FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

föredraget den 2 februari 1999 *

Innehåll

I — Inledning ..... I - 1921

II — Tillämpliga bestämmelser ..... I - 1922

A — Nationella bestämmelser ..... I - 1922

a) Tysk rätt ..... I - 1922

b) Den nederländska lagstiftningen ..... I - 1922

B — Gemenskapsrättsliga bestämmelser ..... I - 1923

III — Bakgrund ..... I - 1926

IV — Tolkningsfrågorna ..... I - 1927

V — Svar på ställda frågor ..... I - 1927

A — Den första frågan ..... I - 1927

a) Giltigheten av aktuella regler i bilagan ..... I - 1929

b) Tolkningen av tvistiga regler i bilagan ..... I - 1931

c) Eventuell direkt tillämplighet av artiklarna 48 och 51 i fördraget ..... I - 1933

d) Det nödvändiga förtydligandet av rättsfallet Vougioukas ..... I - 1940

B — Den andra frågan ..... I - 1943

VI — Förslag till avgörande ..... I - 1945

I — Inledning

1. Med föreliggande begäran om förhandsavgörande enligt artikel 177 i EG-fördraget ställer Centrale Raad van Beroep (Nederländerna), som i andra instans skall avgöra tvisten mellan klaganden H. Nijhuis och Landelijk instituut sociale verzekeringen (Nationella institutet för social trygghet, nedan kallat LISV), två frågor rörande tolkningen av bestämmelsen i bilaga 6, avdelning I (Nederländerna), punkt 4 a, till rådets förordning nr 1408/71 (EEG) av den 14 juni 1971 om tillämpning av systemen för social trygghet när anställda eller deras familjemedlemmar flyt-

* Originalspråk: grekiska.

tar inom gemenskapen, [1] och av bestämmelsen i bilaga 2, avdelning I (Nederländerna), punkt 2 b, till rådets förordning nr 574/72 av den 21 mars 1972 om tillämpning av förordning nr 1408/71. [2] Konkret begärs i huvudsak att domstolen skall avgöra om en försäkringsperiod som fullgjorts i Nederländerna enligt ett särskilt system för offentligt anställda skall likställas med en försäkringsperiod som fullgjorts enligt det allmänna systemet, på så vis att en arbetstagare som flyttar inom gemenskapen, och som förklarats vara arbetsoförmögen i en annan medlemsstat, skall medges rätt till en nederländsk proportionellt beräknad pension.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Nationella bestämmelser*

a) Tysk rätt

2. Enligt det allmänna systemet Angestelltenversicherungsgesetz (lag om social trygghet för anställda) beror storleken av en förmån vid arbetsoförmåga på längden av fullgjorda försäkringsperioder enligt denna lag; med andra ord beräknas den på tidsmässig grund [*pro rata temporis*] (typ B-lagstiftning, såsom domstolen kallat sådan lagstiftning i domen av den 13 november 1997 i målet Grahame och Hollanders [3]).

b) Den nederländska lagstiftningen

3. Två olika lagstiftningar är tillämpliga i förevarande mål:

1) Algemene Burgerlijke Pensioenwet (lagen om allmän pension för nederländska offentligt anställda av den 6 januari 1966, nedan kallad ABPW), i den lydelse som gällde vid den tidpunkt då H. Nijhuis arbetade i Nederländerna. Det är inte stridigt att det rörde sig om ett särskilt system som endast var tillämpligt på offentligt anställda. [4] Nijhuis var försäkrad i Nederländerna endast enligt detta system som, liksom alla system för försäkring mot arbetsoförmåga i Nederländerna, var ett så kallat risksystem (typ A), där rätten till en förmån uppstår om försäkringsfallet sker under försäkringsperioden.

1 — EGT L 149, 1971, s. 2; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 57.

2 — EGT L 74, 1972, s. 1; svensk specialutgåva, område 5, volym 1, s. 106.

3 — Mål C-248/96 (REG 1997, s. I-6407), punkt 14.

4 — För begreppet särskild ordning för offentligt anställda och personer som behandlas som sådana, se domen av den 22 november 1995 i mål C-443/93, Vougioukas (REG 1995, s. I-4033), punkterna 23— 27.

2) Genom Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering (lag om försäkring mot arbetsoförmåga av den 18 februari 1966, nedan kallad WAO) infördes en obligatorisk försäkring mot arbetsoförmåga för alla arbetstagare. Enligt denna lag uppstår rätten till en förmån då den berörda parten är försäkrad vid den tidpunkt då arbetsoförmågan inträffar (typ A-system) och då arbetsoförmågan kvarstår under 52 veckor utan avbrott. Förmånens storlek beräknas i förhållande till graden av arbetsoförmåga och till arbetstagarens dagslön.

WAO trädde i kraft den 1 juli 1967. Enligt lagen kan inte någon försäkringsperiod före denna dag beaktas. Dessutom uteslöts offentligt anställda (civila och militära) från dess tillämpningsområde (artikel 6.1). I stället är Algemene Arbeidsgeschiktheidswet (allmän lag om arbetsoförmåga av den 11 december 1975, nedan kallad AAW), som även den utgör ett så kallat risksystem (typ A), från och med den 1 oktober 1976 tillämplig på offentligt anställda.

B — *Gemenskapsrättsliga bestämmelser*

4. Artikel 48 i EEG-fördraget (i dag EG-fördraget) stadfäster principen om arbetstagarnas fria rörlighet men preciserar i fjärde punkten att "bestämmelserna i denna artikel skall inte tillämpas på anställning i offentlig tjänst".

5. För övrigt stadgas i artikel 51 i EEG-fördraget (i dag EG-fördraget):

"Rådet skall enligt förfarandet i artikel 251 besluta om sådana åtgärder inom den sociala trygghetens område som är nödvändiga för att genomföra fri rörlighet för arbetstagare och därvid särskilt införa ett system som tillförsäkrar migrerande arbetstagare och deras familjemedlemmar att:

a) alla perioder som beaktas enligt lagstiftningen i de olika länderna läggs samman för förvärvande och bibehållande av rätten till förmåner och för beräkning av förmånernas storlek,

b) förmånerna betalas ut till personer bosatta inom medlemsstaternas territorier."

6. Rådet har med stöd av artikel 51 i fördraget antagit ovan nämnda förordningar (EEG) nr 1408/71 och nr 574/72, vilkas huvudsakliga syfte är att samordna de olika nationella lagstiftningarna inom ifrågavarande område på så vis att den fria rörligheten för arbetstagare inte skall leda till att de arbetstagare som utnyttjar denna frihet hamnar i en sämre

situation än de arbetstagare som är verksamma i en enda medlemsstat.

7. Artikel 4.4 i förordning (EEG) nr 1408/71 (i den lydelse som gällde vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i huvudmålet, det vill säga den ändrade och uppdaterade lydelsen enligt rådets förordning (EEG) nr 2001/83 av den 2 juni 1983 [5]) stadgade:

"4. Denna förordning gäller inte ... särskilda system för offentligt anställda och personer som behandlas som sådana."

8. Artikel 40.1 i förordning (EEG) nr 1408/71 (i den lydelse som gällde vid den tidpunkt då de faktiska omständigheterna i föreliggande mål inträffade), om villkoren för beviljande av en invaliditetsförmån då arbetstagaren i en följd eller växelvis har omfattats av olika medlemsstaters lagstiftning, av vilka åtminstone en inte låter storleken av förmånen bero på försäkringsperiodernas längd (lagstiftning av typ A, liksom den aktuella nederländska lagstiftningen), hänvisar till bestämmelserna i kapitel 3, om ersättning för ålderdom och dödsfall, för beräkningen av beloppet av förmånen och i synnerhet till artikel 46, om utbetalningen av förmånen från varje berörd nationell försäkringsinstitution. Enligt artikel 46.2 beräknas storleken av förmånen proportionellt på alla försäkringsperioder som har fullgjorts enligt de lagstiftningar som den anställde har omfattats av, även om förmånens belopp enligt en av dessa lagstiftningar inte är beroende av de fullgjorda periodernas längd.

9. För övrigt tillåter artikel 45.4 i förordning (EEG) nr 1408/71 (i den lydelse som gällde vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i förevarande mål [6]), vars syfte särskilt är att garantera samexistensen för system av typen A och system av typen B, i princip en arbetstagare som åtnjuter en invaliditetsförmån enligt en annan medlemsstats lagstiftning att likaledes åtnjuta en nederländsk förmån som han har rätt till enligt WAO.

10. Vad avser tillämpningen av de nederländska reglerna om försäkring mot arbetsoförmåga så stadgades i bilaga 6, avdelning I (Nederländerna), punkt 4 a, till förordning (EEG) nr 1408/71 (i den lydelse som gällde

5 — EGT L 230, 1983, s. 6; svensk specialutgåva, område 5, volym 3, s. 13.

6 — "Om en medlemsstats lagstiftning, som för beviljande av förmåner kräver att en anställd omfattas av dess lagstiftning vid den tidpunkt då försäkringsfallet inträffar, inte ställer några krav beträffande försäkringsperiodernas längd vare sig för rätten till eller beräkningen av förmåner, skall varje anställd som inte längre omfattas av denna lagstiftning vid tillämpningen av detta kapitel fortfarande anses omfattad vid tidpunkten då försäkringsfallet inträffar om han vid den tidpunkten omfattas av en annan medlemsstats lagstiftning, eller om detta inte är fallet, kan ansöka om förmåner enligt en annan medlemsstats lagstiftning. Detta senare villkor skall dock anses vara uppfyllt i det fall som avses i artikel 48.1."

vid relevant tidpunkt i huvudmålet) att:

"Vid tillämpningen av artikel 46.2 i förordningen skall de nederländska institutionerna iaktta följande bestämmelser:

a) om den berörda personen när arbetsoförmågan eller den därav följande invaliditeten inträffade var en anställd i enlighet med artikel 1 a i förordningen skall den behöriga institutionen fastställa beloppet på kontantförmånen i enlighet med bestämmelserna i lagen av den 18 februari 1996 om försäkring mot arbetsoförmåga (WAO) med beaktande av:

— försäkringsperioder som fullgjorts enligt lagen av den 18 februari 1966,

— försäkringsperioder som fullgjorts efter 15 års ålder enligt lagen den 11 december 1975 om arbetsoförmåga (AAW), förutsatt att dessa inte sammanfaller med försäkringsperioder som fullgjorts av den berörda personen enligt lagen av den 18 februari 1966 (WAO),

och

— perioder av avlönat arbete och motsvarande perioder som har fullgjorts i Nederländerna före den 1 juli 1967."

11. Slutligen, enligt bilaga 2, avdelning I, punkt 2 b, till förordning (EEG) nr 574/72, i den lydelse som gällde vid den tidpunkt då de faktiska omständigheterna i huvudmålet inträffade, är Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging (Nya allmänna yrkesföreningen, nedan kallad NAB, som den 1 mars 1997 ersatts av LISV, motpart i huvudförfarandet) enligt nederländsk lagstiftning behörig institution för utbetalning av invaliditetsförmån då arbetstagare, anställda eller inte, har rätt till förmåner på annan grund än enbart enligt nederländsk lagstiftning och utanför förordningens tillämpningsområde.

För övrigt stadgades i artikel 84 i förordning (EEG) nr 1408/71 (i den lydelse som gällde vid tidpunkten då de faktiska omständigheterna i huvudmålet inträffade) att behöriga myndigheter skulle översända information till varandra och att samarbete skulle ske mellan behöriga myndigheter och institutioner i medlemsstaterna vid tillämpningen av förordningen.

Härutöver föreskrevs i artikel 86 i förordning (EEG) nr 1408/71 (i dess lydelse vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i huvudmålet) en skyldighet att utan dröjsmål vidarebefordra en ansökan, en förklaring eller ett överklagande som inkommit till en behörig myndighet, institution eller domstol i en medlemsstat annan än den behöriga staten till behörig myndighet eller institution i behörig medlemsstat. Bestämmelserna i denna artikel garanterar för övrigt att det inte blir några ogynnsamma följder för den berörda parten avseende såväl upptagandet till sakprövning som avseende ankomstdatumet för ansökningar, förklaringar och överklaganden som för första gången tillställts en myndighet, institution eller domstol för avgörande.

III — Bakgrund

12. Klaganden i målet vid den nationella domstolen, H. Nijhuis, en nederländsk medborgare, arbetade som forskningsassistent vid Nederlandse Organisatie voor Zuiver Wetenschappelijk Onderzoek te s-Gravenhage (nederländsk forskningsorganisation för teoretisk vetenskap i Haag) i Nederländerna från den 15 oktober 1968 till den 1 oktober 1973 och från och med den 1 augusti 1973 till den 1 april 1974 som lärare vid universitet i Tilburg. Under dessa perioder var Nijhuis — bland annat — försäkrad enligt ABPW mot invaliditet. Utöver dessa perioder har han inte utövat någon yrkesverksamhet i Nederländerna, inte ens självständig sådan.

13. Därefter arbetade Nijhuis i Tyskland, där han från och med den 1 april 1974 och till den 1 april 1988 var försäkrad enligt det allmänna systemet i Angestelltenversicherungsgesetz. Den 29 mars 1988 blev han arbetsoförmögen. Genom en skrivelse av den 4 september 1989 medgav Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (den tyska federala försäkringskassan för anställda, nedan kallad Bfa) honom rätt till en Erwerbsunfähigkeitsrente (invaliditetspension) med verkan från den 9 november 1988. Storleken av hans pension blev därvid beräknad på grundval av de försäkringsperioder han fullgjort i Tyskland. De perioder som fullgjorts i Nederländerna beaktades inte.

14. Nijhuis ansökte hos Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds (Allmän fond för civila pensioner för offentligt anställda, nedan kallad ABPF) om en förmån för arbetsoförmåga. Denna ansökan avslogs utan att Nijhuis reagerade.

Genom beslut den 31 januari 1990 avslog NAB, dit den behöriga tyska myndigheten vänt sig på grund av dess egenskap av behörig institution för förmåner i form av invaliditetspension enligt WAO, Nijhuis begäran, dels på grund av att han varken varit försäkrad enligt WAO eller AAW vid tidpunkten då hans arbetsoförmåga inträffade, dels på grund av att han inte kunde åberopa förordning (EEG) nr 1408/71 eftersom han, under den tid han var anställd i Nederländerna, varit försäkrad enligt ABPW, ett särskilt system för offentligt anställda som uteslutits från tillämpningsområdet för förordning nr 1408/71.

15. Klaganden i målet vid den nationella domstolen överklagade NAB:s beslut till Raad van Beroep te Amsterdam, men hans talan ogillades genom dom den 28 februari 1992. Ärendet överklagades då till Centrale Raad van Beroep te Utrecht.

IV — Tolkningsfrågorna

16. Centrale Raad van Beroep bedömde det nödvändigt att vända sig till domstolen enligt artikel 177 i EG-fördraget med följande frågor:

"1) Skall bestämmelsen i bilaga 6, avdelning J, punkt 4 a till förordning (EG) nr 1408/71 (i dess lydelse vid den tidpunkt som är relevant i detta mål), tolkas på så sätt att de invaliditetsförmåner som har förvärvats av en person som endast har utövat yrkesverksamhet i Nederländerna från den 15 oktober 1968 till den 1 april 1974, och som under hela den perioden var försäkrad mot invaliditet enligt ett särskilt system för offentligt anställda, skall fastställas med tillämpning av bestämmelserna i artikel 46.2 jämförda med bestämmelsen i artikel 45.4 i förordning (EG) nr 1408/71, och med beaktande av nämnda tidsperiod enligt ovannämnda avdelning i bilagan och med beaktande av artiklarna 48 och 51 i EG-fördraget?

2) Om den första frågan besvaras jakande: Skall den institution som är behörig att fastställa förmåner för dessa tidsperioder vara den institution som är angiven i bilaga 2, avdelning J, punkt 2 b till förordning (EG) nr 574/72 eller den institution som enligt nationell lagstiftning ansvarar för invaliditetsförsäkring för offentligt anställda, trots att sistnämnda institution inte omnämns i ovannämnda bilaga?"

V — Svar på ställda frågor

A — *Den första frågan*

17. Mot bakgrund av de faktiska omständigheterna i huvudförfarandet har Centrale Raad van Beroep frågat domstolen om hur punkten 4 a i vad som vid relevant tidpunkt var avdelning I (numera J, sedan Portugal och Spanien blivit medlemmar) i bilaga 6 till förordning (EEG) nr 1408/71 skall tolkas, mot bakgrund av artiklarna 48—51 i fördraget. Denna fråga förklaras troligen av att den hänskjutande domstolen — liksom såväl motparten i huvudförfarandet, den nederländska regeringen som kommissionen — bedömt att enligt ordaly-

delsen av de omtvistade reglerna i bilaga 6 till förordning (EEG) nr 1408/71 (i den lydelse som gällde vid tidpunkten för faktiska omständigheter i huvudmålet) kan, sedan WAO trätt i kraft, endast de försäkringsperioder som fullgjorts enligt WAO och AAW beaktas vid tillämpningen av artikel 46.2 tillsammans med artikel 45.5 i förordningen. Följaktligen kan inte de försäkringsperioder som fullgjorts av Nijhuis mellan den 15 oktober 1968 och den 1 april 1974 enligt systemet ABPW beaktas, redan av den anledningen att de fullgjorts efter ikraftträdandet av WAO och före ikraftträdandet av AAW. Med beaktande härav är det uppenbart att den hänskjutande domstolen i sak önskar att domstolen skall svara på frågan om en bokstavlig tolkning av ifrågavarande bestämmelser måste göras eller om den nationella domstolen på något sätt kan tolka dem på ett annat sätt.

18. Det bör här noteras att rådet, efter att ha beaktat kommissionens förslag om ändring i förordning (EEG) nr 1408/71 [7] och domen i målet Vougioukas, [8] genom förordning nr 1606/98 av den 29 juni 1998 slutligen beslutat om en ändring i förordning (EEG) nr 1408/71, genom vilken tillämpningsområdet utvidgas till att omfatta särskilda system för offentligt anställda. [9]

Det är likaledes värt att understryka att den institution som är motpart i huvudförfarandet, som en följd av den ovannämnda ändringen i förordning (EEG) nr 1408/71 genom förordning (EG) nr 1606/98, erbjudit Nijhuis rätt till en proportionellt beräknad förmån enligt WAO från och med den 25 oktober 1998, dagen då de nya reglerna trädde i kraft. Detta framgår av ett brev av den 5 oktober 1998 till H. Nijhuis som delgivits domstolen. Samma institution meddelar i samband därmed att de försäkringsperioder som Nijhuis fullgjort enligt ABPW mellan den 15 oktober 1968 och den 1 april 1974 kommer att tas i beaktande.

Denna deklarerade avsikt hos motparten påverkar inte saken i huvudförfarandet och följaktligen heller inte nyttan med att avge ett svar på Centrale Raad van Beroeps tolkningsfråga, eftersom ändamålet med frågan i vart fall är att utröna om H. Nijhuis har rätt till en nederländsk proportionellt beräknad förmån för perioden före den 25 oktober 1998. [10]

19. Det bör inledningsvis understrykas att svaret på frågan kan härledas ur de principer som uttalats i domen i målet Vougioukas. Bedömningen av den ställda frågan måste således struktureras kring de grundläggande linjerna i denna dom: det rör sig, dels, om frågor rörande (a) giltigheten av tvistiga regler i bilaga 6 till förordning (EEG) nr 1408/71, i den lydelse som gällde vid tidpunkten för faktiska omständigheter i huvudförfarandet, och (b) hur dessa regler skall tolkas samt,

7 — EGT C 46, 1992, s. 1.

8 — Nämnd ovan i fotnot 4.

9 — EGT L 209, 1998, s. 1.

10 — I samband härmed bör det understrykas att det genom bestämmelsen i artikel 1.11 i ovan nämnda förordning (EG) nr 1606/98 införts en ny artikel (95 c) i förordning (EEG) nr 1408/71, enligt vilken (punkt 1) "ingen rätt skall förvärvas enligt förordning (EG) nr 1606/98 för en period före den 25 oktober 1998".

dels, (c) om frågan om eventuell direkt effekt av artiklarna 48 och 51 i EG-fördraget. Denna bedömning visar slutligen på (d) nödvändigheten av att förtydliga principerna från domen Vougioukas.

a) Giltigheten av aktuella regler i bilagan

20. Står en bokstavlig tolkning av de omtvistade reglerna i bilaga 6 till förordning (EEG) nr 1408/71 i överensstämmelse med artiklarna 48 och 51 i fördraget då den leder till att de försäkringsperioder som fullgjorts inom ramen för det särskilda systemet för offentligt anställda, ABPW, inte kan beaktas och till att en utbetalning av en nederländsk proportionellt beräknad förmån förvägras H. Nijhuis?

21. De omtvistade bestämmelserna i bilaga 6 till förordning (EEG) nr 1408/71 måste tolkas i ett sammanhang med de andra bestämmelserna i förordningen. [11] Med utgångspunkt från detta framstår det som klart att om de försäkringsperioder som fullgjorts enligt systemet ABPW inte nämns i bilagan beror detta, såsom den institution som är motpart i huvudförfarandet hävdar, just på att detta system är ett särskilt system för offentligt anställda vilka, i enlighet med artikel 4.4. i förordningen (i den lydelse som gällde vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i huvudmålet), uteslutits från denna förordnings tillämpningsområde. Följaktligen finns det anledning att tillämpa samma principer på tvistiga regler i bilagan som på artikel 4.4 i förordningen.

22. Konkret har domstolen i domen i målet Vougioukas, nämnd ovan i fotnot 4, uttalat att då inte någon samordningsåtgärd för att det materiella tillämpningsområdet för förordning (EEG) nr 1408/71 skall utvidgas till de särskilda systemen för offentligt anställda vidtagits sedan utgången av den föreskrivna övergångsperioden i fråga om den fria rörligheten för arbetstagare gått till ända, har rådet inte till fullo uppfyllt den skyldighet som åläggs det enligt artikel 51 i fördraget att skapa ett system som gör det möjligt för arbetstagare att övervinna de svårigheter som de nationella reglerna om social trygghet kan utgöra. [12] Även om möjligheten att utöva rätten till fri rörlighet utökats vad gäller offentligt anställda, genom en restriktiv tolkning av undantaget i artikel 48.4 i fördraget, [13] har rådets långvariga underlåtenhet att samordna reglerna för de särskilda försäkringssystemen för denna kategori av arbetstagare inneburit ett bety-

11 — Se dom av den 17 oktober 1995 i mål C-227/94, Olivieri-Coenen (REG 1995, s. I-3301, punkt 16).

12 — Se domen i målet Vougioukas, nämnd ovan i fotnot 4, punkterna 30— 34.

13 — Domstolen har gjort en formell tolkning av begreppet "offentlig förvaltning" och har uttalat att det undantag som föreskrivs i artikel 48.4 i fördraget endast är tillämpligt på tjänster som har karaktäristiska egenskaper för typiska verksamheter i den offentliga förvaltningen på så vis att de personer som innehar dessa tjänster har befogenhet att utöva myndighet och har ansvaret för skyddet av statens allmänna intressen, medan tjänster i den offentliga förvaltningen som är hänförliga till verksamheter inom till exempel områdena hälsa, utbildning, konst, vetenskap (forskningscentra) etc. är utesluta från denna regels tillämpningsområde. Se särskilt dom av den 26 maj 1982 i mål 149/79, kommissionen mot Belgien (REG 1982, s. 1845; svensk specialutgåva, volym 6, s. 433), av den 3 juni 1986 i mål 307/84, kommissionen mot Frankrike (REG 1986, s. 1725; svensk specialutgåva, volym 8, s. 621), av den 3 juli 1986 i mål 66/85, Lawrie-Blum (REG 1986, s. 2121; svensk specialutgåva, volym 8, s. 667) och av den 16 juni 1987 i mål 225/85, kommissionen mot Italien (REG 1987, s. 2625; svensk specialutgåva, volym 9).

dande hinder för utövandet av denna rättighet, och man har med all rätt kunnat fråga sig om denna underlåtenhet stått i överensstämmelse med fördragets målsättningar.

23. Samtidigt som domstolen konstaterat att den långvariga underlåtenheten inte varit berättigad ansåg den att giltigheten av artikel 4.4 i förordning (EEG) nr 1408/71 inte påverkats härav, eftersom det med hänsyn till det stora utrymme för skönsmässiga bedömningar som står rådet till buds när det gäller valet av de lämpligaste åtgärderna för att uppnå målet i artikel 51 i fördraget står rådet fritt att åtminstone delvis avvika från de metoder som föreskrivits i förordningen i syfte att säkerställa samordningen av de särskilda systemen för offentligt anställda och personer som behandlas som sådana. [14]

24. Såsom jag har understrukit i mitt förslag till avgörande i målet Grahame och Hollander, nämnd ovan i fotnot 3, är ovan nämnd tolkning delvis förenlig med förordningens karaktär av instrument för samordning, och inte för harmonisering, av medlemsstaternas lagar om social trygghet, och delvis visar den att den omständigheten att en person är offentligt anställd och kan utöva rätten till fri rörlighet enligt artikel 48 i fördraget inte automatiskt garanterar att förordningens regler är tillämpliga på honom. Då denna artikel i fördraget är tillämplig på grundval av objektiva kännetecken för ett anställningsförhållande mellan arbetstagaren och den offentliga förvaltningen, blir förordningen tillämplig genom anslutning till ett nationellt system för social trygghet som omfattas av förordningen, med andra ord genom anslutning till ett allmänt system för social trygghet. Denna anslutning är emellertid beroende av de grundläggande villkor som den nationella lagstiftaren fastställt i kraft av den organisatoriska kompetens han, helt legitimt, innehar inom området för social trygghet. [15]

25. Det verkar således som om inte någon som helst oförenlighet föreligger mellan reglerna i bilaga 6 (i den lydelse som gällde vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i föreliggande mål) och artiklarna 48 och 51 i fördraget, eftersom dessa regler inte hänvisar till ABPW för bestämmandet av de perioder som skall beaktas vid beräkningen av den i målet tvistiga proportionellt beräknade invaliditetsförmånen. För övrigt påverkar inte den omständigheten att WAO utesluter offentligt anställda från sitt tillämpningsområde (artikel 6), och att den nederländska lagstiftningen om socialförsäkringar föreskrev att tillämpning av det särskilda systemet (ABPW) på offentligt anställda skulle ske under den i målet aktuella perioden mellan den 15 oktober 1968 och den 1 april 1974, giltigheten av förordningens regler utan hör, vilket jag redan

14 — Se domen i målet Vougioukas, nämnd ovan i fotnot 4, punkt 35.

15 — Se mitt förslag till avgörande i målet Grahame och Hollanders, nämnd ovan i fotnot 3, punkt 48.
I enlighet med vad som sagts ovan kan den omständigheten att Nijhuis, såsom han själv hävdar, varit anställd i den offentliga förvaltningen inte leda till att hans rätt till fri rörlighet inom gemenskapen begränsas. För övrigt har domstolen, med ändring på den punkten av den inställning den tidigare intagit genom domen i målet Lohmann (se domen av den 8 mars 1979, mål 129/78, REG 1979, s. 853, punkt 3), funnit att termen "offentligt anställda" enligt artikel 4.4 i förordning (EEG) nr 1408/71 inte hänför sig endast till de offentligt anställda som undantaget i artikel 48.4 avser; på samma grund har domstolen funnit att förordningens tillämpningsområde innefattar personer som är tjänstemän i den offentliga förvaltningen och som utövar sin rätt till fri rörlighet inom gemenskapen (se domen i målet Vougioukas, nämnd ovan i fotnot 4, punkt 21). Det bör emellertid understrykas att dessa personers innefattande i förordningens personella tillämpningsområde inte automatiskt tillförsäkrar dem att förordningen är tillämplig, eftersom dess (i den lydelse som gällde vid tidpunkten då de faktiska omständigheterna i huvudmålet inträffade) materiella tillämpningsområde inte innefattar samordningen av särskilda system för offentligt anställda, såsom ABPW.

anfört, till den fullt legitima kompetens att själv utforma lagstiftningen som den nederländske lagstiftaren har. [16]

b) Tolkningen av tvistiga regler i bilagan

26. Samtidigt som domstolen sedan domen i målet Vougioukas undvikit att ogiltigförklara bestämmelser i förordning (EEG) nr 1408/71, [17] tycks den inte längre begränsa sig till ordalydelsen av reglerna i denna förordning, utan tycks vilja ge den en teleologisk, [18] ibland till och med maximalistisk, [19] tolkning för att säkerställa ett så fullständigt förverkligande som möjligt av målen med artiklarna 48 och 51 i fördraget.

27. Kan en sådan tolkning leda till en annan lösning än den som en bokstavlig tolkning — med hänsyn till domen i målet Vougioukas — av de tvistiga reglerna i bilagan tycks medföra, vad gäller frågan huruvida H. Nijhuis försäkringsperioder skall beaktas?

Mer precist kan man fråga sig om det är möjligt att tillämpa domen i målet Olivieri-Coenen, nämnd ovan i fotnot 11, på omständigheterna i föreliggande mål. I detta mål fann domstolen att det följde av de tvistiga reglerna i bilaga 6 till förordning (EEG) nr 1408/71 (i den lydelse som gällde vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i det målet) att, inom ramen för WAO, samtliga anställningsperioder eller därmed jämförbara perioder som fullgjorts före den 1 juli 1967, dagen då WAO [20] trädde i kraft, måste beaktas oavsett enligt vilket system som den berörda parten var försäkrad mot invaliditet under dessa perioder. Å andra sidan kunde den omständigheten att det rörde sig om ett särskilt system för offentligt anställda inte förändra denna tolkning. [21] Med beaktande av ovan nämnda dom, kan man

16 — Vad gäller bedömningen av giltigheten av bilaga 1 till förordning (EEG) nr 1408/71, se domen av den 12 juni 1997 i mål C-266/95, Merino García (REG 1997, s. I-3279, punkterna 27— 31) samt generaladvokaten Fennellys förslag till avgörande i detta mål (punkt 28).

17 — Innan denna dom föll har vissa regler i denna förordning ogiltigförklarats. Se, till exempel, domen av den 15 januari 1986 i mål 41/84, Pinna (REG 1986, s. 1; svensk specialutgåva, volym 8, s. 355), där artikel 73.2 i förordningen, rörande utbetalning av familjebidrag, förklarades ogiltig eftersom den ansågs oförenlig med principen om lika behandling enligt artikel 48 i fördraget, liksom domen av den 7 juni 1988 i mål 20/85, Roviello (REG 1988, s. 2805), där bestämmelsen i bilaga 6, punkt 15C, till förordningen förklarades ogiltig, även där på grund av oförenlighet med principen om lika behandling enligt artikel 48 i fördraget.

18 — Genom sin tolkning av bestämmelsen i bilaga 6, punkten 4 a, till förordning (EEG) nr 1408/71 i domen Olivieri-Coenen, nämnd ovan i fotnot 11, har domstolen bedömt att bestämmelserna i bilagan och övriga bestämmelser i förordningen måste tolkas i ett sammanhang och i belysning av deras syfte, vilket är att underlätta den fria rörligheten för migrerande arbetstagare, en princip som är grundläggande för gemenskapen (punkt 16). Rörande den teleologiska tolkningen av förordningens regler, se mitt förslag till dom (punkt 21 f.) i mål C-475/93, Thévenon den 9 november 1995 (REG 1995, s. I-3813).

19 — Se, till exempel, domen i målet Grahame och Hollanders, nämnd ovan i fotnot 3, i vilken, apropå tolkningen av begreppen "anställningsperioder" eller "motsvarande perioder" i förhållande till perioder med militärtjänstgöring fullgjorda före den 1 juli 1967, domstolen i sak fann att bestämmelserna i förordningen kan ha ett uteslutande gemenskapsrättsligt innehåll, således oberoende av bestämmelser i den nationella rätten, som bestäms i förhållande till gemenskapslagstiftningens mer allmänna syften, det vill säga i förhållande till syftena med artiklarna 48 och 51 i fördraget (punkterna 21 och 25— 32).

20 — Angående detta, se även domen i målet Grahame och Hollanders, punkt 24, nämnd ovan i fotnot 3.

21 — Se domen i målet Olivieri-Coenen, nämnd ovan i fotnot 11, punkterna 15 och 16. Såsom domstolen understrukit i denna dom: "om den period av avlönat arbete som omfattades av det särskilda systemet för statligt anställda och personer som behandlas som sådana inte ansågs vara en försäkringsperiod enligt bilaga 5 till förordningen (avsnittet om Nederländerna, punkt 4 a), skulle den person som hade fullgjort perioden drabbas av en nackdel i strid med artikel 51 i fördraget, eftersom ett beaktande av denna period inte medför en dubblering av rättigheter" (punkt 17).

utgå från att försäkringsperioder som fullgjorts enligt det särskilda systemet för offentligt anställda efter den 1 juli 1967, såsom skett för H. Nijhuis, skall beaktas enligt WAO-systemet, även i egenskap av anställningsperioder?

28. Enligt min mening kan en analogisk tillämpning av domen i målet Olivieri-Coenen i förevarande mål varken motiveras av dess andemening, av det tolkningsutrymme som domen kan ge plats för eller av en systematisk tolkning av tillämpliga regler i bilagan.

Från och med den 1 juli 1967, och de försäkringsperioder som fullgjorts av Nijhuis ligger tidsmässigt efter detta datum, hänför sig bilaga 6 uttryckligen till försäkringsperioder som fullgjorts enligt WAO eller AAW. De försäkringsperioder som fullgjorts enligt ett annat system skulle inte kunna beaktas, inte ens som anställningsperioder, då detta skulle stå i strid med den uttryckliga ordalydelsen i bilagan, som gör skillnad på arbetsperioder före den 1 juli 1967 och försäkringsperioder som i tiden ligger efter det att WAO trätt i kraft.

Såsom kommissionen har anfört innebär den tolkning av bilagan som gjorts genom domen i målet Olivieri-Coenen inte något undantag från det uteslutande av särskilda system för offentligt anställda som föreskrivs i artikel 4.4 i förordning (EEG) nr 1408/71, eftersom den berörda parten inte ges någon rätt till pension enligt detta system. Däremot tas de perioder som fullgjorts före den 1 juli 1967 i beaktande vid beräkningen av en förmån enligt det allmänna systemet, WAO. Med andra ord likställs dessa perioder, vilket för övrigt uttryckligen stadgas i tillämpliga bestämmelser i bilagan, med anställningsperioder och inte med försäkringsperioder. Frågan gäller följaktligen huruvida de skall beaktas eller inte, oberoende av vilken typ av försäkring den berörda parten omfattats av under dessa perioder. [22]

För övrigt tycks en teleologisk tolkning av bilagan som innebär att försäkringsperioder som fullgjorts enligt ABPW skall beaktas vara utesluten utifrån ett systematiskt perspektiv. De tillämpliga bestämmelserna i bilagan har upprättats för att tillförsäkra dem som arbetat före ikraftträdandet av WAO [23] ett försäkringsskydd som är enhetligt och likvärdigt det som de som fullgjort försäkringsperioder enligt detta system fått. Efter ikraftträdandet av WAO beaktas endast de försäkringsperioder som fullgjorts enligt WAO eller AAW. Detta gäller *a fortiori* försäkringsperioder som fullgjorts enligt särskilda system för offentligt anställda. Såsom den institution som är motpart i huvudförfarandet, liksom den nederländska regeringen, understryker, skulle det verkligen vara paradoxalt att tolka en samordningsregel på så vis att försäkringsperio-

22 — Se, angående detta, punkterna 12 och 13 i generaladvokaten Lenz förslag till avgörande i målet Olivieri-Coenen, nämnt ovan i fotnot 11.

23 — Som motparten i huvudmålet understryker var huvudsyftet med åtgärden att göra det möjligt för en migrerande arbetstagare att undvika negativa konsekvenser vid övergången från det tidigare systemet, Invaliditetswet, till det så kallade risksystemet WAO.

der som uttryckligen är uteslutna från förordningens tillämpningsområde skall beaktas. En sådan tolkning skulle vara obegriplig såvida inte bestämmelsen i artikel 4.4 i denna förordning (i den lydelse som gällde vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i förevarande mål) skulle anses vara ogiltig på grund av att den stod i strid med artiklarna 48 och 51 i fördraget. En sådan hypotes förutsätter emellertid att man frångår ovan nämnda dom i målet Vougioukas, i vilken uttryckligen frågan har avgjorts på så vis att regeln skall äga giltighet. [24]

29. Av samma orsaker kan man inte hävda att de tvistiga bestämmelserna i bilagan medför en juridisk lucka avseende de försäkringsperioder som fullgjorts enligt ett särskilt system för offentligt anställda efter den 1 juli 1967 och fram till den 1 oktober 1976. Även om det i domen i målet Vougioukas görs gällande att en sådan lucka föreligger måste detta tolkas som en hänvisning till den ihållande frånvaron av förverkligande av artikel 51 i fördraget, det vill säga rådets långvariga underlåtenhet vad gäller samordningen av särskilda system för offentligt anställda, och inte som en hänvisning till en juridisk lucka i termens egentliga betydelse. En sådan skulle endast föreligga om berörd regel skulle befinnas vara ogiltig eller om den skulle upphävas. Behov skulle i sådant fall föreligga att fylla luckan genom tillämpning av ett tidigare gällande regelsystem, genom en analogisk tillämpning av ett annat regelsystem eller genom tillämpning av en mer allmän regel.

c) Eventuell direkt tillämplighet av artiklarna 48 och 51 i fördraget

30. Kommissionen föreslår, i linje med den modell som tillämpades i domen i det ovannämnda målet Vougioukas, att artiklarna 48 och 51 i fördraget skall tillämpas direkt, av vilket enligt kommissionens yttranden skulle följa en skyldighet att bevilja Nijhuis en nederländsk proportionellt beräknad förmån på grundval av de försäkringsperioder som fullgjorts enligt systemet ABPW.

31. Även om giltigheten av artikel 4.4 i förordning (EEG) nr 1408/71 inte ifrågasatts, har det genom domen i målet Vougioukas de facto erkänts att den således uttalade giltigheten av att särskilda system för offentligt anställda uteslutits från samordningen "[inte] leder ... till att en begäran om sammanläggning skall avslås, eftersom denna begäran kan tillmötesgås genom en direkt tillämpning av artiklarna 48—51 i fördraget utan att de samordningsregler som antagits av rådet behöver åberopas". [25]

32. För att ta reda på om en direkt tillämpning av artiklarna 48—51 i fördraget är möjlig och om en sådan faktiskt medför en rätt till en holländsk proportionellt beräknad förmån för Nijhuis måste jag inledningsvis undersöka

24 — Se punkt 23 ovan i mitt förslag till avgörande.

25 — Se punkt 36 i domen i målet Vougioukas, nämnd ovan i fotnot 4.

om villkoren för en direkt tillämpning av dessa artiklar, såsom de definierats genom domen i målet Vougioukas och såsom de uttolkats i domstolens efterföljande rättspraxis, är uppfyllda i målet.

33. Ett oeftergivligt villkor enligt domen i målet Vougioukas för en direkt tillämpning av artiklarna 48—51 i fördraget är, vilket nämnts, att det inte får föreligga något krav på att av rådet antagna samordningsregler, det vill säga i detta fall reglerna i förordning (EEG) nr 1408/71, skall användas. Detta villkor stämmer helt överens med det sätt på vilket domstolen i ovan nämnda dom har erkänt giltigheten av artikel 4.4 i förordningen [26] (i den lydelse som gällde vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i förevarande mål). Inledningsvis måste varje möjlighet till direkt tillämpning av artikel 51 som sådan, det vill säga i egenskap av bestämmelse som kräver att nödvändiga samordningsåtgärder skall antas, uteslutas då rådet besitter en stor befogenhet att genom en skönsmässig bedömning själv välja genom vilka åtgärder fördraget skall förverkligas; även om det förhållandet att enskilda direkt kan göra gällande regler som fördraget ålägger rådet att tillämpa enligt artikel 51 inför nationella domstolar kvarstår. [27] Med andra ord, eftersom hela den politiska maktens behörighet att företa skönsmässiga bedömningar ligger mellan skyldigheten som anges i artikel 51 i fördraget och en tillämpning av artikeln, är en direkt tillämpning av artikel 51 i sak inte tänkbar. Däremot kan artikel 48 tillämpas direkt, givetvis på det villkoret att det inte är nödvändigt att använda sig av gemenskapsrättsliga samordningsregler som upprättats på grundval av artikel 51.

Detta sistnämnda villkor var lätt att uppfylla inom ramen för de faktiska omständigheterna i målet Vougioukas, där en direkt tillämpning av fördraget faktiskt genomfördes. Det rörde sig i det målet om en oklarhet rörande den exklusiva tillämpligheten av en enda medlemsstats lagstiftning rörande erkännandet av anställningsperioder som fullgjorts i den staten eller i en annan medlemsstat i gemenskapen vid bedömningen av rätten till pension. Det rörde sig i sak inte om den tekniska samordningen mellan olika nationella system för social trygghet, utan i huvudsak om tillämpligheten avseende person [*ratione personae*] av förordning (EEG) nr 1408/71 samt om förekomsten av en nationell regel som innebar diskriminering av arbetstagare som förflyttat sig inom gemenskapen i jämförelse med andra arbetstagare.

34. Vad gäller de domar som fallit efter domen i målet Vougioukas hävdar kommissionen i huvudsak att domstolen inte tycks tillmäta ovan nämnt villkor för direkt tillämpning av fördragets artiklar någon särskild betydelse. Kommissionen åberopar särskilt domen av den 30 januari 1997, Stöber och Pereira, [28] till stöd för sin ståndpunkt rörande nödvändigheten dels av en direkt tillämplighet av för-

26 — Se ovan punkt 23 i mitt förslag till avgörande.

27 — Konkret, vilket även hävdas i doktrinen, kan enskilda direkt göra gällande principer om fri rörlighet för arbetstagare eller om lika behandling inom ramen för den sociala trygghetens område, även i förhållande till medlemsstater eller rörande bestämmelser i en förordning av rådet som antagits på grundval av artikel 51 och som inte, i sin lydelse eller sin tillämpning, är förenlig med de syften som fördraget har. Se Commentaire Mégret, *Le droit de la CEE*, volume 3. Libre circulation des personnes, des services et des capitaux. Transports, 2ème édition, 1990, Editions de l'Université de Bruxelles, Études européennes. Collection dirigée par l'Institut d'Études européennes, s. 99— 100.

28 — Förenade målen C-4/95 och C-5/95 (REG 1997, s. I-511).

draget för att skapa en rätt till en proportionellt beräknad förmån även för dem som, liksom Nijhuis, var försäkrade enligt särskilda system för offentligt anställda tjänstemän under relevanta perioder, dels — med beaktande av frånvaron av specifika gemenskapsrättsliga bestämmelser för samordningen av särskilda system för offentligt anställda — av en analogisk tillämpning av bestämmelserna i bilaga 6 till förordning (EEG) nr 1408/71 vid den konkreta beräkningen av den ovan nämnda proportionellt beräknade förmånen.

35. I vissa fall tycks domstolen de facto direkt tillämpa artikel 48.2 i fördraget, utan att uttryckligen undersöka om villkoret att något krav inte får finnas om att av rådet [29] upprättade samordningsvillkor skall användas är uppfyllt. Det stämmer att domstolen i domen i målet Stöber och Pereira har sträckt sig så långt som till att förklara att de problem som kan följa av ett upphävande, på grund av att det står i strid med artikel 52 i fördraget, av ett villkor om bosättning som föreskrivits i en medlemsstats lagstiftning för beräkningen av familjeförmåner, måste lösas genom en analogisk tillämpning av reglerna i förordning (EEG) nr 1408/71. [30] Ovan nämnda domar kan emellertid inte tolkas såsom kommissionen önskar i förevarande mål.

36. Å ena sidan tycks en fördjupad analys av den rättspraxis som åberopas av kommissionen visa att domstolen fortfarande finner att det är behövligt att gemenskapslagstiftaren antar nödvändiga åtgärder för fördragets förverkligande för att fördraget skall kunna bli direkt tillämpligt. Således har domstolen i domen i målet Stöber och Pereira uttryckligen bekräftat den ståndpunkt den antog i sin dom av den 4 oktober 1991 i målet Middleburgh, enligt vilken en medlemsstats lagstiftning som utesluter barnen till en ej anställd arbetstagare som bodde i en annan medlemsstat från rätten till barnbidrag inte är oförenlig med artikel 52 i fördraget, eftersom rådet ännu inte hade vidtagit tillämpningsåtgärder enligt denna artikel vid tidpunkten för relevanta faktiska omständigheter. [31] Med andra ord vidhåller domstolen att den direkta tillämpningen av artikel 52 i fördraget är utesluten i de fall en sådan tillämpning först kräver att vissa åtgärder vidtas — i det aktuella fallet för att säkerställa att bidragen faktiskt användes för underhåll av barn och för att undvika dubblering av sådana förmåner — och den gemenskapsrättsliga lagstiftaren inte vidtagit sådana. Om sådana åtgärder emellertid vidtagits — vilket skett i fråga om domen i målet Stöber och Pereira — kan de nationella myndigheterna tillämpa dem analogiskt för att fylla den lucka som uppstår genom att tillämpning inte sker av nationella regler som är oförenliga med fördraget.

37. Å andra sidan måste det understrykas att den rättspraxis som kommissionen åberopat rör den direkta tillämpningen av artiklar i för-

29 — Se domen i målet Stöber och Pereira, nämnd ovan i fotnot 28, liksom domen i målet Merino García, nämnd ovan i fotnot 16. I den liknande domen av den 5 mars 1998 i mål C-194/96, Kulzer (REG 1998, s. I-895), har domstolen däremot inte direkt tillämpat artikel 48.2 i fördraget eftersom, vilket generaladvokaten Fennelly underströk (punkt 61), det inte rörde sig om en migrerande arbetstagare i det målet. Se även dom av den 15 februari 1996 i mål C-53/95, Kemmler (REG 1996, s. I-703), där domstolen direkt tillämpade artikel 52 i fördraget och fann att denna artikel utgör hinder för medlemsstater att ålägga de personer som redan bedriver en självständig verksamhet i en annan medlemsstat, där de har sitt hemvist och är försäkrade enligt ett system för social trygghet, en skyldighet att betala avgift till systemet för social trygghet, då denna skyldighet inte ger dem något ytterligare socialt skydd (punkt 14).

30 — Se punkt 40 i domen i målet Stöber och Pereira, nämnd ovan i fotnot 28.

31 — Se domen i målet Stöber och Pereira (punkt 40), nämnd ovan i fotnot 28, i förening med domen i mål C-15/90, Middleburgh (REG 1991, s. I-4655, punkterna 14 och 15).

draget och den eventuella analogiska tillämpningen av artiklar i förordning (EEG) nr 1408/71 inom ramen för mål, liknande målet Vougioukas, där den direkta tillämpningen av artiklar i fördraget inte berodde på behovet av gemenskapsrättsliga samordningsåtgärder, utan huvudsakligen på den med fördraget oförenliga karaktären av nationella åtgärder av diskriminerande karaktär. [32] Jag tror emellertid att domstolens rättspraxis rörande diskriminering som förelegat enligt nationella lagstiftningar om social trygghet inte kan tillämpas i förevarande mål.

38. Enligt domstolens praxis syftar helheten av bestämmelserna i fördraget om den fria rörligheten för personer till att underlätta för medborgarna i gemenskapens medlemsstater att utöva all slags yrkesverksamhet inom hela gemenskapens territorium, och de utgör därför hinder för sådana nationella föreskrifter som missgynnar dessa medborgare när de vill utsträcka sina verksamheter utanför en enda medlemsstats territorium. [33]

Följaktligen innebär den direkta tillämpligheten av artikel 48 och följande artiklar i fördraget inte bara att de nationella bestämmelserna inte får införa någon diskriminering på grund av nationalitet mellan egna medborgare och medborgare i andra medlemsstater, [34] utan även att de inte får införa diskriminering mellan de som utövat rätten till fri rörlighet och dem som inte har utövat den. [35] Det är därför, och jag är på denna punkt av samma mening som den som kommission angivit i sina yttranden, som domstolen fastställt frånvaron eller förekomsten av en sådan diskriminering genom att jämföra den situation som den migrerande arbetstagaren befinner sig i när

32 — Som exempel har domstolen, efter att i domen i målet Stöber och Pereira, nämnd ovan i fotnot 28, ha konstaterat att det följde av tolkningen av artikel 73 i förordning (EEG) nr 1408/71, tillsammans med bestämmelsen i artikel 1, a ii, och med bestämmelsen i bilaga 1, punkt I C b i samma förordning, att Stöber och Pereiras fall inte föll under denna förordnings tillämpningsområde, funnit, enligt ovan nämnd förordning som är av samordningskaraktär, att den tyska lagstiftningen var fri att fastställa villkoren för beviljandet av en rätt till en social trygghetsförmån på villkor att diskriminering som är oförenlig med artikel 52 i fördraget inte uppstod. Därefter tillämpade domstolen helt enkelt ovan nämnda artikel i fördraget direkt genom att bedöma att den tvistiga tyska lagstiftningen hade en diskriminerande karaktär och följaktligen var oförenlig med fördraget. På samma vis tillämpade domstolen, efter att i målet Merino García, som nämnts ovan i fotnot 16, ha funnit att någon omständighet som kunde påverka giltigheten av bilaga 1, punkt 1 C i ovan nämnda förordning inte förelåg, direkt artikel 48.2 i fördraget på en nationell regel, enligt vilken en anställd arbetstagare vars barn var bosatta i en annan medlemsstat inte hade rätt till familjeförmåner för de hela kalendermånader som inföll under en längre obetald semester, medan de anställda vars barn var bosatta i den berörda staten hade rätt därtill, då regeln stod i strid med artikel 48.2.
För övrigt tillämpade domstolen, i domen i målet Kemmler, ovan nämnd i fotnot 29, direkt artikel 2 i fördraget på nationella bestämmelser som utgjorde hinder för utövandet av flera olika yrkesverksamheter i gemenskapens medlemsstater.

33 — Se särskilt dom av den 7 juli 1988 i mål 143/87, Stanton (REG 1988, s. 3877; svensk specialutgåva, volym 9), punkt 13. Se även dom av den 7 mars 1991 i mål C-10/90, Masgio (REG 1991, s. I-1119), punkterna 16— 18, liksom domen i målet Vougioukas, nämnd ovan i fotnot 4, punkt 39.
Avseende samma fråga har domstolen konstaterat att om det stämmer att "artikel 51 i fördraget låter skillnader mellan olika medlemsstaters system för social trygghet och följaktligen mellan de personer som arbetar i dessa staters rättigheter bestå, står det ändå klart att ändamålet med artiklarna 48— 51 i fördraget inte skulle uppnås om migrerande arbetstagare, till följd av utövandet av deras rätt till fri rörlighet, skulle förlora de förmåner av social trygghet som en medlemsstats lagstiftning tillförsäkrar dem. En sådan konsekvens skulle faktiskt kunna avskräcka arbetstagaren i gemenskapen från att utöva sin rätt till fri rörlighet och därmed innebära ett hinder för denna frihet". Se dom av den 5 oktober 1994 i mål C-165/91, Van Munster (REG 1994, s. I-4661), punkt 27, med en hänvisning till dom av den 4 oktober 1991 i mål C-349/87, Paraschi (REG 1991, s. I-4501), punkt 22. Se även dom av den 20 september 1994 i mål C-12/93, Drake (REG 1994, s. I-4337), punkterna 20 och 22.

34 — Se särskilt dom av den 18 maj 1989 i mål 368/87, Hartmann Troiani (REG 1989, s. 1333), punkterna 19 och 21 och dom av den 30 januari 1997 i mål C-340/94, De Jaeck (REG 1997, s. I-461), punkterna 36 och 37.

35 — Se domen i målet Vougioukas, nämnd ovan i fotnot 4 (punkt 38). Se även Commentaire Mégret (nämnd ovan i fotnot 27), s. 123.

han utnyttjat sin rätt till fri rörlighet och den situation han skulle ha befunnit sig i om han inte utnyttjat denna rättighet. [36]

39. Vad beträffar förevarande mål anser klaganden i målet vid den nationella domstolen och kommissionen att en bokstavlig tolkning av bilagan missgynnar de som utövat rätten till fri rörlighet inom gemenskapen. Konkret anför kommissionen att om H. Nijhuis inte hade utövat rätten till fri rörlighet, utan hade fortsatt att enbart arbeta i Nederländerna och då hade drabbats av arbetsoförmåga i detta land medan han var försäkrad enligt nederländsk lag, så skulle han ha haft rätt till en invaliditetsförmån, vars storlek skulle ha varit oberoende av längden av försäkringsperioderna. Från och med den tidpunkt då han utövat sin rätt till fri rörlighet kan han emellertid inte erhålla någon förmån från Nederländerna och erhåller i Tyskland endast en tidsmässigt bestämd — *pro rata temporis* — förmån. Enligt Nijhuis och kommissionen skulle frånvaron av utbetalning av en nederländsk proportionellt beräknad förmån för den förstnämnde uppenbarligen stå i strid med de målsättningar som uppställts i artiklarna 48 och 51 i fördraget.

40. Även om man antar att utövandet av rätten till fri rörlighet inom gemenskapen har försatt Nijhuis i ett mer ogynnsamt läge, är den relevanta frågan vem som skall anses bära ansvaret för detta. Om det beror på föreskrifter som upprättats — eller inte upprättats — med stöd av förordning (EEG) nr 1408/71, från vars tillämpningsområde särskilda system för offentligt anställda utesluts, så infinner sig frågan om förordningens giltighet i förhållande till artiklarna 48 och 51 i fördraget; denna fråga hänger emellertid dels inte ihop med frågan om direkt tillämplighet av ovan nämnda artiklar i intern rätt, dels har den i sak blivit avgjord på så vis att förordningens giltighet erkänts. [37] Det enda som i förevarande mål skulle kunna innebära att en direkt tillämpning av fördraget kan bli aktuell är om den migrerande arbetstagaren skulle befinna sig i ett mer ogynnsamt läge på grund av nationella föreskrifter. [38]

41. På samma sätt är de enda punkter i de nederländska föreskrifterna som kan anses innebära ett samband med det förhållandet att Nijhuis har försatts i ett mer ogynnsamt läge, det särskilda försäkringssystemet för offentligt anställda som tillämpades under de perioder som tvisten rör, uteslutandet av försäkringsperioder som fullgjorts enligt detta system ur WAO:s tillämpningsområde, valet av ett riskförsäkringssystem (typ A) som utesluter rätten till en förmån från den tidpunkt då den berörda parten börjat arbeta i Tyskland, och slutligen — vilket bör erkännas — det förhållandet att den nederländska lagstif-

36 — Se domen i målet Vougioukas, nämnd ovan i fotnot 4, punkterna 40 och 41.

37 — Se ovan, punkt 20 och följande i mitt förslag till avgörande.

38 — Ett delat ansvar, såsom kommissionen hävdar i sina yttranden, skulle inte alls förändra min åsikt eftersom en direkt tillämpning av fördraget i målet endast skulle beröra den del av ansvaret som hör till nationella bestämmelser. Jag konstaterar emellertid att godkännandet av ett delat ansvar mellan förordningen och nationella bestämmelser innebär början till en tendens att lägga ansvaret för samordningen av försäkringssystem på den nationella lagstiftaren. Se punkten 43 nedan i mitt förslag till avgörande.

taren, såsom kommissionen påpekar, inte medger beaktandet av det förhållandet att den berörda parten uppbär en förmån i en annan medlemsstat.

42. Det bör först konstateras att var och en av dessa fyra punkter tillämpats utan åtskillnad på alla offentligt anställda. Det är dock uppenbart att frågan om erkännande och fastställande av summan av fullgjorda perioder i Nederländerna och i andra medlemsstater uppkommer endast för de anställda som använt sig av rätten till fri rörlighet inom gemenskapen och att endast dessa kan drabbas av ogynnsamma följder därav.

43. Direkt därefter skall emellertid understrykas att en bedömning att dessa punkter i den nederländska lagstiftningen inför en diskriminering mot offentligt anställda som förflyttar sig inom gemenskapen skulle innebära att denna medlemsstat åläggs en skyldighet antingen att avskaffa de särskilda systemen för offentligt anställda och personer som behandlas som sådana, eller att förklara att de försäkringsperioder som fullgjorts enligt detta system skall beaktas inom det allmänna försäkringssystemet i denna stat, eller också en skyldighet att avskaffa försäkringssystem av typ A, och till och med en skyldighet att beakta det förhållandet att en person uppbär en liknande förmån i en annan medlemsstat.

Erkännandet av en sådan skyldighet skulle emellertid, trots andemeningen med fördragsbestämmelserna, leda till att giltigheten av nationella föreskrifter, som genom sin natur hör till den nationella lagstiftarens helt legitima kompetens att fritt organisera området för social trygghet, [39] ifrågasattes; inte så mycket för att dessa föreskrifter i sig leder till att de som utövar rätten till fri rörlighet inom gemenskapen missgynnas, utan huvudsakligen för att de inte samordnats — och heller inte *a fortiori* harmoniserats — med föreskrifterna i en annan medlemsstat. [40] Detta skulle i sak innebära en paradoxal form av undanröjande av de aktuella bestämmelserna i förordningen genom att ansvaret för samordningen — för att inte säga harmoniseringen

39 — Se ovan punkterna 24 och 25 i mitt förslag till avgörande. Avseende samma fråga har domstolen funnit att punkt 4 i avdelning I (numera J) i bilaga 6 till förordning (EEG) nr 1408/71, i dess ändrade lydelse, inte strider mot artiklarna 48— 51 i fördraget när den inför ett nytt bedömningselement, nämligen den anställdes ställning vid uppkomsten av arbetsoförmågan, för att med tillämpning av denna bestämmelse kunna fastställa på grundval av vilken nederländsk lagstiftning, WAO eller AAW, en rätt till en förmån kan erhållas. Se domen i målet Drake, nämnd ovan i fotnot 33 (punkterna 18 och 20— 25). Vad gäller den nationella lagstiftarens legitima frihet att organisera den sociala trygghet en, se likaledes domen i målet Stöber och Pereira (punkten 36), nämnd ovan i fotnot 28.

40 — De ovan nämnda fyra punkterna i den nederländska lagstiftningen, och särskilt den som kommissionen åberopar, nämligen att denna lagstiftning inte tillåter beaktandet av den omständigheten att Nijhuis uppbär en proportionellt beräknad förmån i Tyskland, kan inte likställas med de nationella bestämmelser som åsyftas i de ovan nämnda målen Vougioukas (fotnot 4), Graham och Hollanders (fotnot 3), Stöber och Pereira (fotnot 28), Merino García (fotnot 16), Kemmler (fotnot 29) och Masgio (fotnot 33). Nämnda mål rör villkoren för erkännandet eller beräkningen av en försäkringsförmån i förhållande till valet av nationellt försäkringssystem i samband med utövandet av rätten till fri rörlighet. De punkter i den nederländska lagstiftning till vilka den eventuella direkta tillämpningen av artiklar i fördraget hänför sig kan däremot leda till en diskriminering endast tillsammans med systemet i en annan medlemsstat. I den utsträckning som en medlemsstat respekterar målsättningarna med fördraget kan den emellertid välja det försäkringssystem den vill utan att detta system kan betraktas som orsak till diskriminering endast på den grunden att det innebär ogynnsamma följder när det tillämpas tillsammans med en annan stats system. Avseende samma fråga har domstolen funnit att "[a]rtiklarna 7 och 48 förbjuder varje medlemsstat att inom fördragets tillämpningsområde tillämpa sina rättsregler olika på grund av nationalitet, men detta förbud avser inte den eventuella olika behandling som kan bli följden, i olika medlemsstater, på grund av de skillnader som finns mellan de olika nationella lagstiftningarna så länge som dessa tillämpas på varje person, som omfattas av deras tillämpningsområde, enligt objektiva kriterier och utan hänsyn till nationalitet" (se dom av den 28 juni 1978 i mål 1/78, Kenny (REG 1978, svensk specialutgåva, volym 4, s. 137), punkt 18).

— av medlemsstaternas försäkringssystem åläggs de nationella lagstiftarna. [41]

i målet Vougioukas begär kommissionen i sak att domstolen omdefinierar principerna från rättsfallet Vougioukas, vilket i praktiken skulle innebära att de grundläggande principerna i detta mål inte tillämpas.

44. Med utgångspunkt från det ovan anförda och med hänsyn till ordalydelsen av domen i målet Vougioukas finns det enligt min mening anledning att i förevarande mål utesluta direkt tillämplighet av artikel 48 i fördraget eftersom, såsom motparten i huvudförfarandet och den nederländska regeringen anfört, beräkningen av förmånens storlek, som är ofrånkomlig vid bestämmandet av den nederländska proportionellt beräknade förmånen, det vill säga samordningen av de olika system enligt vilka Nijhuis varit försäkrad, inte *a priori* preciserats i förevarande mål; med andra ord följer den inte med nödvändighet av fördraget eller av nationell rätt, utan förutsättningen är att gemenskapsrättsliga samordningsbestämmelser tillämpas. [42]

Vad gäller förevarande mål skulle den omdefiniering av principerna från rättsfallet Vougioukas, som föreslagits både i kommissionens yttranden och i en del av doktrinen, [43] bestå i en förklaring att de nationella myndigheterna, så länge som rådet inte antar nödvändiga åtgärder för att utöka förordningens tillämpningsområde till särskilda system för offentligt anställda, analogiskt kan tillämpa det allmänna systemet enligt förordning (EEG) nr 1408/71. Kommissionen, som hänvisar till sitt förslag om ändring i förordningen, [44] understryker även att den lösning som skulle följa av ett eventuellt antagande av detta förslag, såvitt gäller ABPW, skulle innebära en analogisk tillämpning av artiklarna 45.4 och 46 i förordning (EEG) nr 1408/71.

45. På grundval av det sätt på vilket den tolkat den rättspraxis som kommit efter domen

Den ändring i tolkningen som jag nämnt ovan strider totalt mot principerna i rättsfallet Vougioukas, där den direkta tillämpningen av fördraget uttryckligen uteslutits i fall då det är nödvändigt att — även om det sker genom analogi — tillämpa förordning (EEG) nr 1408/71. Från den dagen det i särskilda fall, som faller utanför ordalydelsen av för-

41 — Som generaladvokaten Roemer bedömt i sitt förslag till avgörande av den 19 december 1968 i målet Wilhelm m. fl. (14/68, REG 1969, s. 1, särskilt under punkten 30), "[är] det enda syftet med förbudet mot diskriminering att undvika existensen av flera system inom samma medlemsstat, där ett systems tillämplighet beror på den berörda partens nationalitet. Detta förbud har däremot inte till syfte att hindra ogynnsamma följder av den territoriella begränsningen av staternas suveränitet och lagar, det vill säga gynnandet av rättslig harmonisering inom gemenskapen".

42 — Detta krav har för övrigt inte ifrågasatts av kommissionen, som dels föreslår, vilket jag redan angett, en analogisk tillämpning — således nödvändig — av bestämmelserna i förordningen avseende beräkningen av förmånen, dels i sina skriftliga yttranden uttryckligen understryker att det inte skulle vara lämpligt att underlåta att tillämpa den relevanta bestämmelsen i bilaga 6 till denna förordning, eftersom detta skulle göra alla andra bestämmelser i förordning (EEG) nr 1408/71 tillämpliga utan att det skulle bli möjligt att i denna förordning finna en bestämmelse som förpliktade den behöriga nederländska institutionen att bevilja en förmån på grundval av en anslutning till det särskilda systemet för offentligt anställda.

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

44 — Se kommissionens förslag till ändring i förordning (EEG) nr 1408/71, nämnd ovan i fotnot 7.

ordning (EEG) nr 1408/71, skulle bli möjligt att direkt tillämpa artiklarna i fördraget tillsammans med en analogisk tillämpning av reglerna i förordningen i fråga, skulle det dessutom inte längre kunna hävdas att giltigheten av bestämmelserna om uteslutande av särskilda system endast för offentligt anställda i förordningen inte ifrågasatts. Mer konkret skulle förordningen, oavsett om dess regler betraktades som ogiltiga eller inte, i praktiken bli åsidosatt till förmån för en samordning — för att inte säga harmonisering — av de nationella systemen genom en direkt tillämpning av fördraget i rättspraxis. Det följer således helt klart av det ovan anförda att den praxisändring genom tolkning av rättsfallet Vougioukas som föreslagits av kommissionen, såvida den inte skulle innebära ett helt steg bakåt, i vart fall skulle ge detta rättsfall ett helt annorlunda innehåll.

d) Det nödvändiga förtydligandet av rättsfallet Vougioukas

46. Såsom följer av stora delar av vad som anförts i bedömningen ovan beror lösningen i förevarande mål, såvitt gäller tolkningen av tvistiga regler i bilaga 6 till förordning (EEG) nr 1408/71 (i den lydelse som gällde vid tidpunkten för faktiska omständigheter), på den följdverkan som domstolen finner gott att ge rättsfallet Vougioukas.

47. Även om domstolen, såsom jag har nämnt i tidigare punkter i föreliggande förslag till avgörande, ibland delvis tycks göra en extensiv tolkning av bestämmelserna i förordning (EEG) nr 1408/71 genom att ge dem ett gemenskapsrättsligt innehåll [45] och delvis tycks godkänna att artikel 48 och följande artiklar i fördraget tillämpas direkt, utan att det uttryckligen undersökts om villkoren som uppställs i domen i målet Vougioukas uppfyllts, [46] tror jag inte att man, under intryck av en viss tendens till harmonisering av nationella lagar som strider mot den uttalade avsikt till samordning som ligger till grund för ovan nämnda förordning, [47] bör gå så långt som att frångå innehållet i denna dom.

48. Jag upprepar inte de specifika argument som stöder min åsikt. Jag begränsar mig till att understryka vissa allmänna punkter rörande lämpligheten av ett förtydligande av rättsfallet Vougioukas, vad gäller giltigheten och tolkningen av de tvistiga bestämmelserna i förordningen.

49. Först måste understrykas att domstolens godkännande av giltigheten av artikel 4.4 i förordningen — genom vilken de särskilda systemen för offentligt anställda och personer som behandlas som sådana uteslöts från förordningens tillämpningsområde och som var oupplösligen förknippad med de tvistiga bestämmelserna i målet i bilagan 6 — i domen i målet Vougioukas stämmer överens med det

45 — Se ovan, punkt 26 i föreliggande förslag till avgörande.

46 — Se ovan, punkt 35 i mitt förslag till avgörande.

47 — Domstolen har vid upprepade tillfällen uttalat att förordning (EEG) nr 1408/71 endast syftar till att samordna nationella lagstiftningar och inte har som objektiv målsättning att harmonisera dem. Se till exempel dom av den 6 mars 1979 i mål 100/78, Rossi, (REG 1979, s. 831), punkt 13, och av den 12 juni 1980 i mål 733/79, Laterza (REG 1980, s. 1915), punkt 8, domen i målet Vougioukas, nämnd ovan i fotnot 4 (punkt 13), Stöber och Pereira, nämnd ovan, i fotnot 28 (punkt 36) och Merino García, nämnd ovan i fotnot 16 (punkt 27).

slags skyldighet att vidta samordningsåtgärder som åvilar rådet enligt artikel 51 i fördraget. Även om det är riktigt att denna artikel innebär en principiell skyldighet att vidta samordningsåtgärder kan ett ogiltigförklarande av underlåtenheten att vidta sådana åtgärder i praktiken inte ha någon nyttig effekt, även om det skulle bedömas att giltigheten av tvistiga bestämmelser i bilaga 6 till förordningen — med hänsyn till artiklarna i fördraget — borde ifrågasättas då de inte tillåter att de försäkringsperioder som Nijhuis fullgjort enligt systemet ABPW beaktas, eftersom detta i praktiken inte alls skulle bidra till samordningen av särskilda system för offentligt anställda. Även om domstolen kan ogiltigförklara rådets rättsakter kan den inte ersätta rådet i dess funktioner, särskilt eftersom rådet förfogar över en stor befogenhet att företa skönsmässiga bedömningar vad gäller vilka åtgärder som är mest lämpliga. [48] Såsom generaladvokaten Jacobs understrukit i sitt förslag till avgörande i målet Hartmann Troiani måste man, även om artikel 48 utan tvivel skall tolkas extensivt, fråga sig om det är möjligt att åberopa allmänna bestämmelser i fördraget, såsom artikel 48, i syfte att fylla luckorna i gemenskapslagstiftningen i området för social trygghet. Generaladvokat Jacobs tillade också: "... vid sådant fall skulle behovet av lagstiftning, och särskilt behovet av ändringar i lagstiftningen, vara minimalt". [49]

50. Därefter måste det understrykas att samordningen av särskilda system för offentligt anställda inte i något fall kan ske genom en analogisk tillämpning av bestämmelserna rörande samordning av de allmänna systemen i förordning nr 1408/71. Oberoende av att det inte står klart om lagstiftningen är bristfällig [50] förutsätter den analogiska tillämpningen likaledes att förhållandena liknar varandra på ett sätt som de helt enkelt inte gör i målet. Påståendet att reglerna gällande samordning av allmänna system *a priori* kan tillämpas på särskilda system är knappast övertygande. Det är för övrigt framför allt denna frånvaro av all likhet mellan de förhållanden som skall regleras, i samband med de i förstone, till sin art oöverstigliga skillnaderna mellan de särskilda systemen för offentligt anställda som finns i medlemsstaterna, som har lett domstolen till att förklara att rådets försening med att vidta

48 — Se rörande detta förslag till avgörande av generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer i domen i målet Vougioukas, nämnd ovan i fotnot 4 (punkt 23).
Skyldigheten enligt artikel 51 i fördraget är analog med nationella myndigheters skyldighet att vidta aktiva åtgärder för förverkligandet av sociala rättigheter på det nationella planet (*status positivus*). Även om en sådan förpliktelse föreligger i princip så föreligger däremot inte någon möjlighet att väcka någon effektiv talan mot de myndigheter som underlåtit att vidta åtgärder som leder till förverkligandet av rättigheterna; med andra ord leder det eventuella ogiltigförklarandet av denna underlåtelse inte till att önskade åtgärder förverkligas, eftersom det inte finns något äldre system som kan tillämpas och då domaren inte kan ersätta lagstiftande eller behöriga myndigheter i dessas respektive uppgifter. Inte förrän då myndigheterna vidtar sådana åtgärder är det möjligt att utöva kontroll mot dem och först då kan det eventuella ogiltigförklarandet av nya åtgärder ha ett användbart innehåll. Vid sådant fall kan nya åtgärder, sådana som redan har förverkligats inom det existerande systemet, kontrolleras på grundval av de syften som ligger till grund för rättigheterna. I de fall där dessa åtgärder ogiltigförklaras är det således möjligt att tillämpa detta system. Ovanstående bedömningar bekräftas av domstolens rättspraxis, i vilken har förklarats dels att förordning (EEG) nr 1408/71, genom att föreskriva samordningsåtgärder, ger arbetstagare "*rättigheter som de inte annars skulle ha haft* och som, hädanefter, bidrar till att säkerställa den fria rörligheten för arbetstagare enligt artikel 51 i fördraget" (se dom av den 8 april 1992 i mål C-62/91, Gray (REG 1992, s. I-2737, punkt 10, min kursivering), dels att utövad kontroll innehåller säkerhetsspärrar i kraft av vilka "gemenskapsregler på socialförsäkringsområdet, som antas med stöd av artikel 51 i fördraget, inte bör skapa ytterligare skillnader utöver de som redan finns på grund av att de nationella lagstiftningarna inte har harmoniserats" (se domen i målet Pinna, nämnd ovan i fotnot 17, punkt 21).

49 — Se generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande (punkt 23) under domen i målet Hartmann Troiani, nämnd ovan i fotnot 34.

50 — Se punkt 29 i mitt förslag till avgörande ovan.

samordningsåtgärder för dessa system till en viss punkt kunde anses försvarbar. [51]

51. Slutligen kommer det inte på fråga att genom analogi, vilket kommissionen i sak föreslår, tillämpa senare gemenskapslagstiftning som anges ha utökat samordningen — vilket den för övrigt gjort — till särskilda system för offentligt anställda.

Dels påverkas inte avsaknaden av en möjlighet för domstolen att ersätta rådet i dess uppgifter, särskilt när den sistnämnda förfogar över en viss befogenhet att företa skönsmässiga bedömningar, av det konkreta innehållet i det förslag som rådet slutligen — som väntat — har antagit genom utövande av sin befogenhet till skönsmässig bedömning vad avser samordningen av särskilda system för offentligt anställda. [52]

Dels skulle en sådan retroaktiv tillämpning av den nya förordning nr 1606/98, som begärts av H. Nijhuis under den muntliga förhandlingen trots att den uttryckligen uteslutits genom artikel 1.11 i denna förordning, stå i strid med rättssäkerheten, då de faktiska omständigheterna i varje enskilt mål måste bedömas enligt de regler som gällde vid den tidpunkt då de inträffade. [53]

51 — Se domen i målet Vougioukas, punkt 32, nämnd ovan i fotnot 4.
Av samma orsak kan inte heller ett ogiltigförklarande av ett undantag, vilket skulle medföra att man vände åter till huvudregeln, komma i fråga (avseende följderna av domen i målet Pinna, nämnd ovan i fotnot 17, se domen den 2 mars 1989, i mål 359/87, Pinna II, REG 1989, s. 585, punkterna 12— 17, och generaladvokaten Lenz förslag till avgörande i detta mål, särskilt punkt 25), eftersom det helt enkelt inte finns någon allmän regel om samordning av särskilda system för offentligt anställda från vilken till exempel vissa kategorier av personer skulle uteslutas. En sådan regel saknas helt. Slutligen kan man inte i något fall anse att frånvaron av samordning av de särskilda systemen för offentligt anställda skulle utgöra ett undantag från regeln om samordning av allmänna system; den kan heller givetvis inte utgöra ett undantag från de tillämpliga reglerna i de särskilda systemen för social trygghet för andra kategorier av arbetstagare (se artikel 38.2 och 45.2 i förordning nr 1408/71, i dess lydelse vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna); ingen kan heller hävda att en sådan likhet mellan de sistnämnda systemen och särskilda system för offentligt anställda som är nödvändig för att möjliggöra en analogisk tillämpning av samma system skulle föreligga.

52 — Följaktligen bedömer jag det vara överflödigt att i grunden undersöka det argument som LISV åberopat vid förhandlingen, nämligen att det skulle följa av det åttonde övervägandet och av artiklarna 43 a och 53 a, som införts i grundförordningens text genom förordning (EEG) nr 1606/98, att de åtgärder som slutligen vidtagits av rådet i området för samordning av särskilda system tillämpliga på offentligt anställda inte kan likställas med en analogisk tillämpning av förordning (EEG) nr 1408/71 (artikel 45.4), i dess lydelse vid tidpunkten för faktiska omständigheter i huvudförfarandet, sådan som den åberopats av kommissionen.

53 — Det bör i detta hänseende observeras att generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer, som samtidigt konstaterade dels att en allt tydligare tendens finns i medlemsstaterna att låta de offentligt anställda omfattas av allmänna system och att skillnaderna som historiskt sett utmärkt de särskilda systemen i förhållande till de allmänna systemen gradvis håller på att försvinna, dels att om kommissionens förslag godkändes skulle det innebära en utökning av förordningens (EEG) nr 1408/71 tillämpningsområde till särskilda system som är tillämpliga på offentligt anställda, har erkänt existensen av en lucka som måste fyllas, vilket domstolen för övrigt därefter bekräftade, men utan att över huvud taget ifrågasätta giltigheten av bestämmelserna i förordningen i fråga eller att beröra frågan om en föreslagen eventuell analogisk tillämpning av de nya bestämmelserna (se generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande, punkterna 22 och 23, vid domen i målet Vougioukas, nämnd ovan i fotnot 4).
Se likaledes domen i målet Middleburgh, nämnd ovan i fotnot 31, där domstolen varken analogiskt tillämpat regler rörande anställda eller tillämpat bestämmelserna i förordning (EEG) nr 3247/89, vilken genom att inkludera ej anställda arbetstagare i tillämpningsområdet ändrat förordning (EEG) nr 1408/71, trots den omständigheten att denna ändring, även om den i tiden låg efter tvistiga perioder, hade trätt i kraft innan domstolens dom avkunnades (punkt 14). För en bekräftelse av denna domstolens ståndpunkt, se likaledes domen i målet Stöber och Pereira, nämnd ovan i fotnot 28, vid punkt 40.
Se slutligen domen i målet Kemmler, nämnd ovan i fotnot 29, där domstolen angett att det enligt artikel 2 i förordning 1390/81 inte grundas någon rättighet för en period som föregår tidpunkten för förordningens ikraftträdande och att denna förordning, då den trätt i kraft vid ett senare datum än de perioder som berördes av huvudtvisten, inte var tillämplig på denna tvist.

52. Av samma orsak som gör det omöjligt för domstolen att själv utarbeta sådana samordningsregler som den gemenskapsrättsliga lagstiftaren borde ha antagit skulle det heller inte vara bra om tvivel kvarstår om hur rättsfallet Vougioukas skall tolkas. Med utgångspunkt i ett rättssäkerhetsperspektiv skulle det inte vara lämpligt att omkullkasta de villkor som rättsfallet Vougioukas ställer för den direkta tilllämpningen av artiklar i fördraget eller att undvika frågan om giltigheten av bestämmelser i förordningar för samordning som antagits på grundval av artikel 51 i fördraget i syfte att i sak utarbeta en parallell rättspraxis, som skulle ersätta rådets arbete, genom en direkt tillämpning av artiklar i fördraget, vilka ofta uppvisar en underliggande tendens till harmonisering av nationella lagstiftningar.

53. Med utgångspunkt från ovan gjorda bedömningar föreslår jag att domstolen skall besvara Centrale Raad van Beroeps första tolkningsfråga nekande.

54. Om domstolen emellertid skulle bedöma att de tvistiga reglerna i bilaga 6 till förordning (EEG) nr 1408/71 bör ges en motsatt tolkning till den som jag föreslår och det därigenom skall utbetalas en nederländsk proportionellt beräknad förmån till H. Nijhuis på grundval av en direkt tillämpning av artiklarna 48—51 i fördraget, tror jag att det skulle vara lämpligt, av rättssäkerhetsskäl knutna till omkullkastandet av rättsfallet Vougioukas, att bifalla det yrkande som motparten i huvudförfarandet och den nederländska regeringen framställt under förhandlingen på så vis att retroaktiva effekter [54] av domen begränsas för de personer som redan har väckt talan eller framställt motsvarande krav syftande till beviljandet av en sådan rätt avseende den totala omfattningen av perioderna. [55]

B — *Den andra frågan*

55. Då den första frågan fått ett negativt svar blir det överflödigt att besvara den andra frågan. På grund av en vilja att vara fullständig

54 — Det finns anledning att understryka att en begränsning av de framtida [*ex tunc*] effekterna av en sådan dom skulle vara ointressant eftersom förordning (EEG) nr 1408/71 hädanefter tillämpas i den genom ovan nämnda förordning (EEG) nr 1606/98 ändrade lydelsen. Följaktligen är en tidsmässig begränsning av effekterna av en sådan dom meningslös i föreliggande mål förutom avseende en begränsning av dess retroaktiva effekt.

55 — I enlighet med domstolens nuvarande rättspraxis, såsom den ser ut sedan domen i målet Vougioukas som nämnts ovan i fotnot 4 föll, har medlemsstaterna och de behöriga nationella institutionerna grundad anledning att anta att försäkringsperioder som fullgjorts enligt ett särskilt system för offentligt anställda inte skall beaktas vid beräknandet av en proportionellt beräknad förmån för invaliditet. Följaktligen skulle en dom från domstolen som på ett betydande sätt avviker från rättsfallet Vougioukas innebära en risk för allvarliga ekonomiska konsekvenser, särskilt på grund av det stora antalet juridiska relationer som upprättats i god tro på grundval av en förordning som bedömts vara giltig i förhållande till gemenskapsrätten och då medlemsstaterna och de nationella myndigheterna vid ett sådant förhållande skulle ha antagit ett förhållningssätt som inte stämmer överens med gemenskapsrätten på grund av att en objektiv och seriös osäkerhet om den exakta innebörden i gemenskapsreglerna, såsom de uttolkats av domstolen, förelegat. Domstolens rättspraxis har emellertid i stor utsträckning bidragit till att förstärka denna osäkerhet. Rörande det skydd av legitima förväntningar som tillskapats genom domstolens rättspraxis, se dom av den 20 april 1996 i mål C-308/93, Cabanis-Issarte (REG 1996, s. I-2097), punkterna 47 och 48 och punkt 2 i domslutet.

kommer jag emellertid att undersöka denna andra fråga, utan att detta kommer att skada de argument som jag utvecklat ovan.

56. Om domstolen bedömer att en nederländsk proportionellt beräknad förmån skall utbetalas till H. Nijhuis beror fastställandet av behörig institution för utbetalningen av denna förmån, såsom även motparten i huvudförfarandet påpekar, på den juridiska grund som använts för tillkomsten av skyldigheten till utbetalning.

57. Om domstolen, genom en extensiv tolkning av bilagan till förordningen, skulle bedöma att aktuella fullgjorda perioder enligt ABPW måste beaktas inom systemet WAO, skulle det nämligen bli nödvändigt att stödja sig på den behörighet som en institution som avses i bestämmelsen i bilaga 2, avdelning I, punkt 2 b, till förordning nr 574/72 har, det vill säga i detta fall NAB (eller, sedan den 1 mars 1997, LISV).

58. Om domstolen direkt skulle tillämpa artikel 48 i fördraget för att kunna beakta perioder som fullgjorts enligt ABPW, med andra ord om den tillämpade fördraget och inte förordningen, skulle behörigheten för fastställandet av en rättighet till social trygghet som uppkommit under dessa perioder likväl tillkomma den institution som enligt intern rätt skall handha offentligt anställdas invaliditetsförsäkring. [56]

59. I varje fall måste domstolen i sitt svar dock understryka, såsom kommissionen påpekar med hänvisning till rättspraxis, att praktiska svårigheter, beroende på frånvaron av särskilda regler avseende utbetalningen av vissa kategorier av förmåner, inte kan inskränka enskildas rättigheter enligt principerna för gemenskapens sociala lagstiftning. [57] På samma sätt måste domstolen påpeka, vilket för övrigt föreskrivs i artiklarna 84 och 86 i förordning (EEG) nr 1408/71 (i den lydelse som gällde vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i huvudmålet), att behöriga nationella myndigheter och institutioner inom området för social trygghet i varje fall måste samarbeta med varandra och överlämna en begäran om en social förmån till behörig institution då de själva bedömer sig sakna behörighet, utan att detta överlämnande, vad gäller frister och upptagande till sakprövning, får ha någon som helst ogynnsam konsekvens för berörda parter.

56 — Med en tolkning av detta slag tycks NAB inte vara behörig myndighet, eftersom denna institution är behörig vid tillämpningen av WAO. Även om man använder sig av en lösning genom en analogisk tillämpning av reglerna i förordning (EEG) nr 1408/71 skulle en sådan tillämpning vara hänförlig till samordningen av de system enligt vilka H. Nijhuis har fullgjort försäkringsperioder och inte till den behöriga institutionen för fastställandet av en rätt till förmån. Rätten till en förmån fastställs helt enkelt i förhållande till tillämpligt försäkringssystem.

57 — Se dom av den 12 juli 1990 i mål C-236/88, kommissionen mot Frankrike, (REG 1990, s. I-3163), punkt 17.

VI — Förslag till avgörande

60. Följaktligen föreslår jag att domstolen besvarar de frågor som Centrale Raad van Beroep ställt på följande sätt:

— Punkt 4 a i bilaga 6, avdelning I, till förordning (EEG) nr 1408/71 (i dess ändrade och uppdaterade lydelse enligt rådets förordning (EEG) nr 2001/83 av den 2 juni 1983) skall tolkas så, att den tidsperiod, från och med den 15 oktober 1968 till och med den 1 april 1974, under vilken en person endast har arbetat i Nederländerna och där varit försäkrad mot invaliditet enligt ett särskilt system för offentligt anställda, inte skall beaktas vid utbetalningen av en invaliditetsförmån enligt artikel 46.2 jämförd med artikel 45.4 i nämnd förordning, med hänsyn till artiklarna 48 och 51 i fördraget.

— Eftersom svaret på den första frågan är nekande, saknas anledning att besvara den andra frågan.