestilles med de nationale bestemmelser, som var til behandling i dommene i følgende sager: Vougioukas (fodnote 4), Grahame og Hollanders (fodnote 3), Stöber og Pereira (note 28), Merino García (fodnote 16), Kemmler (fodnote 29) og Masgio (fodnote 33). I disse sager drejede det sig om betingelserne for anerkendelse eller beregning af en social sikringsydelse, hvor valget af det nationale sociale sikringssystem var givet, i forbindelse med udøvelsen af retten til fri bevægelighed. Derimod kan de punkter i den nederlandske lovgivning, som i det foreliggende tilfælde eventuelt skal vige for traktatbestemmelser, der finder direkte anvendelse, kun medføre forskelsbehandling i kombination med ordningen i en anden medlemsstat. Men medlemsstaterne kan hver især vælge den sociale sikringsordning, som de ønsker, såfremt den er i overensstemmelse med målet med traktaten, og denne ordning kan ikke anses for at være grunden til forskelsbehandling, alene fordi den har skadelige følger, når den kombineres med ordningen i en anden stat. På dette punkt har Domstolen udtalt, at »forbuddet i traktatens artikel 7 og 48, hvorefter ingen medlemsstat inden for traktatens anvendelsesområde må anvende sine retsregler forskelligt ud fra et nationalitetskriterium, omfatter ikke den eventuelle forskelsbehandling, der skyldes manglende overensstemmelse mellem de forskellige medlemsstaters lovgivninger, når disse finder anvendelse på alle, der henhører under deres anvendelsesområde, efter objektive kriterier og uden hensyn til nationalitet«, jf. dom af 28.7.1978, sag 1/78, Kenny, Sml. s. 461, præmis 18.

sociale sikringsordninger over på de nationale lovgivere selv [41].

den i virkeligheden af Domstolen en omvurdering af principperne i denne dom, som indebærer, at de væsentlige punkter i dommen i praksis tilsidesættes.

44. Tager man dette som udgangspunkt og under hensyntagen til ordlyden af Vougioukas-dommen, er umiddelbar anvendelse af traktatens artikel 48 efter min opfattelse ikke mulig i det foreliggende tilfælde, fordi, som sagsøgte i hovedsagen og den nederlandske regering har anført, den måde, hvorpå en eventuel tilkendt nederlandsk forholdsmæssig ydelse beregnes, dvs. samordningen af de forskellige ordninger, under hvilke Nijhuis har været forsikret, ikke er reguleret: Denne beregning er hverken efter traktaten eller efter national lovgivning ufravigelig, hvorfor fællesskabsretlige samordningsforanstaltninger er påkrævet [42].

I den foreliggende sag ville en sådan omvurdering af Vougioukas-dommen, som både Kommissionen i sine bemærkninger og som litteraturen er fortaler for [43], betyde, at så længe Rådet ikke har truffet nogle »tekniske« foranstaltninger for at tilpasse forordningen til de særlige ordninger for tjenestemænd, kan de nationale myndigheder anvende den almindelige ordning i forordning nr. 1408/71 analogt. Kommissionen henviser til sit forslag om ændring af forordningen [44] og anfører, at den løsning, som den eventuelle godkendelse af forslaget ville medføre, i tilfældet med ABPW ville være en analog anvendelse af bestemmelserne i forordningens artikel 45, stk. 4, og artikel 46.

45. Således som Kommissionen fortolker praksis efter Vougioukas-dommen, forlanger

En sådan omvurdering går stik imod Vougioukas-dommen, hvori umiddelbar anvendelse af traktaten udtrykkelig udelukkes i tilfælde af, at anvendelsen — selv om det kun var en analog anvendelse — af forordning nr. 1408/71 er nødvendig. Endvidere ville den umiddelbare anvendelse af traktatbestemmelserne sammen med analog anven-

41 — Som generaladvokat Roemer anførte i sit forslag til afgørelse af 19.12.1968 i dom af 13.2.1969, sag 14/68, Wilhelm m.fl., Sml. 1969, s. 1, navnlig s. 17, org. ref.: Rec. s. 1, navnlig s. 30, »er det alene diskriminationsforbuddets formål at udelukke, at der i medlemsstaterne findes forskellige ordninger, som hviler på statsborgerforholdet. Det er derimod ikke forbuddets opgave at forhindre de ulemper, som den territoriale begrænsning af statsmagten og de statslige love medfører, dvs. at fremme retsenheden i Fællesskabet«.

42 — Dette bestrides i øvrigt heller ikke af Kommissionen, som dels, som allerede anført, går ind for en analog anvendelse af forordningens bestemmelser til beregning af ydelsen, og dels udtrykkeligt i sit skriftlige indlæg understreger, at undladelse af at anvende bestemmelsen i bilag VI til forordningen ikke ville være tilfredsstillende, fordi de øvrige bestemmelser i forordning nr. 1408/71 dermed skulle tages i anvendelse, selv om der i forordningen ikke findes nogen bestemmelse, som ville forpligte de kompetente nederlandske myndigheder til at tilkende en ydelse på grundlag af en forsikring i medfør af den særlige ordning for tjenestemænd.

43 — Jf. P. Mavridis, L'arrêt Vougioukas: une révolution discrète? (Réflexions sur la mobilité et la protection sociale des agent publics en Europe), i *Cahiers de droit européen* 1998, s. 191 ff., især s. 206 ff.

44 — Jf. Kommissionens forslag til en forordning om ændring af forordning nr. 1408/71, fodnote 7.

delse af bestemmelser i forordningen være mulig i særlige tilfælde, der ikke var omfattet af ordlyden af anvendelsesområdet for forordning nr. 1408/71, således at det ikke længere kan gøres gældende, at gyldigheden af forordningens bestemmelser med hensyn til udelukkelse af de særlige ordninger for tjenestemænd stadig er uanfægtet. Sagt på en anden måde måtte forordningen, uanset om forordningens bestemmelser anses for at være gyldige eller ikke, i praksis vige for en samordning — eller harmonisering — af de nationale ordninger, der var tilvejebragt gennem retspraksis ved hjælp af umiddelbar anvendelse af traktaten. Af disse bemærkninger fremgår det derfor klart, at den af Kommissionen foreslåede omvurdering, eller ophævelse, af Vougioukas-dommen ville give dommen et helt andet indhold.

d) Nødvendigheden af en klarlægning af Vougioukas-dommen

46. Som jeg allerede har nævnt nogle gange afhænger løsningen af denne sag, for så vidt det drejer sig om fortolkningen af de omstridte bestemmelser i bilag VI til forordning nr. 1408/71 (som affattet på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen), af, hvilke følger Domstolen vil udlede af Vougioukas-dommen.

47. Selv om Domstolen, som jeg allerede tidligere har anført, til tider synes at anlægge en videre fortolkning af bestemmelserne i forordning nr. 1408/71 ved at tillægge dem et fællesskabsretligt indhold [45], og på den anden side tilsyneladende er villig til at anvende traktatens artikel 48 ff. umiddelbart uden udtrykkeligt at undersøge, om de betingelser, som Vougioukas-dommen stiller [46], er opfyldt, mener jeg alligevel ikke, at Domstolen må gå så vidt som til at fravige indholdet i dommen ved at give efter for en vis tendens til harmonisering af de nationale lovgivninger, som ville være i strid med forordningens udtrykkelige samordnende karakter [47].

48. Jeg skal ikke her gentage de særlige argumenter, der bekræfter denne opfattelse. Jeg skal her kun nævne nogle enkelte punkter i forbindelse med spørgsmålet om, hvorvidt Vougioukas-dommen kræver en nærmere klarlægning med hensyn til gyldigheden og fortolkningen af de omstridte bestemmelser i forordningen.

49. Anerkendelsen i Vougioukas-dommen af gyldigheden af forordningens artikel 4, stk. 4 — den bestemmelse, der udelukker de særlige ordninger for tjenestemænd og dermed ligestillede personer fra forordningens anvendelsesområde, og som er uløseligt forbundet med de her omstridte bestemmelser i bilag VI — er i overensstemmelse med

45 — Jf. fodnote 26.

46 — Jf. ovenfor, punkt 35.

47 — Domstolen har stedse erklæret, at forordning nr. 1408/71 alene tilstræber samordning, og ikke harmonisering, af de nationale lovgivninger. Se bl.a. dom af 6.3.1979, sag 100/78, Rossi, Sml. s. 451, præmis 13, af 12.7.1980, sag 733/79, Laterza, Sml. s. 291, præmis 8, Vougioukas-dommen, fodnote 4, præmis 13, dommen i sagen Stöber og Pereira, fodnote 28, præmis 36, og Merino García-dommen, fodnote 16, præmis 27.

karakteren af den forpligtelse, der i traktatens artikel 51 er pålagt Rådet, til at træffe samordningsforanstaltninger. Men i det omfang denne bestemmelse pålægger en principiel forpligtelse til at vedtage samordningsforanstaltninger, kan der ikke i praksis forventes nogen praktisk betydning af annullation af den manglende vedtagelse af disse foranstaltninger, selv om man ud fra traktatbestemmelserne fastslår, at gyldigheden af de omstridte bestemmelser i bilag VI, for så vidt de hindrer de af Nijhuis i henhold til ABPW tilbagelagte forsikringsperioder i at blive medregnet, er anfægtet, idet en samordning af de omstridte ordninger for tjenestemænd stadig ikke ville være gennemført. Domstolen kan kende en retsakt fra Rådet for ugyldig, men den kan ikke optræde retsskabende i Rådets sted, navnlig ikke såfremt Rådet, som det erkendes i Vougioukas-dommen, har et vidt skøn med hensyn til valg af de mest egnede foranstaltninger [48].

Som generaladvokat Jacobs træffende bemærkede i Hartmann Troiani-sagen, må det, selv om artikel 48 utvivlsomt skal fortolkes bredt, betvivles, om generelle traktatbestemmelser — som f.eks. artikel 48 — kan påberåbes for at udfylde tomrum i den fællesskabsretlige sociale sikringsordning. »Hvis det forholdt sig således, ville lovgivningsbehovet, og navnlig ændringslovgivningen, blive minimal«, som generaladvokat Jacobs udtrykte det [49].

50. Endvidere bør man være klar over, at samordning af de særlige ordninger for tjenestemænd i hvert fald ikke kan opnås ved en analog anvendelse af bestemmelserne i forordning. nr. 1408/71 om samordning af de almindelige forsikringsordninger. Foruden et retstomrum, som der i det foreliggende tilfælde er delte meninger om, hvorvidt det eksisterer [50], er det for en analog anvendelse også nødvendigt, at de tilfælde, der reguleres, har indbyrdes ligheder, hvilket ikke er tilfældet her. Man kan nemlig ikke gøre gældende, at bestemmelserne vedrørende samordning af de generelle ordninger uden videre er egnet til anvendelse på de særlige ordninger. Netop denne mangel af de nødvendige ligheder mellem de tilfælde, der skal reguleres, og den konstatering, at forskellene mellem de særlige ordninger for tjenestemænd i de pågældende medlemsstater oprindelig forekom uoverstigelige, var i øvrigt grunden til, at Domstolen fandt Rådets afventning af samordningsforanstaltninger

48 — Jf. på dette punkt generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer's forslag til afgørelse i Vougioukas-sagen, fodnote 4, punkt 23.
Forpligtelsen i traktatens artikel 51 stemmer overens med de nationale myndigheders pligt til positiv handling ved gennemførelsen af sociale rettigheder i den nationale lovgivning (status positivus). Selv om der i princippet eksisterer en forpligtelse, foreligger der dog stadig ikke noget gennemtvingeligt krav over for de myndigheder, der har forsømt at gøre det nødvendige for at give disse rettigheder en konkret form; sagt på en anden måde, den eventuelle annullation af denne forsømmelse ville ikke medføre den tilsigtede gennemførelse, da der ikke eksisterer nogen anvendelig tidligere ordning, og retsinstansen ikke selv kan fastsætte en ordning i stedet for de kompetente lovgivende eller administrative myndigheder. Kun såfremt myndighederne træffer sådanne foranstaltninger, er det muligt at foretage en indholdsmæssig prøvelse, og kun da kan en annullation af de nye foranstaltninger have en praktisk virkning. De nye foranstaltninger kan i så fald prøves med henblik på de tilsigtede formål, således som de var blevet konkretiseret i den tidligere ordning. I tilfælde af annullation af disse foranstaltninger kan den tidligere ordning anvendes. Ovenstående argumenter bekræftes i Domstolens praksis, hvor det dels er fastslået, at forordning nr. 1408/71 ved hjælp af samordnende foranstaltninger (giver) arbejdstagerne *»rettigheder, som de ikke ellers ville have*, og som derfor bidrager til, at sikre arbejdskraften fri bevægelighed i overensstemmelse med EF-traktatens artikel 51« (jf. dom af 8.4.1992, sag C-62/91, Gray, Sml. I, s. 2737, præmis 10, min fremhævelse), og dels at den kontrol, der skal gennemføres, for så vidt indeholder sikkerhedsventiler, idet »der ikke gennem de fællesskabsretlige regler om social sikring, der udstedes i henhold til traktatens artikel 51, må skabes yderligere forskelle ud over dem, der allerede består på grund af den manglende harmonisering af de nationale lovgivninger« (se Pinna-dommen, fodnote 17, præmis 21).

49 — Jf. generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i sagen Hartmann Troiani, fodnote 34, punkt 23.

50 — Jf. ovenfor, punkt 29.

for de særlige ordninger for tjenestemænd berettiget [51].

51. Endelig kan der ikke, som Kommissionen foreslår, være tale om at anvende den senere fællesskabslovgivning, hvor samordningen er udvidet til at omfatte de særlige ordninger for tjenestemænd, analogt.

Domstolens manglende mulighed for i Rådets sted at opstille regler på et område, hvor Rådet har et frit skøn, påvirkes nemlig ikke af det konkrete indhold af det valg, som Rådet efter anvendelse af sit skøn efter al sandsynlighed vil træffe, eller som det i mellemtiden allerede har truffet vedrørende den måde, hvorpå de særlige ordninger for tjenestemænd skal samordnes [52].

Desuden ville en anvendelse med tilbagevirkende kraft af den nye forordning nr. 1606/98, som i øvrigt i henhold til forordningens artikel 1, punkt 11, udtrykkeligt er udelukket, men som Nijhuis alligevel under den mundtlige forhandling har påberåbt sig, være i strid med retssikkerhedsprincippet, da omstændighederne i hver enkelt sag skal bedømmes efter de bestemmelser, der var gældende på det relevante tidspunkt [53].

51 — Jf. Vougioukas-dommen, fodnote 4, præmis 32.
Af samme grund er der heller ikke her tale om, at en undtagelse erklæres for ugyldig, således at man må falde tilbage på den generelle regel (jf. i den forbindelse følgerne af Pinna-dommen, fodnote 17, dom af 2.3.1989, sag 359/87, Pinna II, Sml. s. 585, præmis 12-17, og generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i denne sag, især punkt 25), fordi der ikke eksisterer nogen generel bestemmelse vedrørende samordningen af de særlige ordninger for tjenestemænd, som visse kategorier så igen ville være udelukket fra. En sådan generel regel mangler helt. Endelig må den manglende samordning af de særlige ordninger for tjenestemænd i hvert fald ikke betragtes som undtagelse fra reglerne om samordning af de almindelige ordninger; og naturligvis heller ikke som en undtagelse fra de bestemmelser, der er gældende for særlige forsikringsordninger for andre grupper af arbejdstagere (jf. artikel 38, stk. 2, og artikel 45, stk. 2, i forordning nr. 1408/71, som affattet på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen); og det kan heller ikke antages, at der er den nødvendige lighed mellem de sidstnævnte særlige ordninger og de særlige ordninger for tjenestemænd, som kan begrunde en analog anvendelse af de samme lovregler.

52 — Derfor mener jeg, at det ikke er nødvendigt at behandle et argument, som LISV har fremsat under den mundtlige forhandling, nemlig at det fremgår af ottende betragtning til og de i forordning nr. 1606/98 indsatte artikler 43a og 53a, at de af Rådet endeligt vedtagne foranstaltninger til samordning af de særlige ordninger for tjenestemænd ikke må ligestilles med bestemmelsen i forordning nr. 1408/71 (artikel 45, stk. 4), således som den var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, der ifølge Kommissionen kan anvendes analogt.

53 — Det er bemærkelsesværdigt, at generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer ganske vist på den ene side i medlemsstaterne signalerede en stærkere og stærkere tendens til at lade landets tjenestemænd være omfattet af de generelle ordninger, samtidig med at de historisk karakteristiske forskelle mellem særlige og generelle ordninger forsvinder, og på den anden side bemærkede, at godkendelsen af Kommissionens forslag ville gøre udvidelsen af anvendelsesområdet for forordning nr. 1408/71 til også at omfatte de særlige ordninger for tjenestemænd mulig, selv om han anerkendte, at der ikke var tale om en forsømmelse, som burde udbedres — hvilket Domstolen derefter fastslog — alligevel ikke drog gyldigheden af forordningens bestemmelser i tvivl og heller ikke modsatte sig en analog anvendelse af de foreslåede nye bestemmelser (se generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer's forslag til afgørelse i sagen Vougioukas, fodnote 4, punkt 22 og 23).
Jf. endvidere Middleburgh-dommen, fodnote 31, hvori Domstolen hverken ville tillade analog anvendelse af de bestemmelser, der var gældende for arbejdstagere i lønnet beskæftigelse, eller bestemmelserne i ændringsforordning nr. 3247/89, hvorved også selvstændige erhvervsdrivende blev omfattet af anvendelsesområdet for forordning nr. 1408/71, selv om ændringsforordningen ganske vist var vedtaget efter den periode, som sagen vedrørte, men dog inden Domstolen afsagde dom i sagen, (præmis 14). For en bekræftelse af denne opfattelse hos Domstolen henvises ligeledes til dommen i sagen Stöber og Pereira, fodnote 28, præmis 40.
Jf. endelig Kemmler-dommen, fodnote 29, hvori Domstolen fastslog, at der ikke kunne udledes nogen rettigheder af forordning nr. 1390/81, artikel 2, for perioder forud for forordningens ikrafttræden; da forordningen først var trådt i kraft efter den i hovedsagen relevante periode, kunne den ikke anvendes på den pågældende tvist (præmis 7).

52. Ligesom Domstolen ikke selv kan fastsætte de samordningsregler, som fællesskabslovgiver burde have vedtaget, er det heller ikke ønskeligt, at der er tvivl om fortolkningen af Vougioukas-dommen. Ud fra et retssikkerhedsmæssigt synspunkt er det således ikke ønskeligt, at de i Vougioukas-dommen formulerede betingelser for umiddelbar anvendelse af traktatens bestemmelser, eller spørgsmålet om gyldigheden af bestemmelser vedrørende samordningsforordninger, der er vedtaget i medfør af traktatens artikel 51, tilsidesættes, således at der i realiteten udvikles en parallel retspraksis, hvori Rådets opgave overtages ved hjælp af umiddelbar anvendelse af traktatbestemmelserne, en proces, som ofte indeholder en underliggende tendens til harmonisering af de nationale lovgivninger.

53. På grundlag af ovenstående foreslår jeg derfor Domstolen at besvare det af Centrale Raad van Beroep stillede første spørgsmål benægtende.

54. Såfremt Domstolen alligevel anlægger den modsatte fortolkning af de omstridte bestemmelser i bilag VI til forordning nr. 1408/71, end den jeg har foreslået her, eller finder, at der i medfør af den umiddelbare anvendelse af traktatens artikel 48-51 bør tilkendes Nijhuis en nederlandsk forholdsmæssig ydelse, anser jeg det af retssikkerhedsmæssige grunde, i betragtning af ændringen i forhold til Vougioukas-dommen, tilrådeligt — således som sagsøgte i hovedsagen og den nederlandske regering har foreslået under den mundtlige forhandling [54] — at de tilbagevirkende virkninger af en dom i den henseende begrænses til kun at omfatte dem, der allerede har anlagt sag eller har indgivet tilsvarende krav for at få en sådan ret til sammenlægning anerkendt [55].

B — *Andet spørgsmål*

55. I betragtning af, at det første spørgsmål blev besvaret benægtende, er en besvarelse af det andet spørgsmål ikke nødvendig. For

54 — Jeg henviser til, at begrænsning af følgerne af en sådan dom til kun at omfatte fremtidige tilfælde (ex tunc) ikke ville være særlig hensigtsmæssig, da forordning nr. 1408/71 fremtidig gælder i den ændrede affattelse i den allerede nævnte forordning nr. 1606/98. I det foreliggende tilfælde ville en tidsmæssig begrænsning af følgerne af en sådan dom kun have nogen mening i form af en begrænsning af omfanget af dens tilbagevirkende kraft.

55 — På det nuværende udviklingstrin af Domstolens praksis, således som det fremgår af Vougioukas-dommen, fodnote 4, kan medlemsstaterne og de kompetente nationale myndigheder med føje forvente, at man ikke behøver at tage hensyn til forsikringsperioderne i henhold til en særlig ordning for tjenestemænd ved beregningen af en forholdsmæssig invaliditetsydelse. Såfremt Domstolen fraveg Vougioukas-dommen afgørende, vil dette medføre alvorlige økonomiske følger, navnlig i betragtning af det store antal retsforhold, som er blevet bragt i stand i god tro i henhold til en fællesskabsretligt gyldigt indført ordning, og på grund af, at medlemsstaterne og de nationale myndigheder har anvendt en fremgangsmåde, der er i strid med fællesskabsretten som følge af en objektiv og alvorlig usikkerhed vedrørende den rigtige betydning af den af Domstolen fortolkede fællesskabsordning. Domstolen ville i så fald selv have medvirket til, at en sådan usikkerhed blev skabt eller forøget. Jf. med hensyn til beskyttelsen af den berettigede forventning, som Domstolen selv har skabt gennem sin praksis, dom af 30.4.1996, sag C-308/93, Cabanis-Issarte, Sml. I, s. 2097, præmis 47 og 48, samt punkt 2 i domskonklusionen.

fuldstændighedens skyld vil jeg dog undersøge det andet spørgsmål, uden hensyn til hvad jeg tidligere har anført.

56. Såfremt Domstolen fastslår, at der tilkommer Nijhuis en forholdsmæssig nederlandsk ydelse, vil udpegningen af den myndighed, der er kompetent til at betale ydelsen, således som sagsøgte i hovedsagen også har anført, afhænge af, hvilket retsgrundlag der vælges for betalingsforpligtelsen.

57. Såfremt Domstolen på grundlag af en udvidet fortolkning af bilaget til forordningen fastslår, at der med hensyn til WAO skal tages hensyn til de omstridte ABPW-perioder, kan der kun være tale om, at den kompetente myndighed er den myndighed, der er angivet i afsnit J, punkt 2, litra b), i bilag 2 til forordning nr. 574/72, nemlig NAB (nu, siden den 1.3.1997, LISV).

58. Men hvis Domstolen udleder direkte af traktatens artikel 48, at der skal tages hensyn til ABPW-perioderne, og altså anvender traktaten i stedet for forordningen, er den kompetente myndighed til fastsættelsen af de i disse perioder optjente rettigheder den myndighed, som efter national ret er kompetent vedrørende invalideforsikring for tjenestemænd [56].

59. Som Kommissionen har fremført under henvisning til retspraksis, bør Domstolen i sin besvarelse i hvert fald understrege, at praktiske vanskeligheder i mangel af særlige ordninger vedrørende betaling af visse kategorier af ydelser, ikke må være til hinder for borgernes rettigheder i henhold til principperne i Fællesskabets sociale sikringsordninger [57]. Endvidere må det anføres, således som det også er bestemt i artikel 84 og 86 i forordning nr. 1408/71, (som affattet på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen), at de nationale myndigheder og instanser, der er kompetente på det sociale sikringsområde i alle tilfælde skal samarbejde med hinanden og skal videresende ansøgninger om ydelser til den kompetente myndighed, når de selv anser sig for ikke at være kompetent, uden at dette må have nogen skadelig virkning for de ydelsesberettigede for så vidt angår frister eller realitetsbehandling af ansøgningen.

56 — Følger man denne fortolkning, har NAB ingen kompetence, idet denne myndighed er kompetent med hensyn til WAO. Selv i tilfælde af at man vælger løsningen med analog anvendelse af bestemmelserne i forordning nr. 1408/71, drejer det sig ved anvendelsen alligevel kun om samordningen af de ordninger, i henhold til hvilke Nijhuis har tilbagelagt forsikringsperioder, og ikke om spørgsmålet om, hvilken myndighed der er kompetent til at fastslå retten til ydelsen. Hvilken myndighed dette er, kan let afgøres, alt efter hvilken forsikringsordning der finder anvendelse.

57 — Jf. dom af 12.7.1990, sag C-236/88, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 3163, præmis 17.

VI — Forslag til afgørelse

60. På baggrund af ovenstående foreslår jeg herefter Domstolen at besvare de spørgsmål, der er forelagt af Centrale Raad van Beroep, således:

»— Bestemmelsen i afsnit J, punkt 4, litra a), i bilag VI til forordning (EØF) nr. 1408/71 (som affattet i den ændrede og ajourførte version af Rådets forordning (EØF) nr. 2001/83 af 2.6.1983) skal fortolkes således, at en person, der i Nederlandene udelukkende har haft lønnet beskæftigelse i perioden fra den 15. oktober 1968 til den 1. april 1974, og i hele den periode har været forsikret med hensyn til invaliditet i henhold til en særlig ordning for tjenestemænd, ikke kan kræve, at denne periode i henhold til forordningens artikel 46, stk. 2, jf. artikel 45, stk. 4, sammenholdt med EF-traktatens artikel 48 og 51, tages i betragtning ved fastsættelsen af en invaliditetsydelse.

— Da det første spørgsmål er besvaret benægtende, findes en besvarelse af det andet præjudicielle spørgsmål ufornøden.«