CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL A. LA PERGOLA

van 1 juli 1997 *

I — Inleiding

1. In deze zaak wordt het Hof in de eerste plaats verzocht om een gemeenschapsrechtelijke definitie te geven van het begrip werknemer in het kader van het vrije verkeer of de sociale zekerheid. Voorts wordt het Hof verzocht vast te stellen, of het Duitse Erziehungsgeld (ouderschapsuitkering) een gezinsbijslag in de zin van verordening (EEG) nr. 1408/71 is dan wel een sociaal voordeel in de zin van verordening (EEG) nr. 1612/68. Daarnaast is de vraag aan de orde, of het met het gemeenschapsrecht verenigbaar is, dat een nationale regeling de toekenning van ouderschapsuitkering afhankelijk stelt van het bezit van een verblijfsvergunning, ook wanneer de betrokkene onderdaan is van een andere lidstaat en legaal in Duitsland verblijft.

II — Feiten van het geding

2. M. Martínez Sala, van Spaanse nationaliteit, woont sinds haar twaalfde levensjaar (met uitzondering van de periode van juni 1972 tot augustus 1974) in de Bondsrepubliek Duitsland. Zij heeft daar van 1976 tot 1986, zij het met enige onderbrekingen, en vervolgens nog eens van 12 september tot 24 oktober 1989 in loondienst gewerkt. Vanaf laatstgenoemd tijdstip ontvangt zij sociale bijstand van de stad Neurenberg en het Landratsamt Nürnberger Land.

3. Overigens heeft zij tot 19 mei 1984 zonder wezenlijke onderbrekingen verblijfsvergunningen gekregen. Daarna heeft zij enkel nog verklaringen ontvangen, dat verlenging van haar verblijfsvergunning was aangevraagd. Op 19 april 1994 ontving verzoekster van de bevoegde Duitse autoriteiten opnieuw een verblijfsvergunning voor een jaar, die daarop met nog eens een jaar werd verlengd.

4. Op 9 januari 1993 bracht Martínez Sala haar tweede kind Jessica ter wereld, waarvoor zij in dezelfde maand ouderschapsuitkering aanvroeg overeenkomstig de toepasselijke Duitse wettelijke voorschriften (het Bundeserziehungsgeldgesetz; hierna: „BErzGG"). Op 21 januari 1993 wees de bevoegde autoriteit van de Freistaat Bayern deze aanvraag af met de motivering, dat verzoekster noch de Duitse nationaliteit had, noch in het bezit van een vestigings- of verblijfsvergunning was. De verwijzende rechter

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

heeft er in deze context op gewezen, dat verzoekster op grond van het Europees Verdrag betreffende sociale en medische bijstand van 11 december 1953 (artikelen 1 en 7) niet uit Duitsland kon worden uitgewezen.

5. Verzoekster heeft bezwaar tegen dit afwijzend besluit gemaakt, welk bezwaar bij besluit van verweerder van 23 juni 1993 ongegrond is verklaard. Verzoekster heeft tegen dit besluit op bezwaar beroep ingesteld bij het Sozialgericht Nürnberg. De aanspraken van verzoekster werden wederom en opnieuw met de motivering afgewezen, dat zij niet in het bezit van een verblijfstitel was. Het Sozialgericht was van oordeel, dat ook de in casu toepasselijke regels van gemeenschapsrecht hieraan niet afdeden. Verzoekster heeft tegen deze uitspraak in eerste aanleg dan ook hoger beroep ingesteld bij het Bayerische Landessozialgericht.

6. Dit achtte zich op grond van de opgeworpen vragen van gemeenschapsrecht gehouden, de volgende vragen ter prejudiciële beslissing aan het Hof van Justitie voor te leggen:

„1) Bezat een in Duitsland wonende Spaanse onderdaan die tot 1986 met enkele onderbrekingen werknemer was en daarna, afgezien van een korte periode van arbeid in 1989, sociale bijstand ontving op grond van het Bundessozialhilfegesetz, in 1993 nog de hoedanigheid van werknemer in de zin van artikel 7, lid 2, van verordening (EEG) nr. 1612/68 of artikel 2 juncto artikel 1 van verordening (EEG) nr. 1408/71?

2) Is de ouderschapsuitkering bedoeld in het Bundeserziehungsgeldgesetz een gezinsbijslag in de zin van artikel 4, lid 1, sub h, van verordening (EEG) nr. 1408/71, waarop in Duitsland wonende Spaanse onderdanen krachtens artikel 3, lid 1, van verordening (EEG) nr. 1408/71 evenals Duitse onderdanen recht hebben?

3) Is de ouderschapsuitkering die krachtens het Bundeserziehungsgeldgesetz wordt uitgekeerd, een sociaal voordeel in de zin van artikel 7, lid 2, van verordening (EEG) nr. 1612/68?

4) Is het verenigbaar met het recht van de Europese Unie, dat het Bundeserziehungsgeldgesetz de toekenning van ouderschapsuitkering aan onderdanen van een lidstaat voorbehoudt aan personen die in het bezit zijn van een formele verblijfskaart, ook indien het hen is toegestaan in Duitsland te verblijven?"

III — De toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht

7. Volgens artikel 1, sub a-i, van verordening nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971, zoals gewijzigd bij verordening nr. 2001/83 van de Raad van 2 juni 1983 [1], wordt voor de toepassing van deze verordening onder „werknemer" verstaan ieder „die verplicht of vrijwillig voortgezet verzekerd is tegen een of meer gebeurtenissen, behorende tot de takken van een stelsel van sociale zekerheid dat op werknemers (...) van toepassing is".

Artikel 1, sub u-i, van deze verordening definieert „gezinsbijslagen" als volgt:

„alle verstrekkingen of uitkeringen ter bestrijding van de gezinslasten in het kader van een in artikel 4, lid 1, letter h, bedoelde wettelijke regeling, met uitzondering van de in bijlage II vermelde bijzondere uitkeringen bij geboorte".

De verordening is volgens artikel 2 toepasselijk op

„werknemers of zelfstandigen op wie de wetgeving van één of meer lidstaten van toepassing is of geweest is".

Artikel 3, lid 1, bepaalt:

„Personen die op het grondgebied van één der lidstaten wonen en op wie de bepalingen van deze verordening van toepassing zijn, hebben de rechten en verplichtingen voortvloeiende uit de wetgeving van elke lidstaat onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van die staat, behoudens bijzondere bepalingen van deze verordening."

8. Verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap [2] bepaalt in artikel 7, lid 2, dat een werknemer die onderdaan is van een lidstaat, op het grondgebied van de andere lidstaten dezelfde sociale en fiscale voordelen geniet als de nationale werknemers.

1 — PB L 230, blz. 6.

2 — PB L 257, blz. 2.

IV — De toepasselijke bepalingen van het Duitse recht

9. De Duitse ouderschapsuitkering is een niet op premiebetaling berustende uitkering, die deel uitmaakt van een pakket van maatregelen betreffende het gezinsbeleid en wordt toegekend krachtens het Bundeserziehungsgeldgesetz van 6 december 1985 (wet op de ouderschapsuitkering en het ouderschapsverlof, *BGBl.* I, blz. 2154).

Volgens § 1, lid 1, BErzGG in de versie van 25 juli 1989 (*BGBl.* I, blz. 1550), zoals gewijzigd bij wet van 17 december 1990 (*BGBl.* I, blz. 2823), is rechthebbende op de uitkering: 1) degene die zijn woonplaats of gewone verblijfplaats heeft binnen het toepassingsgebied van deze wet; 2) een huishouding voert met een kind te zijnen laste; 3) dit kind zelf verzorgt en opvoedt, en 4) geen of geen voltijdse beroepsactiviteit verricht.

Lid 1, sub a, bepaalt:

„Elke vreemdeling die voor de uitkering in aanmerking wenst te komen, moet in het bezit zijn van een vestigingsvergunning of verblijfsvergunning."

Het is vaste rechtspraak van het Bundessozialgericht, dat „in het bezit" van een vestigings- of verblijfsvergunning enkel degene is, die reeds bij de aanvang van het uitkeringstijdvak over een document van de vreemdelingendienst beschikt waarin het verblijfsrecht formeel wordt bevestigd. De enkele verklaring dat een verblijfsvergunning is aangevraagd en dat het verblijf derhalve is toegestaan, is onvoldoende.

V — Onderzoek van het geschil

10. Met de eerste vraag wenst de verwijzende rechter van het Hof te vernemen, of Martínez Sala in het betrokken tijdvak „werknemster" in de zin van het gemeenschapsrecht was. Meer precies gaat het om de vraag, of in casu de bepalingen van verordening nr. 1612/68 dan wel die van verordening nr. 1408/71 moeten worden toegepast, aangezien verzoekster in het verleden, zij het met enige onderbrekingen, arbeid in loondienst heeft verricht en vervolgens uitkeringen overeenkomstig het Bundessozialhilfegesetz heeft ontvangen.

11. Laten wij eerst het gemeenschapsrechtelijke begrip van werknemers bezien voor een eventuele toepassing van de bepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers, met name van artikel 48 van het

Verdrag, en van de desbetreffende uitvoeringsbepalingen van verordening nr. 1612/68. Dit begrip is in de rechtspraak van het Hof gedefinieerd. Volgens deze rechtspraak moet het om iemand gaan die „gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een beloning ontvangt". [3]

Uit het Verdrag en de bepalingen van afgeleid gemeenschapsrecht vloeit dus voort, dat de status van communautair „werknemer" niet als een duurzame subjectieve situatie is vormgegeven. In beginsel verliest men deze hoedanigheid, wanneer niet meer wordt voldaan aan de voorwaarden voor verkrijging ervan. Afwijkingen hiervan laat het gemeenschapsrecht slechts toe onder bijzondere omstandigheden, terwijl de gevolgen daarbij beperkt blijven. Inderdaad heeft het het Hof niet aan dergelijke, ook typerende, gevallen ontbroken. [4] In casu lijkt er echter geen actueel of in elk geval geen voor het onderhavige geval relevant verband te bestaan tussen de door verzoekster voorheen, overigens niet recentelijk, uitgeoefende activiteit en haar situatie in het tijdvak waarvoor zij ouderschapsuitkering heeft aangevraagd. Voor het overige bevat de verwijzingsbeschikking geen feiten of aanknopingspunten op grond waarvan Martínez Sala als communautair werkneemster in de zin van verordening nr. 1612/68 kan worden aangemerkt. De omstandigheid dat verzoekster in het verleden sociale bijstand heeft ontvangen, is daarvoor onvoldoende. Uiteraard moet de verwijzende rechter nagaan, of er in casu *andere* feitelijke gronden zijn voor de tegenovergestelde conclusie. In elk geval moet dit onderzoek plaatsvinden aan de hand van de daartoe door het Hof vastgestelde criteria. [5] Ik wil er hier slechts één noemen: de hoedanigheid van werknemer staat vast, wanneer er een *daadwerkelijk verband* bestaat tussen de voorafgaande activiteit en de daaropvolgende situatie van de werknemer. Wel duidelijk is, wat de *praktische uitkomst* zou zijn, indien de verwijzende rechter verzoekster als werkneemster in de zin van verordening nr. 1612/68 zou kunnen aanmerken. Alsdan kan zij tegen de voorwaarden voor de toekenning van de aangevraagde gezinsbijslag het verbod van discriminatie wegens nationaliteit inroepen. Ik zal hierna (onder punt 22) vanuit een andere invalshoek nader op de vraag ingaan, of de in het nationaal recht vastgelegde voorwaarden een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling vormen.

12. Soortgelijke problemen doen zich voor ten aanzien van de vraag, of verzoekster op grond van de andere in de verwijzingsbeschikking genoemde communautaire verordening nr. 1408/71 als werkneemster kan worden gekwalificeerd; ook hier bevat de beschikking evenwel amper nuttige aanwijzingen. De verwijzende rechter heeft niet meegedeeld, of Martínez Sala daadwerkelijk bij een stelsel van sociale zekerheid verzekerd was. Evenmin wordt vermeld, of verzoekster enige band met in Duitsland wonende familie heeft, zodat zij als gezinslid en als persoon ten laste van een verzekerde werknemer binnen de werkingssfeer van de hier aan de orde zijnde verordening zou

3 — Arrest van 3 juli 1986, Lawrie-Blum (66/85, Jurispr. blz. 2121, punt 16).

4 — Arrest Lawrie-Blum, reeds aangehaald, en arrest van 31 mei 1989, Bettray (344/87, Jurispr. blz. 1621).

5 — Arrest van 21 juni 1988, Lair (39/86, Jurispr. blz. 3161), en arresten Bettray en Lawrie-Blum, reeds aangehaald.

kunnen vallen. Vaststaat enkel, dat verzoekster sociale bijstand heeft ontvangen, ook al heeft zij in het betrokken tijdvak geen beroepsactiviteit uitgeoefend. Nu sluit de Commissie niet uit, dat verzoekster en haar kinderen uit dien hoofde ingevolge de wet verzekerd zijn tegen ziekte. Dat zou voor het onderhavige geval van beslissend belang zijn en verdient dus in aanmerking te worden genomen. Indien verzoekster slechts tegen een enkel risico in Duitsland — hier ziekte — verzekerd was, zou zij, zo wordt betoogd, als werkneemster in de zin van de betrokken verordening (artikel 1, sub a-i) moeten worden aangemerkt.

Ook hier staat het aan de nationale rechter om vast te stellen, of het nationaal recht een dergelijke verzekering verbindt aan het genot van sociale bijstand. Het is mogelijk, dat dit naar Duits recht het geval is en deze vraag dient in elk geval te worden beantwoord, ook al zou rekening worden gehouden met het onlangs door het Hof in de zaak Stöber en Piosa-Pereira [6] gewezen arrest. De beperking in bijlage I, sub I, C („Duitsland") van verordening nr. 1408/71, waarover het Hof zich in die zaak heeft gebogen, ziet namelijk op de door de communautaire wetgever voorziene uitzonderingen op de gezinsbijslagen die werknemers en zelfstandigen in Duitsland kunnen aanvragen. Het Hof heeft deze beperkingen volkomen wettig geoordeeld. Verordening nr. 1408/71, aldus het Hof, coördineert slechts de nationale stelsels van sociale zekerheid en laat de bevoegdheid van de wetgever van elke lidstaat onverlet om de voorwaarden te regelen waaraan aanvragers moeten voldoen om in aanmerking te komen voor een socialezekerheidsuitkering. Slechts één aspect van het aan de Duitse wetgever voorbehouden terrein zou hier dus van belang zijn en concreet de positie van Martínez Sala aangaan, wanneer de aan verzoekster toegekende sociale bijstand op grond van de nationale rechtsregels automatisch tot verzekering tegen het risico van ziekte zou leiden. Indien dit het geval zou zijn, dan zou de situatie zogezegd kunnen worden *gelijkgesteld* aan die van een werkloze werknemer die uitkeringen van het bevoegde orgaan ontvangt. Vanuit het oogpunt van de communautaire regeling, die bewust de sociale doeleinden en motieven op de voorgrond stelt, staat de werkloze dicht bij degene die niet in zijn fundamentele minimumbehoefte kan voorzien om te overleven en gezond te blijven. De werknemer is tegen ziekte verzekerd. Degene die op grond van de nationale bepalingen automatisch tegen hetzelfde risico verzekerd is omdat hij in grote behoeftigheid van welke aard ook verkeert, wordt eveneens als werknemer beschouwd, ook wanneer hij geen beroepsactiviteit uitoefent. Aan het stelsel ligt de volgende logica ten grondslag: als werknemer wordt aangemerkt eenieder die zo is beschermd als de werknemer onder de toepasselijke verzekeringsregeling zou zijn. Vooropgesteld dat in casu in Duitsland het beginsel van automatische verzekering krachtens de wet geldt, zou de uitzondering in bijlage I dus niet van toepassing zijn op verzoekster. Volgens het gemeenschapsrecht zou zij overeenkomstig artikel 2, juncto artikel 1, sub a-i, van verordening nr. 1408/71 als werkneemster moeten worden aangemerkt. Het voordeel dat hieruit voor haar zou voortvloeien, is hetzelfde als wat ik hierboven in het kader van de andere verordening heb aangeduid. De hoedanigheid van werknemer betekent, dat men het verbod van discriminatie wegens nationaliteit kan inroepen en dus aanspraak heeft op ouderschapsuitkering zonder over de voorgeschreven verblijfstitel te hoeven beschikken. Zoals

6 — Arrest van 30 januari 1997 (C-4/95 en C-5/95, Jurispr. blz. I-511).

gezegd, zal ik hierna onder punt 22 bespreken, of het discriminatieverbod in casu van toepassing is.

13. Met de tweede en derde prejudiciële vraag wil de verwijzende rechter vernemen, of de ouderschapsuitkering als een gezinsbijslag in de zin van verordening nr. 1408/71 of als een sociaal voordeel in de zin van verordening nr. 1612/68 moet worden aangemerkt.

De tweede vraag heeft het Hof reeds bevestigend beantwoord in het arrest Hoever en Zachow [7] (dat is uitgesproken na het onderhavige prejudiciële verzoek). Daarin heeft het Hof uitgemaakt, dat de bestreden ouderschapsuitkering een gezinsbijslag in de zin van verordening nr. 1408/71 is. Wat de derde vraag betreft, acht ik het tamelijk onwaarschijnlijk, dat verzoekster als werkneemster in de zin van verordening nr. 1612/68 kan worden aangemerkt. Voor zover de verwijzende rechter evenwel tot een andere conclusie zou komen, ben ik overeenkomstig de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de aangehaalde zaak Hoever en Zachow [8] en conform de opmerkingen van de Commissie van oordeel, dat de bedoelde uitkering ook een sociaal voordeel in de zin van verordening nr. 1612/68 is. Het begrip sociaal voordeel zoals dat in de rechtspraak van het Hof wordt uitgelegd, heeft namelijk een ruime strekking en kan derhalve zonder meer uitkeringen als de hier bestreden uitkering omvatten, ongeacht of de ouderschapsuitkering tevens een gezinsbijslag in de zin van verordening nr. 1408/71 is.

14. Mocht verzoekster volgens geen van de twee besproken gemeenschapsverordeningen als werkneemster kunnen worden aangemerkt, dan moet worden onderzocht, hoe de vierde vraag moet worden beantwoord. De vraag heeft, naar haar formulering, uitdrukkelijk en rechtstreeks betrekking op de bepaling van de Duitse wet, krachtens welke de toekenning van ouderschapsuitkering aan onderdanen van andere lidstaten afhangt van de verlening van een *vergunning*, dat wil zeggen van een bijzondere verblijfstitel, die ook *degenen* moeten bezitten *die anderszins* in Duitsland mogen verblijven. Deze bepaling wijkt af van de algemene regeling van deze wet, volgens welke ouderschapsuitkering aan *eenieder* kan worden toegekend die in Duitsland zijn woonplaats of zijn gewone verblijfplaats heeft (en die voorts aan nadere voorwaarden voldoet, waarover het Hof zich hier niet hoeft uit te spreken, namelijk het opvoeden van een kind te zijnen laste en het niet verrichten van een beroepsactiviteit). De Duitse regeling creëert derhalve een ongelijke behandeling naar gelang van de nationaliteit van de potentiële ontvanger van ouderschapsuitkering. De verwijzende rechter wenst te vernemen, of de regeling verenigbaar is met het gemeenschapsrecht. Bijgevolg kan het Hof alleen maar toetsen aan het in het Verdrag neergelegde discriminatieverbod. Gesteld dat

7 — Arrest van 10 oktober 1996 (C-245/94 en C-312/94, Jurispr. blz. I-4895).

8 — Conclusie van 2 mei 1996 bij arrest Hoever en Zachow, reeds aangehaald (Jurispr. blz. I-4898, punten 87-90).

verzoekster geen werkneemster is, blijft als enige *restvraag* over: welke *andere* titel biedt de rechtsorde van de Unie, opdat de in Duitsland woonachtige gemeenschapsonderdaan in omstandigheden als de onderhavige niet wordt gediscrimineerd ten opzichte van Duitse onderdanen?

15. De Commissie geeft het Hof in overweging als beoordelingsmaatstaf artikel 8 A te hanteren, dat ingevolge de afspraken van Maastricht in het Verdrag is opgenomen en dat als volgt luidt: „Iedere burger van de Unie heeft het recht vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven, onder voorbehoud van de beperkingen en voorwaarden die bij dit Verdrag en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld." In lid 2 wordt eraan toegevoegd, dat de Raad volgens de in dat lid voorziene procedurele modaliteiten bepalingen kan vaststellen die de uitoefening van de in lid 1 bedoelde rechten vergemakkelijken. Volgens de Commissie vloeit het recht om zich in de gehele Unie vrij te bewegen en te verblijven *rechtstreeks* uit het Verdrag voort. De in artikel 8 A genoemde beperkingen en voorwaarden zouden derhalve enkel betrekking hebben op de *uitoefening* van dit recht, dat in de bron van primair recht is vormgegeven als een vrijheidsrecht van de burger. Wat betekent dit voor de in casu te nemen beslissing? Martínez Sala heeft, aldus de Commissie, met haar verhuizing naar Duitsland en haar verblijf aldaar een door het Verdrag gewaarborgd vrijheidsrecht uitgeoefend. Indien en zolang de ontvangstlidstaat geen gebruik maakt van de mogelijkheid om op de betrokkene de beperkingen toe te passen waaraan het concrete genot van dit recht volgens artikel 8 A onderhevig is, blijft het recht op verblijf bestaan, met als hier van belang zijnde consequentie: het recht om onder dezelfde voorwaarden als Duitse onderdanen aanspraak te kunnen maken op ouderschapsuitkering. De Duitse regering werpt de Commissie tegen, dat het recht om zich vrij te bewegen en te verblijven in artikel 8 A uitdrukkelijk is erkend *binnen de grenzen* die voortvloeien uit het Verdrag en het afgeleide recht. Het geval van Martínez Sala, aldus het verweer van de ontvangstlidstaat, valt onder richtlijn 90/364/EEG; betrokkene voldoet niet aan de aldaar gestelde voorwaarden (volledige ziekteverzekering en toereikende financiële middelen om niet op sociale bijstand in de woonstaat te zijn aangewezen) en kan zich derhalve niet beroepen op een verblijfsrecht krachtens het gemeenschapsrecht. Volgens de constateringen van de verwijzende rechter is haar verblijf in Duitsland slechts gedoorloofd ingevolge nationale bepalingen ter uitvoering van een volkenrechtelijke overeenkomst die het Duitsland verbiedt haar naar haar land te repatriëren. De Duitse regering komt tot de conclusie, dat de positie van ingezeten onderdanen van andere lidstaten in casu niet door het gemeenschapsrecht wordt beheerst en dus niet ter rechtvaardiging kan dienen van het standpunt, dat de verplicht gestelde verblijfsvergunning een schending van een in het Verdrag neergelegd beginsel, te weten het verbod van discriminatie wegens nationaliteit, oplevert. De vertegenwoordigers van de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Franse regering hebben zich ter terechtzitting aangesloten bij de door Duitsland bepleite uitlegging van artikel 8 A van het Verdrag. Deze bepaling zou de rechten om zich vrij te bewegen en om vrij te verblijven, die reeds aan de verschillende categorieën belanghebbenden waren toegekend, enkel maar herhalen en ze samenvoegen tot één bepaling van primair recht — als de onderdelen van een mozaïek, zoals de Franse regering ter terechtzitting opmerkte — doch de grenzen die al naar gelang het geval in het Verdrag of het afgeleide recht aan deze rechten zijn gesteld, onverlet laten. Met andere woorden, in de visie van deze regeringen geeft artikel 8 A ten opzichte van de vroegere regeling geen nieuwe en ruimere inhoud aan het recht op vrij verkeer.

16. Kernpunt van de ter terechtzitting besproken vraag is derhalve, of en in hoeverre de positie van de onderdaan van een andere lidstaat, die onder de omstandigheden als de onderhavige in Duitsland verblijft, door het gemeenschapsrecht wordt beheerst. Volgens de Commissie is artikel 8 A van het Verdrag toepasselijk. De Duitse regering spreekt zich in tegengestelde zin uit. We mogen echter niet uit het oog verliezen, dat het Hof niet om een antwoord wordt verzocht op de vraag, of betrokkene volgens het gemeenschapsrecht in Duitsland mag verblijven, doch op de vraag, of zij *tijdens haar verblijf* in dit land onder dezelfde voorwaarden als Duitse onderdanen ouderschapsuitkeringen kan ontvangen. Naar mijn mening moet het onderhavige geval wat artikel 8 A betreft dus vanuit de specifieke invalshoek van deze laatste vraag worden beoordeeld.

17. De feiten zijn hierboven beschreven. Wij weten niet, waarom de ontvangstlidstaat thans weigert aanvraagster de verblijfsvergunning te verlenen die volgens het nationaal recht vereist is voor de toekenning van ouderschapsuitkering: de vergunning was haar voor bepaalde tijdvakken van haar lange verblijf in Duitsland wel verleend. Wij weten evenmin, of deze bijzondere verblijfstitel — de enige die er in casu uiteindelijk toe doet — aan gemeenschapsonderdanen kan worden verleend die volgens het Erziehungsgeldgesetz tot de categorie vreemdelingen behoren, en of deze ook daadwerkelijk wordt verleend, wanneer niet is voldaan aan de voorwaarden van gemeenschapsrichtlijn 90/364 om in aanmerking te komen voor de zogeheten „verblijfskaart" en het overeenkomstige recht van verblijf. De verwijzende rechter zegt zelf, dat het om een gemeenschapsonderdaan gaat, die geoorloofd in Duitsland verblijft. Dit, zo voegt de Duitse regering hieraan toe, doet deze onderdaan echter uitsluitend op grond van nationale bepalingen. Aanvraagster zou niet aan de in de richtlijn vastgelegde voorwaarden voor een recht op verblijf voldoen.

18. Dit gezegd zijnde, moet thans de positie worden bepaald van de in casu in Duitsland woonachtige gemeenschapsonderdanen. In dit verband moet mijns inziens de volgende voorafgaande opmerking worden gemaakt. Na de inwerkingtreding van artikel 8 A van het Verdrag kan niet langer de opvatting staande worden gehouden, dat het verblijfsrecht door de richtlijn is gecreëerd, dat het zogezegd is „toegekend" door de lidstaten die het overeenkomstig de daarin vastgelegde bepalingen aan de betrokken burgers van de andere lidstaten garanderen. Deze regeling is door de Raad vastgesteld voor het geval de burgers niet krachtens andere bepalingen van gemeenschapsrecht over een recht op vrij verblijf zouden beschikken. Tegenwoordig is daar echter artikel 8 A van het Verdrag. Het recht om zich vrij in de gehele Unie te verplaatsen en aldaar te verblijven ligt thans in algemene zin in een bepaling van primair recht verankerd en het bestaan en tenietgaan ervan hangt niet ervan af, of het al dan niet door andere bepalingen van gemeenschapsrecht, ook van afgeleid recht, wordt beperkt. De in artikel 8 A voorziene beperkingen hebben betrekking op de concrete uitoefening en niet op het bestaan van het recht. Richtlijn 90/364 blijft, in voorkomend geval, de voorwaarden beheersen waaronder men het in het Verdrag neergelegde vrijheidsrecht kan geldend maken. Dit standpunt heeft de Commissie onderbouwd met een, mijns inziens niet voor betwisting vatbare verwijzing naar het stelsel van het reeds in het Verdrag neergelegde recht op vrij verkeer. Van mijn kant zou ik willen wijzen op de systematische samenhang waarin het in artikel 8 A verankerde recht door de afspraken van Maastricht is geplaatst. Welbeschouwd is het nieuwe aan deze bepaling niet, dat het vrije verkeer van personen rechtstreeks in het Verdrag is verankerd. Dit recht op vrij verkeer was al tezamen met het vrije goederen-,

diensten- en kapitaalverkeer in een andere bron van primair recht, de Europese Akte, erkend in de bepaling die de interne markt als een ruimte zonder binnengrenzen definieert. Artikel 8 A nu heeft deze vrijheid *losgekoppeld* van de andere verkeersvrijheden en gemodelleerd als een recht om zich niet alleen in elke lidstaat te verplaatsen, doch ook om daar te verblijven: een primair recht, inderdaad, in die zin dat het het eerste recht is dat met het burgerschap van de Unie is verbonden. Dit is de manier waarop de vrijheid van verblijf in het Verdrag is vormgegeven en gerangschikt. Het is een recht dat niet alleen is afgeleid van het burgerschap van de Unie, doch er *onlosmakelijk* mee is verbonden, op dezelfde wijze als de andere rechten die uitdrukkelijk als het dwingende gevolg van deze nieuwe status worden beschouwd (vgl. artikelen 8 B, C en D), die zonder onderscheid aan alle onderdanen van de lidstaten ten deel valt. Het burgerschap van de Unie wordt door deze bepaling van primair recht rechtstreeks aan het individu verleend, dat thans formeel als rechtssubject wordt erkend en dat het burgerschap van de Unie tegelijk met de nationaliteit van de nationale staat waartoe het behoort, verwerft en verliest, en niet op een andere manier. Het is de *fundamentele* rechtspositie, zou ik willen zeggen, die de rechtsorde van de Gemeenschap en thans van de Unie aan de onderdaan van elke lidstaat garandeert. Dit volgt uit de eenduidige formulering van de beide leden van artikel 8 van het Verdrag.

19. Laten wij thans nader bezien, in hoeverre de voorgaande overwegingen aan de oplossing van het onderhavige vraagstuk kunnen bijdragen. Richtlijn 90/364 beoogt een recht van verblijf toe te kennen aan personen die geen beroepsactiviteit meer uitoefenen, waarbij als criterium geldt dat de verblijfsgerechtigden geen bovenmatige belasting voor de openbare middelen van de ontvangstlidstaat mogen vormen. De lidstaten kunnen slechts van de bepalingen van de richtlijn afwijken, wanneer het verblijfsrecht moet worden beperkt om redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid (in dit geval vindt richtlijn 64/221/EEG [9] toepassing). Ofschoon een lidstaat de grenzen waarbinnen de uitoefening van dit recht is verzekerd, niet mag beperken of aanscherpen, staat het hem wel vrij het gebied waarop het individu het verblijfsrecht geldend kan maken, te *verruimen*: ik zou haast willen zeggen, dat dit tegenwoordig des te meer geldt, gezien de status die met het gemeenschappelijke burgerschap van de Unie in het leven is geroepen en de vrijheid van verblijf die daarmee ingevolge het Verdrag is verbonden. Overigens kan de Raad ingevolge artikel 8 A, lid 2, bepalingen vaststellen *ter vergemakkelijking* van de uitoefening van het recht om zich vrij te bewegen en van het recht van vrij verblijf. De individuele lidstaat kan soortgelijke bepalingen vaststellen, voor zover hij hiertoe eenzijdig en uiteraard beperkt tot het eigen grondgebied besluit. Dit laatste is, zoals we van de verwijzende rechter vernemen, precies wat in casu in Duitsland is gebeurd: het is Martínez Sala *toegestaan* daar te verblijven, ook buiten en los van de in de richtlijn gelegde voorwaarden. Dit betekent echter niet, zoals de ontvangstlidstaat tegenwerpt, dat de subjectieve situatie waarop verzoekster zich beroept teneinde dezelfde behandeling als de Duitse onderdanen op te eisen, aan het nationaal recht is ontleend en dus de steun van het gemeenschapsrecht zou missen. Aan de subjectieve situatie die voor het onderhavige onderzoek van belang is, ligt, zo wil ik benadrukken, het recht op vrij verblijf, dat betrokkene in Duitsland mag uitoefenen, *ten grondslag*. Bij de beslissing, of de ingezeten gemeenschapsonderdaan in casu het recht

9 — Richtlijn van de Raad van 25 februari 1964 voor de coördinatie van de voor vreemdelingen geldende bijzondere maatregelen ten aanzien van verplaatsing en verblijf, die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid (PB 56, blz. 850).

kan inroepen om niet gediscrimineerd te worden ten opzichte van Duitse onderdanen, moeten we nu juist de fundamentele rechtspositie van burger van de Unie, zoals ik hierboven heb uiteengezet, in aanmerking nemen. Om de hieronder uiteen te zetten redenen ben ik van oordeel, dat hij zich inderdaad op dit recht kan beroepen.

20. Het verbod van discriminatie wegens nationaliteit is in het Verdrag vastgelegd en wordt door het Hof als een algemeen beginsel beschouwd. Het is een beginsel dat zich potentieel tot de gehele toepassingssfeer van het Verdrag uitstrekt, ook al geldt het „onverminderd", en daarom ook door middel van, de specifieke bepalingen die ter toepassing ervan op een van de terreinen van de communautaire rechtsorde zijn vastgesteld: bijvoorbeeld het terrein van het vrije verkeer van werknemers, de vrijheid van dienstverrichting of het recht van vestiging. Nu valt niet te ontkennen, dat het burgerschap van de Unie gevolgen heeft voor de toepassingssfeer van het Verdrag en wel in tweeërlei opzichten. Ten eerste is aan het individu een nieuwe *status* verleend, een *subjectieve hoedanigheid* bovenop de reeds bestaande, opdat het onderscheidingscriterium van de nationaliteit voor hem niet langer van betekenis is of, beter gezegd, verboden is. Ten tweede verbindt artikel 8 A van het Verdrag aan de subjectieve hoedanigheid van burger van de Unie het recht zich in elke lidstaat te bewegen en aldaar te verblijven. In de opvatting van de ter terechtzitting aanwezige regeringen verleent deze bepaling de burger van de Unie, niettegenstaande haar formulering, geen nieuw recht op vrij verkeer of een nieuw recht van verblijf. In casu hoeft de juistheid van dit standpunt echter niet te worden onderzocht. Wanneer een gemeenschapsonderdaan *hoe dan ook* toestemming heeft in een andere lidstaat dan die van herkomst te verblijven — en dit is hier het geval — duurt zijn recht om ten opzichte van de onderdanen van de ontvangstlidstaat niet te worden gediscrimineerd voort zolang hij daar verblijft: ook wanneer de betrokkene zich niet op de richtlijn inzake het verblijfsrecht kan beroepen, volgt dit rechtstreeks en autonoom uit de primairrechtelijke bepaling van artikel 8, dat van belang is bij de toepassing van het Verdrag met het oog op de erkenning van de *status* van onderdaan van de Unie van de betrokkene. De onderdaan van elke lidstaat behoudt deze subjectieve hoedanigheid *altijd* en *in alle gevallen*. Derhalve doet het er niet toe, of de toestemming om in de ontvangstlidstaat te verblijven in casu uit de richtlijn dan wel uit de wetgeving van deze staat voortvloeit. [10]

21. De status van burger van de Unie is derhalve een hoedanigheid die bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht eens en voor altijd uit het Verdrag voortvloeit. Het is uiteraard de taak van het Hof, dat bevoegd is het Verdrag uit te leggen en de juiste toepassing ervan te waarborgen, om per geval uit te maken, in hoeverre de hoedanigheid van burger van de Unie kan worden ingeroepen door iemand die zich op discriminatie ten

10 — Het gemeenschapsrecht, zoals het Hof dit uitlegt, erkent het belang — bijvoorbeeld op het gebied van de sociale zekerheid — van volkenrechtelijke verdragen die aan de onderdaan van een bepaalde lidstaat verdergaande rechten toekennen dan uit de bepalingen van gemeenschapsrecht, bijvoorbeeld uit verordening nr. 1408/71, voortvloeien. Aan een belanghebbende kunnen geen rechten worden ontzegd die uit voor hem gunstiger bepalingen van volkenrechtelijke verdragen voortvloeien (arresten van 7 februari 1991, Rönfeld, C-227/89, Jurispr. blz. I-323, en 9 november 1995, Thévenon, C-475/93, Jurispr. blz. I-3813). Hetzelfde geldt in het onderhavige geval voor het op 11 december 1953 te Parijs ondertekende Europees Verdrag betreffende sociale en medische bijstand, waartoe Duitsland is toegetreden. Het recht, zoals in dat verdrag geformuleerd, om niet uitgewezen te worden impliceert noodzakelijkerwijs het recht op verblijf in de ontvangstlidstaat. Dit vormt een titel die de aanwezigheid van verzoekster in Duitsland, *ook voor het gemeenschapsrecht*, legitimeert.

opzichte van de onderdanen van andere lidstaten beroept. Het burgerschap van de Unie valt binnen de toepassingssfeer van het Verdrag en van het algemeen verbod van discriminatie wegens nationaliteit, *doch* uitsluitend voor zover *geen* onterechte voorrang boven de status van nationaal onderdaan wordt geëist. De aanspraak van de ingezeten onderdaan van een andere lidstaat ten opzichte van de onderdanen van de ontvangstlidstaat is derhalve ongegrond, wanneer het rechten betreft die nu juist op grond van de nationaliteit van laatstgenoemde personen aan hen zijn voorbehouden. Dit is een algemene en onbetwistbare grens, voortvloeiend uit de bepalingen die de toepassingssfeer van het Verdrag afbakenen. De bijzondere bepalingen inzake non-discriminatie die het Verdrag met betrekking tot het actieve en het passieve kiesrecht van de burger van de Unie bij de verkiezingen voor het Europees Parlement en de gemeenteraadsverkiezingen bevat, wijken namelijk uitdrukkelijk af van de bepalingen die duidelijk tot de competentie van de rechtsorde en waarschijnlijk van de grondwet van elke afzonderlijke lidstaat behoren.

22. Laat ons weer terugkeren naar het onderhavige geval. Verzoekster verblijft in Duitsland en is burger van de Unie. Volgens de nationale wet is de ouderschapsuitkering bedoeld voor degene die in Duitsland gevestigd is doordat hij er zijn woonplaats heeft gekozen. Dit is de algemene regel van de wet. Discriminerend is de andere regel, die daarvan afwijkt, door de *aanvullende* eis van het bezit van een verblijfsvergunning slechts aan de ingezeten onderdaan van een andere lidstaat te stellen. Dit is een ontoelaatbare ongelijkheid in de regeling: de gemeenschapsonderdaan, ongeacht in welke hoedanigheid hij in Duitsland verblijft, wordt aan strengere voorwaarden onderworpen dan een Duitse onderdaan, zonder dat er redelijke en objectieve gronden voor dit onderscheid in het nationaal recht bestaan. De minder strenge voorwaarden waaraan de eigen onderdanen volgens de Duitse wetgever moeten voldoen om in aanmerking te komen voor ouderschapsuitkering, kunnen namelijk heel goed worden uitgebreid tot gemeenschapsonderdanen en zouden de lidstaat niettemin bescherming bieden tegen eventueel misbruik. Overigens heeft het Hof in het arrest Royer [11] vastgesteld, dat de afgifte van een verblijfsvergunning „niet is te beschouwen als een rechtscheppende handeling, maar als een handeling waarbij een lidstaat de individuele positie van een onderdaan van een andere lidstaat ten opzichte van de bepalingen van het gemeenschapsrecht vaststelt". Het gaat hier om een bevestigende handeling die, zoals de Commissie duidelijk heeft uiteengezet, van louter declaratoire aard en niet constitutief is. Het recht op ouderschapsuitkering ontstaat derhalve, doordat de lidstaat het verblijf of de vestiging van de gemeenschapsonderdaan op zijn grondgebied toestaat of toelaat, en niet door de afgifte van de volgens de Duitse regeling voor de toekenning van uitkeringen vereiste verblijfsvergunning; het is niet gerechtvaardigd om het genot van het recht zoals dat is vastgelegd in het nationale recht, in casu afhankelijk te stellen van een voorwaarde en dus van een beperking, die niet geldt voor de onderdanen van de ontvangststaat. De conclusie is duidelijk: de ontvangststaat mag geen onderscheid maken tussen de burger van de Unie die de nationaliteit van deze staat bezit en de burger van de Unie die onderdaan van een andere lidstaat is en die de ontvangststaat op zijn grondgebied laat wonen.

23. Het resultaat waartoe ik kom, spoort in wezen met de oplossing die de Commissie vanuit een andere invalshoek heeft voorgesteld. De rechtvaardigingsgrond voor toepas-

11 — Arrest van 8 april 1976 (48/75, Jurispr. blz. 497, punten 31-33).

sing van het algemene discriminatieverbod op het onderhavige geval is echter niet, zoals de Commissie meent, dat verzoekster een verblijfsrecht heeft dat rechtstreeks uit het Verdrag voortvloeit en dat in volle omvang voortbestaat totdat de ontvangststaat gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid, de uitoefening van dit recht overeenkomstig de richtlijn te beperken. Veeleer wordt, zoals ik heb uiteengezet, de gelijke behandeling gerechtvaardigd door de rechtspositie van burger van de Unie of door de garantie verbonden aan zijn persoonlijke status, zoals geregeld in artikel 8 van het Verdrag, die de onderdaan *van* en *in elke* lidstaat geniet. De Unie zoals die in het Verdrag van Maastricht wordt gezien, eist met andere woorden, dat het discriminatieverbod wordt toegepast op het terrein van de nieuwe figuur van het gemeenschappelijke burgerschap. Deze zaak is dus een testcase voor een aantal vraagstukken die wellicht in de toekomst aan het Hof zullen worden voorgelegd. Niettemin wil ik opmerken, dat de door mij voorgestelde oplossing past binnen het kader van een consistente ontwikkeling van de rechtspraak, welke rechtspraak verre van terughoudend is geweest bij de uitlegging van het discriminatieverbod. Zo werd in de zaak Cowan [12] het recht van iemand, die slechts als ontvanger (en niet als verrichter) van diensten in een andere lidstaat vertoefde, om niet te worden gediscrimineerd ten opzichte van de in deze staat woonachtige personen daadwerkelijk erkend als *het dwingend gevolg* van het aan natuurlijke personen gewaarborgde vrije verkeer, althans binnen de context van de bescherming tegen mogelijke gewelddaden en het voor die gevallen door het nationale recht voorziene recht op schadeloosstelling. Het Hof wees op het discriminerende karakter van de Franse bepaling, krachtens welke slechts personen die in het bezit waren van een verblijfskaart voor een woonplaats op het nationale grondgebied recht op schadeloosstelling hadden. Op grond van dit arrest vallen dus ook toeristen en alle andere dienstontvangers onder de bescherming van het discriminatieverbod, ongeacht de duur van hun verblijf op het grondgebied van de ontvangstlidstaat. Het hier aan de orde zijnde geschil kan worden onderzocht in het licht van de hierboven aangehaalde rechtspraak. In casu heeft het discriminerende vereiste betrekking op de bijzondere verblijfsvergunning die niet is verplicht is voor op het grondgebied woonachtige eigen onderdanen, doch wel voor de gemeenschapsonderdaan die (overigens sinds lange tijd) in Duitsland verblijft, zodat hij zich in dit land onvermijdelijk en in verschillende opzichten in de positie van ontvanger van diensten, zoals in de rechtspraak omschreven, bevindt. In de zaak Cowan ging het om een schadeloosstelling voor een inbreuk op de lichamelijke integriteit van een persoon, die zonder onderscheid aan eenieder moet worden toegekend, ongeacht of hij in de lidstaat woonachtig is of niet. De in casu bestreden uitkering is weliswaar van andere aard, doch de ongelijke voorwaarden die voor een uitkering aanvragende, eigen onderdaan en een op het grondgebied woonachtige gemeenschapsburger gelden, leiden nog altijd tot een volgens het gemeenschapsrecht verboden discriminatie. Mitsdien gelden de uitspraak en de onderliggende redenering in de zaak Cowan ook voor het onderhavige geval. Niettemin vraag ik mij af, of het Hof, nu het het recht van de ontvanger van diensten heeft erkend om niet te worden gediscrimineerd, uit een oogpunt van coherentie niet de volgende stap zou moeten zetten, namelijk van de *abstracte categorie* diensten die *zonder onderscheid* aan de ontvanger in elke gaststaat kunnen worden geleverd, naar de vaststelling dat de potentiële ontvanger van diensten zich *ook* op zijn hoedanigheid van burger van de Unie kan beroepen om het discriminatieverbod in te roepen op het gehele terrein waarop de rechtspraak van toepassing is. Mijns inziens is deze stap noodzakelijk om het hier aan het Hof voorgelegde probleem te kunnen oplossen.

12 — Arrest van 2 februari 1989 (186/87, Jurispr. blz. 195).

VI — Conclusie

Op grond van het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de door het Bayerische Landessozialgericht gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„1) Een Spaans onderdaan die in Duitsland woont en in een positie als die van verzoekster in het hoofdgeding verkeert, kan als werkneemster in de zin van verordening (EEG) nr. 1612/68 worden aangemerkt, wanneer er een rechtstreeks verband bestaat tussen haar voorafgaande beroepsactiviteit en haar positie in het bedoelde tijdvak. Verzoekster kan eveneens als werkneemster in de zin van verordening (EEG) nr. 1408/71 worden aangemerkt, wanneer de haar door de bevoegde autoriteiten toegekende sociale bijstand een verplichte ziekteverzekering omvat of wanneer zij via haar familie of op vergelijkbare wijze verzekerd is in de zin van verordening nr. 1408/71.

Het staat aan de nationale rechter om vast te stellen, of aan de voorwaarden is voldaan om verzoekster als werkneemster te kunnen kwalificeren.

2) De ouderschapsuitkering vormt een gezinsbijslag in de zin van verordening nr. 1408/71, waarop de gemeenschapsonderdaan onder dezelfde voorwaarden als Duitse onderdanen recht heeft.

3) De genoemde ouderschapsuitkering vormt tevens een sociaal voordeel in de zin van verordening nr. 1612/68.

4) De gemeenschapsburger aan wie het is toegestaan of die bevoegd is op het grondgebied van een lidstaat, in casu Duitsland, te wonen of te verblijven, heeft onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van deze staat recht op ouderschapsuitkering, zoals voorzien in het Bundeserziehungsgeldgesetz, ongeacht of hij in het bezit is van een geldige verblijfsvergunning."