voegde orgaan van een Lid-Staat waarvan de wettelijke regeling gesteld wordt te behoren tot het in artikel 37, lid 1, van de verordening bedoelde type, het theoretische bedrag van de arbeidsongeschiktheidsuitkering bepaalt naar de mate waarin het tijdvak, gelegen tussen de datum waarop de betrokkene voor het eerst in enige Lid-Staat verzekerd werd, en de datum waarop de arbeidsongeschiktheid is ingetreden, gevuld is met ingevolge de wettelijke regelingen der Lid-Staten of krachtens voornoemde verordening verzekerde tijdvakken.

Due Chloros Grévisse

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 23 september 1982.

De griffier
voor deze

H. A. Rühl

Hoofdadministrateur

De president van de Tweede kamer

O. Due

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL P. VERLOREN VAN THEMAAT VAN 17 JUNI 1982

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Inleiding

In de onderhavige zaak wordt Uw Hof andermaal geconfronteerd met de zeer gecompliceerde gemeenschapsrechtelijke coördinatie van nationale sociale-zekerheidsstelsels, zoals die in verordening nr. 1408/81 van de Raad van 14 juni 1971 (PB L 149 van 1971) is neergelegd. Zij toont tevens aan dat ondanks de vele en gedetailleerde regels in deze verordening, de aaneenkoppeling van de ver-

schillende stelsels niet altijd vlekkeloos verloopt en in de praktijk soms tot paradoxale resultaten kan leiden.

Teneinde de feiten die tot deze prejudiciële vraag aanleiding hebben gegeven, kort en overzichtelijk te kunnen presenteren en te waarderen, geef ik eerst een uiteenzetting over de toepasselijke nationale en communautaire wetgeving. Vervolgens zal mijn betoog betrekking hebben op de beantwoording van de gestelde vraag van de Raad van Beroep te Amsterdam.

2. De toepasselijke Nederlandse arbeidsongeschiktheidswetgeving

De Nederlandse Wet van 18 februari 1966 (Stb. 84) inzake een arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO), voorziet ten aanzien van werknemers in toekenning van een recht op uitkering bij arbeidsongeschiktheid van langer dan 52 weken. De hoogte van deze uitkering wordt bepaald door twee factoren: de graad van arbeidsongeschiktheid en het zogenaamd „dagloon". Dit dagloon vindt zijn regeling in artikel 14 van de WAO, welke bepaling luidt als volgt:

1. Voor de berekening van een arbeidsongeschiktheidsuitkering, waarop ingevolge deze wet aanspraak bestaat, wordt volgens door de Sociale-Verzekeringsraad, onder goedkeuring van Onze Minister, te stellen algemene regelen als dagloon beschouwd: hetgeen de uitkeringsgerechtigde, ware hij niet arbeidsongeschikt, indien hij werkzaam was in het beroep, dat — of de beroepen, welke — hij gewoonlijk uitoefende, gerekend naar het loonpeil op de dag van ingang van de arbeidsongeschiktheidsuitkering, gedurende het daarop volgende jaar bij een vijfdaagse werkweek gemiddeld per dag zou kunnen verdienen. Deze algemene regelen worden in de Nederlandse Staatscourant openbaar gemaakt.

2. In afwijking van het bepaalde in het vorige lid of van de aldaar bedoelde algemene regelen kunnen door de Sociale-Verzekeringsraad inzake de vaststelling van het dagloon bijzondere regelen worden besteld, welke de goedkeuring van Onze Minister behoeven. Ook deze bijzondere regelen worden in de Nederlandse Staatscourant openbaar gemaakt.

3. Bij de in het eerste lid bedoelde algemene regelen bepaalt de Sociale-Verzekeringsraad, met inachtneming van de hieromtrent door Onze Minister te stellen regelen, het bedrag van een minimumdagloon. Hiervan kan bij de in het tweede lid bedoelde bijzondere regelen niet worden afgeweken.

Het in het eerste lid van deze bepaling bedoelde dagloonbegrip is nader uitgewerkt in het Besluit Dagloonregelen WAO (Besluit van de Sociale-Verzekeringsraad van 20 april 1967, nr. 61524, Staatscourant 1967, blz. 126).

Aangezien de hoogte van de uitkering krachtens de WAO *niet* afhankelijk is van de duur van de verzekering, kan het onderhavige stelsel als een risicostelsel worden gekwalificeerd in de zin van artikel 37, lid 1, van verordening nr. 1408/71 (type „A"). Deze kwalificatie houdt in dat er op het moment van de verzekerde gebeurtenis sprake moet zijn van een daadwerkelijke verzekering om een recht op uitkering toe te kennen. Als gezegd is het uitkeringsbedrag dan onafhankelijk van de verzekeringsduur. Is aan bovengenoemde verzekeringsvoorwaarde niet voldaan dan bestaat er geen uitkeringsrecht krachtens de WAO en derhalve ook niet krachtens de pro-rata-regeling van verordening nr. 1408/71

(artikel 46). Het gevolg van dit risicostelsel voor uit Nederland migrerende werknemers is dus dat bij invaliditeit in een andere Lid-Staat geen recht bestaat op een pro rata Nederlandse WAO-uitkering. Hanteert deze andere Lid-Staat ook een risicostelsel, dan zal dit in het algemeen voor de migrerende werknemer geen problemen scheppen. Is er echter in die andere Lid-Staat van een opbouwstelsel sprake, dan zal de uitkering uit dit stelsel, mits de minimumverzekeringsduur is vervuld, in het algemeen lager zijn naarmate de werknemer langer in Nederland heeft gewerkt.

3. Artikel 45, lid 3, van verordening nr. 1408/71

Om deze ongewenste consequenties van het risicostelsel te voorkomen, is in verordening nr. 1408/71 de speciale bepaling opgenomen van artikel 45, lid 3, welke luidt als volgt:

„Indien in de wettelijke regeling van een Lid-Staat welke de toekenning van uitkeringen afhankelijk stelt van de voorwaarde, dat de werknemer aan deze wettelijke regeling is onderworpen op het tijdstip waarop de verzekerde gebeurtenis zich voordoet, noch voor het verkrijgen van het recht op uitkeringen, noch voor de berekening daarvan eisen zijn gesteld betreffende de duur van de verzekering, wordt iedere werknemer die niet meer aan deze wettelijke regeling onderworpen is, voor de toepassing van dit hoofdstuk geacht dit nog steeds te zijn op het tijdstip waarop de verzekerde gebeurtenis zich voordoet, zo hij op dat tijdstip aan de wettelijke regeling van een andere Lid-Staat onderworpen is of, als dit niet het geval is ingevolge de wettelijke regeling van een andere Lid-Staat recht op uitkeringen kan doen gelden. Laatstgenoemde voorwaarde wordt echter geacht te zijn vervuld in het in artikel 48, lid 1, bedoelde geval."

De strekking van deze bepaling is niet de migrerende werknemer een uitkering te garanderen, welke even hoog zou zijn als voor een wel onder het risicostelsel vallende werknemer, mar slechts om hem voor een pro-rata-uitkering krachtens artikel 46, lid 2, eerste volzin, in aanmerking te brengen. Waar krachtens een risicostelsel geen aanspraak op uitkering bestaat, wordt door artikel 45, lid 3, wel een aanspraak gecreëerd.

Voor de uitkeringen krachtens een risicostelsel heeft deze bepaling een belangrijke consequentie. Volgens de laatste volzin van artikel 46, lid 2, sub a, geldt het uitkeringsbedrag van het wettelijk risicostelsel als het „theoretische bedrag" van deze bepaling. Is derhalve artikel 45, lid 3, van toepassing en bestaat een proratarecht op uitkering uit een risicostelsel, dan kan een lacune in het verzekeringsverleden geen rol meer spelen, dit in tegenstelling tot de situatie bij een geprorateerde uitkering krachtens een opbouwstelsel. De toepassing van artikel 45, lid 3, kan op deze wijze tot de paradoxale situatie aanleiding geven, dat naarmate de lacunes in het verzekeringsverleden onder het risicostelsel groter zijn, ook de pro-rata-uitkering krachtens dit stelsel hoger is. Dit effect laat zich illustreren door de volgende voorbeelden. Wanneer een werknemer in Nederland 5 jaar onder de WAO verzekerd is geweest en vervolgens in een andere Lid-Staat 25 jaar onder een opbouwstelsel, dan bedraagt zijn Nederlandse pro-rata-uitkering door toepassing van artikel 45, lid 3, juncto artikel 46, lid 2, van verordening nr. 1408/71 $^{5}/_{30} = {}^{1}/_{6}$ het theoretische

bedrag. Is er sprake van een niet-verzekerde periode in Nederland van bijvoorbeeld 24 jaar, gevolgd door een 5-jarige WAO-verzekering en 1 jaar verzekering onder een opbouwstelsel in een andere Lid-Staat, dan bedraagt de pro-rata-uitkering uit Nederland $^5/_6$ het theoretisch bedrag. Deze voorbeelden tonen aan dat het behandelen van een risicostelsel als een opbouwstelsel door het handhaven van de uitkeringsrechten krachtens artikel 45, lid 3, leidt tot gevolgen die bij een opbouwstelsel zelf ondenkbaar zijn, omdat bij deze stelsels het theoretisch bedrag lager is naarmate de lacunes in het verzekeringsverleden groter zijn.

4. Het Bijzonder Dagloonbesluit WAO

Om het als gezegd paradoxale resultaat tegen te gaan dat verzekeringslacunes in het verleden geen verlagend effect hebben, zijn in beginsel twee mogelijkheden denkbaar. De eerste is een wijziging van verordening nr. 1408/71, waartoe blijkens het dossier en de verklaring van de vertegenwoordiger van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging, van Nederlandse zijde verschillende pogingen zijn ondernomen, evenwel zonder resultaat. De tweede mogelijkheid is een zodanige vaststelling van het theoretische bedrag van artikel 46, lid 2, sub a, dat met verzekeringslacunes in het verleden wel rekening kan worden gehouden. Zoals de Commissie ook heeft gesteld, wordt dan als het ware het theoretische bedrag „aangepast". Naar de Bedrijfsvereniging bij monde van haar vertegenwoordiger heeft verklaard, is deze mogelijkheid gekozen met het Bijzonder Dagloonbesluit WAO (nr. 78/2154 van de Sociale-Verzekeringsraad, goedgekeurd bij Besluit nr. 51832 van 8 juni 1978, Staatscourant 1978, blz. 128). Het dagloon, als basis voor de berekening van de uitkering krachtens de WAO en derhalve als basis voor de berekening van het theoretisch bedrag van artikel 46, lid 2, wordt door artikel 8, lid 1, van dit Besluit naar evenredigheid van lacunes in het verzekeringsverleden verlaagd. De bepaling luidt als volgt:

„Het volgens de voorgaande artikelen berekende dagloon wordt evenredig verlaagd indien er ten aanzien van de uitkeringsgerechtigde één of meer verzekeringstijdvakken ontbreken in de periode, liggende tussen de datum waarop hij voor het eerst in enig land dat op de dag van ingang van de arbeidsongeschiktheidsuitkering Lid-Staat is, ingevolge een wettelijke regeling inzake uitkering wegens invaliditeit verzekerd werd of krachtens de verordening geacht wordt verzekerd te zijn geworden en de datum waarop zijn arbeidsongeschiktheid is ingetreden."

Blijkens het antwoord van de Bedrijfsvereniging op een door het Hof gestelde vraag heeft het Bijzonder Dagloonbesluit duidelijk tot strekking het risicostelsel van de WAO, voor wat betreft de toepassing van artikel 45, lid 3, van de verordening, te transformeren in een opbouwstelsel, met dienovereenkomstige gevolgen voor de krachtens artikel 46, lid 2, vast te stellen pro-rata-uitkeringen. Daaraan werd door de gemachtigde van de Bedrijfsvereniging toegevoegd dat dit Besluit diende als correctie op de als „oneigenlijk" gekwalificeerde werking van verordening nr. 1408/71, teneinde uitvoering van deze verordening, *in het kader van de nationale regeling*, mogelijk te maken.

5. De feiten en de prejudiciële vraag

Het beroepsleven van de heer Besem strekte zich uit over de periode 1934 tot 1978, in welk jaar hij na bijna 13 jaar in de BRD te hebben gewerkt, in dat land arbeidsongeschikt werd verklaard. In Nederland was hij van 1948 tot 1953 werkloos. Van het maximaal haalbare aantal verzekeringsjaren van 43,92 werden er door deze onderbreking 38,83 vervuld. Door toepassing van artikel 45, lid 3, van verordening nr. 1408/71, verkreeg belanghebbende het recht op een pro-rata-uitkering op basis van de WAO. Het bevoegde Nederlandse orgaan, die Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging, berekende deze uitkering echter door op het dagloon de correctie toe te passen van artikel 8, lid 1, van het Bijzonder Dagloonbesluit. Het dagloon, in belanghebbendes geval HFL 101,60, werd door toepassing van de breuk 38,83/43,92 derhalve verlaagd tot HFL 89,64. De door de heer Besem aangevangen beroepsprocedure tegen deze beschikking resulteerde in een als volgt luidende prejudiciële vraag van de Amsterdamse Raad van Beroep:

„Is met het stelsel van berekening van uitkeringen ingevolge artikel 46, tweede lid van de verordening nr. 1408/71 verenigbaar, dat de hoogte van de uitkering uit een Lid-Staat, waarvan het bevoegde orgaan voor de totstandkoming van het uitkeringsrecht artikel 45, derde lid, van genoemde verordening moet toepassen en waarvan de wettelijke regeling gesteld wordt te behoren tot het in artikel 37, eerste lid, van de verordening bedoelde type, mede wordt bepaald door de mate waarin het tijdvak, gelegen tussen de datum waarop de betrokkene voor het eerst in enige Lid-Staat verzekerd werd, en de datum waarop de arbeidsongeschiktheid is ingetreden, gevuld is met ingevolge de wettelijke regelingen der Lid-Staten of krachtens de verordening verzekerde tijdvakken, als gevolg waarvan de rechten worden beperkt van bij uitsluiting die werknemers, die zich naar een andere Lid-Staat hebben begeven."

Blijkens de daarop gegeven toelichting, strekt deze vraag er toe de verenigbaarheid van artikel 8, lid 1, van het Bijzonder Dagloonbesluit met het communautaire recht aan de orde te stellen.

6. De gemeenschapsrechtelijke implicaties

Zowel uit de tekst van het Bijzonder Dagloonbesluit, als uit de eerder gemaakte opmerkingen over de strekking daarvan, kan worden afgeleid dat deze regeling de toepassing van de WAO verandert voor diegenen die krachtens artikel 45, lid 3, van verordening nr. 1408/71 een uitkeringsrecht genieten. Het Besluit maakt derhalve een onderscheid tussen uitkeringsgerechtigden die op het moment van de verzekerde gebeurtenis verzekerd waren krachtens de WAO en zij die alleen krachtens artikel 45, lid 3, van de verordening een uitkeringsrecht genieten. Dit onderscheid, dat in de praktijk veelal zal samenvallen met dat tussen ingezetenen en niet-ingezetenen, is overigens duidelijk erkend door de tweede gemachtigde van de Bedrijfsvereniging in antwoord op vragen van de rechter-rapporteur. Het kan ook praktisch geïllustreerd worden door een vergelijking met de situatie waarbij de heer Besem zijn gehele beroepsleven in Nederland zou hebben doorgebracht. In dat geval zouden de lacunes in het verzekeringsverleden geen rol hebben gespeeld bij het bepalen van het dagloon. Uit deze vergelijking valt tevens af te lei-

den dat dit onderscheid de migrerende werknemer benadeelt in vergelijking met zijn niet-migrerende collega. Het behoeft, dunkt mij, geen verdere toelichting dat een dergelijk onderscheid tussen wel en niet onder verordening nr. 1408/71 vallende werknemers, in strijd is met artikel 3 van deze verordening inzake het beginsel van gelijke behandling. Het onderscheid moet voorts in strijd worden geacht met het door Uw Hof in vele arresten over sociale zekerheid tot uiting gebrachte en aan artikel 51 van het Verdrag ten grondslag liggende beginsel dat migrerende werknemers niet slechter behandeld mogen worden dan niet-migrerende werknemers.

Dit neemt niet weg dat gezien de eerder toegelichte paradoxale effecten van de toepassing van verordening nr. 1408/71, men zich zou kunnen afvragen of een regeling als het Bijzonder Dagloonbesluit niet gerechtvaardigd zou kunnen worden, nu deze regeling blijkens de eerder vermelde verklaringen van de Bedrijfsvereniging, duidelijk ten doel heeft een schoonheidsfout van verordening nr. 1408/71 te herstellen. De pertinente verklaringen van de gemachtigden van de Bedrijfsvereniging over doel en strekking van het Bijzonder Dagloonbesluit, laten in dit opzicht echter vrijwel geen ruimte bestaan. Als eerder opgemerkt werd door hen verklaard dat de effecten van artikel 45, lid 3, juncto artikel 46, lid 2, van verordening nr. 1408/71 op risicostelsels, slechts weggenomen konden worden door hetzij een wijziging van de verordening, hetzij een nationale regeling inzake de berekening van het theoretisch bedrag. Nadat voorstellen tot wijziging van de verordening geen resultaat hadden, werd het betreffende Besluit genomen, waarna, aldus de gemachtigde, een verder aandringen van Nederlandse zijde op wijziging van de verordening overbodig werd. Daarmede is dan tevens erkend dat het resultaat werd bereikt door een nationale regeling die zolang verordening nr. 1408/71 niet gewijzigd is, met deze gemeenschapsregeling in strijd moet worden geacht. Van de zijde van de Commissie werd daaraan tijdens de mondelinge behandeling op een dezerzijds gestelde vraag toegevoegd dat deze niet zou aarzelen zonodig tegen Lid-Staten met een risicostelsel die soortgelijke regelingen zouden hanteren, een procedure krachtens artikel 169 van het Verdrag aan te vangen. Tijdens de mondelinge behandeling was het haar nog niet bekend of en zo ja hoe andere Lid-Staten met een risicostelsel dit probleem hebben opgelost. Het andere argument van de Bedrijfsvereniging dat artikel 46, lid 2, sub a, van verordening nr. 1408/71 terzake van de berekening van het theoretisch bedrag geen verdere eisen stelt, doet in dit geval niet terzake. Al kan, gelet op de tekst van deze bepaling, in beginsel deze stelling niet worden ontkend, op geen enkele wijze kan daaruit worden afgeleid dat bij de berekening van dit bedrag inbreuk zou mogen worden gemaakt op artikel 3, lid 1, van de verordening inzake gelijke behandeling. Evenzo kan het laatste zinsgedeelte van dit artikel 3, lid 1, „... behoudens bijzondere bepalingen van deze verordening", geen rechtvaardigingsgrond vormen, aangezien dergelijke bepalingen voor dit geval ontbreken en doelstellingen en systeem van verordening nr. 1408/71 in samenhang met artikel 51 van het Verdrag, zich tegen een in die zin luidende uitleg van artikel 45, lid 3 en 46, lid 2, zouden verzetten.

7. Conclusie

Een regeling als het Bijzonder Dagloonbesluit moet derhalve in strijd worden geacht met verordening nr. 1408/71, in het bijzonder met artikel 3, lid 1, van deze regeling. Ik voeg daaraan echter wel toe dat de onderhavige zaak duidelijk de wenselijkheid illustreert van een wijziging van verordening nr. 1408/71 op het punt van de pro-rata-uitkeringen uit risicostelsels. Zonder een dergelijke wijziging zou wellicht zelfs de handhaving dan wel invoering van dergelijke op zich zelf uit sociaal oogpunt toe te juichen stelsels voor Lid-Staten met veel migrerende werknemers in gevaar gebracht kunnen worden.

Ik stel U voor de Raad van Beroep te Amsterdam te antwoorden als volgt:

„Het is onverenigbaar met verordening nr. 1408/71, in het bijzonder artikel 3, lid 1, daarvan, dat de hoogte van de uitkering uit een Lid-Staat, waarvan het bevoegde orgaan voor de totstandkoming van het uitkeringsrecht, artikel 45, lid 3, van genoemde verordening moet toepassen en waarvan de wettelijke regeling gesteld wordt te behoren tot het in artikel 37, lid 1, van de verordening bedoelde type, mede wordt bepaald door de mate waarin het tijdvak, gelegen tussen de datum waarop de betrokkene voor het eerst in enige Lid-Staat verzekerd werd, en de datum waarop de arbeidsongeschiktheid is ingetreden, gevuld is met ingevolge de wettelijke regelingen der Lid-Staten of krachtens de verordening verzekerde tijdvakken, als gevolg waarvan de uitkeringen worden beperkt van bij uitsluiting die werknemers, die zich naar een andere Lid-Staat hebben gegeven."