CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. TESAURO van 6 juni 1991 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. In deze zaak verzoekt het Sozialgericht Stuttgart het Hof om een uitspraak over de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van de Duitse regeling inzake de toekenning van een invaliditeitspensioen of arbeidsongeschiktheidsuitkering, alsmede over de geldigheid van verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de sociale-zekerheidsregelingen op loontrekkenden en hun gezinnen, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen. [1]

2. Ik zal in het kort de feiten samenvatten die aan het hoofdgeding ten grondslag liggen. Paraschi, Grieks onderdaan, oefende van 1965 tot 1979 in Duitsland een onder de verplichte verzekering vallende werkzaamheid uit, waarbij zij in totaal 102 verzekeringsmaanden krachtens de pensioenverzekering vervulde. In juli 1979 keerde zij terug naar haar land van herkomst, waar zij wegens een verslechtering van haar gezondheid geen werkzaamheid in loondienst meer heeft kunnen verrichten, maar waar zij ook geen invaliditeitspensioen ontvangt omdat zij te weinig bijdragen aan de Griekse pensioenverzekering heeft betaald.

Twee maal — in 1978 en 1980 — diende zij een verzoek om een Duits invaliditeitspensioen in, maar beide keren werd dat door het bevoegde orgaan geweigerd op grond dat de arbeidsgeschiktheid van Paraschi in de zin van de Duitse regeling niet voldoende was verminderd.

Een derde verzoek, ingediend in 1985, werd eveneens afgewezen, ondanks het feit dat was vastgesteld dat verzoekster wegens gezondheidsredenen althans tijdelijk niet in staat was haar werk te hervatten. De weigering was ditmaal gebaseerd op een in 1984 ingevoerde regeling waarbij de voorwaarden voor de toekenning van invaliditeitspensioen waren aangescherpt in die zin, dat pensioen wegens verminderde arbeidsgeschiktheid nog slechts wordt toegekend wanneer: a) de verzekerde een onder de verplichte verzekering vallende werkzaamheid heeft uitgeoefend, en b) in de aan de invaliditeit voorafgaande periode van 60 maanden (de referentieperiode) ten minste 36 maandpremies heeft betaald.

3. Wat de onderhavige zaak betreft, moet worden gepreciseerd, dat de betrokken regeling voor de berekening van de referentieperiode bepaalt, dat met bepaalde bijzondere tijdvakken, die limitatief zijn aangegeven, geen rekening wordt gehouden en dat die dus bij de periode van 60 maanden komen en deze verlengen. Tot deze bijzondere tijdvakken behoren de tijdvakken van onderbreking, met name wegens ziekte of werkloosheid, die hebben geleid tot toekenning van uitkeringen of, onder bepaalde voorwaarden, juist niet tot toekenning van uitkeringen, alsmede de tijdvakken van arbeidsongeschiktheid voor zover deze niet reeds in aanmerking zijn genomen als tijdvakken van onderbreking.

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — PB 1971, L 149, blz. 2.

Verder is er een overgangsregeling ingevoerd, op basis waarvan de tot 31 december 1983 geldende voorwaarden voor toekenning van invaliditeitspensioen blijven gelden wanneer gedurende de periode van 1 januari tot en met 31 december 1984 vrijwillige premies zijn betaald.

4. Het Sozialgericht Stuttgart, waartoe Paraschi zich vervolgens had gericht om erkenning te krijgen van haar recht op een Duits invaliditeitspensioen, had twijfels over de verenigbaarheid van die regeling met de relevante gemeenschapsbepalingen en besloot daarom de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof een vraag te stellen over de verenigbaarheid van de bepalingen van verordening nr. 1408/71 in samenhang met de hierboven genoemde bepalingen tot wijziging van de wet inzake de sociale verzekeringen met de artikelen 48, lid 2, en 51 EEG-Verdrag.

5. Een in zo algemene termen gestelde vraag vereist echter een formulering die wat meer is toegespitst op de feitelijke omstandigheden van het geval waarop het hoofdgeding betrekking heeft, en op de motivering van de verwijzingsbeschikking.

Uit een en ander blijkt namelijk, dat de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen of het gemeenschapsrecht, en in het bijzonder de artikelen 48, lid 2, en 51 EEG-Verdrag en verordening nr. 1408/71 in de weg staan aan de toepassing van een regeling als hierboven beschreven, en of verordening nr. 1408/71, gelet op de in de zojuist genoemde verdragsbepalingen neergelegde beginselen, mogelijkerwijs ongeldig is.

6. Om de eerste vraag te kunnen beantwoorden, is nog een andere verduidelijking noodzakelijk. Voor deze zaak zijn namelijk twee aspecten van de Duitse regeling van belang: in de eerste plaats het feit dat voorzien is in een referentieperiode gedurende welke premies moeten worden betaald, en in de tweede plaats de mogelijke discriminatie die het gevolg is van de regels inzake de verlenging van die periode.

7. Met betrekking tot het eerste punt moet ik opmerken, dat volgens vaste rechtspraak artikel 51 EEG-Verdrag en verordening nr. 1408/71 enkel bepalen dat de in de verschillende Lid-Staten vervulde tijdvakken van verzekering moeten worden samengeteld, doch niet de voorwaarden regelen waaronder die tijdvakken van verzekering kunnen ontstaan, omdat het immers aan de wettelijke regeling van elke Lid-Staat staat om de voorwaarden vast te stellen waaronder het recht of de verplichting tot aansluiting bij een stelsel van sociale zekerheid ontstaat, met dien verstande dat daarbij geen onderscheid mag worden gemaakt tussen de onderdanen van de Lid-Staat van ontvangst en die van de andere Lid-Staten. [2]

Hieruit volgt, dat het gemeenschapsrecht er in beginsel niet aan in de weg staat, dat de nationale wetgever in voorkomend geval de voorwaarden voor het verkrijgen van een invaliditeitspensioen strenger maakt, zolang die voorwaarden er maar niet toe leiden, dat de gemeenschapsburgers openlijk dan wel verkapt verschillend worden behandeld.

De door de Duitse wetgever gestelde voorwaarde om een arbeidsongeschiktheidsuitkering te krijgen, namelijk dat de werknemer eerst gedurende een aan de invaliditeit voorafgaande referentieperiode verplicht verzekerd moet zijn geweest, is op zich een

2 — Arresten van 28 februari 1989, zaak 29/88, Schmitt, Jurispr. 1989, blz. 581; 24 april 1980, zaak 110/79, Coonan, Jurispr. 1980, blz. 1445, r. o. 12, en 12 juli 1979, zaak 266/78, Brunori, Jurispr. 1979, blz. 2705, r.o. 5.

objectieve voorwaarde, die zonder onderscheid op de eigen werknemers en op die van andere Lid-Staten van toepassing is en die uit gemeenschapsrechtelijk oogpunt dus niet vatbaar lijkt voor kritiek.

8. Waar de verwijzende rechter een mogelijke schending van het eigendomsrecht ziet, wegens de toepassing van deze wettelijke regeling op bestaande situaties en verworven rechten, wijs ik erop, dat een dergelijke schending hoe dan ook louter een gevolg zou zijn van de toepassing van de nationale wettelijke regeling en dus uitsluitend moet worden getoetst aan de nationale grondwettelijke beginselen.

9. De beoordeling van de in Duitse wetgeving opgenomen mogelijkheid om de referentieperiode te verlengen, is daarentegen moeilijker en ingewikkelder.

Dienaangaande moet allereerst worden opgemerkt, dat de Duitse autoriteiten oorspronkelijk voor die verlenging uitsluitend rekening hielden met periodes waarover uitkeringen waren verleend krachtens de nationale wettelijke regeling.

Om daaraan een einde te maken, heeft de gemeenschapswetgever verordening nr. 1408/71 gewijzigd door daarin met terugwerkende kracht een artikel 9 bis [3] in te voegen, dat luidt als volgt:

„Indien de wetgeving van een Lid-Staat de erkenning van het recht op een prestatie afhankelijk stelt van de vervulling van een minimum-verzekeringstijdvak gedurende een bepaalde periode voorafgaand aan de verzekerde gebeurtenis (referentieperiode) en wanneer in deze wetgeving wordt bepaald dat de bedoelde referentieperiode wordt verlengd met tijdvakken waarin uit hoofde van de wetgeving van die Lid-Staat uitkeringen zijn verleend of door tijdvakken die op het grondgebied van die Lid-Staat aan de opvoeding van kinderen werden gewijd, dan wordt de bedoelde referentieperiode eveneens verlengd met tijdvakken waarin uit hoofde van de wetgeving van een andere Lid-Staat invaliditeits- of ouderdomspensioenen, of prestaties wegens ziekte, werkloosheid of arbeidsongevallen (met uitzondering van renten) zijn verleend en met tijdvakken die op het grondgebied van een andere Lid-Staat aan de opvoeding van kinderen werden gewijd."

10. Deze bepaling heeft echter geen oplossing gebracht voor alle problemen en mogelijke discriminaties die door de hierboven beschreven Duitse regeling en praktijken worden veroorzaakt.

In de praktijk kunnen zich namelijk bepaalde situaties voordoen — en dit is blijkbaar het geval bij Paraschi — waarin, om redenen die verband houden met de verschillende structuur van de in de Lid-Staten bestaande sociale-zekerheidsregelingen, bepaalde feiten of omstandigheden, die in de staat van het bevoegde orgaan recht geven op een uitkering en daarmee de referentieperiode dus verlengen, geen recht geven op gelijksoortige uitkeringen in het land van herkomst van de migrerend werknemer, met het gevolg dat deze zijn verwachting van een pensioen wegens verminderde arbeidsgeschiktheid de bodem ingeslagen ziet, alleen omdat hij niet meer woont in het land waar hij zijn rechten had verworven, en ondanks het feit dat hij regelmatig de wettelijk voorgeschreven premies heeft voldaan.

3 — Verordening (EEG) nr. 2332/89 van de Raad van 18 juli 1989 (PB 1989, L 224, blz. 1).

11. Ook al is het waar dat volgens de rechtspraak van het Hof artikel 51 EEG-Verdrag voorziet in een coördinatie en niet in een harmonisatie van de wettelijke regelingen, en derhalve verschillen laat bestaan tussen de sociale-zekerheidsregelingen van de Lid-Staten en bijgevolg ook in de rechten van de aldaar werkzame personen [4], en ook al is het anderzijds juist dat de artikelen 7 en 48 EEG-Verdrag, met het verbod aan elke Lid-Staat om zijn recht verschillend toe te passen naar gelang van de nationaliteit van de belanghebbenden, niet het oog hebben op eventuele verschillen in behandeling die kunnen voortvloeien uit de dispariteiten tussen de verschillende wettelijke regelingen, niet minder waar is ook dat het gemeenschapsrecht verlangt dat elk van die wettelijke regelingen volgens objectieve criteria en ongeacht hun nationaliteit wordt toegepast op al degenen die eraan onderworpen zijn. [5]

Hiervan uitgaande heeft het Hof gepreciseerd, dat er sprake zou zijn van discriminatie indien de voorwaarden voor verkrijging of behoud van het recht op uitkering aldus zijn omschreven, dat er in feite slechts aan kan worden voldaan door eigen onderdanen, of indien de voorwaarden voor verval of schorsing van het recht aldus zijn omschreven, dat zij zich in feite bij onderdanen van andere Lid-Staten eerder realiseren dan bij onderdanen van de staat van het bevoegde orgaan. [6]

Anderzijds verbiedt het beginsel van gelijke behandeling, volgens vaste rechtspraak, niet enkel openlijke discriminatie op grond van nationaliteit, maar ook alle verkapte vormen van discriminatie die, door toepassing van andere onderscheidingscriteria, in feite tot hetzelfde resultaat leiden. [7]

12. In het licht van de hierboven weergegeven rechtspraak kan men alleen maar buitengewoon verbaasd zijn over een praktijk die voor de verlenging van de referentieperiode geen rekening houdt met feiten en omstandigheden die zich in een andere Lid-Staat hebben voorgedaan en die overeenkomen met feiten en omstandigheden die naar het recht van de staat van het bevoegde orgaan wel recht geven op verlenging van die periode, wanneer een dergelijke situatie wegens de verschillende structuur van de sociale-zekerheidsregelingen geen recht op betaling van een uitkering heeft gegeven in het land van de woonplaats.

De migrerend werknemer zou dan in feite niet enkel de onvermijdelijke negatieve gevolgen moeten dragen die het gevolg kunnen zijn van dispariteiten tussen de wettelijke regelingen van de verschillende Lid-Staten, maar ook de specifieke gevolgen van een nationale wettelijke regeling die wel de mogelijkheid biedt de referentieperiode te verlengen, maar daartoe een voorwaarde stelt waaraan moeilijker kan worden voldaan door de onderdaan van een andere Lid-Staat dan die van het bevoegde orgaan.

13. Een dergelijke wettelijke regeling moge in beginsel zonder onderscheid van toepassing zijn, zij kan aanzienlijk nadeliger zijn voor migrerende werknemers die om verschillende en voor de hand liggende redenen

4 — Arresten van 7 februari 1991, zaak C-227/89, Rönfeldt, Jurispr. 1991, blz. I-323, r. o. 12; 27 september 1988, zaak 313/86, Lenoir, Jurispr. 1988, blz. 5391, r. o. 13, en 15 januari 1986, zaak 41/84, Pinna, Jurispr. 1986, blz. 1, r. o. 20.

5 — Arrest van 28 juni 1978, zaak 1/78, Kenny, Jurispr. 1978, blz. 1489, r. o. 18.

6 — Arrest van 28 juni 1978, Kenny, reeds aangehaald, r.o. 17.

7 — Arresten van 15 januari 1986, Pinna, reeds aangehaald, r. o. 23; 12 juli 1979, zaak 237/78, Toia, Jurispr. 1979, blz. 2645, r. o. 12, en 15 januari 1974, zaak 152/73, Sotgiu, Jurispr. 1974, blz. 153, r. o. 11.

geneigd zijn bij ziekte of werkloosheid terug te keren naar hun land van herkomst en daardoor onder een andere sociale-zekerheidsregeling komen te vallen.

Doordat een dergelijke regeling de negatieve gevolgen van de verschillen tussen de verzekeringsregelingen versterkt, legt zij de migrerende werknemers in vele gevallen als het ware een verblijfsbelasting op en vormt zij een ernstige belemmering voor de verwezenlijking van het beginsel van het vrije verkeer van werknemers.

14. Het feit — het zij terloops opgemerkt — dat de Duitse wetgever voorzien heeft in een overgangsregeling die onder bepaalde voorwaarden de mogelijkheid biedt de oude regeling te verlengen, verandert niets aan de kern van het probleem, en dit nog afgezien van het probleem hoe de naar hun land teruggekeerde migrerende werknemers behoorlijk over deze regeling te informeren.

15. Indien dus, zoals ik reeds zei, de artikelen 48 en 51 EEG-Verdrag zich verzetten tegen de toepassing van een regeling als hierboven beschreven, voor zover deze het niet mogelijk maakt de referentieperiode te verlengen wegens feiten en omstandigheden die zich in een andere Lid-Staat hebben voorgedaan en die overeenkomen met feiten en omstandigheden die naar nationaal recht verlenging wel mogelijk maken, moet nog worden onderzocht of het feit dat in verordening nr. 1408/71 geen bepaling is opgenomen die deze discriminatie verbiedt, grond kan opleveren voor de ongeldigheid van de verordening zelf en meer in het bijzonder van artikel 9 bis daarvan.

Daarbij moet ik preciseren dat, gelijk ook blijkt uit het hierboven ontwikkelde betoog en uit de door de Commissie ingediende opmerkingen, artikel 9 bis geen echte regel tot coördinatie van de verschillende socialezekerheidsregelingen is, maar meer een declaratoire bepaling, die het in het Verdrag neergelegde non-discriminatiebeginsel bevestigt.

Niettemin moet ik wel opmerken, dat de gemeenschapswetgever, door een dergelijke verplichting uitdrukkelijk te formuleren, de strekking ervan op ongerechtvaardigde wijze heeft beperkt en dat de toepassing van de regel door de nationale autoriteiten en de rechterlijke instanties een discriminatie laat bestaan die onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

Zo gezien dient artikel 9 bis dus ongeldig te worden verklaard, voor zover het niet bepaalt dat voor de verlenging van de referentieperiode rekening wordt gehouden met feiten en omstandigheden die zich in een andere Lid-Staat hebben voorgedaan.

16. Wat de gevolgen betreft van een eventuele ongeldigverklaring in de hierboven aangegeven zin, moet ook rekening worden gehouden met het volgende: in de eerste plaats is de discriminatie in de bijzondere omstandigheden van dit geval meer te wijten aan wat de wet niet dan aan wat zij wél zegt, en in de tweede plaats vloeit het recht van particulieren op een verlenging van de

referentieperiode wegens feiten en omstandigheden die zich in een andere Lid-Staat hebben voorgedaan, rechtstreeks voort uit het Verdrag en zou het zelfs bij afwezigheid van een specifieke bepaling bestaan. [8]

Hieruit volgt, dat de bevoegde nationale autoriteiten in afwachting van een nieuwe regeling de strekking van de door artikel 9 bis opgelegde verplichting dienen te verruimen in de hierboven aangegeven zin.

17. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de vragen van het Sozialgericht Stuttgart te beantwoorden als volgt:

„1) Het gemeenschapsrecht verzet zich er niet tegen, dat de nationale wetgever de toekenning van het recht op een uitkering afhankelijk kan stellen van de vervulling van een minimumaantal verzekeringstijdvakken gedurende een aan het intreden van het verzekerde risico voorafgaande referentieperiode.

2) Indien de wettelijke regeling van een Lid-Staat de toekenning van het recht op een uitkering afhankelijk stelt van de vervulling van een minimumaantal verzekeringstijdvakken gedurende een aan het intreden van het verzekerde risico voorafgaande referentieperiode, en bepaalt dat het intreden van bepaalde feiten of omstandigheden deze referentieperiode verlengt, verzetten de artikelen 48, lid 2, en 51 EEG-Verdrag zich ertegen, dat die regeling aldus wordt toegepast, dat voor de berekening van de referentieperiode geen rekening wordt gehouden met overeenkomstige feiten en omstandigheden die zich in een andere Lid-Staat hebben voorgedaan.

3) Artikel 9 bis van verordening (EEG) nr. 1408/71 is ongeldig, voor zover het niet bepaalt dat voor de verlenging van de aan het intreden van het verzekerde risico voorafgaande referentieperiode rekening wordt gehouden met feiten en omstandigheden die zich in een andere Lid-Staat hebben voorgedaan.

4) In afwachting van een nieuwe regeling dienen de bevoegde nationale autoriteiten de strekking van de door artikel 9 bis van verordening (EEG) nr. 1408/71 opgelegde verplichting te verruimen in de hierboven aangegeven zin."

8 — Zie voor een gelijksoortige oplossing het arrest van 29 juni 1988, zaak 300/86, Van Landschoot, Jurispr. 1988, blz. 3443, r. o. 22 tot en met 24.