Conclusie van de Advocaat-Generaal J. Gand van 17 mei 1967[1]

Mijnheer de President, mijne heren Rechters,

Uw Hof zag zich reeds in de arresten van der Veen (100-63, Jurisprudentie, Deel X, blz. 1161) en Hagenbeek (4-66, Jurisprudentie, Deel XII, blz. 293) geroepen enkele bepalingen te interpreteren van de artikelen 27 en 28 van Verordening no. 3 inzake de sociale zekerheid van migrerende werknemers. Het ging toen om de vraag hoe deze artikelen — waarin op het stuk van ouderdoms- en overlijdensverzekering de samentelling der verzekeringstijdvakken werd voorzien alsmede de verdeling tussen de verschillende betrokken instellingen van de verplichting tot uitkering naar verhouding van de duur der verzekeringstijdvakken — moesten worden toegepast op de Nederlandse verzekering „A.W.W.", welke een risicoverzekering is.

Deze vraag wordt U thans door het Gerechtshof te Orléans in enigszins afwijkende bewoordingen voorgelegd. Het onderhavige geval vormt trouwens de eerste van een lange reeks, daar reeds zeven zaken, op de onderhavige dan wel verwante bepalingen betrekking hebbende, door verschillende civiele, administratieve of sociale rechters (waarvan sommigen zich krachtens artikel 177 van het Verdrag tot U *moeten* wenden, terwijl het andere *vrijstaat* dit te doen) van vier Lid-Staten naar U werden verwezen. In beginsel kan men er zich over verheugen, dat het beroep op laatstgenoemd artikel in de rechterlijke praktijk der Gemeenschap ingang begint te vinden, doch anderzijds bestaat er, uit overwegingen van minder beschouwelijke aard, aanleiding tot een zekere ongerustheid over het aantal juridische en praktische vragen waartoe dit gedeelte der verordening blijkens bedoelde renvooiprocedures aanleiding geeft. In ieder geval is hierin een grond gelegen de onderhavige zaak slechts met de nodige omzichtigheid te benaderen, waarbij dan valt te bedenken dat de behandeling van andere aanhangige gedingen een nog vollediger licht over de betekenis van de artikelen 27 en 28 zal verschaffen.

De feiten welke het Gerechtshof te Orléans er toe brachten zich tot U te wenden zijn de volgende : Stanislas Ciechelski, krachtens naturalisatie van Franse nationaliteit, die achtereenvolgens in Duitsland en Frankrijk de premiën voor ouderdomsverzekeringen voldeed, verkreeg aanvankelijk toen hij de door de wetgeving van dat land, doch nog niet de in Duitsland voorziene leeftijd had bereikt, een Frans pensioen uitsluitend op grond van de Franse tijdvakken (artikel 28, paragraaf1, sub f).

Toen hij nadien aan dit laatste leeftijdsvereiste voldeed, werd zijn pensioen op zijn verzoek door twee pensioenen, een Duits en een Frans vervangen, waarvan het bedrag als volgt werd vastgesteld :

1 — Vertaald uit het Frans.

Bij gebreke van een voldoende aantal verzekeringstijdvakken in Duitsland, kon het recht op een Duits pensioen slechts worden toegekend, door de Franse trimesters mede in aanmerking te nemen en de betrokkene ontving dan ook krachtens de „pro rata"-berekening een driemaandelijkse rente van DM 138,— (Ffr 170,90).

De Franse instelling telde de Franse en Duitse tijdvakken samen (respectievelijk 113 en 21 kwartalen), bepaalde theoretisch het bedrag van de uitkering waarop Ciechelski aanspraak had kunnen maken, indien hij zijn gehele loopbaan onder de Franse wetgeving had volbracht en stelde op grondslag van dit bedrag de volgens het Franse stelsel verschuldigde uitkering vast overeenkomstig de verhouding tussen de in Frankrijk vervulde tijdvakken en de totale duur der vervulde periodes. Een letterlijke toepassing dus van artikel 28, paragraaf 1, sub b.

Nu is het een bijzonderheid van het Franse stelsel, dat het voor de berekening van het pensioen een maximumverzekeringsduur van 30 jaar of wel 120 kwartalen voorziet. Het „theoretische" bedrag werd derhalve niet op grondslag van 134, doch van 120 kwartalen berekend; daarentegen werd bij de „pro rata"-berekening 113/134 van het theoretische bedrag ten laste van de Franse instelling gebracht en Ciechelski ontving aldus een pensioen van Ffr 654,—. Weliswaar is dit cijfer lager dan het voorheen door hem onder het Franse stelsel verkregen pensioen van Ffr 731,—, doch voegt men hier het Duitse pensioen (Ffr 170,90) bij, dan ziet men dat de samentelling der tijdvakken niet alleen deze vermindering compenseert, doch zelfs tot een hoger totaal bedrag leidt.

Met deze beslissing niet tevreden, verzocht betrokkene — doch zonder succes — aan de „Commission de première instance" het herstel van zijn vroegere pensioen. Vervolgens ging hij in beroep bij het Gerechtshof van Orléans hetwelk, na een samenvatting der hierboven omschreven feiten, vaststelde dat Verordening no. 3 in casu tot een verlies van in Frankrijk verkregen rechten leidde en zich vervolgens tot Uw Hof wendde „ten einde een uitspraak te verkrijgen over de interpretatie welke van artikel 51 van het Verdrag van Rome en de artikelen 27 en 28 der Verordening no. 3 gegeven dient te worden ... in dier voege dat in het bijzonder zal worden beslist of ingevolge die verordening aan een werknemer rechtsgeldig een deel der door hem in één der Lid-Staten van de Gemeenschap verkregen rechten kan worden ontnomen".

Het Gerechtshof verzoekt U derhalve zowel om interpretatie van artikel 51 van het Verdrag als van de beide artikelen der verordening welke ter uitvoering daarvan werd gegeven; in werkelijkheid — en dit blijkt nog duidelijker wanneer men de gestelde vraag in verband met de overwegingen van het arrest leest — verlangt het een uitspraak over de vraag of bepalingen der verordening waarbij een migrerend werknemer van een deel zijner verkregen rechten wordt beroofd krachtens het Verdrag geldig mogen worden geacht. De verzoekende rechter doelt hier namelijk op Uw arrest 100-63 (van der Veen) waarin Uw Hof voor de eerste maal een aantal grondregels voor de interpretatie der verordening heeft gegeven. Daarbij werd overwogen dat deze verordening „haar grondslag, raam en begrenzing

vindt in de artikelen 48 tot en met 51 van het Verdrag, welke het vrije verkeer der werknemers beogen te verzekeren" en dat het doel dezer artikelen „niet zou worden bereikt doch in tegendeel miskend, indien de werknemer, om van de hem gewaarborgde vrijheid van verkeer gebruik te maken, zich in het verlies van reeds in een der Lid-Staten verkregen rechten zou moeten schikken *zonder dat daarvoor een ten minste gelijkwaardige uitkering in de plaats zou komen*". Deze beslissing werd nog in Uw arrest 4-66 (Hagenbeek) bevestigd, onder toevoeging evenwel dat zulks nog niet inhoudt dat de migrerende werknemer „door een samenloop van verschillende nationale wetgevingen er noodzakelijkerwijs in zou behoren te slagen een totaalbedrag aan voordelen te verkrijgen, hetwelk de bepaling van artikel 28, paragraaf 3, te boven gaat".

In het licht van deze grondregels gaf Uw Hof een eerste interpretatie van de artikelen 27 en 28 dezer verordening voor de Nederlandse wetgeving waarvan de bijzondere kenmerken U bekend zijn. Doch met dit antwoord was de vraag niet uitgeput, want hiermede werd nog niet gezegd hoe deze beginselen in een concreet geval op andere nationale wetgevingen, welke aan deze zelfde verordening ondergeschikt zijn, moeten worden toegepast. Dit verklaart hoe men nu opnieuw een vraag kan stellen welke Gij reeds schijnt te hebben beantwoord. Immers, hoewel het niet Uw taak is een beslissing te geven over de toepassing van gemeenschapsrecht op een bepaald geval, zo kunnen toch zowel de vraag als het antwoord slechts in verband met een bepaalde wetgeving worden verstaan en moeten zij in het kader daarvan worden geplaatst. Zo dient bij het onderzoek van de door het Gerechtshof gestelde vraag of bedoeld artikel 28 een werknemer inderdaad een deel van zijn verkregen rechten kan ontnemen, op de omstandigheid te worden gelet dat de vaststelling van het theoretische bedrag en de pro rata-berekening volgens de Franse wetgeving plaatsvonden.

Kenmerkend voor deze wetgeving is dat zij een maximumverzekeringsduur van 120 kwartalen voorziet, welke op het maximumpensioen aanspraak geeft; het pensioen is derhalve evenredig aan de duur der verzekering zolang deze maximumduur niet is bereikt, maar stijgt dan niet verder. Gelijk uit de stukken en met name uit de U door de Caisse régionale gezonden toelichting blijkt, nam de instelling op grond van deze bijzondere regeling als theoretisch bedrag het voor 120 kwartalen geldende maximumpensioen aan, zulks terwijl betrokkene, met inbegrip van zijn Duitse loopbaan, in totaal 134 kwartalen had volbracht.

Deze eigenaardigheid van de Franse regeling schijnt zich op zichzelf niet tegen de toepassing van artikel 28 en de pro rata-berekening te verzetten. Gelijk de Commissie opmerkt, heeft deze berekening slechts zin wanneer het pensioen krachtens de wetgeving van een Lid-Staat niet strikt evenredig is aan de verzekeringsduur; anders immers zou men tot hetzelfde resultaat komen als met de zogenaamde rechtstreekse berekening, welke in dat geval krachtens artikel 29, paragraaf 2, van Verordening no. 4 geoorloofd is. Uw arrest-van der Veen staat — onder nader geformuleerde voorwaarden — de pro rata-berekening toe voor een wetgeving krachtens welke, zoals de Nederlandse, het bedrag der uitkeringen niet van de verzekerings-

duur afhankelijk stelt en dezelfde opvatting dient voor het zojuist omschreven Franse stelsel te worden aanvaard. Ik voeg hier nog aan toe dat Uw Hof dezelfde vraag zal hebben te onderzoeken voor de Luxemburgse wetgeving, waarin het pensioen is samengesteld uit een aan de verzekeringsduur evenredig deel en een fixum.

Wanneer de pro rata-berekening dan ook volgens de letter van artikel 28, paragraaf 1, sub b, wordt toegepast, heeft zij inderdaad ten gevolge, dat de migrerende werknemer voor een gelijk aantal in Frankrijk vervulde kwartalen, een geringer pensioen ontvangt dan aan de niet-migrerende werknemer zou worden toegekend. Uitgaande van het cijfer van 113 kwartalen, zou laatstgenoemde een pensioen verkrijgen gelijk aan 113/120 van het maximumbedrag, terwijl de migrerende werknemer, daar hij bovendien 21 trimesters in Duitsland heeft vervuld, slechts een met 102 kwartalen overeenstemmend Frans pensioen zou ontvangen; naarmate het aantal onder een andere wetgeving vervulde kwartalen toeneemt daalt het Franse pensioenbedrag, welk verlies hoogstens door de in artikel 28, paragraaf 3, voorziene aanvulling gecompenseerd zou kunnen worden.

Dit probleem is niet nieuw. De Franse rechters hebben daarvan reeds kennis genomen, immers het Gerechtshof te Parijs heeft bij een arrest, in een nauw verwante zaak (Nani, 4 maart 1964) — hetwelk vóór Uw arrest van der Veen gewezen werd — weliswaar de bepalingen van artikel 28 letterlijk toegepast, doch tevens vastgesteld dat voor de werknemer die zowel in Frankrijk als Italië was aangesloten, de regeling verliep alsof hij in laatstgenoemd land nimmer bijdragen had betaald, daar deze hem geen enkel voordeel brachten.

Het is Uw Hof bekend hoe de Commissie aan zodanige verliezen tegemoet denkt te komen. Zij meent dat de migrerende werknemer voor wat de toepassing der Franse wetgeving betreft, aan dezelfde regels moet worden onderworpen als de andere werknemers. Dit betekent dat zolang zijn verzekeringstijdvakken in dat land beneden het maximum van 120 kwartalen blijven, zijn Franse pensioen evenredig aan de verzekeringsduur moet zijn, waarmede men in feite op de methode van de rechtstreekse berekening terugkomt. Ging daarentegen zijn verzekeringsduur in Frankrijk het maximum te boven, dan dient zijn Franse pensioen dit maximum te bereiken, doch mag het niet overschrijden. Wij verwijzen op dit punt naar de opmerking van de Commissie, waarbij zij de formules aangeeft welke voor de pro rata-berekening dienen te worden gebezigd en voorts de wijzigingen in de huidige bepalingen van artikel 28 relateert gelijk zij die in haar voorstel tot herziening van de Verordening no. 3 heeft opgenomen met het doel in de toekomst de benadeling te vermijden van migrerende werknemers die aan wetgevingen van dit type onderworpen zijn.

Men dient evenwel te bedenken — en dit is het tweede aspect van de gestelde vraag — dat artikel 51 van het Verdrag door U werd geïnterpreteerd in die zin, dat het een verlies van reeds verkregen rechten niet uitsluit, mits daarvoor een ten minste gelijkwaardige uitkering in de plaats komt. Gelijk evenwel reeds is gezegd, zou de betrokkene zonder toepassing van artikel 27 der verordening geen enkel recht op pensioen krachtens de

Duitse wetgeving hebben gehad. Anderzijds is het totaal van de beide pro rata-berekende pensioenen, het Franse en het Duitse, hoger dan het oorspronkelijke, niet pro rata-berekende, Franse pensioen. Voldoet een dergelijke compensatie aan de eisen van artikel 51?

De Commissie beantwoordt deze vraag ontkennend op grond van de overweging, dat de door de Caisse gevolgde methode niet alleen een verlies van rechten met betrekking tot het Franse pensioen ten gevolge heeft — dit is evident — doch eveneens met betrekking tot het Duitse pensioen, hetgeen minder aanvaardbaar voorkomt. Ten bewijze van deze stelling geeft de Commissie als voorbeeld het geval van twee werknemers die in Frankrijk dezelfde loopbaan van 113 trimesters hebben volbracht, doch waarbij de Duitse loopbaan van de eerste werknemer 60 kwartalen bedraagt — het minimum voor een pensioen vastgesteld volgens de directe berekening —, terwijl de tweede een lager aantal kwartalen heeft vervult. Voor de eerste vindt geen pro rata-berekening plaats, daar de samentelling niet nodig is en hij zou derhalve in elk der beide landen een aan zijn loopbaan evenredig pensioen genieten, dat wil zeggen in Frankrijk over de gehele 113 kwartalen. Wat de tweede werknemer betreft zou het in aanmerking nemen van zijn Franse loopbaan overeenkomstig de verordening hem wel het recht op pensioen geven, doch voor hem geen enkel voordeel bij de berekening dezer uitkering medebrengen, daar voor hem zowel als voor de eerste werknemer het Duitse pensioen alleen met de Duitse loopbaan evenredig zou zijn. De toepassing der verordening, aldus de Commissie, zou slechts de gelijkheid tussen hen herstellen. Behandelt men hen echter met toepassing van de Franse regeling verschillend, dan wordt deze gelijkheid verbroken. Immers de werknemer wiens recht in Duitsland kon ontstaan zonder dat met de Franse tijdvakken rekening werd gehouden, zou een pensioen ontvangen, berekend op grondslag van 113 kwartalen (juister gezegd: hij zou dit *moeten* ontvangen, daar uit de opmerkingen van de Caisse blijkt, dat zij ten onrechte van mening is dat ook in dit geval de pro rata-berekening moet worden toegepast); wat de tweede werknemer betreft, diens pensioen zou worden teruggebracht tot een lager, niet met zijn Franse loopbaan evenredig bedrag, terwijl hij toch, evenals de eerste werknemer, heeft gewerkt en bijgedragen om dit Duitse pensioengedeelte te verkrijgen.

De Commissie komt aldus tot de gevolgtrekking dat, indien het Franse pensioen op een lager bedrag wordt vastgesteld, de betrokkene gedeeltelijk de aanspraken verliest welke hij aan zijn Duitse verzekering kan ontlenen: hoewel hij gedurende 134 kwartalen heeft bijgedragen, zou hij in werkelijkheid slechts een pensioen verkrijgen dat met een totaal van 122 kwartalen overeenstemt (iets minder dan 102 + 21). Wanneer de bepalingen der verordening evenwel ten doel hebben te verhinderen dat de loopbaan door de migratie wordt verkort, dan mag het in rekening brengen van de tijdvakken in een bepaald land door middel van de samentelling er niet toe leiden dat in het andere land tijdvakken, *welke niet met de eerste samenvallen,* buiten beschouwing blijven. Deze laatste overweging is van belang, daar zij het verschil in het licht stelt tussen het onderhavige geval en dat van een risicoverzekering, zoals de Nederlandse A.W.W., waar dezelfde

perioden tweemaal in aanmerkingen genomen kunnen worden, met de kans evenwel dat hierdoor „een cumulatie van ongerechtvaardigde voordelen ontstaat" welke het arrest-Hagenbeek verbiedt.

Het kwam ons nuttig voor de vrij subtiele argumentatie van de Commissie in bijzonderheden weer te geven; tot welke conclusie voert zij ons? Het gaat om de vraag of het begrip „minstens gelijkwaardige voordelen waarmede het verlies der rechten moet worden gecompenseerd" eng dan wel ruim moet worden opgevat. Wanneer wij, met de Commissie, van oordeel zijn dat het strikt moet worden geïnterpreteerd, dan leidt ons daarbij de overweging dat de doelstelling van artikel 51 zowel begrensd als concreet wordt aangegeven, namelijk het waarborgen van het vrije verkeer van werknemers. Met de regeling die het voorziet moet ten hunnen behoeve de optelling worden verzekerd van alle tijdvakken welke krachtens de verschillende nationale wetgevingen voor het verkrijgen of het behoud van het recht op uitkeringen, dan wel voor de berekening daarvan in aanmerking komen. Daarmede wordt in wezen het verschaffen van een bepaald voordeel beoogd. De berekening pro rata wordt niet genoemd, hetgeen echter niet wil zeggen dat zij daarom zou zijn uitgesloten, doch dat zij slechts onder beperkte voorwaarden kan worden toegepast. In feite werd artikel 28 van de verordening hoofdzakelijk gegeven met het oog op proportionele stelsels van ouderdomsverzekering en voorts met het doel de samenloop van alle mogelijke fixa te vermijden, doch, zodra het gaat om stelsels als dat van de Franse wetgeving, valt het moeilijk in te zien hoe de enkele pro rata-berekening op artikel 51 zou kunnen worden gebaseerd. Gelijk wij zagen, leidde dit de Commissie ertoe dit beroep aanzienlijk in te perken.

Ligt dus de oplossing der materiële rechtsvragen niet voor de hand, ook de vorm waarin het aan de verzoekende rechter te geven antwoord gekleed moet worden is niet eenvoudig. Men vraagt U te beslissen of een artikel van de verordening hetwelk tot verlies van verkregen rechten leidt met artikel 51 van het Verdrag verenigbaar is. Het reeds door U in het arrest-van der Veen op deze vraag gegeven antwoord moet derhalve worden aangepast, zowel aan de bijzonderheden van de wetgeving, als van het concrete geval welke voor het Gerechtshof aanleiding waren zich tot U te wenden. Wij menen dat nader moet worden beslist dat toepassing van de pro rata-berekening weliswaar in beginsel in een stelsel als dat van de Franse wetgeving niet uitgesloten moet worden geacht, doch dat de berekening van een „theoretisch bedrag", waarbij aan de aanwezigheid van een maximumgrens voor het pensioen een ander gevolg wordt verbonden dan in het geval van niet-migrerende werknemers, met artikel 51 van het Verdrag in strijd zou komen.

Wij concluderen voorts dat het Gerechtshof te Orléans over de kosten van de onderhavige instantie zal beslissen.