FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
fremsat den 11. juli 1996 *

1. Det præjudicielle spørgsmål, Domstolen skal udtale sig om i denne sag, er forelagt af Tribunal du travail de Tournai (Belgien) med henblik på afgørelse af en for denne ret verserende sag mellem på den ene side Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (herefter »INASTI«) og på den anden side Hervein og Hervillier SA.

2. Af den forelæggende rets fremstilling af de faktiske forhold i hovedsagen fremgår, at Hervein, der er fransk statsborger og bosat i Frankrig, i en årrække har udøvet næsten samme form for virksomhed i Frankrig og i Belgien. Nærmere betegnet virkede han som administrerende direktør i Frankrig og ledende medarbejder i Belgien for Établissements Hervillier SA såvel som forretningsfører for Laines Anny Blatt SA og Laines Berger du Nord SA i begge disse medlemsstater indtil den 6. oktober 1986.

3. Sagsøgeren i hovedsagen, INASTI, mener, at Hervein udøvede lønnet beskæftigelse i Frankrig og selvstændig beskæftigelse i Belgien, hvorfor INASTI har betragtet ham som omfattet af den belgiske ordning om social sikring af selvstændige arbejdstagere og afkrævet såvel ham som Hervillier SA betaling af bidrag på i alt 1 588 489 BFR hertil fra den 1. juli 1982, ikrafttrædelsesdatoen for forordning (EØF) nr. 1390/81 [1] (herefter »forordning nr. 1390/81«), hvorved forordning (EØF) nr. 1408/71 udvidedes til også at omfatte selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer [2] (herefter »forordning nr. 1408/71«), indtil han tog sin afsked fra disse stillinger med udgangen af 1986.

4. De sagsøgte gør over for dette krav gældende, at selvstændige erhvervsdrivende, selv om det står fast, at de ifølge fransk lovgivning anses for sidestillet med lønnede arbejdstagere for så vidt angår tilslutningen til den sociale sikringsordning, ikke af denne grund taber deres status som selvstændige erhvervsdrivende, idet de skal betragtes som sådanne, når de ikke er tilknyttet virksomheden i noget underordnelsesforhold.

5. Det præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Tribunal du travail de Tournai med

1 — Rådets forordning af 12.5.1981, hvorved forordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet (EFT L 143, s. 1) udstrækkes til også at omfatte selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer.

2 — Rådets forordning af 14.6.1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet (EFT 1971 II, s. 366).

* Originalsprog: spansk.

henblik på afgørelsen af denne sag, lyder således:

»Omfatter begrebet selvstændig beskæftigelse, jf. navnlig artikel 14a, stk. 2, i Rådets forordning (EØF) nr. 2001/83 af 2. juni 1983, en virksomhed, der udøves af en person med statsborgerskab i en medlemsstat, som indtager en selvstændig stilling?«

Fællesskabsbestemmelser

6. I artikel 1 i forordning nr. 1408/71 som affattet ved forordning (EØF) nr. 2001/83 [3] (herefter »forordning nr. 2001/83«) hedder det:

»...

a) betyder udtrykkene 'arbejdstager' og 'selvstændig erhvervsdrivende' henholdsvis enhver person:

i) der er forsikret i henhold til en tvungen forsikring eller en frivillig fortsat forsikring mod en eller flere af de risici, der svarer til de sikringsgrene, som indgår i en social sikringsordning for arbejdstagere eller selvstændige erhvervsdrivende

...«

7. Afsnit II i forordning nr. 1408/71, som ændret og ajourført ved forordning nr. 2001/83, indeholder et fuldstændigt system af kollisionsnormer til afgørelse af, hvilket lands ret der finder anvendelse på de personer, der falder ind under forordningens anvendelsesområde. Hovedreglen, således som den er formuleret i artikel 13, stk. 1, er, at arbejdstageren kun er omfattet af den sociale sikringsordning i én medlemsstat. I denne bestemmelse hedder det:

»1. Med forbehold af artikel 14c er de personer, der er omfattet af denne forordning, alene undergivet lovgivningen i én medlemsstat. Spørgsmålet om, hvilken lovgivning der skal anvendes, afgøres efter bestemmelserne i dette afsnit.«

8. I artikel 14a, stk. 2, i forordning nr. 1408/71, som den forelæggende ret

3 — Rådets forordning af 2.6.1983 om ændring og ajourføring af forordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, og af forordning (EØF) nr. 574/72 om regler til gennemførelse af forordning (EØF) nr. 1408/71 (EFT L 230, s. 6).

anmoder Domstolen om at fortolke, hedder det:

»2. En person, der normalt har selvstændig beskæftigelse på to eller flere medlemsstaters område, er omfattet af lovgivningen i den medlemsstat, på hvis område han er bosat, hvis han udøver en del af sin virksomhed på denne medlemsstats område, eller, såfremt han ikke udøver virksomhed på den medlemsstats område, hvor han er bosat, af lovgivningen i den medlemsstat, på hvis område han har sin hovedbeskæftigelse ...«

9. Artikel 14c omhandler de særlige regler, der gælder for personer, som samtidig har lønnet beskæftigelse på en medlemsstats område og selvstændig beskæftigelse på en anden medlemsstats område. I denne bestemmelse, således som den var affattet på det tidspunkt, hvor de i sagen omhandlede forhold forelå, hed det [4]:

»1. En person, der samtidig har lønnet beskæftigelse på en medlemsstats område og selvstændig beskæftigelse på en anden medlemsstats område, er

a) med forbehold af litra b) omfattet af lovgivningen i den medlemsstat, på hvis område vedkommende har lønnet beskæftigelse

b) i de i bilag VII omhandlede tilfælde omfattet af lovgivningen i hver af disse medlemsstater, for så vidt angår beskæftigelsen på deres område.

2. Gennemførelsesbestemmelserne til stk. 1, litra b), fastsættes i en forordning, der skal vedtages af Rådet på forslag af Kommissionen.«

10. I artikel 14d hed det:

»1. Den i ... artikel 14c, stk. 1, litra a), omhandlede person behandles for så vidt angår den lovgivning, der fastlægges i overensstemmelse med disse bestemmelser, som om vedkommende havde hele sin erhvervsmæssige beskæftigelse på den pågældende medlemsstats område.«

4 — Ved Rådets forordning (EØF) nr. 3811/86 af 11.12.1986 om ændring af forordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, og af forordning (EØF) nr. 574/72 om regler til gennemførelse af forordning (EØF) nr. 1408/71 (EFT L 355, s. 5), der trådte i kraft den 1.1.1987, fik denne artikel en ny ordlyd med henblik på at udvide dens anvendelsesområde til ligeledes at omfatte udøvelse af to eller flere former for lønnet og selvstændig virksomhed på to eller flere medlemsstaters område.

11. I bilag VII til forordning nr. 1408/71 hed det for så vidt angår denne sag:

»[Anvendelse af artikel 14c, stk.1, litra b)]

Tilfælde, hvor en person samtidig er omfattet af lovgivningen i to medlemsstater

1. Selvstændig beskæftigelse i Belgien og lønnet beskæftigelse i en anden medlemsstat med undtagelse af Luxembourg ...«

12. Sagsøgte i hovedsagen, den franske og den belgiske regering såvel som Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg i sagen.

13. Hervein og Hervillier SA har anført, at førstnævntes beskæftigelse både i Frankrig og Belgien i den periode, for hvilken INASTI afkræver dem bidrag, var selvstændig beskæftigelse, da Hervein i alle tilfælde udøvede hverv som leder i forskellige selskaber og derfor ikke var bundet ved nogen arbejdsaftale, fordi der manglede det underordnelsesforhold, som er forbundet med en sådan. De har tilføjet, at selv om hvervet som leder af selskaber ifølge den franske lovgivning om social sikring betragtes som sidestillet med lønnet beskæftigelse med henblik på tilslutning, betaling af bidrag og dækning inden for den sociale sikring, bevirker dette ikke, at de mister deres status som selvstændige erhvervsdrivende. De finder derfor, at Hervein's stilling omfattes af artikel 14a, stk. 2, i forordning nr. 1408/71, hvorefter en person, der normalt har selvstændig beskæftigelse på en eller flere medlemsstaters område, er undergivet lovgivningen i den medlemsstat, på hvis område han er bosat, dersom han som i det foreliggende tilfælde udøver en del af sin virksomhed i denne medlemsstat. De mener derfor, at han alene var undergivet lovgivningen i Frankrig.

Disse parter foreslår det præjudicielle spørgsmål besvaret således, at den i artikel 14a, stk. 2, i forordning nr. 1408/71 nævnte selvstændige beskæftigelse omfatter en virksomhed, der udøves af en statsborger i en medlemsstat, som indtager en selvstændig stilling.

14. Den belgiske regering har i sit skriftlige indlæg fremhævet, at der ikke i forordning nr. 1408/71 findes nogen definition af udtrykkene lønnet beskæftigelse og selvstændig beskæftigelse, selv om de figurerer i artikel 13 og 14a i forordning nr. 1408/71, der fastlægger, hvilken lovgivning der skal finde

anvendelse på bestemte grupper af personer, der omfattes af forordningens anvendelsesområde. Efter den belgiske regerings opfattelse er det eneste mulige kriterium for afgørelsen af, om en arbejdstager er lønnet eller selvstændig, på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin, indeholdt i den sociale sikringsordning, som vedkommende arbejdstager er tilsluttet i sit land. I denne sag er sagsøgte fransk statsborger og erkender, at han i Frankrig er undergivet den sociale sikringsordning, som gælder for lønnede arbejdstagere. Som følge heraf kan han kun betragtes som sådan ved anvendelsen af forordning nr. 1408/71.

Den belgiske regering har desuden tilføjet, at det af bestemmelsen i artikel 1, litra s), i forordning nr. 1408/71, hvorefter »udtrykket 'beskæftigelsesperioder' eller 'perioder med selvstændig virksomhed' betyder perioder, der ifølge den lovgivning, hvorefter de er tilbagelagt, betegnes eller anerkendes som sådanne, samt alle dermed ligestillede perioder, for så vidt de efter denne lovgivning anses for ligestillet med beskæftigelsesperioder eller perioder med selvstændig virksomhed«, må sluttes, at det er lovgivningen i medlemsstaterne, der bestemmer, om en form for beskæftigelse er selvstændig eller lønnet, og at intet er til hinder for, at den samme form for beskæftigelse er undergivet en social sikringsordning for arbejdstagere i en medlemsstat, men en sikringsordning for selvstændige arbejdstagere i en anden medlemsstat.

Den belgiske regering foreslår den forelæggende rets spørgsmål besvaret således, at den i artikel 14a, stk. 2, i forordning nr. 1408/71 omhandlede selvstændige beskæftigelse betyder selvstændig beskæftigelse som arbejdstager, der betragtes som sådan ifølge lovgivningen i den medlemsstat, hvori han udøver denne beskæftigelse, og at den måde, hvorpå man kvalificerer en beskæftigelse i denne medlemsstat, ikke bør påvirke kvalificeringen af den samme beskæftigelse i en anden medlemsstat.

15. Den franske regering har anført, at Domstolens svar på det præjudicielle spørgsmål, således som dette er udformet af den forelæggende ret, ikke vil være denne til større hjælp, når den skal anvende fællesskabsretten til løsning af den foreliggende tvist, fordi der efter regeringens opfattelse ikke er tale om at fastslå, om den pågældende er arbejdstager, men om at anvende de relevante fællesskabsregler, der samordner de nationale sociale sikringsordninger vedrørende arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, på arbejdstagere.

I denne forbindelse har regeringen erindret om, at EF-traktatens artikel 51 indeholder et princip for samordning af de sociale sikringsordninger i medlemsstaterne, der giver dem et betydeligt spillerum ved etableringen af deres sociale sikringsordninger, og mere konkret hvad angår retten og pligten til at søge tilslutning samt de betingelser, som gælder for at blive ydelsesberettiget. Følgen heraf er, at der fortsat består forskelle mellem ordningerne i de forskellige medlemsstater, således at der gælder forskellige rettigheder for de personer, der er tilknyttet disse i den ene eller den anden medlemsstat.

Under gennemgangen af denne sag har den franske regering anført, at personer, der samtidig udøver lønnet beskæftigelse og har selvstændig beskæftigelse på én eller flere medlemsstaters områder, i lighed med personer, der samtidig har lønnet beskæftigelse på to eller flere medlemsstaters område — som omhandlet i artikel 14, stk. 2, i forordning nr. 1408/71 — eller personer, der har selvstændig beskæftigelse — som omhandlet i artikel 14a, stk. 2 — alene er undergivet lovgivningen i én medlemsstat i overensstemmelse med artikel 14c, litra a), medmindre der er tale om et af de tilfælde, der er omhandlet i litra b) i samme artikel, når disse former for beskæftigelse udøves i de medlemsstater, der er omhandlet i bilag VII til forordning nr. 1408/71, i hvilket tilfælde den pågældende samtidig er undergivet lovgivningen i begge medlemsstaterne.

Da dette er tilfældet ved udøvelse af selvstændig beskæftigelse i Belgien og lønnet beskæftigelse i en hvilken som helst af de øvrige medlemsstater — med undtagelse af Luxembourg — må man i overensstemmelse med de gældende fællesskabsbestemmelser slutte, at den pågældende samtidig er underlagt fransk lovgivning om social sikring som lønnet arbejdstager og belgisk lovgivning som selvstændig erhvervsdrivende.

Den franske regering foreslår den forelæggende rets spørgsmål besvaret således, at den i artikel 14a, stk. 2, i forordning nr. 1408/71 omhandlede selvstændige beskæftigelse omfatter den virksomhed, der udøves af enhver, der er omfattet af definitionen af udtrykket »selvstændig erhvervsdrivende« i artikel 1 i forordning nr. 1408/71.

16. Kommissionen lægger betydelig vægt på sondringen mellem »lønnet beskæftigelse« og »selvstændig beskæftigelse« med henblik på anvendelsen af afsnit II i forordning nr. 1408/71. Konkret skal man først undersøge, om Hervein udøvede sin beskæftigelse som lønnet arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende med henblik på at fastslå, hvilken af artiklerne i afsnit II i forordning nr. 1408/71 han er omfattet af, og følgelig hvilken lovgivning om social sikring han var undergivet.

Da disse to udtryk ikke er defineret i forordning nr. 1408/71, foreslår Kommissionen at gå ud fra de definitioner af »arbejdstager« og »selvstændig erhvervsdrivende«, der er fastlagt i forordningens artikel 1, og hvorefter man som sådanne skal betragte personer, der er sikret i henhold til en social sikringsordning, der er fastsat i en medlemsstats lovgivning, og som gælder for henholdsvis lønnede arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende. Beskæftigelsens beskaffenhed er således uden betydning i denne forbindelse. Efter Kommissionens opfattelse fastsættes anvendelsesområdet for personer i forordning nr. 1408/71 efter den sociale sikringsordning, vedkommende er tilsluttet, og ikke efter begreber, der snarere henhører under arbejdsretten.

Da det på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin tilkommer lovgivningsmagten i hver enkelt medlemsstat at fastsætte betingelserne for retten og pligten til at tilslutte sig en social sikringsordning eller en bestemt gren inden for denne, må man henholde sig til de nationale bestemmelser, der finder anvendelse i det konkrete tilfælde.

17. Kommissionen har tilføjet, at udtrykket arbejdstager i medfør af traktatens artikel 48, der har en fællesskabsretlig betydning og skal fastlægges efter objektive kriterier, som karakteriserer arbejdsforholdet under hensyn til de berørte personers rettigheder og pligter, ikke er det samme som det ovenfor omhandlede arbejdstagerbegreb ved anvendelsen af forordning nr. 1408/71. Dette beror på, at traktatens artikel 48 tillægger vandrende arbejdstagere rettigheder, der udspringer af fællesskabsretten, hvorfor der må fastlægges en fællesskabsretlig definition, der gør det muligt at fastlægge, hvem der er berettiget, mens traktatens artikel 51 alene bestemmer, at der skal ske samordning af de nationale sociale sikringsordninger, og man med henblik på at afgøre, hvem der kan påberåbe sig samordningsbestemmelserne i forordning nr. 1408/71, i hvert enkelt tilfælde må fastslå, hvem der er tilsluttet disse ordninger. Det er derfor på grundlag af den enkeltes eventuelle tilslutning til en social sikringsordning for lønnede arbejdstagere eller selvstændige erhvervsdrivende i en medlemsstat, at det må afgøres, om den pågældende person er omfattet forordning nr. 1408/71.

Kommissionen konkluderer, at man for at fastslå, om en form for beskæftigelse skal betragtes som lønnet eller selvstændig, må undersøge, om den medlemsstat, på hvis område denne virksomhed udøves, betragter den som lønnet beskæftigelse eller som selvstændig beskæftigelse med henblik på tilslutningen til dens sociale sikringsordninger. Kommissionen foreslår herefter den forelæggende rets spørgsmål besvaret således, at man ved anvendelsen af artikel 14a, stk. 2, i forordning nr. 1408/71 som »selvstændig beskæftigelse« skal betragte virksomhed, der kvalificeres som sådan ved anvendelsen af lovgivningen om social sikring i den medlemsstat, på hvis område beskæftigelsen udøves.

18. I de Jaeck-sagen [5], der vedrører fortolkningen af udtrykket »lønnet beskæftigelse« i afsnit II i forordning nr. 1408/71, er Kommissionen af Domstolen blevet opfordret til at besvare visse spørgsmål, hvis besvarelser jeg finder relevante for afgørelsen af denne sag.

For det første blev Kommissionen anmodet om at redegøre for, hvorvidt begreberne personer, der har lønnet beskæftigelse eller selvstændig beskæftigelse, som omhandlet i forordningens afsnit II, skal fortolkes på samme måde som definitionerne på »arbejdstager« og »selvstændig erhvervsdrivende«, som omhandlet i forordningens artikel 1, litra a). For det andet blev Kommissionen anmodet om ved eksempler at belyse sit synspunkt, hvorefter det, hvis man ved fastlæggelsen af

5 — Dom af 30.1.1997, sag C-340/94, De Jaeck, Sml. I, s. 461.

udtrykkene lønnet beskæftigelse og selvstændig beskæftigelse baserer sig på arbejdsretten, ved anvendelsen af forordningens afsnit II i visse tilfælde vil føre til, at man ikke kan anvende kollisionsnormerne på personer, der dog er omfattet af forordningens personelle anvendelsesområde.

19. For så vidt angår det første spørgsmål har Kommissionen anført, at besvarelsen af spørgsmålet, om en person skal betragtes som arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende eller som ikke tilhørende nogen af disse grupper, afhænger af besvarelsen af følgende spørgsmål: For det første, om vedkommende omfattes af det personelle anvendelsesområde for forordningen (afsnit I), og i bekræftende fald, hvilken lovgivning der finder anvendelse på ham (afsnit II), idet denne kan være en anden end den, der har tjent til at kvalificere ham som arbejdstager eller som selvstændig erhvervsdrivende [6], og endelig, om den pågældende efter denne lovgivning er sikret som arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende eller ikke er omfattet af nogen forsikringsordning [7].

Kort sagt er det endnu ikke ved anvendelsen af afsnit II muligt at fastslå, om den pågældende med henblik på anvendelsen af bestemmelserne i forordningen skal anses for arbejdstager eller selvstændig erhvervsdrivende. Som følge heraf er afsnit II ikke baseret på disse begreber, men henviser til beskaffenheden af de udøvede former for virksomhed under hensyn til, at den lovgivning, der finder anvendelse ifølge dette afsnit, endeligt afgør dette spørgsmål. Det er f.eks. muligt, at en person udøver selvstændig virksomhed i en medlemsstat, men i medfør af kollisionsnormerne alene er undergivet lovgivningen om social sikring i en anden medlemsstat, hvori han udøver lønnet beskæftigelse. I dette tilfælde kan vedkommende ikke betragtes som selvstændig erhvervsdrivende med henblik på de øvrige bestemmelser i forordningen.

20. Med henblik på besvarelsen af det andet spørgsmål har Kommissionen fremført følgende eksempler:

1) For det første at studerende efter tysk lovgivning er tilsluttet ordningen for social sikring af arbejdstagere. De anses derfor i medfør af artikel 1, litra a), i forordningen for arbejdstagere og omfattes af forordningens personelle anvendelsesområde. Dersom man ved anvendelsen af afsnit II skulle følge de særlige kriterier inden for arbejdsretten, ville det blive umuligt at afgøre, om der er tale om personer, der har lønnet beskæftigelse eller selvstændig beskæftigelse, idet de ikke udøver nogen form for økonomisk

6 — Dette var tilfældet i dommen af 13.10.1993, sag C-121/92, Zinnecker, Sml. I, s. 5023. Den pågældende var tysk statsborger, bosat i Tyskland, havde selvstændig beskæftigelse i ca. halvdelen af tiden i denne stat og den anden halvdel af tiden i Nederlandene og skulle i medfør af nederlandsk lovgivning betragtes som omfattet af det personlige anvendelsesområde for forordningen (afsnit I), mens den lovgivning, der fandt anvendelse på ham, var lovgivningen i den medlemsstat, hvori han var bosat (artikel 14a i afsnit II).

7 — Det resultat, Domstolen nåede frem til i dommen i Zinnecker-sagen, jf. fodnote 6, var, at den pågældende ikke var sikret i nogen af de to medlemsstater, idet den tyske lovgivning alene indeholdt bestemmelser om en frivillig forsikring for personer, der havde denne stilling, og Zinnecker havde valgt ikke at tegne nogen sådan forsikring.

virksomhed. Det ville ligeledes være umuligt at afgøre, hvilken lovgivning de var omfattet af i medfør af forordning nr. 1408/71 under et ophold i en anden medlemsstat.

2) For det andet har Kommissionen anført, at dersom man skulle følge den definition af begrebet arbejdstager, som Domstolen har anlagt med henblik på anvendelsen af traktatens artikel 48, kan en person, der har lønnet beskæftigelse i meget ringe omfang, som f.eks. i to timer to dage om ugen, således som det var tilfældet i van Heijningen-sagen, hverken betragtes som en person, der har lønnet eller selvstændig beskæftigelse. Men i nævnte sag [8] fandt Domstolen dog, at en person falder ind under anvendelsesområdet for forordning nr. 1408/71, dersom han opfylder betingelserne ifølge bestemmelserne i artikel 1, litra a), sammenholdt med artikel 2, stk. 1, uafhængigt af, hvor lang tid han benytter til udøvelse af sin virksomhed.

Kommissionen konkluderer, at det er mest hensigtsmæssigt at følge det kriterium, der er fastlagt ved den sociale sikringsordning, idet det er bevist, at både retslæren og retspraksis på det nationale anvendelsesområde har store vanskeligheder ved at sondre mellem arbejdstagere og selvstændige erhvervsdrivende ved anvendelse af sine egne arbejdsretlige regler.

21. Jeg er enig med den franske regering, når den anfører, at Domstolens svar på spørgsmålet i den form, hvori det er stillet af den forelæggende ret, ikke vil være denne til megen hjælp, når den skal anvende fællesskabsretten med henblik på afgørelsen af hovedsagen. Jeg vil derfor først besvare det stillede præjudicielle spørgsmål og derefter give den forelæggende ret andre fortolkningsdata, der vil gøre det muligt for den at anvende fællesskabsretten ved afgørelsen af den sag, den har til påkendelse.

22. Af formuleringen af det præjudicielle spørgsmål udleder jeg, at den forelæggende ret, da begrebet »selvstændig beskæftigelse« ikke er defineret i forordning nr. 1408/71, anmoder Domstolen om at afhjælpe denne mangel og give en fællesskabsretlig definition på, hvad der skal forstås ved en sådan virksomhed, på samme måde som den har gjort det ved begreber som f.eks. »arbejdstager« i medfør af traktatens artikel 48, »udøver af selvstændig erhvervsvirksomhed« i medfør af traktatens artikel 52 eller »arbejdstager eller hermed ligestillet person« med henblik på anvendelsen af Fællesskabets regler om social sikring.

8 — Dom af 3.5.1990, sag C-2/89, Kits van Heijningen, Sml. I, s. 1755.

For så vidt angår det første begreb er Domstolens faste praksis, at »... arbejdstagerbegrebet ... er et fællesskabsretligt begreb, som ikke må fortolkes snævert. For at kunne betragtes som arbejdstager skal den pågældende udøve en faktisk og reel beskæftigelse, hvorved der skal ses bort fra en beskæftigelse af så ringe omfang, at den fremtræder som et rent marginalt supplement. Det væsentligste ved et arbejdsforhold er, at en person i en vis periode præsterer ydelser mod vederlag for en anden og efter dennes anvisninger« [9].

Ved en modsætningsslutning fra denne definition har Domstolen i sin nylig afsagte dom i Asscher-sagen [10] udtalt, at den beskæftigelse, der udøvedes af sagsøgeren i hovedsagen som direktør i Nederlandene for et selskab, i hvilket han var eneaktionær, hvilket minder meget om de Jaeck's situation, ikke udøvedes inden for et underordnelsesforhold, hvorfor han ikke kunne betragtes som »arbejdstager« i medfør af traktatens artikel 48, men som en »udøver af selvstændig erhvervsvirksomhed«, *som omhandlet i traktatens artikel 52* [11].

Hvad angår det tredje begreb har Domstolen i sin dom i Unger-sagen [12] udtalt, at udtrykket »arbejdstagere eller dermed ligestillede personer« i forordning nr. 3 [13] kun har betydning inden for rammerne af og grænserne for det i traktaten fastlagte begreb »arbejdskraft«, som denne forordning begrænser sig til at anvende, og at det nævnte udtryk, som skal klarlægge begrebet »arbejdstager« med henblik på forordning nr. 3, som i lighed hermed har en fællesskabsretlig betydning, samt at udtrykket »arbejdstager eller dermed ligestillet person«, selv om det kunne tænkes at optræde i hver af medlemsstaternes lovgivning, ikke overalt behøver at have en sammenlignelig betydning eller rolle, hvorfor det er umuligt at fastsætte dets indhold ved henvisning til lignende udtryk, som kan findes i de nationale lovgivninger, samt at begrebet »arbejdstager eller dermed ligestillet person« således har et fællesskabsretligt indhold, idet det omfatter alle, der i denne egenskab og uanset under hvilken benævnelse er omfattet af de forskellige nationale sikringsordninger. Denne grundsætning, der var baseret på retspraksis, blev optaget i forordning nr. 1408/71 og figurerer konkret i forordningens artikel 1, litra a).

23. Man forstår herefter det dilemma, som Tribunal du travail de Tournai befinder sig i, når den skal fortolke afsnit II i forordning nr. 1408/71 og afgøre, hvilken af de to mulige lovgivninger, den franske eller den belgiske, der finder anvendelse på Hervein. Formålet med en stor del af de bestemmelser, som indeholdes i kollisionsnormerne i dette afsnit, er nemlig at afgøre, hvilken lovgivning

9 — Dom af 26.2.1992, sag C-3/90, Bernini, Sml. I, s. 1071, præmis 14, og af 21.6.1988, sag 197/86, Brown, Sml. s. 3205, præmis 21.

10 — Dom af 27.6.1996, sag C-107/94, Sml. I, s. 3089, præmis 26.

11 — Min fremhævelse.

12 — Dom af 19.3.1964, sag 75/63, Sml. 1954-1964, s. 471, på s. 474 og 475, org. ref.: Rec. s. 347, især s. 363.

13 — Rådets forordning nr. 3 om social sikring af vandrende arbejdstagere (JO 1958 30, s. 561).

der skal finde anvendelse på »personer, der har lønnet beskæftigelse« og »personer, der har selvstændig beskæftigelse«, alt efter som disse beskæftigelser udøves i en eller flere medlemsstater. Det må erkendes, at løsningen ville blive klarere, dersom der forelå en definition af de to begreber, der kunne finde ensartet anvendelse i Fællesskabet.

24. Men lovgiver har dog endnu ikke fastlagt denne definition, fordi den som nævnt ikke findes nogetsteds i Fællesskabets forordninger om vandrende arbejdstageres sociale sikring. Hvad angår retspraksis har Domstolen vel i Van Poucke-sagen [14] udtalt, at en virksomhed, der udøves som tjenestemand af en person, der er omfattet af forordning nr. 1408/71, er lønnet beskæftigelse i medfør af artikel 14c, men ikke fastlagt, hvad der almindeligvis skal forstås ved en sådan virksomhed. Den har heller ikke gjort dette i dommen i van Roosmalen-sagen [15], hvori den fastslog, at begrebet »selvstændig erhvervsdrivende« i medfør af artikel 1, litra a), nr. iv), der omfatter frivillig tilslutning, finder anvendelse på personer, som uden arbejdsaftale og uden at udøve et erhverv eller drive en selvstændig virksomhed, udøver eller har udøvet en erhvervsvirksomhed, for hvilken de modtager midler, hvorved de helt eller delvis kan dække deres daglige fornødenheder, selv om midlerne tilvejebringes af personer, som en udsendt missionærpræst virker for.

25. Jeg er enig i Kommissionens opfattelse, når den hævder, at afgørende for, om en person kan falde ind under forordningens anvendelsesområde, er vedkommendes tilslutning til en social sikringsordning i en medlemsstat for arbejdstagere eller selvstændige erhvervsdrivende, og at man, når man med henblik på forordningen skal afgøre, om en beskæftigelse skal betragtes som lønnet eller som selvstændig, i alle tilfælde skal henholde sig til, hvorledes den pågældende medlemsstat betragter denne beskæftigelse ved anvendelsen af sin lovgivning om social sikring.

26. Efter fast retspraksis, »... tilkommer [det] hver medlemsstat i lovgivningen at fastsætte vilkårene for retten eller forpligtelsen til at blive tilsluttet en social sikringsordning eller en bestemt gren af en sådan sikringsordning, forudsat der herved ikke diskrimineres mel-

14 — Dom af 24.3.1994, sag C-71/93, Sml. I, s. 1101. Van Poucke udøvede to former for erhvervsvirksomhed, idet han var militærlæge i Belgien og selvstændigt praktiserende læge i Nederlandene og blev pålagt at betale bidrag til den belgiske institution for social sikring af selvstændige arbejdstagere. I medfør af artikel 14c, stk. 1, litra a), og artikel 14d, stk. 1, var han på grund af sit samtidige virke som arbejdstager i Belgien og som selvstændigt beskæftiget i Nederlandene, i sidstnævnte egenskab undergivet belgisk lovgivning efter samme regler, som hvis han havde udøvet selvstændig virksomhed i Belgien.

15 — Dom af 23.10.1986, sag 300/84, Sml. s. 3097. Der var også her tale om anvendelse af nederlandsk lovgivning. I punkt 1 i bilag I til forordning nr. 1408/71, som vedrørte Nederlandene, hed det: »Som selvstændig erhvervsdrivende anses i henhold til forordningens artikel 1, litra a), nr. ii), enhver person, der har en beskæftigelse eller et erhverv, hvor der ikke foreligger en arbejdskontrakt.«

lem statens egne borgere og andre medlemsstaters borgere« [16].

27. Ikke desto mindre skal jeg erindre om, at medlemsstaterne, selv om de vel principielt kan fastsætte betingelserne for tilslutning til deres nationale sociale sikringsordninger, ikke kan fastlægge deres egen lovgivnings territoriale anvendelsesområde, idet dette i sin helhed hører under fællesskabsretten. I sin dom i Ten Holder-sagen [17] fastslog Domstolen, at afsnit II indeholder et sæt udtømmende kollisionsnormer, der er karakteriseret ved at unddrage lovgiver i hver enkelt medlemsstat beføjelsen til at fastsætte rækkevidden og anvendelsesbetingelserne for national lovgivning for så vidt angår de omfattede personer samt det område, inden for hvilket de nationale forskrifter finder anvendelse.

28. På baggrund af disse betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare den forelæggende rets spørgsmål således, at den i artikel 14a, stk. 2, i forordning nr. 1408/71 omhandlede selvstændige beskæftigelse er den, der kvalificeres som sådan ved anvendelsen af lovgivningen om social sikring i den medlemsstat, på hvis område beskæftigelsen udøves.

29. Dersom man i hvert enkelt tilfælde skal holde sig til kvalifikationen af lønnet beskæftigelse eller selvstændig beskæftigelse ifølge lovgivningen om social sikring i den medlemsstat, på hvis område denne beskæftigelse udøves, har Hervein følgelig i denne sag samtidig lønnet beskæftigelse i Frankrig — idet han i denne medlemsstat er tilsluttet ordningen for arbejdstagere — og selvstændig beskæftigelse i Belgien, idet lovgivningen i denne medlemsstat bestemmer, at han på grund af den beskæftigelse, han har på dennes område, skal være tilknyttet ordningen for selvstændige erhvervsdrivende.

30. På dette grundlag er det allerede muligt at behandle anvendelsen af de kollisionsnormer, der findes i afsnit II i forordning nr. 1408/71 og bestemme, hvilken lovgivning Hervein er omfattet af. Hans situation omfattes af artikel 14c, der indeholder de særregler, som gælder for personer, der samtidig har lønnet beskæftigelse og selvstændig beskæftigelse på forskellige medlemsstaters område og mere konkret af artiklens stk. 1, litra b), ifølge hvilken disse personer i de i bilag VII omhandlede tilfælde er undergivet lovgivningen i begge disse medlemsstater for så vidt angår den beskæftigelse, der udøves på deres områder, idet Belgien er et af de lande, som er angivet i dette bilag.

16 — Dom af 25.2.1986, sag 254/84, De Jong, Sml. s. 671, præmis 13. Se tillige dom af 12.7.1979, sag 266/78, Brunori, Sml. s. 2705, præmis 6, af 24.4.1980, sag 110/79, Coonan, Sml. s. 1445, præmis 12, af 23.9.1982, sag 275/81, Koks, Sml. s. 3013, præmis 9, af 23.9.1982, sag 276/81, Kuijpers, Sml. s. 3027, præmis 14, af 24.9.1987, sag 43/86, De Rijke, Sml. s. 3611, præmis 12, af 18.5.1989, sag 368/87, Hartmann Troiani, Sml. s. 1333, præmis 21, og af 20.10.1993, sag C-297/92, Baglieri, Sml. I, s. 5211, præmis 13.

17 — Dom af 12.6.1986, sag 302/84, Sml. s. 1821, præmis 21.

31. I overensstemmelse med denne bestemmelse er Hervein samtidig undergivet fransk lovgivning for så vidt angår den virksomhed, han udøver i Frankrig, hvorfor han er tilknyttet ordningen vedrørende arbejdstagere i denne medlemsstat, og belgisk lovgivning for så vidt angår den virksomhed, han udøver i Belgien, idet han anses for tilknyttet ordningen for selvstændige erhvervsdrivende, hvorfor han i hovedsagen afkræves bidrag i henhold hertil. Dette betyder hverken mere eller mindre end, at han i medfør af artikel 14c, litra b), i forordning nr. 1408/71 sammenholdt med punkt 1 i bilag VII hertil, skal tilslutte sig og betale bidrag til de sociale sikringsordninger i begge medlemsstater.

32. Dette resultat giver naturligvis anledning til en vis usikkerhed. For det første havde Domstolen nemlig på det tidspunkt, hvor den fællesskabslovgivning, der gjaldt for vandrende arbejdstageres sociale sikring, indeholdtes i forordning nr. 3, allerede i Nonnenmacher-sagen [18], rejst spørgsmålet om, hvorvidt den tvungne forsikringsordning ifølge lovgivningen i en medlemsstat, hvor arbejdstageren udøvede erhvervsvirksomhed, udelukkede anvendelsen af lovgivningen i alle andre medlemsstater, og udtalt, at artikel 12 i ovennævnte forordning, der figurerede i dennes afsnit II, som i lighed med afsnit II i forordning nr. 1408/71 indeholdt kollisionsnormer, der gjorde det muligt at afgøre, hvilken lovgivning der skulle finde anvendelse på personer, der faldt ind under dens anvendelsesområde, kun var til hinder for anvendelse af lovgivningen i en anden medlemsstat end beskæftigelsesmedlemsstaten, såfremt denne lovgivning forpligtede arbejdstageren til at bidrage til en social sikringsinstitution, som ikke over for samme risiko og i samme tidsrum sikrede ham en yderligere social beskyttelse. Ligeledes har Domstolen i sin dom i van der Vechtsagen [19] fastslået, at artikel 12 i forordning nr. 3 havde til formål at hindre enhver form for kumulativ anvendelse af nationale lovgivninger, der kunne belaste både arbejdstageren og arbejdsgiveren, og at artikel 12 forbød andre medlemsstater end beskæftigelsesmedlemsstaten at anvende deres lovgivning om social sikring på arbejdstageren, når denne indebar en øget social byrde for arbejdstagerne eller arbejdsgiverne uden en tilsvarende forøgelse af den sociale sikring.

For det andet var der, så længe forordning nr. 1408/71 alene gjaldt arbejdstagere og deres familiemedlemmer, ikke tale om, at en og samme person kunne underkastes lovgivningen om social sikring i to medlemsstater. Bestemmelsen herom blev indført ved forordning nr. 1390/81 [20], der udvidede forordning nr. 1408/71 til også at omfatte selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, og som trådte i kraft den 1. juli 1982 (herefter »forordning nr. 1390/81«), og som ikke fandtes i det forslag, Kommissionen havde forelagt Rådet. Den bebudede regulering af gennemførelsesreglerne for ovennævnte litra b), der efter det i artikel 14c, stk. 2, anførte, skulle

18 — Dom af 9.6.1964, sag 92/63, Sml. 1954-1964, s. 491, org. ref.: Rec. s. 557, især s. 574.

19 — Dom af 5.12.1967, sag 19/67, Sml. 1965-1968, s. 411, på s. 413, org. ref.: Rec. s. 445, især s. 457.

20 — Jf. fodnote 5.

fastsættes ved en rådsforordning på forslag af Kommissionen, blev gennemført ved forordning (EØF) nr. 3811/86 (herefter »forordning nr. 3811/86«), der trådte i kraft den 1. januar 1987 [21].

33. Jeg er i tvivl om, hvorvidt denne regulering kan betragtes som forenelig med de principper, som gælder for arbejdskraftens frie bevægelighed og etableringsretten ifølge traktatens artikel 48 og 52, således som disse bestemmelser er blevet fortolket af Domstolen, der ved forskellige lejligheder har måttet tage stilling til deres anvendelse på sagsforhold, der meget ligner dem, jeg behandler i dag, men med den forskel, at de på daværende tidspunkt pådømte forhold havde foreligget før ikrafttrædelsen af forordning nr. 1390/81.

34. Konkret traf Domstolen præjudicielle afgørelser i dommene i Stanton-sagen [22] og Wolf-sagen [23] om spørgsmål, der ligeledes var forelagt af belgiske retter. I Stanton-sagen var sagsøgeren en britisk statsborger, der havde lønnet beskæftigelse i Det Forenede Kongerige og derfor bidrog til den britiske sociale sikring for arbejdstagere, men samtidig var han administrator af et belgisk forsikringsselskab, der var datterselskab af det britiske selskab, hvori han var ansat. Som følge af udøvelsen af denne beskæftigelse tilsluttede de belgiske myndigheder ham af egen drift til deres eget system for social sikring af selvstændige erhvervsdrivende. Det INASTI afkrævede Stanton og forsikringsselskabet som solidarisk hæftende betaling af bidrag hertil. Wolf-sagen vedrørte om en kemisk ingeniør, der var tysk statsborger og samtidig udøvede lønnet beskæftigelse i Forbundsrepublikken Tyskland og var bestyrelsesmedlem i et selskab med hjemsted i Belgien. INASTI afkrævede både ham og den belgiske virksomhed betaling af bidrag til social sikring af selvstændige erhvervsdrivende i anledning af hans udøvelse af dette hverv.

35. De berørte parter gjorde gældende, at de var fritaget fra betaling af disse bidrag i medfør af bestemmelserne i artikel 12, stk. 2, i kongelig anordning nr. 38 om selvstændige erhvervsdrivendes sociale sikring, hvorefter selvstændige erhvervsdrivende ikke er forpligtet til at betale noget bidrag, når deres indkomster herved ikke overstiger et bestemt beløb, og de foruden denne erhvervsvirksomhed sædvanligvis har en anden hovedbeskæftigelse. INASTI bestred dette, idet institutionen anførte, at den »anden erhvervsmæssige beskæftigelse«, der er omtalt i denne bestemmelse, alene angik arbejdstagere, der var omfattet af en belgisk social sikringsordning.

21 — Jf. fodnote 4. Fra datoen for ikrafttrædelsen har artikel 14c haft en ny ordlyd, og stk. 2 er udgået.

22 — Dom af 7.7.1988, sag 143/87, Sml. s. 3877.

23 — Dom af 7.7.1988, forenede sager 154/87 og 155/87, Wolf m.fl., Sml. s. 3897.

36. I disse to domme understregede Domstolen, at ifølge traktatens artikel 52, stk. 1, skal de restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område, ophæves, og at der ifølge Domstolens faste praksis er tale om en umiddelbart anvendelig fællesskabsregel, samt at etableringsfriheden ikke er begrænset til oprettelse af en enkelt virksomhed inden for Fællesskabet, men også omfatter retten til under iagttagelse af de faglige regler at oprette og opretholde mere end ét centrum for erhvervsudøvelse på Fællesskabets område, og at »disse betragtninger ligeledes finder anvendelse på en lønmodtager, der er bosat i en medlemsstat, og som desuden ønsker at udøve selvstændig virksomhed i en anden medlemsstat« [24].

I disse to domme udtalte Domstolen: »Alle traktatens bestemmelser vedrørende den frie bevægelighed for personer skal således gøre det lettere for EF-borgerne at udøve erhvervsmæssig virksomhed af enhver art på hele Fællesskabets område; yderligere indeholder de et forbud mod en national ordning, som kan skade disse borgere, såfremt de ønsker at udvide deres aktiviteter uden for en enkelt medlemsstats område«. Domstolen tilføjede: »En medlemsstats regler, hvorefter personer, der som hovedbeskæftigelse arbejder som lønmodtagere i denne medlemsstat, fritages for bidrag til en socialsikringsordning for selvstændige erhvervsdrivende — hvorimod personer, der som hovedbeskæftigelse arbejder som lønmodtagere i en anden medlemsstat, nægtes fritagelse — begrænser muligheden for at udøve erhvervsmæssig beskæftigelse uden for denne medlemsstats område. Sådanne regler er derfor i strid med traktatens artikel 48 og 52«. Under hensyn til, at denne nationale bestemmelse endvidere ikke gav personer, som var tilsluttet socialsikrings- og pensionsordningen i den medlemsstat, hvori de udøvede deres hovedbeskæftigelse som lønmodtagere, nogen yderligere social beskyttelse, fandt Domstolen, at »begrænsningen af udøvelsen af erhvervsmæssige aktiviteter uden for en enkelt medlemsstats område således under ingen omstændigheder [kunne] begrundes« [25].

37. Yderligere har Domstolen senere i sin dom i Kemmler-sagen [26] besvaret et præjudicielt spørgsmål fra en belgisk ret. I denne sag havde INASTI afkrævet Kemmler betaling af bidrag til den belgiske socialsikringsordning for selvstændige erhvervsdrivende for 1981 og første kvartal af 1982. Der var på samme måde som i sagerne Stanton og Wolf tale om bidrag for perioder før ikrafttrædelsen af forordning nr. 1390/81. Kemmler drev advokatvirksomhed i Frankfurt og Bruxelles og nægtede at betale disse bidrag, idet han anførte, at han allerede var tilsluttet den sociale sikringsordning for selvstændige erhvervsdrivende i Tyskland, og at tilslutningen til den belgiske sociale sikringsordning ikke ville give ham nogen yderligere social beskyttelse. Han var bosat i Tyskland og havde været bosat i Belgien i en del af den periode, for hvilken han afkrævedes betaling af bidrag.

24 — Jf. fodnote 22 og 23, præmis 10, 11 og 12.

25 — Samme domme, præmis 13, 14 og 15.

26 — Dom af 15.2.1996, sag C-53/95, Sml. I, s. 703.

38. Da heller ikke forordning nr. 1390/81 var anvendelig i sagen, måtte det forelagte spørgsmål løses alene på grundlag af traktatens artikel 52 om etableringsretten, idet Kemmler havde et fast forretningssted i begge de to medlemsstater.

39. Efter det samme ræsonnement som i dommene i Stanton- og Wolf-sagerne nåede Domstolen i Kemmler-sagen til samme konklusion, nemlig: »En medlemsstats regler, som forpligter personer, der allerede udøver selvstændig virksomhed i en anden medlemsstat — hvor de er bosat og tilsluttet en social sikringsordning — til at betale bidrag til ordningen for selvstændige erhvervsdrivende, skader udøvelse af erhvervsmæssig virksomhed uden for denne medlemsstats område. Sådanne regler er derfor i strid med traktatens artikel 52, medmindre de er behørigt begrundet.« I denne henseende gav de pågældende regler, hvorefter Kemmler skulle tilslutte sig og betale bidrag til den belgiske ordning for selvstændige erhvervsdrivende, på samme måde som i Stanton- og Wolf-sagerne ikke de berørte personer nogen yderligere social beskyttelse. Følgelig tilføjede Domstolen: »Begrænsningen af udøvelsen af erhvervsmæssige aktiviteter uden for en enkelt medlemsstats område kan således under ingen omstændigheder begrundes« og besvarede herefter det af Tribunal du travail de Tournai forelagte spørgsmål således: »... traktatens artikel 52 er til hinder for, at en medlemsstat pålægger personer, som allerede udøver selvstændig virksomhed i en anden medlemsstat, hvor de er bosat og tilsluttet en social sikringsordning, en forpligtelse til at betale bidrag til den sociale sikringsordning for selvstændige erhvervsdrivende, når denne forpligtelse ikke medfører nogen yderligere social beskyttelse for dem« [27].

40. Både Rådet og Kommissionen blev opfordret til i de Jaeck-sagen [28] at indgive skriftlige indlæg vedrørende foreneligheden af artikel 14c, stk. 1, litra b), i forordning nr. 1408/71 med traktatens artikel 48-52 på baggrund af Domstolens praksis og særlig dommen i Kemmler-sagen [29]. Jeg finder, at disse indlæg også er relevante for afgørelsen af denne sag.

41. Rådet bemærker for det første, at det har vide skønsmæssige beføjelser i overensstemmelse med det politiske ansvar, der er tillagt det ved traktatens artikel 51, ifølge hvilken den kontrol, som Domstolen udøver med Rådets politiske beslutninger inden for sit eget ansvarsområde, er begrænset til en kontrol af almindelig karakter med formålet [30], og for det andet, at Domstolen i sin dom i Triches-sagen [31] har fundet, at ingen bestemmelse i traktaten indskrænker den frihed, som ved artikel 51 er indrømmet Rådet til at vælge enhver objektivt begrundet foranstaltning, endog selv om de trufne bestemmelser ikke udelukker enhver risiko for ulige behandling af arbejdstagere på grund af

27 — Samme dom, præmis 12, 13 og 14.

28 — Jf. fodnote 5.

29 — Jf. fodnote 26.

30 — Rådet henviser i denne forbindelse til dom af 5.10.1994, sag C-280/93, Tyskland mod Rådet, Sml. I, s. 4973, præmis 89, 90 og 91, på den fælles landbrugspolitiks område.

31 — Dom af 13.7.1976, sag 19/76, Sml. s. 1243, præmis 18.

forskelle i de pågældende nationale ordninger. Rådet har tilføjet, at en undtagelsesbestemmelse som den i artikel 14c, stk. 1, litra b), i forordning nr. 1408/71 fra princippet i forordningens artikel 13, hvorefter de personer, forordningen omfatter, alene er undergivet lovgivningen i én medlemsstat, ikke kan være i strid med artikel 48 til 52. For at dette skulle være tilfældet, måtte anvendelsen af denne bestemmelse medføre utilsigtede bivirkninger eller praktiske problemer, der var til skade for vandrende arbejdstagere i forhold til deres nationale konkurrenter, hvortil kommer, at det ikke er påvist, at anvendelsen af denne bestemmelse har skabt problemer for Kommissionen med hensyn til den sociale sikring af vandrende arbejdstagere.

Rådet fremfører herefter, at Domstolen i sin dom i Kemmler-sagen [32] har godkendt undtagelserne fra arbejdskraftens frie bevægelighed, dersom de er »behørigt begrundet«, eller de giver en »yderligere social beskyttelse«. Vedrørende begrundelsen anfører Rådet, at artikel 14c, stk. 1, litra b), har til formål at undgå, at personer, der samtidig har lønnet beskæftigelse og selvstændig beskæftigelse i to medlemsstater skal betale lavere bidrag end personer, der udøver begge former for virksomhed i én medlemsstat. Dersom dette var muligt, ville følgen blive, at de ikke blot ville opnå en uberettiget fordel i forhold til de af deres konkurrenter, hvis virke ikke er delt mellem to medlemsstater, men tillige, at både svigagtig og lovlig udøvelse af lønnet virksomhed uden for den berørte medlemsstat ville medføre et ikke-tilsigtet princip om indirekte harmonisering af de ordninger for social sikring i medlemsstaterne, som er omhandlet i bilag VII til forordningen, hvilket ville være i strid med traktaten og i det hele taget være til skade for disse medlemsstaters sociale sikringsordninger ved at forværre deres underskud. For så vidt angår den yderligere sociale beskyttelse bemærker Rådet, at den dobbelte bidragspligt, som fastsættes på grundlag af de indkomster, der opnås i den berørte medlemsstat, i visse tilfælde kan indebære en yderligere beskyttelse i henseende til pensionsrettigheder eller børnetilskud.

42. Kommissionen anfører i sit svar på dette spørgsmål fra Domstolen, at bestemmelsen i artikel 14c, stk. 1, litra b), ikke fandtes i det forslag, den i sin tid havde forelagt Rådet (den er resultatet af et ændringsforslag, der blev fremsat i selve Rådet), og understreger, at grunden til forslagets vedtagelse var, at man ville opnå, at personer, der har lønnet beskæftigelse i en medlemsstat (f.eks. Frankrig) og selvstændig beskæftigelse i en af de i bilag VII opregnede medlemsstater (f.eks. Belgien) ikke undgik betaling af de bidrag til socialsikring, som de skulle betale i den medlemsstat, hvori de udøver den anden virksomhed, dersom de udøvede begge disse former for virksomhed i denne medlemsstat, hvilket ville give dem en fordelagtigere stilling end deres konkurrenter, der udøver begge former for beskæftigelse i denne medlemsstat. Kommissionen overlader det til Domstolen at afgøre, om den undtagelse, der er indført ved den nævnte bestemmelse, fra princippet om, at en arbejdstager kun kan være undergivet lovgivningen i én medlemsstat, er forenelig med traktatens artikel 48-52.

32 — Jf. fodnote 29, præmis 12 og 13.

43. Jeg kan ikke godtage Rådets argumenter på grund af betragtningerne til forordning nr. 1390/81, nærmere betegnet anden betragtning, hvorefter »... den frie bevægelighed for personer, som er et af Fællesskabets grundlag, er ikke kun begrænset til arbejdstagere, men vedrører ligeledes selvstændige erhvervsdrivende inden for rammerne af etableringsretten og den frie udveksling af tjenesteydelser«, tredje betragtning, hvorefter »koordinering af de sociale sikringsordninger for selvstændige erhvervsdrivende er nødvendig for virkeliggørelsen af et af Fællesskabets mål ...«, og femte betragtning, hvori det hedder »med hensyn til social sikring åbner anvendelsen af de nationale lovgivninger alene ikke mulighed for at sikre de selvstændige erhvervsdrivende, der flytter inden for Fællesskabet, en tilstrækkelig beskyttelse; for at etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser kan få fuld virkning, bør der foretages en koordinering af de sociale sikringsordninger for selvstændige erhvervsdrivende«.

44. Jeg kan dog let fastslå, at situationen for personer, der har selvstændig beskæftigelse i Belgien og lønnet beskæftigelse i en anden medlemsstat — med undtagelse af Luxembourg — for at give et eksempel på de forskellige situationer, der kan opstå efter bilag VII til forordning nr. 1408/71, ved ikrafttrædelsen af fællesskabsreglerne om samordning af de sociale sikringsordninger i medlemsstaterne, der finder anvendelse på selvstændige erhvervsdrivende, er blevet forringet i forhold til tidligere, hvor man alene kunne anvende traktatens bestemmelser om den frie bevægelighed for personer. Stanton, Wolf og Kemmler, skulle nemlig alene tilslutte sig og betale bidrag til én social sikringsordning, mens Hervein i medfør af artikel 14c, stk. 1, litra b), var forpligtet til at tilslutte sig og betale bidrag til både den franske ordning for arbejdstagere og den belgiske ordning for selvstændige erhvervsdrivende for så vidt angik den beskæftigelse han udøvede på hver af disse staters område.

45. Forskellen mellem på den ene side Stanton's, Wolf's og Kemmler's situation og på den anden side Hervein's situation består i, at de førstnævntes pligt til at tilslutte sig endnu en social sikringsordning i en medlemsstat, selv om de allerede var tilsluttet ordningen i en anden medlemsstat, var en følge af anvendelsen af en national lovgivning, i det foreliggende tilfælde belgisk lovgivning, mens samme pligt for Hervein fulgte af fællesskabsreglerne.

46. Når Domstolen har fundet, at traktatens artikel 48 og 52 er til hinder for, at reglerne i en medlemsstat kan forpligte personer, som allerede har lønnet beskæftigelse eller selvstændig beskæftigelse i en anden medlemsstat, hvori de er bosat og tilsluttet en national social sikringsordning, til at bidrage til ordningen for selvstændige erhvervsdrivende, idet dette har skadelige virkninger for udøvelsen af erhvervsaktiviteter uden for den pågældende medlemsstats område, mener jeg, at man så meget mere må slutte, at artikel 48 og 52 er til hinder for, at disse virkninger kan opstå ved anvendelsen af en rådsforordning.

47. Jeg skal i denne henseende tilføje, at Domstolen i dommene i Stanton-, Wolf- og Kemmler-sagerne tilsyneladende lader stå åbent, at det kunne begrundes, at man gjorde udøvelsen af erhvervsvirksomhed uden for én og samme medlemsstat mere byrdefuld, dersom den nationale ordning medførte en yderligere social beskyttelse. I medfør af princippet om lovreglers hierarki og på baggrund af bestemmelserne i traktatens artikel 48 og 52, der har til formål at lette udøvelsen af erhvervsaktiviteter på samtlige medlemsstaters område, kan det ikke på nogen måde begrundes, at Rådet ved brug af sin lovgivningsmyndighed har bragt statsborgere inden for Fællesskabet i en ugunstig situation, dersom de ønsker at udstrække deres virke til andre medlemsstaters område.

48. Jeg finder, at dette er det mest tungtvejende argument, når man skal bedømme denne bestemmelses forenelighed med traktatens artikel 48 og 52. Men det er dog ikke det eneste. På det tidspunkt, hvor de i sagen omhandlede forhold forelå, var der i bilag VII til forordning nr. 1408/71 angivet seks medlemmer af et Fællesskab med ti medlemmer [33]. For så vidt angik Belgien, Danmark (for bosattes vedkommende), Frankrig, Grækenland og Italien var selvstændige erhvervsdrivende i én af disse stater undergivet lovgivningen i to medlemsstater, når de havde selvstændig beskæftigelse i én af disse og lønnet beskæftigelse i en anden. Hvad angik Tyskland var der kun tale om udøvelse af selvstændig landbrugsvirksomhed. Rådet bekræfter, at denne regulering har til formål at undgå, at personer, der samtidig har lønnet beskæftigelse og selvstændig beskæftigelse i to medlemsstater kommer til at betale lavere bidrag end personer, der har begge former for beskæftigelse i én medlemsstat, hvilket ville gøre det muligt for dem at opnå en uberettiget fordel i forhold til deres konkurrenter, hvis virke ikke er delt mellem to medlemsstater. Jeg skal derfor med udgangspunkt i Hervein's situation undersøge, om artikel 14c, stk. 1, litra b), opfylder dette mål.

49. Som jeg har nævnt i indledningen til dette forslag udøvede Hervein i flere år næsten samme virksomhed i Frankrig som i Belgien, idet han samtidig var administrerende direktør og ledende medarbejder i forskellige selskaber. Der er tale om en person, der er omfattet af anvendelsesområdet for forordning nr. 1408/71, idet han ubestridt var tilsluttet den sociale sikringsordning for arbejdstagere i Frankrig. I Belgien indebærer en sådan virksomhed, at den pågældende skal være tilsluttet den sociale sikringsordning for selvstændige erhvervsdrivende.

Hvis den forelæggende ret, som den skal, anvender forordningens afsnit II med henblik på at afgøre, hvilken lovgivning Hervein er undergivet, vil denne fastslå, at hans situation kan høre under artikel 14c. Dersom bestemmelsen i stk. 1, litra b), i denne artikel og ovennævnte bilag VII ikke fandtes, ville Hervein alene have været undergivet lovgivningen om social sikring i Frankrig, hvorefter han ville være blevet betragtet som en

33 — Med Spaniens og Portugals tiltrædelse bidrog begge disse stater til en forlængelse af denne liste. Det samme skete ved Østrigs, Finlands og Sveriges tiltrædelse.

arbejdstager, der udførte hele sin virksomhed i Frankrig. Den samme løsning ville man nå til, dersom han i stedet for at have selvstændig beskæftigelse i Belgien udøvede denne i Tyskland, medmindre der var tale om landbrugsvirksomhed, eller i Danmark, medmindre han var bosat i dette land, eller i Det Forenede Kongerige eller Irland, for blot at anføre nogle yderligere eksempler. Derimod er hans retsstilling forholdsvis ringere, dersom han ønsker at udføre denne virksomhed som selvstændig erhvervsdrivende i Belgien, således som jeg har påvist, i Italien eller i Grækenland, idet han da samtidig vil være undergivet lovgivningen i to medlemsstater, hvilket medfører pligt til at tilslutte sig og bidrage til to ordninger, selv om tilslutningen alene gælder hans virksomhed på hvert enkelt lands område.

50. Rådets argument om, at personer i Hervein's situation, dersom den omtalte regel ikke fandtes, ville opnå en privilegeret stilling i forhold til deres konkurrenter, der udøver hele deres virksomhed i samme medlemsstat, fordi de skal betale lavere bidrag, kan jeg af forskellige grunde ikke godtage. For det første, fordi jeg finder, at det netop er for at undgå dette resultat, at det i artikel 14d, stk. 1, hedder, at den, der samtidig har lønnet beskæftigelse i en medlemsstat og anden selvstændig beskæftigelse i en anden medlemsstat, og som er undergivet lovgivningen i den første medlemsstat, skal betragtes, som om vedkommende havde hele sin erhvervsmæssige beskæftigelse på den pågældende medlemsstats område, og for det andet, fordi beregningen af bidragene er meget forskellig fra medlemsstat til medlemsstat, hvorfor det ikke uden videre kan hævdes, at tilslutning i én medlemsstat skulle have til følge, at bidraget blev mindre.

Endnu mindre overbevisende forekommer dette argument fra Rådets side mig på baggrund af de ændringer, der blev indført i forordning nr. 1408/71 ved forordning nr. 3811/86. Fra dennes ikrafttrædelse den 1. januar 1987 er personer, der samtidig har lønnet beskæftigelse i én medlemsstat og selvstændig beskæftigelse i en af de stater, der er omhandlet i bilag VII, ganske vist stadig undergivet lovgivningen i begge lande, men det fremgår ikke på nogen måde klart, om dette alene er tilfældet for så vidt angår den beskæftigelse, han har på hvert af områderne, idet denne passage er bortfaldet i de to led i artikel 14c, litra b). Yderligere behandles en person, der er i denne situation, ifølge det nye stk. 2 i artikel 14d med henblik på fastsættelse af satsen for bidrag for selvstændige erhvervsdrivende i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, på hvis område den pågældende har selvstændig beskæftigelse, som om vedkommende havde sin lønnede beskæftigelse på samme medlemsstats område. En bestemmelse med denne ordlyd kan ved anvendelsen af national lovgivning have såvel en nedsættelse som en forhøjelse af bidragssatsen til følge.

51. Rådet har ligeledes hævdet, at grunden er, at man ønsker at undgå, at personer blot ved at overskride en grænse, når de søger lønnet beskæftigelse, unddrager sig pligt til at bidrage til en ordning for social sikring af selvstændige erhvervsdrivende, f.eks. den belgiske. Jeg er tilbøjelig til at mene, at dette

faktisk var grunden til, at Rådet i sin tid indførte ændringsforslaget i kommissionsforslaget. Men som jeg allerede har påvist ovenfor, udgør denne bestemmelse en hindring for udøvelse af erhvervsvirksomhed uden for en medlemsstats område.

Jeg skal hertil føje, at en person, der er bosat i Belgien, hvor han har lønnet beskæftigelse og selvstændig beskæftigelse, måske vil være i en lignende situation, dersom han forbliver i denne stat, eller i medfør af artikel 14c, stk. 1, litra b), hvis han flytter til Frankrig for at tage lønnet beskæftigelse, men fortsat har selvstændig beskæftigelse i Belgien. Men denne situation vil derimod være meget forskellig fra situationen for en person, der f.eks. er bosat i Tyskland, hvor han har lønnet beskæftigelse, og samtidig har selvstændig beskæftigelse i Danmark eller en hvilken som helst af de andre medlemsstater, der ikke figurerer på listen i bilag VII.

52. Jeg må følgelig konkludere, at selv om denne bestemmelse i visse tilfælde kan bevirke, at den pågældende opnår en yderligere social beskyttelse i henseende til pensionsrettigheder eller bevarer retten til ydelser i anledning af dødsfald, han har erhvervet ifølge lovgivningen i hver af medlemsstaterne, skaber den ligeledes hindringer for udøvelse af erhvervsvirksomhed i forskellige medlemsstater og skærper de uligheder, som allerede følger af de nationale lovgivninger og medfører forskelsbehandling af medlemsstaternes borgere, alt efter hvor de ønsker at udøve disse former for virksomhed.

53. Af det ovenfor anførte følger, at artikel 14c, stk. 1, litra b), og bilag VII til forordning nr. 1408/71 bør kendes ugyldige, for så vidt som det heri hedder, at personer, der samtidig har lønnet beskæftigelse på en medlemsstats område og selvstændig beskæftigelse på en af de medlemsstaters område, der findes i ovennævnte bilag, er undergivet lovgivningen i begge disse medlemsstater.

54. At den nationale ret i denne sag har forelagt et fortolkningsspørgsmål, er ikke til hinder for, at Domstolen behandler spørgsmålet om gyldigheden af en fællesskabsbestemmelse. Jeg skal herved henvise til det vigtige princip, som er fastslået af Domstolen i Schwarze-sagen [34], hvori den udtalte følgende: »Det må udledes af spørgsmålenes affattelse, at det for den ... [forelæggende ret] mindre drejer sig om fortolkningen af traktaten eller en af fællesskabsinstitutionernes retsakt end om en præjudiciel afgørelse om gyldigheden af en sådan akt i henhold til artikel 177, stk. 1, litra b)«, og i sådanne tilfælde »er Domstolen berettiget til uden videre at udtale sig om disse spørgsmål, i stedet for at binde den forelæggende ret til en formalisme, som kun ville forsinke proceduren i henhold til artikel 177 og være uforenelig med dennes væsen. En sådan formalisme kan forsvares i sager, som føres af parterne, hvis gensidige rettigheder skal bestemmes

34 — Dom af 1.12.1965, sag 16/65, Sml. 1965-1968, s. 131, org. ref.: Rec. s. 1081.

efter strenge regler, men ville derimod være uhensigtsmæssigt på det meget specielle område for judicielt samvirke i henhold til artikel 177, som er kendetegnet ved, at den nationale ret og Domstolen ... i fællesskab og umiddelbart skal bidrage til retsfastlæggelsen« [35].

55. Også generaladvokat Darmon har udtalt sig i denne retning i sit forslag til afgørelse i Weiser-sagen, hvori han anførte: »... tilkommer Domstolen at prøve gyldigheden af en forordningsbestemmelse, selv om det præjudicielle spørgsmål ikke nævner spørgsmålet herom, såfremt Domstolen fortolker bestemmelsen på en måde, der kan føre til at kende den ugyldig« [36].

56. Og dette er netop, hvad Domstolen fortsat har gjort i årenes løb. For eksempel i Strehl-sagen [37], hvor en belgisk ret havde anmodet om fortolkning af artikel 46, stk. 3, i forordning nr. 1408/71 og af Den Administrative Kommission for Vandrende Arbejdstageres Sociale Sikrings afgørelse nr. 91, undersøgte Domstolen indledningsvis lovligheden af disse bestemmelser og kendte dem uforenelige med traktatens artikel 51. I sagen Roquette Frères [38] fastslog Domstolen, at seks af de præjudicielle fortolkningsspørgsmål, der var forelagt af den nationale ret, tillige indebar en vurdering af gyldigheden af visse bestemmelser i en forordning, som den behandlede senere, og som Domstolen erklærede ugyldige. I Roviello-sagen [39], hvori den nationale ret havde forelagt tre præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af bilag VI, afdeling C, nr. 15, i forordning nr. 1408/71, fortolkede Domstolen først denne bestemmelse, hvorefter den erklærede den ugyldig. I Weiser-sagen [40], hvori den franske ret havde forelagt et præjudicielt spørgsmål om fortolkningen af artikel 11, stk. 2, i bilag VIII til vedtægten for tjenestemænd i De Europæiske Fællesskaber, kendte Domstolen denne bestemmelse ugyldig i sin dom.

Det samme skete i sagerne Lenoir [41], Paris [42] og Trend-Moden Textilhandels [43], hvori Domstolen af egen drift tog stilling til gyldigheden af de fællesskabsbestemmelser, den var anmodet om at fortolke af den forelæggende ret, uden at finde noget, der kunne anfægte gyldigheden af de i sagerne omhandlede bestemmelser.

57. For så vidt angår følgerne af ugyldighed af artikel 14c, stk. 1, litra b), og bilag VII til forordning nr. 1408/71 har Domstolen allerede udtalt, at »artikel 174, stk. 2, når det er begrundet i væsentlige hensyn, giver Domstolen mulighed for i hvert enkelt tilfælde

35 — Citeret efter fra generaladvokat Mancini's forslag til afgørelse af 22.1.1987 i Roviello-sagen (dom af 7.6.1988, sag 20/85, Sml. s. 2805, på s. 2826).

36 — Dom af 14.6.1990, sag C-37/89, Sml. I, s. 2395, på s. 2411.

37 — Dom af 3.2.1977, sag 62/76, Sml. s. 211, præmis 10.

38 — Dom af 15.10.1980, sag 145/79, Sml. s. 2917, præmis 6.

39 — Jf. fodnote 35.

40 — Jf. fodnote 36.

41 — Dom af 27.9.1988, sag 313/86, Sml. s. 5391.

42 — Dom af 13.12.1989, sag C-204/88, Sml. s. 4361.

43 — Dom af 7.3.1990, sag C-117/88, Sml. I, s. 631.

konkret at afgøre, hvilke af en ugyldig forordnings retsvirkninger der skal opretholdes« [44].

Når henses til, at dommene i Stanton-, Wolf- og Kemmler-sagerne [45], hvori Domstolen fortolkede traktatens artikel 48 og 52, der danner grundlaget for denne ugyldighedserklæring, for de første to dommes vedkommende blev afsagt i 1988 og for den sidstes vedkommende i 1996, og at de faktiske forhold i hovedsagerne i alle tilfælde vedrørte perioder, der gik forud for ikrafttrædelsen af forordning nr. 1390/81 — hvorved både artikel 14c og bilag VII blev indsat i forordning nr. 1408/71 — må der i denne sag undtagelsesvis tages hensyn til, at medlemsstater, der indtil denne bestemmelses ikrafttrædelse den 1. juli 1982 forpligtede personer, der allerede var tilsluttet en ordning for arbejdstagere i en anden medlemsstat, til at tilslutte sig deres ordninger for social sikring af selvstændige erhvervsdrivende, har kunnet være i tvivl om det nøjagtige omfang af deres forpligtelser med hensyn til personernes frie bevægelighed.

58. Under disse omstændigheder foreslår jeg Domstolen på samme måde som i dommen i Pinna-sagen [46] at fastslå, at tvingende retssikkerhedshensyn til alle berørte interesser, offentlige såvel som private, principielt er til hinder for at anfægte tilslutningen og de bidrag, der er betalt, i medfør af artikel 14c, stk. 1, litra b), i perioder før afsigelsen af den dom, hvorved bestemmelsen erklæres ugyldig, medmindre arbejdstagerne eller deres ydelsesberettigede pårørende før denne dato har anlagt retssag eller fremsat et tilsvarende krav i medfør af gældende national ret.

Forslag til afgørelse

På baggrund af de ovenfor anførte betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare det af Tribunal du travail de Tournai forelagte spørgsmål således:

»Ved begrebet selvstændig beskæftigelse i artikel 14a, stk. 2, i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på

44 — Dom af 27.2.1985, sag 112/83, Société des produits de maïs, Sml. s. 719, præmis 18, og af 15.1.1986, sag 41/84, Pinna, Sml. s. 1, præmis 26.

45 — Jf. fodnote 22, 23 og 24.

46 — Jf. fodnote 44.

arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, som ændret og ajourført ved Rådets forordning (EØF) nr. 2001/83 af 2. juni 1983 forstås virksomhed, der kvalificeres som sådan ved anvendelsen af lovgivningen om social sikring i den medlemsstat, på hvis område beskæftigelsen udøves.«

På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg ligeledes Domstolen at kende for ret:

»1) Artikel 14c, stk. 1, litra b), og bilag VII til forordning (EØF) nr. 1408/71 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, er ugyldig, for så vidt det deri bestemmes, at personer, der samtidig har lønnet beskæftigelse på en medlemsstats område og udøver selvstændig beskæftigelse på en anden medlemsstats område, er undergivet lovgivningen i begge disse medlemsstater.

2) Denne ugyldighed kan ikke påberåbes med henblik på anfægtelse af tilslutningen og de bidrag, der er betalt i medfør af den bestemmelse, der er erklæret ugyldig, i perioder før afsigelsen af den dom, hvorved ugyldigheden erklæres, medmindre arbejdstagerne eller deres ydelsesberettigede pårørende før denne dato har anlagt retssag eller fremsat et tilsvarende krav i medfør af gældende nationale retsregler.«