CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL W. VAN GERVEN
van 28 april 1993 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Het Bundessozialgericht vraagt het Hof in onderhavige zaak of het communautair verbod van discriminatie op grond van nationaliteit eist dat een Lid-Staat die een bilaterale sociale-zekerheidsovereenkomst heeft gesloten met een derde land, het voordeel dat voor zijn eigen onderdanen uit de bepalingen van deze conventie voortspruit, uitbreidt tot de onderdanen van alle andere Lid-Staten zodra deze op het grondgebied van de betrokken Lid-Staat werken en er bij een sociale-zekerheidsstelsel zijn aangesloten. Meer concreet is het de vraag of aan het beginsel van gelijke behandeling als neergelegd in de artikelen 7 en 48 EEG-Verdrag alsmede in artikel 3 van verordening nr. 1408/71 [1], een dergelijke draagwijdte toekomt.

Achtergrond van de zaak

2. M. Grana-Novoa is van Spaanse nationaliteit. In Spanje heeft zij nooit werkzaamheden verricht op basis waarvan zij verplicht verzekerd was. Van december 1970 tot juni 1975 werkte zij in Zwitserland, waar zij verplicht verzekerd was. In november 1976 ging zij naar de Bondsrepubliek Duitsland, waar zij van februari 1979 tot oktober 1982 (in totaal 44 maanden) werkzaamheden verrichtte en uit hoofde daarvan verplicht verzekerd was. Sedertdien is zij arbeidsongeschikt. Nadat een arts had vastgesteld dat zij leed aan een — voornamelijk in de hersenen gelokaliseerde — vorm van encephalomyelitis disseminata, verzocht zij op 10 augustus 1983 om een invaliditeitspensioen bij de Landesversicherungsanstalt Hessen (hierna: „de LVA Hessen"). Deze laatste wees de aanvraag af bij beschikking van 11 november 1983, met de mededeling dat Grana-Novoa weliswaar sedert 25 augustus 1983 arbeidsongeschikt was, maar dat de wachttijd nog niet was vervuld. De Duitse sociale-zekerheidswet (met name § 1247 van de Reichsversicherungsordnung) stelt immers als voorwaarde voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering dat de verzekerde een wachttijd heeft vervuld van 60 verzekerde maanden vóór de arbeidsongeschiktheid zich voordoet, of 240 verzekerde maanden vóór de aanvraag tot een arbeidsongeschiktheidsuitkering wordt ingediend.

Grana-Novoa's beroep tegen deze beslissing werd op 18 maart 1985 afgewezen door het Sozialgericht Frankfurt. Ook haar hoger beroep, ingesteld voor het Hessische Landessozialgericht, werd bij vonnis van 17 maart 1989 verworpen. Op 7 juni 1989 diende Grana-Novoa een aanvraag tot Revision in bij het Bundessozialgericht. Zij voerde daarin onder meer schending aan van een Spaans-Zwitserse Overeenkomst inzake sociale zekerheid. Krachtens artikel 9 van

* Oorspronkelijke taal: Nederlands.

1 — Verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen. Voor onderhavige zaak kan verwezen worden naar de gecodificeerde versie van 1983 (PB 1983, L 230, blz. 6); inmiddels verscheen een meer recente geconsolideerde versie in PB 1992, C 325, blz. 1.

deze overeenkomst zou Zwitserland Spaanse en Zwitserse onderdanen met betrekking tot de berekening van wachttijden gelijk moeten behandelen en derhalve Grana-Novoa's verzekeringstijdvakken erkennen. Daarnaast beriep Grana-Novoa zich op de Overeenkomst tussen de Bondsrepubliek Duitsland en de Spaanse Staat inzake sociale zekerheid van 4 december 1973. [2] Deze overeenkomst zou haar het recht verlenen om met een Duits onderdaan te worden gelijkgeschakeld voor de toepassing van de Overeenkomst tussen de Bondsrepubliek Duitsland en het Zwitserse Eedgenootschap inzake sociale zekerheid van 25 februari 1964. [3] Het resultaat daarvan zou zijn dat zij de Zwitserse en Duitse verzekeringstijdvakken zou kunnen samentellen en aldus aan de door het Duitse recht opgelegde wachttijd zou voldoen.

In een tussenvonnis van 28 augustus 1991 verwierp het Bundessozialgericht Grana-Novoa's verzoek tot Revision met betrekking tot de periode voorafgaand aan 31 december 1985. [4] Daarentegen, voor de periode na 1 januari 1986, datum van toetreding van Spanje tot de Europese Gemeenschappen, hield het zijn beslissing aan in afwachting van 's Hofs antwoord op de gestelde prejudiciële vragen.

3. Alvorens op deze vragen in te gaan, schets ik kort de relevante internationaal verdragsrechtelijke bepalingen. De voornoemde *Overeenkomst tussen Duitsland en Zwitserland* van 25 februari 1964 (hierna: „de overeenkomst"), aangevuld bij Overeenkomst van 9 september 1975 [5], schrijft onder meer voor dat, met het oog op het ontstaan van een recht op sociale-zekerheidsbijdragen onder de Duitse wetgeving, tevens rekening moet worden gehouden met de krachtens het Zwitsers recht vervulde verzekeringstijdvakken indien de overeenkomstig het Duits recht in aanmerking komende verzekeringstijdvakken minstens 12 maanden bedragen.

Ingevolge artikel 3 van de overeenkomst staat dit recht op de samentelling van verzekeringstijdvakken slechts voor Duitse en Zwitserse onderdanen open.

Anderzijds schrijft artikel 4, lid 1, van de hogergenoemde *overeenkomst tussen Duitsland en Spanje* voor dat de onderdanen van beide verdragsstaten op gelijke voet moeten worden behandeld. Het Bundessozialgericht merkt evenwel in zijn verwijzingsbeschikking op dat dit voorschrift niet de mogelijkheid biedt de Zwitserse verzekeringstijdvakken mee te tellen, aangezien daaraan een *uitsluitingsclausule* vervat in nummer 2 van het slotprotocol bij de overeenkomst, in de weg staat. Die clausule luidt als volgt:

„Is behalve aan de voorwaarden voor de toepassing van deze overeenkomst ook voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van een andere overeenkomst of van een supranationale regeling, dan houdt het Duitse orgaan bij de toepassing van de overeenkomst geen rekening met de andere overeenkomst of de supranationale regeling, voor zover daarin niets anders is bepaald."

Volgens het Bundessozialgericht vloeit uit deze bepaling voort dat bij de toepassing van

2 — BGBl. 1977, II, blz. 687, 722.

3 — BGBl. 1965, II, blz. 1294.

4 — Zie de redengeving daaromtrent in het rapport ter terechtzitting, nr. 7.

5 — BGBl. 1976, II, blz. 1372.

de overeenkomst geen rekening kan worden gehouden met het in de Duits-Spaanse overeenkomst neergelegde voorschrift, vermits in deze laatste conventie „niets anders bepaald" is.

4. Het Bundessozialgericht acht het evenwel niet uitgesloten, dat het door het gemeenschapsrecht, met name door artikel 7 EEG-Verdrag en artikel 3, lid 1, van verordening nr. 1408/71, bekrachtigde beginsel van gelijke behandeling aan de toepassing van voornoemde uitsluitingsclausule in de weg staat. Gelet daarop, stelt het de volgende twee prejudiciële vragen aan het Hof:

„1) Moeten artikel 3, lid 1, en artikel 1, sub j, van verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, aldus worden uitgelegd, dat ook als ‚wetgeving' in de zin van artikel 3, lid 1, zijn te beschouwen bepalingen van door een Lid-Staat met een derde land gesloten bilaterale overeenkomsten, die als wet deel zijn gaan uitmaken van de interne rechtsorde van die Lid-Staat?

2) Zo ja: moeten artikel 7 EEG-Verdrag en artikel 3, lid 1, van verordening nr. 1408/71 dan aldus worden uitgelegd, dat het een Lid-Staat niet is toegestaan, in een overeenkomst met een derde land te bepalen, dat bij de toepassing van die overeenkomst geen rekening wordt gehouden met supranationale regelingen, wanneer daarvan het gevolg is, dat terwijl bij de toepassing van de overeenkomst op eigen onderdanen ingevolge het nationale recht van die Lid-Staat zowel rekening moet worden gehouden met in het kader van de nationale invaliditeits- en ouderdomsverzekering vervulde als met in het kader van de invaliditeits- en ouderdomsverzekering van het derde land vervulde verzekeringstijdvakken, een dergelijke samentelling van tijdvakken voor onderdanen van andere Lid-Staten van de Gemeenschap is uitgesloten?"

Is een door een Lid-Staat met een derde land gesloten bilateraal verdrag „wetgeving" in de zin van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 1408/71?

5. De eerste vraag van het Bundessozialgericht strekt er toe te vernemen of een door een Lid-Staat met een derde land gesloten overeenkomst, die als wet deel is gaan uitmaken van het nationale recht van die Lid-Staat, überhaupt binnen de werkingssfeer van verordening nr. 1408/71 valt en meer bepaald van het daarin vervatte beginsel van gelijke behandeling. Ik herinner eraan dat dit beginsel in artikel 3, lid 1, van de verordening als volgt verwoord is:

„Personen die op het grondgebied van een der Lid-Staten wonen en op wie de bepalingen van deze verordening van toepassing zijn, hebben de rechten en verplichtingen voortvloeiende uit de wetgeving van elke Lid-Staat onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van die Staat, behoudens bijzondere bepalingen van deze verordening."

De term *wetgeving* (of wettelijke regeling) wordt voor de toepassing van de verordening door artikel 1, sub j, gedefinieerd als:

„de bestaande of toekomstige wetten, regelingen, statutaire bepalingen en alle andere uitvoeringsmaatregelen, welke betrekking hebben op de in artikel 4, leden 1 en 2, bedoelde takken en stelsels van sociale zekerheid, of de bijzondere, niet op premie- of bijdragebetaling berustende prestaties als bedoeld in artikel 4, lid 2 bis."

6. In verband met deze eerste prejudiciële vraag staan voor het Hof twee stellingen lijnrecht tegenover elkaar: die van de LVA Hessen en de Duitse en de Britse regering, ter zitting bijgetreden door de Nederlandse regering, welke menen dat een negatief antwoord moet worden gegeven, en deze van Grana-Novoa, de Italiaanse en de Portugese regering en de Commissie, volgens welke het antwoord bevestigend moet luiden.

Ik beken meteen kleur: evenals eerstgenoemde interveniënten ben ik van oordeel dat de gestelde vraag een ontkennend antwoord behoeft. Daarbij wil ik voorafgaandelijk opmerken dat het vereiste in sommige Lid-Staten [6] dat een verdrag door een nationale wet wordt omgezet teneinde in de interne rechtsorde rechtsgevolgen voort te brengen, mijns inziens voor de beantwoording van deze vraag niet relevant is. Dit gegeven hangt samen met de zogenaamde dualistische of monistische visie welke een *staat* erop nahoudt met betrekking tot de verhouding tussen de interne rechtsorde en het internationaal recht. Het mag derhalve geen invloed hebben op 's Hofs uitlegging van een *gemeenschapsrechtelijk* begrip, welke uitlegging uniform dient te gelden ongeacht de in een Lid-Staat prevalerende opvatting omtrent de werking van internationale regelen. [7]

De redenen waarom een bilaterale overeenkomst tussen een Lid-Staat en een derde land geen „wetgeving" uitmaakt in de zin van artikel 3, lid 1, juncto artikel 1, sub j, van verordening nr. 1408/71, vind ik weer in de bewoordingen en het stelsel van de verordening, de rechtspraak van het Hof en in de aard zelf van een dergelijk bilateraal akkoord.

7. Wat de *tekst* van verordening nr. 1408/71 betreft, moet ik meteen wijzen op het onderscheid dat de verordening op het stuk van de in haar aanvang opgegeven definities maakt tussen het begrip „wetgeving" enerzijds (artikel 1, sub j; zie hiervoor, punt 5) en het begrip „verdrag inzake sociale zekerheid" anderzijds. Onder dit laatste wordt luidens artikel 1, sub k, begrepen:

„elke bilaterale of multilaterale overeenkomst welke op het gebied van de sociale zekerheid, voor alle in artikel 4, leden 1 en 2, bedoelde takken en stelsels, of een deel daarvan, uitsluitend voor twee of meer Lid-Staten verbindend is of zal zijn, alsmede elke zodanige multilaterale overeenkomst welke voor ten minste twee Lid-Staten en één of meer andere Staten verbindend is of zal zijn, alsmede accuraat van elke aard, welke in het kader van bovenbedoelde overeenkomsten zijn of worden gesloten".

6 — Daaronder, naar luid van de verwijzingsbeschikking, ook de Bondsrepubliek, althans met betrekking tot internationale overeenkomsten waarin rechten en plichten op het gebied van de sociale zekerheid zijn neergelegd.

7 — Aangaande de problemen waartoe een dualistisch stelsel kan leiden wat betreft mogelijke normenconflicten en de toepassing van het beginsel „lex posterior derogat legi priori", zie onder meer P. J. G. Kapteyn en P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the law of the European Communities*, L. W. Gormley (ed.), Deventer, Kluwer Law & Taxation, 1988, blz. 40 en 41, en, meer naar de Duitse context toe, O. Kimminich, *Einführung in das Völkerrecht*, München, Saur, 1987, blz. 265 e. v. Zie ook de relativerende opmerkingen ter zake van M. Waelbroeck „Enforceability of the EEC-EFTA Free Trade Agreements: A Reply", *Eur. L. Rev.*, 1978, blz. 27-29.

Hieruit blijkt dat de gemeenschapswetgever, ofschoon hij bijzondere aandacht heeft betoond voor bilaterale of multilaterale sociale-zekerheidsovereenkomsten, als onderscheiden van „wetgeving", daarbij geen gewag heeft gemaakt van bilaterale overeenkomsten die één enkele Lid-Staat met een derde land heeft aangegaan. Enkel bilaterale overeenkomsten tussen Lid-Staten en multilaterale overeenkomsten tussen ten minste twee Lid-Staten en één of meer derde landen, worden door hem geviseerd.

8. De reden voor deze beperkte omschrijving van het begrip „verdrag inzake sociale zekerheid" wordt duidelijk wanneer men haar betrekt op het *stelsel* dat verordening nr. 1408/71 met betrekking tot dergelijke verdragen voorziet in artikel 3, lid 3, en in de artikelen 6, 7 en 8 van de verordening.

Bondig samengevat, komt dit stelsel op het volgende neer. Artikel 6 kondigt de algemene regel af: verordening nr. 1408/71 treedt in de plaats van *elk* verdrag inzake sociale zekerheid dat uitsluitend voor twee of meer Lid-Staten verbindend is, dan wel voor ten minste twee Lid-Staten en een of meer derde landen verbindend is, althans — in deze laatste hypothese, behandeld in sub b, van dit artikel — met betrekking tot gevallen die zonder tussenkomst van een orgaan van dergelijk derde land kunnen worden geregeld. [8] Hierop maakt artikel 7 evenwel een beperkte uitzondering voor een aantal *bestaande* internationale bepalingen, waaronder de in bijlage III van de verordening opgenomen bepalingen van verdragen inzake sociale zekerheid (artikel 7, lid 2, sub c). Wat het aangaan van *nieuwe* overeenkomsten tussen twee of meer Lid-Staten onderling betreft, geeft artikel 8, lid 1, aan dat de Lid-Staten dergelijke overeenkomsten kunnen sluiten voor zover zij „op de beginselen en de geest van deze verordening berusten".

Met betrekking tot de categorie van de *bestaande* bilaterale sociale-zekerheidsakkoorden tussen Lid-Staten dewelke overeenkomstig de hiervoor genoemde uitzondering van artikel 7, lid 2, sub c, niet vervangen worden door verordening nr. 1408/71 (evenals met betrekking tot de categorie van de overeenkomstig het genoemde artikel 8, lid 1, gesloten nieuwe overeenkomsten), schrijft artikel 3, lid 3, voor dat ook voor deze akkoorden het beginsel van gelijke behandeling geldt, „tenzij in bijlage III anders wordt bepaald".

Bekijkt men bijlage III nader, dan dringt zich de vaststelling op dat het hier *uitsluitend* gaat om een reeks bepalingen van bilaterale sociale-zekerheidsovereenkomsten *tussen Lid-Staten* onderling „welke ongeacht het bepaalde in artikel 6 van de verordening van toepassing blijven" (lijst A), met andere woorden in wier plaats verordening nr. 1408/71 niet treedt, respectievelijk „waarvan de toepassing niet wordt uitgebreid tot allen op wie de verordening van toepassing is" (lijst B), met andere woorden waartoe het beginsel van gelijke behandeling zich niet uitstrekt.

8 — Het Hof heeft herhaaldelijk bevestigd dat dit beginsel van indeplaatsstelling een dwingend karakter heeft, dat geen uitzonderingen gedoogt buiten de gevallen die in de verordening uitdrukkelijk zijn genoemd: zie (met betrekking tot de gelijkaardige bepaling van artikel 5 van verordening nr. 3) arresten van 7 juni 1973, zaak 32/72, Walder, Jurispr. 1973, blz. 599, r. o. 6 en 7, en 7 februari 1991, zaak C-227/89, Rönfeldt, Jurispr. 1991, blz. I-323, r. o. 22.

9. Uit dit korte overzicht blijkt dat verordening nr. 1408/71, noch wat betreft de vraag naar de indeplaatsstelling dan wel de blijvende geldingskracht van internationale overeenkomsten, noch met betrekking tot de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van zulke overeenkomsten, de situatie regelt van bilaterale akkoorden die *één enkele* Lid-Staat *met een derde land* heeft aangegaan op het gebied van de sociale zekerheid. Kon het in die omstandigheden de bedoeling van de communautaire wetgever zijn om het statuut van dergelijke bilaterale akkoorden impliciet te regelen, en ze alsnog binnen het toepassingsgebied van verordening nr. 1408/71 te brengen door ze onder het begrip „wetgeving" van artikel 1, sub j, te laten vallen? Ik kan mij dit moeilijk inbeelden.

Een dergelijke, ook bilaterale verdragen tussen één Lid-Staat en een derde land omvattende interpretatie van het begrip „wetgever", zou immers meebrengen dat verordening nr. 1408/71, voor wat de betrokken Lid-Staat betreft, zonder enig overleg met het derde land in de plaats zou komen van het bilateraal akkoord. Bovendien zou voor zulke indeplaatsstelling dan geen enkel voorbehoud gelden, zelfs niet een dat vergelijkbaar is met dat van artikel 6, sub b (zie hiervoor punt 8), waarin de toepasselijkheid van verordening nr. 1408/71 enkel bedongen wordt voor bepalingen welke zonder tussenkomst van een orgaan van het derde land kunnen worden aangewend. Een dergelijke interpretatie zou eveneens meebrengen dat het beginsel van gelijke behandeling onverminderd *toepasselijk is op bilaterale akkoorden* tussen één Lid-Staat en een derde land zonder dat daarvoor dan een afwijkingsmogelijkheid bestaat, vergelijkbaar met deze voorzien in artikel 3, lid 3, van de verordening in verband met de in bijlage III genoemde bilaterale akkoorden tussen Lid-Staten.

10. De opvatting dat bilaterale akkoorden welke tussen een Lid-Staat en een derde land zijn gesloten, niet onder het begrip „wetgeving" van artikel 1, sub j, van verordening 1408/71 vallen, wordt overigens bevestigd door de *rechtspraak* van het Hof, waarbij ik vooral kan verwijzen naar de arresten in de zaken Ortskrankenkasse Hamburg, Kaucic en Borowitz.

In de zaak Ortskrankenkasse Hamburg had het Bundessozialgericht het Hof onder meer gevraagd of een verzekeringsorgaan van een Lid-Staat, in casu Duitsland, voor het verkrijgen van een recht op bepaalde prestaties, op grond van verordening nr. 3 (de voorganger van verordening nr. 1408/71) ook verzekeringstijdvakken in rekening moet brengen die een verzekeringsorgaan van een andere Lid-Staat (Italië) overeenkomstig een bilaterale overeenkomst die dit land met een derde land heeft gesloten (in dat geval: Zwitserland), in aanmerking heeft te nemen. Het Hof wees er op dat artikel 16 van verordening nr. 3 (dat de samentellingsregels vastlegde voor uitkeringen betreffende ziekte en moederschap) enkel spreekt over verzekeringstijdvakken „vervuld krachtens de wettelijke regeling van elk der Lid-Staten" en dat artikel 1, sub b, van de verordening (dat sterk gelijkaardig is aan artikel 1, sub j, van verordening nr. 1408/71) onder „wettelijke regeling" enkel verstaat de „bestaande en toekomstige wetten, reglementen en statutaire bepalingen van elke Lid-Staat met betrekking tot de regelingen en takken van sociale zekerheid". Hieruit besloot het Hof dat

„de instellingen van sociale zekerheid der Lid-Staten derhalve niet gehouden zijn om

met het oog op het verkrijgen van het recht op uitkeringen en verstrekkingen van sociale zekerheid rekening te houden met tijdvakken van verzekering in derde landen vervuld". [9]

De zaak Kaucic betrof een invaliditeitspensioen dat in België moest worden betaald aan de rechthebbenden van een overleden Italiaanse werknemer die zowel in Italië en België als in Oostenrijk had gewerkt, en in dit laatste land een invaliditeitspensioen had verworven dat berekend was overeenkomstig een tussen Italië en Oostenrijk aangegane bilaterale overeenkomst inzake de sociale zekerheid. Het Hof bevestigde dat de toepassing van een nationale anti-cumulatieregel in dergelijke situatie verenigbaar was met de (op deze zaak nog toepasselijke) verordeningen nrs. 3 en 4:

„Overwegende dat de in de verordeningen 3 en 4 voorkomende bepalingen inzake de samentelling van verzekeringstijdvakken slechts betrekking hebben op tijdvakken, krachtens de wettelijke regeling der Lid-Staten vervuld;

dat tijdvakken vervuld in een niet-Lid-Staat, al dan niet door een overeenkomst inzake de sociale zekerheid aan een of meer Lid-Staten gebonden, niet vallen onder enigerlei bepaling van de communautaire verordeningen betreffende de tussen de Lid-Staten te betrachten coördinatie van sociale zekerheidsstelsels." [10]

11. Dat het gemeenschapsrecht, met name verordening nr. 1408/71, de Lid-Staten niet verplicht in derde landen vervulde verzekeringstijdvakken in aanmerking te nemen, doch hen wel *toelaat* zulks op vrijwillige basis dan wel op grond van een door de Lid-Staat in kwestie met het betrokken derde land gesloten bilaterale overeenkomst te doen, werd bevestigd in het arrest Borowitz. Aldaar had het Bundessozialgericht het Hof gevraagd of de verordening zich ertegen verzet dat een Duits verzekeringsorgaan, bij de beslissing over het meetellen van premievrije tijdvakken in de zin van de Duitse wetgeving, de premies, bijdragen en aansluiting bij de verzekering in een derde land, in casu Polen, waarmee de Bondsrepubliek Duitsland een bilateraal verdrag inzake wederzijdse gelijkstelling van verzekeringstijdvakken had gesloten, gelijkstelt met in Duitsland verplicht betaalde premies of bijdragen en aansluiting bij de pensioenverzekering (zoals zij dat dient te doen voor de in andere Lid-Staten verrichte premies, bijdragen en de aansluiting aldaar bij de verzekering). Het Hof kwam tot de bevinding dat geen enkele bepaling van verordening nr. 1408/71 uitsluit dat het Duitse orgaan de krachtens de Poolse wettelijke regeling vervulde verzekeringstijdvakken gelijkstelt met krachtens de eigen wetgeving vervulde tijdvakken. [11] Hieraan voegde het toe:

„Het is echter niet zo, dat dergelijke krachtens de wettelijke regeling van een derde staat vervulde tijdvakken als ‚krachtens de wettelijke regelingen van de Lid-Staten vervulde' tijdvakken in de zin van artikel 46 van de verordening gaan tellen, enkel omdat zij door het Duitse orgaan op grond van een bilaterale overeenkomst in aanmerking worden genomen. De verordening bevat derhalve

9 — Arrest van 16 november 1972, zaak 16/72, Ortskrankenkasse Hamburg, Jurispr. 1972, blz. 1141, r. o. 12.

10 — Arrest van 10 maart 1977, zaak 75/76, Kaucic, Jurispr. 1977, blz. 495, r. o. 8 en 9.

11 — Arrest van 5 juli 1988, zaak 21/87, Borowitz, Jurispr. 1988, blz. 3715, r. o. 25.

geen bepaling die de verzekeringsorganen van de andere Lid-Staten verplicht, bij hun berekeningen overeenkomstig artikel 46 dergelijke ‚derde' tijdvakken in aanmerking te nemen; dat de Duitse verzekeringsorganen die tijdvakken wel meetellen, brengt dus geen uitbreiding van hun verplichtingen mee." [12]

Daarmee bevestigde het Hof impliciet maar zeker het standpunt dat advocaat-generaal Slynn in zijn conclusie in die zaak had ingenomen met betrekking tot de uitlegging van het begrip „wetgeving" in de zin van artikel 1, sub j, van verordening nr. 1408/71. Op grond van voornoemde arresten Ortskrankenkasse Hamburg en Kaucic had de advocaat-generaal de overtuiging uitgedrukt dat

„even afgezien van de letterlijke bewoordingen ervan, genoemd artikel niet is geschreven voor de gevallen waarin in een derde staat vervulde tijdvakken louter met het oog op een pensioenberekening worden gelijkgesteld met in een Lid-Staat vervulde tijdvakken, en dat het dan ook niet in die zin moet worden uitgelegd. Ook indien die in een derde staat vervulde tijdvakken met het oog op de pensioenberekening in een bepaalde Lid-Staat worden meegeteld, kan deze samentelling nog geen invloed hebben op de verplichtingen van andere Lid-Staten." [13]

12. Ten slotte pleit voor de hier voorgestane oplossing ook het *bijzonder karakter* van een bilaterale overeenkomst tussen een Lid-Staat en een derde land. Een dergelijk akkoord is de resultante van een negotiatieproces tussen beide staten, waarbij de rechten en plichten die in hoofde van de respectieve verdragspartijen worden vastgesteld doorgaans zijn gegrondvest op het wederkerigheidsbeginsel. Dit betekent dat aan zulke overeenkomsten een welbepaald evenwicht — ook wat de financiële consequenties ervan betreft — ten grondslag ligt. Het lijdt geen twijfel dat het vinden van een dergelijk evenwicht ernstig zou worden bemoeilijkt, en dat de onderhandelingsruimte van Lid-Staten en derde landen sterk zou worden ingeperkt, wanneer de Lid-Staat in kwestie ervan moet uitgaan dat de rechten welke het ten gunste van zijn eigen onderdanen bedingt, tevens aan alle overige gemeenschapsonderdanen ten goede moeten komen. Ik denk daarbij niet uitsluitend aan de situatie van sociale-zekerheidsakkoorden, doch eveneens aan andere bilaterale overeenkomsten waaraan een vorm van (financieel) evenwicht in de wederzijdse prestaties ten grondslag ligt, zoals bij voorbeeld dubbelebelastingverdragen.

13. Anders dan de Italiaanse regering, de Portugese regering en de Commissie aanvoeren, ben ik van oordeel dat tegen de hiervoor ingenomen stellingname geen argumenten kunnen worden geput uit de arresten in de lijn van Bozzone en het meer recente arrest Rönfeldt.

Wat de eerstgenoemde jurisprudentie betreft: het is juist dat het Hof een ruime opvatting

12 — Arrest Borowitz, r. o. 26. Uit deze overweging blijkt mijns inziens ook dat de betrokken Lid-Staat die op basis van het bilaterale akkoord, en dus op grond van een zelf aangegane verplichting, gehouden is „derde" tijdvakken in aanmerking te nemen, daartoe evenmin als de andere Lid-Staten gehouden is op grond van verordening nr. 1408/71.

13 — Jurispr. 1988, blz. 3729.

heeft ontwikkeld van het begrip „wetgeving" als omschreven in artikel 1, sub j, van verordening nr. 1408/71. Zo heeft het Hof sedert het arrest Bozzone herhaaldelijk geoordeeld

„dat deze opvallend lange definitie alle soorten wetgevende, verordenende en administratieve maatregelen der Lid-Staten omvat en dat de gezamenlijke ten deze toepasselijke nationale maatregelen er onder begrepen moeten worden geacht". [14]

Echter, geen van de uitspraken waarin het Hof deze ruime opvatting tot de zijne heeft gemaakt, betreft de situatie van een bilateraal akkoord tussen een Lid-Staat en een derde land. Zo ging het in het arrest Bozzone om de vraag of een Belgisch koloniaal besluit dat nadien bevestigd was geworden door een nationale wet [15], te beschouwen was als wetgeving in de zin van de verordening. In het arrest Van Roosmalen lag de vraag voor of een Nederlandse wet inzake arbeidsongeschiktheid die zijn werking uitstrekt tot gebieden buiten het grondgebied van de Gemeenschap (met name werkzaamheden in een ontwikkelingsland), een wetgeving in de zin van de verordening uitmaakt. In het arrest Laborero en Sabato ten slotte moest het Hof zich onder meer uitspreken over de vraag of een Belgische wet die uitsluitend in derde landen (met name Zaïre) vervulde tijdvakken van arbeid betreft, als wetgeving onder de toepassing van verordening nr. 1408/71 valt. Aan voornoemde arresten kan derhalve moeilijk een precedentswaarde worden gehecht voor onderhavige zaak.

14. Tot dezelfde bevinding kom ik met betrekking tot het arrest Rönfeldt, waarop met name de Portugese regering en de Commissie hun argumentatie voor een stuk funderen. [16] Deze zaak ging evenmin over de kwestie of een bilateraal akkoord tussen een Lid-Staat en een derde land als wetgeving binnen de werkingssfeer van verordening nr. 1408/71 valt. De kernvraag was daarentegen of het verenigbaar is met de artikelen 48, lid 2, en 51, EEG-Verdrag dat werknemers sociale-zekerheidsvoordelen verliezen doordat een *tussen twee Lid-Staten* gesloten verdrag, als gevolg van de inwerkingtreding van verordening nr. 1408/71, niet langer van toepassing is. [17] Het Hof gaf hierop een ontkennend antwoord, zulks op grond van zijn vaste rechtspraak waarin uit een teleologische lezing van de artikelen 48 en 51 van het Verdrag wordt afgeleid dat de communautaire wetgeving niet mag leiden tot een vermindering van de krachtens nationaal recht toegekende uitkeringen. Om die reden besloot het Hof dat, in weerwil van het hiervoor (punt 8) besproken artikel 6 van de verordening, *toch* rekening moet worden gehouden met die verdragen tussen Lid-Staten die voor werknemers gunstiger zijn dan de gemeenschapsregeling. [18] Vandaar de overweging:

14 — Arresten van 31 maart 1977, zaak 87/76, Bozzone, Jurispr. 1977, blz. 687, r. o. 10; 11 juli 1980, zaak 150/79, Commissie/België, Jurispr. 1980, blz. 2621, r. o. 4; 23 oktober 1986, zaak 300/84, Van Roosmalen, Jurispr. 1986, blz. 3097, r. o. 28, en 9 juli 1987, gevoegde zaken 82/86 en 103/86, Laborero en Sabato, Jurispr. 1987, blz. 3401, r. o. 23. Ook in andere uitspraken geeft het Hof blijk van een ruime uitlegging van deze definitie, met name in het licht van de doelstellingen van artikel 51 EEG-Verdrag: zie arrest van 9 juni 1977, zaak 109/76, Blottner, Jurispr. 1977, blz. 1141, r. o. 9 e. v.

15 — Precies omwille van deze wet stelde de Commissie nadien tegen België een procedure wegens niet-nakoming in tegen België, welke door het Hof werd toegewezen: zie voormeld arrest Commissie/België.

16 — Hiervoor aangehaald in voetnoot 8.

17 — Cf. 's Hofs herformulering van de vraagstelling in r. o. 21.

18 — Arrest Rönfeldt, r. o. 28.

„Onder krachtens nationaal recht toegekende uitkeringen moet volgens deze rechtspraak zowel worden verstaan uitkeringen waarin het door de nationale wetgever vastgestelde nationale recht voorziet, als uitkeringen die voortvloeien uit de bepalingen van tussen twee of meer Lid-Staten gesloten en in hun nationaal recht opgenomen verdragen inzake sociale verzekering, wanneer deze voor de betrokken werknemer gunstiger zijn dan die welke uit de gemeenschapsregeling voortvloeien." [19]

Ook hier echter heeft het Hof zich in geen enkel opzicht uitgelaten over een bilaterale overeenkomst *tussen een Lid-Staat en een derde land.*

In subsidiaire orde: draagwijdte van het beginsel van gelijke behandeling bij toepasselijkheid van verordening nr. 1408/71

15. Zou het Hof, in weerwil van voorgaande argumentatie, toch besluiten dat bilaterale akkoorden tussen een Lid-Staat en een derde land als „wetgeving" voor de toepassing van verordening nr. 1408/71 zijn te beschouwen, dan zou de tweede vraag van het Bundessozialgericht mijns inziens bevestigend moeten worden beantwoord. Met deze vraag wil dit rechtscollege vernemen of, bij bevestigend antwoord van de eerste vraag, het in de artikelen 7 EEG-Verdrag en 3, lid 1, van verordening nr. 1408/71 neergelegde beginsel van gelijke behandeling zich ertegen verzet, dat de Duitse verzekeringsorganen waarbij een ouderdoms- of invaliditeitsuitkering is aangevraagd — op grond van de overeenkomst en meer bepaaldelijk nummer 2 van het daarbij gevoegde slotprotocol (zie punt 3) — enkel voor Duitse onderdanen (en niet voor andere EEG-onderdanen) de in Zwitserland vervulde verzekeringstijdvakken zouden meetellen.

16. Zou een akkoord als de overeenkomst beschouwd worden als wetgeving in de zin van artikel 1, sub j, dan dient het beginsel van gelijke behandeling als vervat in artikel 3, lid 1, van de verordening, inderdaad onverkort te worden toegepast. Op grond daarvan zouden de Duitse verzekeringsorganen er dan toe verplicht zijn voor alle gemeenschapsonderdanen rekening te houden met in Zwitserland vervulde verzekeringstijdvakken. De daartegen ingebrachte argumenten van de LVA Hessen, de Duitse en de Britse regering kunnen daaraan geen afbreuk doen. Volledigheidshalve geef ik kort aan waarom.

17. Dat, zoals de LVA Hessen betoogt, de beginselen die aan artikel 234 EEG-Verdrag ten grondslag liggen, ook hier zouden moeten spelen, met name gelet op de omstandigheid dat de Gemeenschap niet bevoegd zou zijn een internationaal sociaalzekerheidsverdrag te sluiten, vindt geen steun in de communautaire wetgeving of rechtspraak. Ook indien het aan de Lid-Staten staat om in een bepaald domein internationale verdragen te sluiten, moeten zij in de uitoefening van die bevoegdheid rekening houden met dwingende bepalingen van het gemeenschapsrecht. Artikel 234, dat zich luidens zijn formulering zelf beperkt tot de

19 — Arrest Rönfeldt, r. o. 27.

rechten en verplichtingen die voortvloeien uit door een Lid-Staat en een derde staat *vóór de inwerkingtreding* van het EEG-Verdrag gesloten overeenkomsten — in casu gaat het over een overeenkomst die gesloten werd na de inwerkingtreding van het Verdrag in Duitsland — kan daaraan niets veranderen.

18. Ook het door de Duitse regering ontwikkelde argument dat de artikelen 48 en 51 EEG-Verdrag en verordening nr. 1408/71 in geen geval toepassing kunnen vinden met betrekking tot verzekeringstijdvakken die *buiten* de Gemeenschap werden vervuld, kan niet worden aanvaard. Reeds in het arrest Walrave erkende het Hof met betrekking tot het communautaire discriminatieverbod, zoals dit onder meer uitdrukking vindt in de artikelen 7 en 48 van het Verdrag, dat de non-discriminatieregel wegens zijn dwingende aard geldt bij de beoordeling van alle rechtsbetrekkingen, in de mate waarin zij, onder meer wegens de plaats waar zij hun uitwerking hebben, op het grondgebied van de Gemeenschap kunnen worden gelokaliseerd. [20]

Welnu, de omstandigheid dat Grana-Novoa, vooraleer in Duitsland te werken, in Zwitserland heeft gewerkt en dat onderhavige zaak haar oorsprong vindt in de problematiek van de inachtneming van de in dit land vervulde verzekeringstijdvakken, acht ik geen doorslaggevende reden om de in geding staande rechtsbetrekking buiten de Gemeenschap te lokaliseren. In de arresten Van Roosmalen, Laborero en Sabato heeft het Hof immers geoordeeld:

„Voor de toepasselijkheid van verordening nr. 1408/71 is het doorslaggevende criterium de band tussen een verzekerde en een stelsel van sociale zekerheid van een Lid-Staat, zodat het niet van belang is dat de verzekerde zijn werkzaamheden al dan niet uitsluitend buiten het grondgebied van de Lid-Staten van de Gemeenschap heeft verricht." [21]

In het arrest Laborero en Sabato leidde het Hof daar trouwens uit af dat een nationale regeling „zich niet, enkel omdat de voorziene uitkeringen slechts kunnen worden gebaseerd op buiten de Gemeenschap vervulde verzekeringstijdvakken, aan de bepalingen van die verordening onttrekt en met name niet aan het beginsel van gelijke behandeling, zoals neergelegd in artikel 3, lid 1, van die verordening". [22]

Het argument van de Belgische regering in die zaak, als zou een dergelijke interpretatie ingaan tegen artikel 227 EEG-Verdrag — dat de toepassing van het Verdrag beperkt tot het grondgebied der Lid-Staten —, werd door het Hof moeiteloos verworpen, aangezien verordening nr. 1408/71 aan een nationale wetgeving of wettelijke regeling slechts eisen stelt „voor zover dit stelsel binnen de Gemeenschap gevolgen heeft". [23]

19. Ik wil er nog aan toevoegen dat mijns inziens evenmin een geldig argument tegen de toepasselijkheid van het gemeenschaps-

20 — Arrest van 12 december 1974, zaak 36/74, Walrave, Jurispr. 1974, blz. 1405, r. o. 28.

21 — Arresten Van Roosmalen, r. o. 30; Laborero en Sabato, r. o. 25, en arrest van 14 november 1990, zaak C-105/89, Buhari Haji, Jurispr. 1990, blz. I-4211, r. o. 15.

22 — Arrest Laborero en Sabato, r. o. 26.

23 — Arrest Laborero en Sabato, r. o. 27.

recht kan worden geput uit de omstandigheid dat, in een geval als het onderhavige, geen enkele *belemmering voor het vrij verkeer van werknemers* zou voorliggen. Had Grana-Novoa in plaats van in Duitsland in Spanje gewerkt, dan waren op grond van de Spaans-Zwitserse overeenkomst (zie hiervoor, punt 2) zowel de in Zwitserland als in Spanje vervulde tijdvakken in aanmerking genomen. Het is dus omdat zij in Duitsland heeft gewerkt, met andere woorden omdat zij haar recht van vrij verkeer heeft uitgeoefend [24], dat de door haar in Zwitserland vervulde tijdvakken verloren zijn gegaan.

20. In de veronderstelling dat de eerste prejudiciële vraag, anders dan ik hiervoor heb betoogd, een bevestigend antwoord verdient, zou het antwoord op de tweede vraag dan ook moeten zijn dat de in nummer 2 van het slotprotocol bij de overeenkomst neergelegde uitsluitingsclausule niet kan worden toegepast. Uit het principe van de voorrang van het gemeenschapsrecht vloeit immers voort dat elke strijdige bepaling van de bestaande nationale wetgeving, met inbegrip van de — in deze hypothese — daarvan deel uitmakende internationale overeenkomst, geen toepassing mag vinden. [25]

Conclusie

21. In het licht van het voorgaande geef ik het Hof het volgende antwoord ter overweging:

1) Een bilaterale overeenkomst tussen een Lid-Staat en een derde land, zelfs indien deze bij wet werd geïncorporeerd in de interne rechtsorde van de betrokken Lid-Staat, is niet te beschouwen als „wetgeving" in de zin van artikel 1, sub j, van verordening nr. 1408/71.

2) Gegeven het antwoord op de eerste vraag, behoeft de tweede vraag niet te worden beantwoord.

24 — Ik maak hierbij abstractie van de omstandigheid — welke trouwens door geen enkele voor het Hof interveniërende partij is opgeworpen — dat Grana-Novoa in Zwitserland heeft gewerkt, en zich vervolgens in Duitsland heeft gevestigd, vóór Spanje toetrad tot de Gemeenschappen. Haar situatie wordt bijgevolg, zoals in de verwijzingsbeschikking terecht wordt opgemerkt, geregeld door de bepalingen van artikel 94 van verordening nr. 1408/71: Grana-Novoa kan slechts sedert 1 januari 1986 rechten aan de verordening ontlenen (artikel 94, lid 1), maar daarbij moet met terugwerkende kracht ook rekening worden gehouden met verzekeringstijdvakken en gebeurtenissen die vóór dit tijdstip zijn vervuld . respectievelijk hebben plaatsgevonden (artikel 94, leden 2 en 3).

25 — Cf. arrest van 9 maart 1978, zaak 106/77, Simmenthal, Jurispr. 1978, blz. 629, r. o. 17.