FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

föredraget den 17 juli 1997 *

I — Inledande anmärkningar

1. I detta mål har Arrondissementsrechtbank te Amsterdam hänskjutit tre frågor till domstolen avseende tolkningen av vissa bestämmelser i punkt 4 i avsnittet om Nederländerna i bilaga VI till rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjer flyttar inom gemenskapen [1] och giltigheten av dessa bestämmelser i förhållande till artiklarna 48 och 51 i EG-fördraget.

Frågorna har uppkommit i en tvist mellan två nederländska medborgare och den behöriga nederländska institutionen för social trygghet om huruvida de perioder av militärtjänstgöring som dessa medborgare har fullgjort skall beaktas vid utbetalningen av en social trygghetsförmån på grund av arbetsoförmåga.

II — Bestämmelserna i nederländsk rätt

2. I enlighet med vad som framgår av handlingarna i målet regleras den obligatoriska invaliditetsförsäkringen av två lagar i Nederländerna: Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering av den 18 februari 1966 (lag om försäkring mot arbetsoförmåga, nedan kallad WAO) och Algemene arbeidsongeschiktheidswet av den 11 december 1975 (lag med allmänna bestämmelser om arbetsoförmåga, nedan kallad AAW).

3. Genom WAO, som trädde i kraft den 1 juli 1967, infördes obligatorisk invaliditetsförsäkring för anställda.

Enligt artikel 3 i WAO skall med anställd förstås varje fysisk person som befinner sig i ett anställningsförhållande som regleras av privat eller offentlig rätt.

* Originalspråk: grekiska.

1 — Se de kodifierade versionerna av förordningen i rådets förordning (EEG) nr 2001/83 av den 2 juni 1983 (EGT L 230, s. 6) och i rådets förordning (EEG) nr 1248/92 av den 30 april 1992 (EGT L 136, s. 7).

Enligt artikel 6.1 a omfattas inte offentliganställda av tillämpningsområdet för WAO. [2]

I artikel 6.1 b i WAO anges bland annat att ett förhållande som har ingåtts med de behöriga myndigheterna för landets försvar av en person som uppfyller en skyldighet enligt lag, eller i anledning av ett annat åtagande än det som följer av ett anställningsavtal, inte skall anses som ett anställningsförhållande.

Enligt denna lag är rätten till en förmån och storleken av denna inte beroende av försäkringsperiodernas längd. Förmånens storlek fastställs i förhållande till invaliditetsgraden och arbetstagarens dagslön (upp till en viss maximigräns).

4. AAW, som trädde i kraft den 1 oktober 1976, innehåller bestämmelserna om den för alla nederländska medborgare obligatoriska invaliditetsförsäkringen. Rätten till förmåner och beräkningen av dessa är inte beroende av försäkringsperiodens längd.

2 — I Nederländerna var offentliganställda och personer som kan jämställas med dessa ursprungligen försäkrade mot arbetsoförmåga genom Pensioenwet (lag om pensioner) från år 1922. Denna lag ersattes år 1965 av Algemene burgerlijke pensioenwet (lag om allmän folkpension — ABPW): se dom av den 17 oktober 1995 i mål C-227/94, Olivieri-Coenen (REG 1995, s. I-3301), punkt 5.

III — Bakgrunden

5. R. O. J. Grahame, som är nederländsk medborgare, arbetade från år 1957 till år 1969/70 i Nederländerna. Mellan den 2 december 1959 och den 7 maj 1960 fullgjorde han sin obligatoriska militärtjänstgöring i Nederländerna och därefter, fram till den 1 maj 1961, i före detta Nederländska Nya Guinea. Han var sedermera bosatt och anställd i Tyskland, slutligen som servitör. Den 16 oktober 1989 blev han arbetsoförmögen och erhöll sjukersättning (men inte invaliditetsförmåner) i Tyskland till och med den 19 juli 1991.

Den behöriga nederländska försäkringsinstitutionen, Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging (nedan kallad NAB), beviljade genom beslut av den 18 oktober 1993 R. O. J. Grahame en social trygghetsförmån i enlighet med WAO från och med den 20 juli 1991, vilken motsvarade en invaliditetsgrad om 80—100 procent. Vid beräkningen av R. O. J. Grahames förmån beaktade NAB cirka fem års verksamhet i Nederländerna, utan att ta hänsyn till den tid som militärtjänstgöringen varat.

6. L. M. Hollanders, som även han är nederländsk medborgare, fullgjorde sin obligatoriska militärtjänstgöring i Nederländerna mellan den 10 juni 1953 och den 16 maj 1955, vilken han därefter frivilligt förlängde till och med den 11 februari 1958. Från och

med år 1960 arbetade han i Luxemburg, där han blev arbetsoförmögen år 1991.

Genom beslut av den 22 mars 1994 beviljade NAB honom en förmån i enlighet med WAO från och med den 17 juni 1992 på grundval av en invaliditetsgrad om 80—100 procent. Vid beräkningen av denna förmån beaktades en försäkringsperiod om 35 år, varav cirka fyra år i Nederländerna.

7. NAB har i de två fallen ansett att den militärtjänstgöring som de berörda har fullgjort inte kan anses motsvara en "anställning" i den mening som avses i bilaga VI avsnitt I.4 a till förordning nr 1408/71 (i dess lydelse den 20 juli 1991) eller bilaga VI avsnitt J.4 c till förordning nr 1408/71 (i dess lydelse den 17 juni 1992).

8. R. O. J. Grahame och L. M. Hollanders väckte talan mot dessa beslut vid förvaltningsavdelningen vid Arrondissementsrechtbank te Amsterdam. Denna domstol har frågat sig om den ovannämnda bestämmelsen i förordning nr 1408/71 är förenlig med principen om fri rörlighet för arbetstagare i artiklarna 48 och 51 i fördraget, och närmare bestämt om undantaget i artikel 48.4 som går ut på att bestämmelserna i artikel 48 inte skall tillämpas på anställning i offentlig tjänst också avser sådana fall som det ifrågavarande. Dessutom har den ställt sig frågande till betydelsen av uttrycket "perioder av avlönat arbete" mot bakgrund av gemenskapsrätten, som motsvaras av punkt 4 i bilaga VI till den ovannämnda förordningen. Den har därför hänskjutit följande frågor till domstolen:

IV — Tolkningsfrågorna

"1) Skall artiklarna 48 och 51 i EG-fördraget tolkas så, att bestämmelserna i artikel 4 a respektive c i avsnitt J i bilaga VI till förordning nr 1408/71 är oförenliga med dessa, såvitt de innebär att vissa perioder av avlönat arbete inte beaktas vid beräkningen av migrerande arbetstagares proportionella ersättning enligt WAO?

2) Skall artikel 4 a respektive c i avsnitt J i bilaga VI till förordning nr 1408/71, i dess lydelse den 20 juli 1991 respektive den 17 juni 1992, tolkas så, att med perioder av avlönat arbete och motsvarande perioder som har fullgjorts i Nederländerna före den 1 juli 1967 förstås

a) perioder under vilka vederbörande fullgjort militärtjänstgöring i

enlighet med den nederländska lagstiftningen,

b) perioder under vilka vederbörande frivilligt fullgjort nederländsk militärtjänstgöring och av denna anledning omfattats av en för offentliganställda och personer som jämställs med offentliganställda särskild lagstadgad försäkring mot arbetsoförmåga?

3) Är det för svaret på den andra frågan av betydelse om de perioder under vilka vederbörande fullgjort militärtjänstgöring i enlighet med den nederländska lagstiftningen fullgjordes inom eller utom Europeiska unionens (då: gemenskapens) område?"

V — De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

9. I artikel 48 i fördraget fastslås principen om fri rörlighet för arbetstagare samtidigt som det i artikel 48.4 anges att "[b]estämmelserna i denna artikel skall inte tillämpas på anställning i offentlig tjänst".

10. Vidare anges följande i artikel 51:

"Rådet skall enhälligt på förslag från kommissionen 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."

11. Med stöd av denna artikel antog rådet förordning nr 1408/71 samt förordning (EEG) nr 574/72 av den 21 mars 1972 om tillämpning av förordning (EEG) nr 1408/71 (EGT L 74, s. 1). Det huvudsakliga syftet med dessa förordningar var att samordna de olika nationella lagstiftningarna på detta område så att den fria rörligheten för arbetstagare inte skulle leda till att arbetstagare som utnyttjade denna frihet hamnade i en sämre situation än de arbetstagare som endast var verksamma i en medlemsstat.

12. I artikel 40.1 i förordning nr 1408/71, som rör beviljande av invaliditetsförmåner när arbetstagaren i en följd har omfattats av flera olika medlemsstaters lagstiftning, av vilka åtminstone en gör invaliditetsförmånens storlek beroende av försäkringsperiodens längd (såsom i detta fall den nederländska lagstiftningen), hänvisas det, för beräkningen av förmånernas storlek, till bestämmelserna i kapitel 3 om pensioner vid ålderdom och dödsfall, och i synnerhet till artikel 46, som rör medlemsstaternas behöriga försäkringsinstitutioners beviljande av förmåner.

13. Vad beträffar tillämpningen av den nederländska lagstiftningen om försäkring mot arbetsoförmåga föreskrevs det i förordning nr 1408/71, i den enligt förordning nr 2001/83 [3] kodifierade lydelse som gällde vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i målet Grahame, i bilaga VI avsnitt I Nederländerna [4] punkt 4, följande:

"Vid tillämpningen av förordningens artikel 46.2 skall nederländska institutioner rätta sig efter följande bestämmelser:

a) Om personen, när arbetsoförmågan eller den därpå följande invaliditeten inträffade, var en anställd enligt förordningens artikel 1 a skall den behöriga institutionen fastställa kontantförmånernas belopp enligt bestämmelserna i lagen om försäkring mot arbetsoförmåga (WAO) av den 18 februari 1966, med beaktande av

— försäkringsperioder som har fullgjorts enligt den ovannämnda lagen av den 18 februari 1966 (WAO),

— ...

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

14. I den genom förordning nr 1248/92 ändrade lydelse av förordningen som gällde vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna i målet Hollanders angavs dessutom följande i bilaga VI avsnitt J punkt 4:

"a) ...

b) Om personen .... har rätt till en nederländsk invaliditetsförmån skall denna

3 — Vilken infogade ändringarna som gjorts genom förordning (EEG) nr 1390/81 (EGT L 143, s. 1).

4 — Numera avsnitt J (ursprungligen avsnitt F).

förmån enligt reglerna i förordningens artikel 46.2 beviljas

i) enligt bestämmelserna i ... (WAO) om han vid tidpunkten för försäkringsfallets inträffan-de var försäkrad mot samma risk enligt en annan medlemsstats lagstiftning som anställd i den mening som avses i förordningens artikel 1 a,

ii) ...

c) Vid beräkning av förmåner som har beviljats enligt den ovannämnda lagen av den 18 februari 1966 (WAO) eller enligt den ovannämnda lagen av den 11 december 1975 (AAW) skall de nederländska institutionerna beakta

— perioder med betald sysselsättning och perioder som betraktas som sådana och som har fullgjorts i Nederländerna före den 1 juli 1967,

— ...".

15. Artikel 1 slutligen, har följande lydelse:

"s) *Anställningsperioder* och *perioder av verksamhet som egenföretagare*: perioder som definieras eller erkänns som sådana i den lagstiftning enligt vilken de har fullgjorts samt alla perioder som behandlas som sådana när de enligt denna lagstiftning betraktas som likvärdiga med anställningsperioder eller perioder av verksamhet som egenföretagare."

VI — Prövning i sak

16. Det har inte bestridits att R. O. J. Grahame och L. M. Hollanders var anställda vid den tidpunkt när de blev arbetsoförmögna och, följaktligen, att de omfattades av förordningen, hade rätt till invaliditetsförmåner från den nederländska institutionen och att förmånerna i detta fall skulle beviljas i enlighet med artikel 46 jämförd med de ovannämnda bestämmelserna i bilaga VI punkt 4 a respektive c.

Eftersom det inte rör sig om några väsentliga skillnader i de sistnämnda bestämmelsernas olika lydelser och de är de aktuella bestäm-

melserna i detta fall, kallar jag dem nedan de omtvistade bestämmelserna i bilaga VI.

Av systematiska skäl skall jag börja med prövningen av den andra frågan, därefter den tredje och avsluta med den första.

A — *Den andra frågan*

17. Med denna fråga vill den nationella domstolen veta om perioder av obligatorisk och frivillig militärtjänstgöring som har fullgjorts i det nederländska försvaret före den 1 juli 1967 utgör perioder av avlönat arbete eller motsvarande perioder i den mening som avses i de omtvistade bestämmelserna i bilaga VI.

18. NAB och den nederländska regeringen har gjort gällande att uttrycken "perioder av avlönat arbete och motsvarande perioder" i de omtvistade bestämmelserna i bilagan skall tolkas så att de får den betydelse som de har enligt nederländsk rätt. Mot bakgrund av de särskilda bestämmelser som gäller för militärer betraktas dessa inte som anställda, i nederländsk rätt, och miltärtjänsten utgör därför inte en anställning eller något motsvarande.

19. Kommissionen har åberopat artikel 13.2 e i förordningen samt domstolens domar i målet Olivieri-Coenen [5] och, av den 24 mars 1994, i målet Van Poucke [6] till stöd för att de ovan nämnda uttrycken skall anses avse både frivillig och obligatorisk militärtjänstgöring med hänsyn till i synnerhet den underordnade ställning som är kännetecknande för sådan tjänstgöring.

20. Den franska regeringen åberopade artikel 1 s vid det offentliga sammanträdet för att göra gällande att uttrycken i fråga skall tolkas så att de får den betydelse som de har i WAO. Enligt denna lag skall perioder av militärtjänstgöring inte erkännas som perioder av avlönat arbete eller motsvarande perioder, också med beaktande av de särskilda disciplinära bestämmelser som gäller för denna tjänstgöring. Den franska regeringen anmärkte dock att, i enlighet med artikel 13.2 e sista meningen, en försäkrad anställd som är inkallad till militärtjänstgöring skall behålla sin ställning som anställd, och följaktligen skall i detta fall perioden av militärtjänstgöring jämställas med en period av avlönat arbete.

21. Det skall till att börja med erinras om att enligt fast rättspraxis skall det vid tolkningen av en gemenskapsrättslig bestämmelse, förutom begreppen däri, i förekommande

5 — Se ovan fotnot 2.

6 — C-71/93, Rec. 1994, s. I-1101.

fall även tas hänsyn till sammanhanget och syftena med de regler dit bestämmelsen hör. [7]

22. Det skall vidare påpekas att enligt fast rättspraxis föreskrivs det i artikel 51 i fördraget, om genomförande av förordning nr 1408/71, en samordning av medlemsstaternas lagstiftning och inte en harmonisering. Skillnader i sak och förfarande mellan de olika systemen för social trygghet i varje medlemsstat och, följaktligen, i rättigheterna för de personer som arbetar där påverkas således inte av artikel 51 i fördraget. [8]

23. Som kommissionen korrekt har konstaterat har de omtvistade bestämmelserna i bilaga VI i detta fall införts för att den sociala tryggheten skall omfatta också dem som arbetade innan WAO trädde i kraft och som därför inte är försäkrade med stöd av denna lag [9]. Det skall tilläggas att syftet även är att dessa personer skall omfattas på ett enhetligt sätt och på samma sätt som de personer som har fullgjort försäkringsperioder enligt WAO [10].

24. Det framgår i själva verket av den uttryckliga lydelsen av dessa bestämmelser, enligt vilka invaliditetsförmånerna i det aktuella fallet skall beviljas *i enlighet med* bestämmelserna i WAO och *med beaktande av* perioder av avlönat arbete som fullgjorts före WAO, att perioder av arbete som har fullgjorts före den 1 juli 1967 vid tillämpningen av förordningen skall jämställas med perioder av arbete som har fullgjorts enligt WAO. Följaktligen kan dessa perioder endast betecknas som "perioder av avlönat arbete eller motsvarande perioder" och beaktas vid fastställelse av den förmån som skall utges, om de kan betecknas som sådana i enlighet med WAO när de har fullgjorts då denna lag var i kraft.

Med andra ord skall perioder av avlönat arbete eller motsvarande perioder i den mening som avses i de omtvistade bestämmelserna i bilaga VI förstås som sådana perioder som skulle ha utgjort försäkringsperioder om de hade fullgjorts då WAO var i kraft, vilket den nederländska regeringen med rätta har framhållit. Följaktligen utgör den militärtjänstgöring som sökandena i målet vid den nationella domstolen har fullgjort "perioder av avlönat arbete eller

7 — Se exempelvis dom av den 30 januari 1997 i mål C-340/94, De Jaeck (REG 1997, s. I-461), punkt 17.

8 — Se dom av den 12 juni 1997 i mål C-266/95, García (REG 1997, s. I-3279), punkt 27, domen i det ovan i fotnot 7 nämnda målet De Jaeck, punkt 18, dom av den 30 januari 1997 i de förenade målen C-4/95 och C-5/95, Stöber och Piosa Pereira (REG 1997, s. I-511), punkt 36, och av den 15 januari 1986 i mål 41/84, Pinna (Rec. 1986, s. 1), punkt 20, med flera.

9 — Det är skälet till att det i bestämmelserna nämns dels "försäkringsperioder" som har fullgjorts enligt WAO, dels "perioder av avlönat arbete och motsvarande perioder" som har fullgjorts före den 1 juli 1967, när WAO trädde i kraft.

10 — Detta framgår av den ursprungliga lydelsen av bilaga V avsnitt F punkt 4 a i förordningen som löd på följande sätt: "Vid tillämpningen av förordningens artikel 46.2 skall perioder av avlönat arbete och motsvarande perioder som har fullgjorts i Nederländerna före den 1 juli 1967 också betraktas som försäkringsperioder enligt den nederländska lagstiftningen om försäkring mot arbetsoförmåga."

motsvarande perioder" i den mening som avses i bilaga VI till förordningen om den omfattas av WAO.

25. Denna tolkning, som enligt min mening framgår enbart av lydelsen av de omtvistade bestämmelserna i bilaga VI, överensstämmer också med definitionerna av "anställningsperioder" och "perioder av verksamhet som egenföretagare" i den ovannämnda artikeln 1 s (se ovan punkt 15). Såsom framgår av den första meningen i denna artikel gäller dessa definitioner hela förordningen och hänvisar, vad avser beteckningen av det arbete som är i fråga i varje enskilt fall, till den nationella lagstiftning enligt vilken verksamheten har utövats. [11]

26. Kommissionens invändning, att uttrycken i bilaga VI skulle tolkas på så sätt att de innefattar frivillig och obligatorisk militärtjänstgöring, kan inte godtas. Denna ståndpunkt förutsätter att uttrycken har ett fristående gemenskapsrättsligt innehåll, oberoende av (till och med i strid med) vad som föreskrivs i nationell rätt.

Detta påstående förefaller mig oriktigt.

27. Om en sådan ståndpunkt godtogs skulle det nämligen innebära ett medgivande av att förordningen har övergått från att vara ett instrument för samordning till att vara ett instrument för harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning om social trygghet, vilket skulle strida mot gemenskapslagstiftarens uttryckliga syfte, såsom detta har angivits ovan (se punkt 22).

28. För övrigt har denna ståndpunkt avvisats i rättspraxis. Närmare bestämt fastslog domstolen i det ovannämnda målet De Jaeck [12], där den var ombedd att tolka uttrycken verksamhet som anställd och verksamhet som egenföretagare i avdelning II i förordningen, att "[p]å samma sätt som en arbetstagares beteckning som anställd eller egenföretagare i den mening som avses i artiklarna 1 a och 2.1 i förordningen följer av det nationella system för social trygghet till vilket denna arbetstagare är ansluten, skall begreppen verksamhet som anställd och verksamhet som egenföretagare följaktligen tolkas i överensstämmelse med de verksamheter som i avdelning II i förordningen avses med de verksamheter som anses som sådana enligt den lagstiftning som är tillämplig i fråga om social trygghet i den medlemsstat inom vars territorium dessa verksamheter utövas" [13]. Vidare preciserade domstolen i samma dom att de nämnda uttrycken i avdelning II inte har någon fristående gemenskapsrättslig betydelse, med inspiration från arbetsrätten, samtidigt som den beaktade det förhållandet att förordningen inskränker sig till att samordna lagstiftningarna i fråga om medlemsstaternas system för social trygghet. [14]

11 — Det är riktigt att det i denna bestämmelse nämns "anställningsperioder" och inte "perioder av avlönat arbete". Enligt min mening följer det dock av distinktionen i bestämmelsen mellan "anställningsperioder" och "perioder av verksamhet som egenföretagare" att de förstnämnda i alla händelser omfattar perioder av avlönat arbete.

12 — Se ovan fotnot 7.

13 — Punkterna 23 och 34. Se även dom av den 30 januari 1997 i mål C-221/95, Hervein och Hervillier (REG 1997, s. I-609), punkt 21.

14 — Punkt 28.

29. I detta mål framgår det av begäran om förhandsavgörande att kriteriet för om en person skall anses som anställd och omfattas av WAO är förekomsten av ett anställningsförhållande som regleras av privat eller offentlig rätt. Offentliganställda är uttryckligen uteslutna, medan verksamhet inom nationens försvarsmakt inte betraktas som avlönat arbete.

Närmare bestämt är de som fullgör obligatorisk militärtjänstgöring varken anställda på grund av ett avtal eller på grund av att de har utnämnts till en offentlig tjänst. De anses inte befinna sig i något anställningsförhållande och deras anställning betraktas inte heller som ett sådant. Vad avser social trygghet omfattas de av Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening militairen (nederländsk lag om militärers försäkring mot arbetsoförmåga), som trädde i kraft år 1972.

Vad beträffar dem som fullgör frivillig militärtjänstgöring anges bara i begäran om förhandsavgörande att deras situation inte väsentligt skiljer sig från den förstnämnda kategorin. Svaranden i målet vid den nationella domstolen har preciserat att deras tjänstgöring i försvaret grundas på offentligrättsliga bestämmelser och att de fullgör sina uppgifter som offentliganställda inom försvarsmakten. Vad avser social trygghet försäkras det i begäran om förhandsavgörande att de omfattas av speciella bestämmelser som reglerar militärers försäkring mot arbetsoförmåga.

30. Av vad som har anförts ovan kan den slutsatsen dras att obligatorisk och frivillig militärtjänstgöring i Nederländerna inte betraktas som en period av avlönat arbete i den mening som avses i WAO och att de som fullgör sådan tjänstgöring inte omfattas av WAO, utan av speciella system för social trygghet. Vidare framgår det inte av handlingarna i målet att WAO, vare sig indirekt eller genom någon hänvisning, skulle ha utsträckts till att omfatta dessa kategorier. Med hänsyn till vad som har angivits ovan kan följaktligen de omtvistade perioder av militärtjänstgöring som sökandena vid den nationella domstolen har fullgjort inte betraktas som "perioder av avlönat arbete eller motsvarande perioder", i den mening som avses i de omtvistade bestämmelserna i bilaga VI till förordningen.

31. Kommissionen har gjort gällande att de som fullgör frivillig militärtjänstgöring befinner sig i ett underställt förhållande, att de logiskt uppbär lön för sina tjänster och att de därför skall anses som offentliganställda och att perioden av militärtjänstgöring skall betraktas som en period av avlönat arbete i den mening som avses i de omtvistade bestämmelserna i bilaga VI. Den har i detta avseende åberopat domarna i de ovannämnda målen Van Poucke och Olivieri-Coenen. [15]

32. I den mån som dessa påståenden syftar till en tolkning av de omtvistade bestämmelserna i bilaga VI som är fristående från och oberoende av bestämmelserna i WAO, det vill säga en tolkning på grundval av konkreta eller presumerade kännetecken för frivillig

15 — Se ovan, fotnoterna 6 respektive 2.

militärtjänstgöring i Nederländerna, skall de förkastas med hänsyn till vad som har anförts ovan.

Jag anser inte att domen i målet Van Poucke är relevant i det här fallet. Domstolen fastslog i den domen att en belgisk militärläkare (offentliganställd) ingår i den personkrets som förordningen är tillämplig på, *eftersom* en lagstiftning i fråga om social trygghet, som förordningen är tillämplig på, hade utsträckts till att omfatta denna kategori. [16] Domstolen fann också att en verksamhet som en person som omfattas av förordningens tillämpningsområde utövar såsom offentliganställd är en verksamhet som anställd i den mening som avses i artikel 14 c i förordningen. [17] Domstolen ansåg således varken att offentliganställda, närmare bestämt militärer, omfattas av förordningen eller att deras verksamhet utan vidare skall anses som en verksamhet som anställd i den mening som avses i förordningen.

33. Domen i målet Olivieri-Coenen är inte heller relevant i detta fall. I den domen ansåg domstolen att, vid beviljandet av en liknande invaliditetsförmån i Nederländerna, perioder under vilka en person har utövat undervisningsverksamhet enligt ett anställningsavtal med en privat skola utgör perioder av avlönat arbete i den mening som avses i bestämmelserna i bilaga VI till förordningen (som även är aktuella i detta fall), *även om* denna person under denna period var försäkrad enligt ett särskilt system som gällde statligt anställda och personer som behandlades som sådana. [18] Eftersom det i det fallet inte bestreds att den berörde personens yrkesverksamhet var en verksamhet som anställd enligt nederländsk rätt [19], anser jag att domen endast betyder att den berörde personens samtidiga anslutning till ett särskilt system för offentliganställda inte medförde att verksamheten upphörde att vara en verksamhet som anställd i den mening som avses i förordningen.

34. Det förhållandet att det i artikel 13.2 e i förordningen anges att "[d]en som är inkallad eller har återinkallats till militärtjänstgöring eller civil tjänstgöring i en medlemsstat skall omfattas av denna stats lagstiftning" ändrar på intet sätt den ståndpunkt som jag har intagit ovan. Artikel 13 hör nämligen under avdelning II, som rör bestämmande av tillämplig lagstiftning. Som domstolen har fastslagit är syftet med de olika bestämmelserna i artikel 13.2 att lösa lagstiftningskonflikter som kan uppkomma när den berörde personen under en och samma period är bosatt respektive anställd i olika medlemsstater [20] och inte att definiera villkoren för rätt eller skyldighet att ansluta sig till ett system för social trygghet, vilket skall ske i enlighet med lagstiftningen i varje enskild

16 — Punkterna 9 och 11.

17 — Punkt 19.

18 — Punkt 18.

19 — Det framhölls också av den nederländska institutionen för social trygghet, som var svarande i målet vid den nationella domstolen (se generaladvokat Lenz förslag till avgörande inför denna dom, punkt 12).

20 — Se domar av den 21 februari 1991 i mål C-245/88, Daalmeijer (Rec. 1991, s. I-555), punkt 13, av den 28 november 1991 i mål C-198/90, kommissionen mot Nederländerna (Rec. 1991, s. I-5799), punkt 10, med flera.

medlemsstat [21]. I det förevarande målet är det inte fråga om vilken lagstiftning som är tillämplig (det är fastställt att det är den nederländska lagstiftningen), och det föreligger inte heller någon lagkonflikt vad avser den aktuella perioden av militärtjänstgöring. Vidare är i alla händelser inte syftet med denna bestämmelse att tvinga en medlemsstat att betrakta en period som en försäkringsperiod eller en period av avlönat arbete när den inte erkänns som sådan i den ifrågavarande statens lagstiftning om social trygghet. [22]

35. Under det muntliga förfarandet åberopade den franska regeringen artikel 13.2 e sista meningen, enligt vilken "[e]n anställd eller egenföretagare som är inkallad eller har återinkallats till militärtjänstgöring eller civil tjänstgöring skall behålla sin ställning som anställd eller egenföretagare". Den framhöll att i enlighet med denna bestämmelse skall R. O. J. Grahames militärtjänstgöring betraktas som en period av verksamhet som anställd, eftersom han, såsom framgår av begäran om förhandsavgörande, arbetade som servitör vid tidpunkten för inkallelsen. Med hänsyn till att artikel 13.2 e, såsom jag har redogjort för ovan, endast syftar till att fastställa vilken lagstiftning som skall tillämpas vid en lagkonflikt och inte till att definiera de grundläggande försäkringsvillkoren, betyder denna bestämmelse enbart att vid fastställelsen av tillämplig lagstiftning behåller den som är inkallad till militärtjänstgöring sin tidigare ställning som anställd eller egenföretagare. Eftersom villkoren för att tillämpa denna bestämmelse inte är uppfyllda i detta fall, kan den franska regeringens argument inte godtas.

21 — Se dom av den 3 maj 1990 i mål C-2/89, Kits van Heijningen (Rec. 1990, s. I-1755), punkt 19, domarna i de ovannämnda målen De Jaeck, punkt 27, och Stöber och Piosa Pereira, punkt 36, med flera.

22 — *Om och i den mån* militärtjänstgöring betraktas som en försäkringsperiod i lagstiftningen i den stat där den har fullgjorts, skall naturligtvis de andra medlemsstaterna erkänna den som sådan vid beräkningen av den förmån som skall utges, *även om dessa perioder inte skulle beaktas med stöd av deras egen lagstiftning* (se dom av den 15 december 1993 i de förenade målen C-113/92, C-114/92 och C-156/92, Fabrizzi m. fl., Rec. 1993, s. I-6707, punkterna 22 och 25). Omvänt gäller att om de betraktar den som en försäkringsperiod när det gäller deras egna medborgare, skall de under samma villkor erkänna militärtjänstgöring som har fullgjorts i en annan medlemsstat (se dom av den 25 juni 1997 i mål C-131/96, Romero, REG 1997, s. I-3659, punkterna 33 och 36).
På samma sätt skall en social förmån i den mening som avses i förordning nr 1612/68 som gäller för medborgare i staten (beaktande av militärtjänstgöringens längd vid fastställelsen av antalet tjänsteår i företaget) också beviljas migrerande arbetstagare som har fullgjort sin militärtjänstgöring i sitt fosterland (dom av den 15 oktober 1969 i mål 15/69, Ugliola, Rec. 1969, s. 363). En förmån som beviljas medborgare i staten vilka är inkallade till militärtjänstgöring, men som inte är en social förmån i den mening som avses i förordning nr 1612/68 eftersom den är nära förbunden med militärtjänstgöringen, behöver dock inte tilldelas migrerande arbetstagare (dom av den 14 mars 1996 i mål C-315/94, De Vos, REG 1996, s. I-1417, punkt 20— 23). Dessa mål gällde utsträckningen av rättigheter som en medlemsstat tillerkände dem som var inkallade till militärtjänstgöring till att omfatta migrerande arbetstagare, och inte en särskild skyldighet för en medlemsstat att tillerkänna sina egna värnpliktiga sådana rättigheter, vilket är fallet i förevarande mål.

B — *Den tredje frågan*

36. Det finns endast anledning att besvara denna fråga under förutsättning att militärtjänstgöringen kan betraktas som en period av verksamhet som anställd eller som en motsvarande period i den mening som avses i bilaga VI. Den tredje frågan skall därför prövas med förbehåll för svaret på den andra frågan.

37. Enligt de omtvistade bestämmelserna i bilaga VI beaktas perioder av verksamhet som anställd som har fullgjorts *i Nederlän-*

derna före den 1 juli 1967 vid beräkningen av förmåner som skall utges med stöd av WAO. I enlighet med vad som följer av domstolens rättspraxis i liknande fall kan kriteriet för att beakta dessa perioder inte bestå i det förhållandet att den berörde är verksam i Nederländerna, men däremot i att denne har en tillräcklig anknytning till Nederländerna genom en anslutning till ett system för social trygghet som omfattas av förordningen, i detta fall WAO. [23]

38. Följaktligen, och med det ovannämnda förbehållet, har det ingen betydelse i detta fall att en del av R. O. J. Grahames militärtjänstgöring i det nederländska försvaret (det vill säga i den nederländska statens tjänst) fullgjordes utomlands. Detta gäller i än högre grad som det framgår av de skriftliga yttranden som har ingivits av svaranden vid den nationella domstolen att före detta Nederländska Nya Guinea, där sökanden fullgjorde sin militärtjänstgöring, var ett nederländskt utomeuropeiskt territorium (se artikel 227.1 och 227.3 i fördraget samt bilaga IV och protokollet av den 25 mars 1957) fram till fördraget av den 15 augusti 1962, genom vilket överhögheten för detta territorium överläts till Republiken Indonesien, och därför upprätthöll särskilda förbindelser med Nederländerna [24].

23 — Se dom av den 30 mars 1993 i mål C-282/91, De Wit (Rec. 1993, s. I-1221), punkt 21. Se även domar av den 23 oktober 1986 i mål 300/84, Van Roosmalen (Rec. 1986, s. 3097), punkterna 29 och 30, och av den 9 juli 1987 i de förenade målen 82/86 och 103/86, Laborero och Sabato (Rec. 1987, s. 3401), punkt 24.

24 — Se dom av den 31 mars 1977 i mål 87/76, Bozzone (Rec. 1977, s. 687), punkt 21.

C — *Den första frågan*

39. Med denna fråga vill den nationella domstolen i huvudsak veta om de omtvistade bestämmelserna i bilaga VI är förenliga med artiklarna 48 och 51 i fördraget, i den mån det inte föreskrivs att perioder av militärtjänstgöring skall beaktas vid beviljandet av en förmån för arbetsoförmåga, och om denna avvikelse är befogad med stöd av artikel 48.4 i fördraget.

40. Innan denna fråga kan besvaras måste det prövas om de som fullgör obligatorisk eller frivillig militärtjänstgöring är att betrakta som arbetstagare i den mening som avses i artikel 48 i fördraget och om de berörs av undantaget i artikel 48.4.

41. Det skall till att börja med erinras om att enligt fast rättspraxis har begreppet arbetstagare i den mening som avses i artikel 48 en gemenskapsrättslig betydelse och skall definieras enligt objektiva kriterier som kännetecknar ett anställningsförhållande med beaktande av de berörda personernas rättigheter och skyldigheter, då ett anställningsförhållandes väsentliga kännetecken utgörs av att en person under en viss tid, för en annan och under dennas överinseende, utför prestationer för vilka han får lön, oberoende av om detta rättsliga förhållande lyder under offent-

lig rätt eller privaträtt. [25] Reglerna om fri rörlighet för arbetstagare garanterar i alla händelser fri rörlighet för personer som utövar eller vill utöva en ekonomisk verksamhet. [26] Genom att ge begreppet arbetstagare en vid tolkning har domstolen ansett att enligt det system som har inrättats genom fördraget skall offentliganställda betraktas som anställda [27] och till och med som en särskild kategori av anställda [28].

42. Artikel 48.4 har ett begränsat tillämpningsområde. I artikeln föreskrivs endast en möjlighet för medlemsstaterna att förhindra att andra medborgare än statens egna får tillträde till vissa offentliga tjänster med hänsyn till medlemsstaternas legitima intresse av att förbehålla statens egna medborgare ett antal tjänster som har samband med utövande av offentlig makt och skydd för allmänna intressen. [29] Domstolen har från fall till fall bedömt om en verksamhet eller en uppgift tillhör denna särskilda verksamhet av offentlig förvaltning. Den har exempelvis bekräftat att anställningar som chefskontrollant vid tekniskt kontor, chefskontrollant, arbetskontrollant, inventariekontrollant, nattvakt och arkitekt vid de kommunala förvaltningarna i Bryssel och i Auderghem faller under bestämmelsens tillämpningsområde [30], medan anställningar som sjuksköterska eller sjuksköterska på ett offentligt sjukhus [31] och (ordinarie) lärare i allmän skola [32], med flera, inte faller under denna. Det måste i alla händelser medges att, såsom redan har noterats [33], viss verksamhet som har nära anknytning till utövandet av statsmakten eller den tvångsmakt som följer av denna, såsom statens försvar, polisväsendet och upprätthållandet av ordning, beskattningen och domstolsväsendet, obestridligen faller under artikel 48.4. [34]

43. Mot bakgrund av dessa överväganden kan en person som fullgör obligatorisk militärtjänstgöring inte betraktas som en anställd och omfattas därför inte heller av artikel 48. Svaranden i målet vid den nationella domstolen och den nederländska regeringen har med rätta framhållit att militärtjänsten utgör en obligatorisk tjänst som utförs för staten och inte en avlönad ekonomisk verksamhet som utövas inom ramen för ett anställningsförhållande. Detta gäller även om militären erhåller lön av staten för att täcka sina personliga utgifter. [35] Med hänsyn till detta är det inte

25 — Se exempelvis dom av den 3 juli 1986 i mål 66/85, Lawrie-Blum (Rec. 1986, s. 2121), punkterna 16 och 17, och domen i det ovan i fotnot 7 nämnda målet De Jaeck, punkterna 26 och 27.

26 — Dom av den 23 mars 1982 i mål 53/81, Levin (Rec. 1982, s. 1035), punkt 17.

27 — Se domen i det ovan i fotnot 6 nämnda målet Van Poucke, punkt 17.

28 — Dom av den 1 februari 1996 i mål C-308/94, Naruschawicus (REG 1996, s. I-207), punkt 21).

29 — Se exempelvis domar av den 17 december 1980 (provisorisk) i mål 149/79, kommissionen mot Belgien (Rec. 1980, s. 3881), punkt 10, av den 26 maj 1982 (slutlig, i samma mål, Rec. 1982, s. 1845), punkt 7, av den 3 juni 1986 i mål 307/84, kommissionen mot Frankrike (Rec. 1986, s. 1725), punkt 12, av den 22 november 1995 i mål C-443/93, Vougioukas (REG 1995, s. I-4033), punkterna 19 och 20, med flera.

30 — Se domen i det i den föregående fotnoten nämnda målet kommissionen mot Belgien, punkterna 8 och 11.

31 — Se domen i det ovan i samma fotnot nämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 13.

32 — Se domen i det ovan i fotnot 25 nämnda målet Lawrie-Blum, punkt 29.

33 — Se punkt 5 i generaladvokat Mancinis förslag till avgörande inför domen i målet kommissionen mot Frankrike (nämnt ovan i fotnot 29) och generaladvokat Mayras förslag till avgörande inför domen av den 21 juni 1974 i mål 2/74, Reyners (Rec. 1974, s. 631).

34 — Se även kommissionens förklaring av den 18 mars 1988 om tillämpningen av artikel 48.4 i vilken den, förutom de särskilda verksamheter som var i fråga, också nämnde diplomatisk representation, anställning i ministerier, regionala regeringar, centralbanker, lagstiftande kommissioner etcetera.

35 — Se i detta avseende generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande inför domen i målet De Vos (nämnt ovan i fotnot 22), punkt 41.

nödvändigt att pröva om militärer omfattas av den särskilda bestämmelsen i artikel 48.4. [36]

44. Omvänt kan det av uppgifterna i målet, trots att de är fragmentariska, enligt min mening dras den slutsatsen att de som fullgör frivillig militärtjänst i Nederländerna *i den mening som avses i fördraget* skall betraktas som anställda i en vidare bemärkelse, såsom kommissionen med rätta har framhållit. I enlighet med vad som redan har anförts [37] grundas deras tjänstgöring i armén på offentligrättsliga bestämmelser, och de fullgör sina uppgifter som offentliganställda inom försvarsmakten. Enligt kommissionen, som inte har blivit motsagd på denna punkt, erhåller dessutom dessa personer lön för sina tjänster. Jag drar av detta slutsatsen att denna verksamhet utgör en avlönad tjänst och att den därför omfattas av artikel 48. Dessutom faller den på grund av själva sin natur under artikel 48.4.

45. Jag kommer nu till artikel 51, i vilken det anges att rådet skall besluta om sådana åtgärder inom den sociala trygghetens område som är nödvändiga för att genomföra fri rörlighet för arbetstagare. Av uppenbara systematiska skäl förefaller det mig klart att begreppet arbetstagare har samma omfattning i artikel 51 som i artikel 48. Följaktligen skall rådet genomföra den föreskrivna samordningen med avseende på alla arbetstagare som omfattas av artikel 48. [38]

46. Den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 1408/71 och förordningens materiella tillämpningsområde är både snävare och vidare än vad som gäller för artiklarna 48 och 51 i fördraget. Det är därför som förordningens tillämpningsområde, vilket i den ursprungliga versionen av fördraget var begränsat till löntagare och angav artikel 51 som rättslig grund, genom förordning nr 1390/81 utsträcktes till att omfatta egenföretagare. Eftersom dessa omfattas av kapitlen 2 och 3 i avdelning III i fördraget (artikel 52—66) om etableringsrätt respektive tjänster, och artikel 51 därför inte utgör någon rättslig grund för denna utvidgning av tillämpningsområdet (se tredje övervägandet i förordning nr 1390/81), tillgrep rådet även artikel 235 i fördraget. Även om offentliganställda, såsom har angivits [39], skall betraktas som anställda i den mening som avses i artikel 48 i fördraget, fortsätter dessutom artikel 4.4 i förordningen att från förordningens tillämpningsområde undanta särskilda system för offentligt anställda och personer som behandlas som sådana, trots att kommissionen år 1991 framlade ett förslag till ändring av förordningen så att den även skulle omfatta offentliganställda. [40]

36 — Det är i alla händelser obestridligt att om personer som är inkallade till militärtjänstgöring ville betraktas som anställda i en vidare bemärkelse skulle de omfattas av tillämpningsområdet för artikel 48.4.

37 — Se ovan punkt 29.

38 — Se domen i det ovan i fotnot 29 nämnda målet Vougioukas, punkt 30.

39 — Se punkt 41.

40 — EGT C 46, 1992, s. 1.

47. Rådets utdragna vägran att reglera denna fråga var ovanligt kännbar i domen i målet Vougioukas. [41] Domstolen fann dock att giltigheten av artikel 4.4 i förordningen inte påverkades, 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, och med hänsyn till att det står rådet fritt att åtminstone delvis avvika från de metoder som för närvarande föreskrivs i förordningen i syfte att säkerställa en samordning av de särskilda systemen för statligt anställda (punkt 35).

48. Denna tolkning överensstämmer med förordningens funktion som instrument för samordning — och inte harmonisering — av medlemsstaternas lagstiftning om social trygghet, och den visar att det förhållandet att en person är anställd i den mening som avses i fördraget inte automatiskt tillförsäkrar honom tillämpning av förordningens fördelaktiga bestämmelser. Det är nämligen så att medan de ovannämnda artiklarna i fördraget tillämpas på grundval av objektiva kännetecken för ett anställningsförhållande tillämpas förordningen på grund av en anslutning till ett nationellt system för social trygghet, som omfattas av förordningen och där anslutningen är beroende av villkor som fastställs av den nationella lagstiftaren.

49. Med hänsyn till vad som har anförts ovan ser jag ingen motsägelse mellan de omtvistade bestämmelserna i bilaga VI och artiklarna 48 och 51 i fördraget, i den mån de omtvistade bestämmelserna hänvisar till WAO vad avser fastställelsen av de perioder som skall beaktas för att beräkna den invaliditetsförmån som skall utges i detta fall. Vidare har det förhållandet att militärtjänstgöring, enligt det nederländska systemet för social trygghet, inte omfattas av det allmänna systemet för social trygghet i fråga om invaliditet som är tillämpligt på anställda, utan av ett särskilt system för offentliganställda (varför perioderna i fråga i princip inte kan beaktas i detta fall), inget att göra med giltigheten av de omtvistade bestämmelserna i förordningen utan hänför sig till den nationella lagstiftarens fullkomligt lagliga frihet att organisera sektorn avseende social trygghet.

50. Såsom framgår av punkt 36 i domen i målet Vougioukas, som redan har nämnts flera gånger, leder det förhållandet att de omtvistade bestämmelserna i bilaga VI är giltiga — vilket domstolen enligt min mening skall konstatera — emellertid inte till att en begäran om sammanläggning skall avslås, eftersom denna begäran kan tillmötesgås genom en direkt tillämpning av artikel 48—51 i fördraget utan att de samordningsregler som antagits av rådet behöver åberopas.

51. I enlighet med vad som framgår av begäran om förhandsavgörande och vad både L. M. Hollanders har uppgivit i sina skriftliga och muntliga yttranden och den franska regeringen uppgav vid det offentliga sammanträdet, minskas i detta fall, i fråga om

41 — Se punkterna 32 och 33, där det anges att dessa förordningars särdrag och de tekniska samordningssvårigheter som är en naturlig följd av dessa och som ursprungligen gjorde rådets passivitet försvarbar inte kan försvara denna passivitet under obestämd tid, och punkt 34, där det anges att rådet inte till fullo har uppfyllt den skyldighet som det åläggs i artikel 51.

anställda som är jämförbara med sökandena men som inte har bosatt sig i en annan medlemsstat, inte den förmån som de har rätt till enligt WAO med de perioder som är aktuella i detta fall. Det förefaller således som om sökandena skulle ha haft rätt att få de omtvistade perioderna av militärtjänstgöring beaktade om de hade bott kvar och arbetat i Nederländerna och att de har gått miste om denna rätt endast av den anledningen att de har utnyttjat sin rätt till fri rörlighet i gemenskapen.

52. Den nederländska regeringen bestred inte detta konstaterande under det muntliga förfarandet och framlade inte heller något övertygande skäl för att objektivt motivera skillnaden i behandling mellan arbetstagare som stannar i Nederländerna och arbetstagare som flyttar till andra medlemsstater, och något annat framgår för övrigt inte av handlingarna i målet. Följaktligen menar jag att den faktiska grunden för konstaterandet är fastställd.

53. Jag anser att den ovannämnda behandlingen är av sådant slag att den kan avhålla en nederländsk anställd från att utnyttja rätten till fri rörlighet och att den därför är en diskriminerande behandling som är förbjuden enligt artiklarna 48 och 51 i fördraget. Följaktligen föreslår jag att domstolen fastslår, att sådana bestämmelser som de aktuella nederländska strider mot de ovannämnda artiklarna i fördraget, vilket domstolen redan har fastslagit i liknande fall i domarna i målen Vougioukas och Stöber och Piosa Pereira [42], till vilka jag hänvisar.

V — Förslag till avgörande

54. Med hänsyn till vad som har anförts ovan föreslår jag att de frågor som den nationella domstolen har ställt besvaras på följande sätt:

1) Uttrycket "perioder av avlönat arbete och motsvarande perioder" som har fullgjorts i Nederländerna före den 1 juli 1967, i bilaga VI, avsnittet avseende Nederländerna, punkt 4 a eller c, till rådets förordning nr (EEG) 1408/71 av

42 — Se domarna i målen Vougioukas (nämnt ovan i fotnot 29), punkt 38 och följande punkter, och Stöber och Piosa Pereira (nämnt ovan i fotnot 8), punkt 36—39.

den 14 juni 1971 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjer flyttar inom gemenskapen, i dess ändrade och uppdaterade lydelse enligt rådets förordning (EEG) nr 2001/83 av den 2 juni 1983, respektive rådets förordning (EEG) nr 1248/92 av den 30 april 1992, omfattar både obligatorisk och frivillig militärtjänstgöring i det nederländska försvaret, i den mån denna tjänstgöring enligt WAO anses vara en period av avlönat arbete eller en motsvarande period. Med detta förbehåll är den omständigheten att tjänstgöringen har fullgjorts utanför Nederländernas territorium inte relevant.

2) Vid prövningen av dessa bestämmelser i bilaga VI, såsom de har tolkats ovan, har det inte framkommit något som kan påverka deras giltighet i förhållande till artiklarna 48 och 51 i fördraget.

3) Artiklarna 48 och 51 i fördraget skall tolkas på så sätt att de utgör hinder för att perioder av militärtjänstgöring som har fullgjorts i det nederländska försvaret inte beaktas vid beräkningen av den invaliditetsförmån som den behöriga nederländska institutionen skall utge när det rör sig om en anställd som har utnyttjat rätten till fri rörlighet inom gemenskapen, medan det enligt den nationella lagstiftningen är möjligt att beakta dessa perioder då det är fråga om anställda som stannar i Nederländerna.