**Artikel 46, lid 3 van verordening nr. 1408/71 is onverenigbaar met artikel 51 van het Verdrag voor zover het een beperking oplegt van in verschillende Lid-Staten verkregen uitkeringen door verlaging van het bedrag van een uitsluitend onder de nationale wetgeving van een Lid-Staat verkregen uitkering.**

Kutscher Sørensen Bosco Donner Mertens de Wilmars

Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe Touffait

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op dertien oktober negentienhonderdzevenenzeventig.

De griffier

A. Van Houtte

De president

H. Kutscher

# CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL J.-P. WARNER VAN 20 SEPTEMBER 1977 [1]

*Mijnheer de President,*
*mijne heren Rechters,*

## Inleiding

Het kenmerk dat deze vier zaken (zaak 112/76, zaak 22/77, zaak 32/77 en zaak 37/77) gemeen hebben, is dat zij alle vier vragen opwerpen over de gevolgen en de draagwijdte van het beginsel dat door het Hof werd neergelegd in een lange reeks arresten, waarvan de meest recente zijn: arrest 24/75, Petroni t. Rijksdienst voor Werknemerspensioenen (Jurispr. 1975, blz. 1149), arrest 50/75, Caisse de pension des employés privés t. Massonet (Jurispr. 1975, blz. 1473) en arrest 62/76, Strehl t. Nationaal Pensioenfonds voor Mijnwerkers (Jurispr. 1977, blz. 211). Met name gaan zij over de gevolgen van 's Hofs uitspraak in de zaken Petroni en Strehl, dat artikel 46, lid 3, van verordening nr. 1408/71 overenigbaar is met artikel 51 EEG-Verdrag in zover het de cumulatie van twee uitkeringen, verworven in verschillende Lid-Staten, beperkt door middel van een verlaging van de uitkering verworven krachtens de nationale wettelijke regeling van één dezer staten. U zult zowel met deze uitspraken als met artikel 46 nog zo vertrouwd zijn dat ik die niet behoef te herhalen.

Drie van de onderhavige vier zaken zijn voor het Hof gekomen bij wege van verwijzingsbeschikkingen van Belgische rechtscolleges. In al deze drie zaken is het betrokken Belgische orgaan van so-

1 – Vertaald uit het Engels.

ciale zekerheid het Nationaal Pensioenfonds voor Mijnwerkers, de verweerder in de zaak Strehl. In alle drie zaken gaat het om de vraag welk bedrag aan invaliditeitspensioen het Pensioenfonds moet betalen aan een Italiaanse werknemer die als mijnwerker in België werkzaam is geweest. De drie zaken zijn: zaak 112/76 Manzoni t. Pensioenfonds, voorgebracht door de Arbeidsrechtbank te Charleroi, zaak 22/77 Pensioenfonds t. Mura, voorgebracht door de Arbeidsrechtbank te Bergen en zaak 37/77 Greco t. Pensioenfonds, eveneens voorgebracht door de Arbeidsrechtbank te Charleroi. Hierna zal ik, waar het zo uitkomt, naar Manzoni, Mura en Greco gezamenlijk verwijzen als de „verzoekers in de Belgische zaken" of gewoon als de „verzoekers".

De vierde zaak is de zaak Giuliani tegen Landesversicherungsanstalt Schwaben, die voor het Hof is gekomen bij wege van een verwijzingsbeschikking van het Sozialgericht te Augsburg. Ook hier is de betrokken werknemer een Italiaan. Deze zaak verschilt van de andere drie, niet alleen doordat zij uit de Bondsrepubliek Duitsland komt in plaats van uit België, maar ook in twee andere opzichten. Ten eerste vraagt het Sozialgericht Augsburg aan het Hof niet slechts om de gevolgen van zijn beslissingen in de zaak Petroni en de zaak Strehl nader uit te werken, doch om deze beslissingen te herzien. Ten tweede wordt het Hof, aangenomen dat het bij zijn beslingingen in die zaken blijft, door het Sozialgericht verzocht de consequenties daarvan uit te werken met betrekking tot een andere bepaling van verordening nr. 1408/71, namelijk artikel 10, terwijl het in de Belgische zaken artikel 12 is.

Gezien het aantal Lid-Staten dat opmerkingen heeft ingediend, wekken de Belgische zaken meer belangstelling dan de zaak Giuliani. Zo zijn in één of meer Belgische zaken opmerkingen ingediend door de Belgische, Nederlandse, Italiaanse en Britse regering. In de zaak Giuliani daarentegen zijn alleen opmerkingen ingediend door de Commissie en de Landesversicherungsanstalt Schwaben (hierna kortheidshalve „de LVA" te noemen).

Desalniettemin komt het mij gewenst voor om met de zaak *Giuliani* te beginnen.

De zaak Giuliani

*De feiten en de gestelde vragen*

Voor een goed begrip van deze zaak dient men de paragrafen 1315 t/m 1319 Reichsversicherungsordnung („RVO") in gedachten te houden. Deze paragrafen werden, naar ik heb begrepen, ingevoerd bij paragraaf 2 Fremdrenten- und Auslandrenten-Neuregelungsgesetz, waarmee U onlangs te maken hebt gekregen in de zaak 79/76, *Fossi* t. *Bundesknappschaft,* Jurispr. 1977, blz. 667.

Paragraaf 1315 zegt, in het kort en voorzover hier van belang, dat, indien een persoon die niet de Duitse nationaliteit bezit, recht heeft op een Duits pensioen, de betaling van dat pensioen wordt geschorst zolang hij doorgaans en vrijwillig buitenslands verblijft. Paragraaf 1316 machtigt de Bondsregering om bij de wet uitzonderingen te maken op de toepassing van paragraaf 1315 voor het geval van buitenlandse gebieden die bij de Duitse grens liggen (ausländische Grenzgebiete) en voor het geval van wederkerigheidsregelingen van andere staten ten gunste van Duitsers. Paragraaf 1317 zegt, als ik het juist heb dat, behoudens de uitzonderingen in de paragrafen 1318 en 1319, betaling van een pensioen aan een Duits staatsburger ook wordt geschorst zolang hij buitenslands verblijft. De uitzondering van paragraaf 1318 geldt voor pensioenen, verworven door de vervulling van verzekeringstijdvakken (of bepaalde daarmee gelijkgestelde tijdvakken) onder de RVO zelf, terwijl die van paragraaf 1319 betrekking heeft op tijdelijk verblijf buitenslands.

U ziet dat volgens het gemeenschapsrecht in deze paragrafen van de RVO een tweeërlei discriminatie besloten ligt: dis-

criminatie op grond van de woonplaats en discriminatie op grond van nationaliteit.

Deze twee vormen van discriminatie worden behandeld in verschillende bepalingen van verordening nr. 1408/71 (PB nr. L 149 van 5 juli 1977).

Discriminatie op grond van nationaliteit wordt behandeld in artikel 3, lid 1, dat bepaalt:

„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."

Met betrekking tot de werking van deze bepaling bedenke men dat verordening nr. 1408/71 blijkens de preambule evenzeer op artikel 7 als op artikel 51 van het Verdrag is gebaseerd.

Discriminatie op grond van de woonplaats wordt behandeld in artikel 10 van de verordening. Dit luidt, voor zover hier van belang:

„Tenzij in deze verordening anders is bepaald, kunnen de uitkeringen bij invaliditeit . . ., verkregen op grond van een wettelijke regeling van een of meer Lid-Staten, op generlei wijze worden verminderd, gewijzigd, geschorst, ingetrokken of verbeurd verklaard op grond van het feit dat de rechthebbende op het grondgebied van een andere Lid-Staat woont dan die, op het grondgebied waarvan zich het orgaan bevindt dat deze uitkering verschuldigd is."

Bevreemdend in de zaak Giuliani is dat, afgezien van een korte en nogal late verwijzing naar artikel 7 EEG-Verdrag door de Commissie tijdens de mondelige behandeling, in deze zaak is gepleit alsof alleen artikel 10 van verordening nr. 1408/71 aan de orde was. De verwijzingsbeschikking van het Sozialgericht bevat, zover ik zie, geen verwijzing naar artikel 7 van het Verdrag en slechts terloops een verwijzing naar artikel 3 van de verordening.

Natuurlijk is de jurisdictie van het Hof krachtens artikel 177 beperkt tot een uitspraak op de vragen die door de betrokken nationale rechter zijn gesteld en op die basis moet ik deze zaak behandelen. Maar ik acht het juist vooraf te onderstrepen dat ik noodgedwongen in mijn opmerkingen het mogelijke belang voor deze zaak van artikel 7 van het Verdrag en artikel 3 van de verordening buiten beschouwing moet laten, hoewel deze bepalingen zeer goed een wezenlijk verschil voor de uitkomst zouden kunnen maken. Anderzijds is wellicht dit voorbehoud overbodig en kan het zijn dat Giuliani's positie onder het Duitse recht precies dezelfde is wanneer hij geen Italiaan maar een Duitser was.

De feiten zijn in het kort als volgt. Giuliani die op 26 maart 1921 werd geboren, heeft zowel in Italië als in Duitsland gewerkt en woont nu in Italië. Hij heeft zowel in Italië als in Duitsland recht op invaliditeitspensioen. Zijn Italiaanse pensioen komt uit op 507 030 lire per jaar. In Duitsland heeft hij – paragraaf 1315 RVO buiten beschouwing gelaten – alleen onder de Duitse wettelijke regeling, dat wil zeggen zonder samentelling en pro rata berekening, recht op een pensioen van DM 102,60 per maand. Samentelling en pro rata berekening in Duitsland zou hem geen recht geven op een hoger pensioen, doch integendeel op een bedrag van slechts DM 81,30 per maand. Het totaal van zijn Italiaanse pensioen en van het pensioen van DM 102,60 waartoe hij in beginsel in Duitsland gerechtigd is, komt op DM 3 117,69 per jaar. Zijn „hoogste theoretische uitkeringsbedrag" als bedoeld in artikel 46, lid 3, (in feite het Duitse „theoretische bedrag") is DM 2 747,38 per jaar. De LVA verlaagde nu op grond van artikel 46, lid 3, zijn Duitse pensioen met het verschil tussen

DM 3 117,69 en DM 2 747, 38 en kende hem daarop een pensioen toe van DM 64,80 per maand. Tegen deze beslissing is Giuliani opgekomen bij het Sozialgericht Augsburg. Zich beroepend op de uitspraken van het Hof in de zaken Petroni en Strehl, stelt hij dat een dergelijke verlaging van zijn pensioen niet had mogen plaatsvinden.

Het betoog van de LVA is eenvoudig en helder. De LVA stelt dat de uitspraak van het Hof in de zaken Petroni en Strehl is gebaseerd op het in eerdere uitspraken neergelegde standpunt, dat artikel 51 van het Verdrag de Raad niet de bevoegdheid geeft om regels te treffen voor enigerlei vermindering van een uitkering waartoe iemand is gerechtigd krachtens het recht van een Lid-Staat, onafhankelijk van het gemeenschapsrecht. Niets echter, aldus de LVA belet de Raad om een uitkering te beperken waarop iemand alleen krachtens het gemeenschapsrecht aanspraak kan maken. De LVA wijst erop dat het Hof dit uitdrukkelijk te kennen heeft gegeven in de zaak *Duffy* (Jurispr. 1969, blz. 597; zie in het bijzonder de 8e overwegging van het arrest) en in de zaak Massonet (eerder aangehaald — zie in het bijzonder de 11e overweging van het arrest). Bovendien blijkt dit stilzwijgend uit andere arresten van het Hof. Zelf heb ik daarop gewezen in mijn conclusies in de zaak Petroni en in de zaak Strehl. Volgens de LVA heeft Giuliani in casu alleen op grond van de Duitse regeling geen recht op pensioen, omdat paragraaf 1315 van de RVO van toepassing is. Daar hij aldus genoopt is het gemeenschapsrecht, en wel artikel 10 van verordening nr. 1408/71, in te roepen om zijn recht op betaling van het pensioen geldend te maken, moet Giuliani dit accepteren met de beperkingen van artikel 46, lid 3, van deze verordening.

Het Sozialgericht beperkt zich, zoals gezegd, niet tot de vraag aan het Hof of dit betoog juist is. Het stelt vier vragen, en wel als volgt:

1. Houdt het Hof, ook met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, zijn beslissing in de zaak 24/75 (arrest van 21 oktober 1975, Petroni) staande, dat artikel 46, lid 3, van verordening nr. 1408/71 van de Raad onverenigbaar is met artikel 51 EEG-Verdrag, voorzover het een cumulatie van twee in verschillende Lid-Staten verkregen uitkeringen beperkt door verlaging van het bedrag van een uitsluitend onder de nationale wetgeving verkregen uitkering?
2. Is artikel 46, lid 3, van verordening nr. 1408/71 van de Raad geldig, voorzover daarbij aanspraken worden beperkt, die buiten het gemeenschapsrecht niet zouden hebben bestaan?
3. Bestaan er aanspraken buiten het gemeenschapsrecht of zijn die uitsluitend onder de wetgeving van een Lid-Staat verkregen, wanneer die aanspraken ingevolge nationale opschortingsbepalingen voor een in een andere Lid-Staat woonachtige migrerende werknemer alleen via ontheffing van de woonplaats-bepalingen overeenkomstig artikel 10 van verordening nr. 1408/71 zijn te realiseren?
4. Hoe luidt het antwoord op de voorgaande vraag, indien een regeling als in artikel 10 van verordening nr. 1408/71, reeds was getroffen in bilaterale of multilaterale verdragen tussen de betrokken Lid-Staten?

In verband met de eerste gestelde vraag verwijst het Sozialgericht in zijn overwegingen niet alleen naar het „beginsel van gelijkheid", maar ook terloops naar het beginsel van de scheiding der machten. In verband met de tweede vraag werpt het een in de litteratuur uitvoerig besproken punt op, namelijk wat de draagwijdte is van de bindende werking van 's Hofs beslissingen krachtens artikel 177 van het Verdrag. In het bijzonder vraagt het Sozialgericht of een dergelijke beslissing kracht van wet heeft in dezelfde zin als sommige beslissingen van het Bundesverfassungsgericht krachtens paragraaf 31, lid 2, van het Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Voorzover ik heb begrepen, heeft paragraaf 31, lid 2, tot gevolg dat, wanneer het van toepassing is, bij voor-

beeld wanneer het Bundesverfassungsgericht beslist dat een wet onverenigbaar is met de grondwet van de Bondsrepubliek, deze beslissing algemene werking heeft zodat erga omnes de wet geacht wordt nooit te hebben bestaan. De gedachtengang van het Sozialgericht schijnt te zijn dat, als de beslissing van het Hof in de zaak Petroni deze zelfde werking had ten aanzien van artikel 46, lid 3, het te laat is voor de LVA om zich in de onderhavige zaak op die bepaling te baseren. Persoonlijk betwijfel ik of, zelfs uitgaande van deze veronderstelling, dat gevolg noodzakelijkerwijs zou intreden. Maar ik ben het eens met de Commissie dat logischerwijze dit punt – als het al speelt – zich voordoet bij vraag 1, omdat, als de beslissing van het Hof in de zaak Petroni de werking had, die het Sozialgericht suggereert, ook het Hof zelf niet meer op deze beslissing zou kunnen terugkomen. Dit is inderdaad ook gesteld door de Italiaanse regering tijdens de mondelinge behandeling van de zaak Mura, waarbij werd verwezen naar de analogie van beslissingen van het Italiaanse Constitutionele Hof met betrekking tot de verenigbaarheid van Italiaanse wetten met de Italiaanse grondwet.

Niet slechts het Sozialgericht maar ook de Commissie en de Italiaanse regering hebben opgemerkt dat het huns inziens aanbeveling zou verdienen, als het Hof thans een duidelijke uitspraak zou doen over de bindende werking van zijn beslissingen ex artikel 177.

*De bindende werking van beslissingen krachtens artikel 177*

Zoals gezegd, heeft dit onderwerp aanleiding gegeven tot uitvoerige discussies. Het Sozialgericht verwijst in het bijzonder naar Bleckmann, „Europarecht" (Carl-Heymanns-Verlag KG) 1976, blz. 154. De Commissie verwijst harerzijds naar andere schrijvers en speciaal naar artikelen van twee voormalige advocaten-generaal van het Hof in de Revue Trimestrielle de Droit-Européen van 1974: „L'effet ‚erga Omnes' des décisions préjudicielles rendues par la Cour de Justice des Communautés européennes" door Alberto Trabucchi, blz. 56, en „L'action préjudicielle dans le droit interne des États membres et en droit communautaire" door Maurice Lagrange, blz. 268 – zie in het bijzonder blz. 294-296. De Commissie verwijst ook nog naar de conclusie van advocaat-generaal Gand in zaak 16/65 Schwarze t. Einfuhrstelle für Getreide und Futtermittel (Jurispr. 1965, II, blz. 1103, op blz. 1133). In alle respect ben ik het eens met Lagrange, met professor Trabucchi en met advocaat-generaal Gand, dat een beslissing van het Hof waarbij, in het kader van artikel 177, een handeling van een gemeenschapsinstelling onverenigbaar wordt verklaard met het Verdrag, niet geacht kan worden dezelfde werking te hebben als een beslissing van het Hof waarbij een dergelijke handeling nietig wordt verklaard op grond van de artikelen 173 en 174. Anders zou men immers het effect ontnemen aan de beperkingen in artikel 173 aangaande de termijn binnen welke en de personen door wie beroep krachtens dit artikel kan worden ingesteld. Inderdaad komt het mij voor dat, zoals de Commissie zegt, het Hof in de zaak *Schwarze,* waarin het de conclusie van advocaat-generaal Gand volgde, erkent dat er een verschil is tussen de werking van een nietigverklaring ex de artikelen 173 en 174 en die van een beslissing krachtens artikel 177 (zie Jurispr. 1965 op blz. 1116).

Hiermee wil ik niet zeggen dat een beslissing van het Hof buiten de zaak in kwestie in het geheel geen bindende werking heeft. Volgens mij is het van het grootste belang om in dit verband te onderscheiden tussen de draagwijdte van *res judicata* en *stare decisis* (het gebruik van Latijnse termen is hier helaas onvermijdelijk). Met uitzondering van professor Trabucchi hebben de meeste schrijvers over dit onderwerp hun aandacht uitsluitend gericht op de werking van de beslissing als *res judicata.* In zoverre deel ik het standpunt dat de werking is beperkt tot het bijzondere geval waarin de beslis-

sing is gegeven. Ik wil alleen opmerken dat, aangezien de procedure van artikel 177 het karakter heeft van, zoals wel is gesteld, „een dialoog tussen rechters" en zich niet eigenlijk *inter partes* afspeelt, het juister is om te zeggen dat de beslissing bindend is voor de verwijzende rechter, dan dat het een *res judicata* alleen *inter partes* is. Aldus heeft het Hof zich ten deze ook uitgedrukt in de zaak 29/68, Milch-, Fett- und Eierkontor GmbH t. Hauptzollamt Saarbrücken (Jurispr. 1969, blz. 165; zie derde overweging van het arrest) en wederom, meer recent, in de zaak 52/76, Benedetti t. Munari Fratelli sas (Jurispr. 1977, blz. 163). Zoals echter door een aantal schrijvers — met name ook professor Trabucchi — opgemerkt, zou de stelling dat een beslissing van het Hof ex artikel 177 buiten de betrokken zaak in het geheel geen bindende werking zou hebben, een miskenning inhouden van het eigenlijke doel van artikel 177, namelijk om de eenheid in de uitlegging en toepassing van het gemeenschapsrecht in alle Lid-Staten te verzekeren. Het zou ook de zin ontnemen aan de bepalingen van 's Hofs Statuut, dat de gemeenschapsinstellingen en alle Lid-Staten in een zaak krachtens artikel 177 opmerkingen mogen indienen. Deze bepalingen zouden dan neerkomen op het gebruik van een heiblok om een noot te kraken. Het komt mij voor dat op dit punt de leerstelling van *stare decisis* aan de orde komt. Deze leerstelling is zeer flexibel. Haar toepassing verschilt sterk naar gelang van de bijzondere verhouding tussen bepaalde rechtscolleges. Maar ik denk niet dat er veel twijfel kan bestaan over de wijze van toepassing in het onderhavige geding. Zij houdt in dat alle rechtscolleges in de gehele Gemeenschap, met uitzondering van het Hof zelf, zijn gebonden aan de *ratio decidendi* van een arrest van het Hof (met *ratio decidendi* bedoel ik hier niet zozeer het dictum, omdat zich zaken kunnen voordoen, waarop de beslissing in het dictum op het eerste gezicht van toepassing is, maar die in werkelijkheid verschillen van de zaak waarin de beslissing werd gegeven). Zodoende kom ik, langs een iets andere weg, tot dezelfde gevolgtrekking als professor Trabucchi. Evenals voor hem klemt ook voor mij de gedachte dat men bij verwerping van deze gevolgtrekking zou moeten aannemen dat lagere rechterlijke instanties in de Lid-Staten de arresten van het Hof slechts als van richtingaanwijzend gezag mogen beschouwen en dus eventueel mogen negeren, terwijl de hoogste rechtscolleges („waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep") dit niet mogen. Wanneer anderzijds deze gevolgtrekking wordt geaccepteerd, betekent dat dat alle rechters in de Lid-Staten in dit opzicht in dezelfde positie verkeren. Als zij enige twijfel hebben aangaande de juistheid van een beslissing van het Hof, staat het hen vrij de beslissing toch toe te passen in de voor hen dienende zaak of wel die zaak naar het Hof te verwijzen met het verzoek de beslissing te herzien, zoals het Sozialgericht in casu alleszins gevoeglijk heeft gedaan.

Het is voor mij een steun dat de mening die professor Trabucchi en ik zijn toegedaan, wordt gedeeld door het Bundesverwaltungsgericht (zie het arrest van 2 juli 1975 in de zaak IC 20.73, 49 B Verw. GE, blz. 60, CMLR 1977, blz. 255). Van belang is wellicht ook dat in één Lid-Staat, het Verenigd Koninkrijk, de nationale rechtscolleges wettelijk verplicht zijn overeenkomstig bedoelde mening te handelen; sectie 3, lid 1, van de European Communities Act bepaalt onder andere dat in alle rechtsgedingen vragen over de inhoud of de werking van een der Verdragen of over de geldigheid, de inhoud of de werking van een gemeenschapsbesluit, tenzij verwezen naar het Europese Hof, moeten worden beslist overeenkomstig de beginselen neergelegd door — en een relevante beslissing van — het Europese Hof.

Ik ben er niet van overtuigd of het ten deze dienstig is een vergelijking te trekken tussen de positie van het Hof en die van bepaalde rechtscolleges in bepaalde Lid-Staten. In de zaak Benedetti weigerde het Hof zijn eigen rol te vergelijken met

die van de Corte di Cassazione. Het Hof vervult in vele opzichten een rol *sui generis*. Toch meen ik dat, voorzover enige vergelijking hier te maken is, het Hogerhuis nader staat dan het Bundesverfassungsgericht of het Italiaanse Constitutionele Hof. Een beslissing van het Hogerhuis is in het leerstuk van *stare decisis* bindend voor — en moet gevolgd worden door — alle andere rechtscolleges in het gehele Verenigd Koninkrijk (uiteraard voorzover de wet haar van toepassing verklaart op het gehele Verenigd Koninkrijk), maar alleen het Hogerhuis kan in een volgende zaak de beslissing herzien en ervan afwijken. In dat geval wordt de nieuwe beslissing van het Hogerhuis bindend.

Zo kom ik bij de punten die door het Sozialgericht naar voren zijn gebracht in verband met het „gelijkheidsbeginsel" en (terloops) met de leer van de scheiding der machten.

*Het „gelijkheidsbeginsel" en de leer van de scheiding der machten*

Al dadelijk zij hier vastgesteld dat de LVA zowel in haar schriftelijke opmerkingen als tijdens de mondelinge behandeling uitdrukkelijk heeft gezegd zich niet aan te sluiten bij de suggestie van het Sozialgericht dat 's Hofs beslissing in de zaak Petroni onjuist zou zijn. De LVA meende dat het Hof aan deze beslissing moet vasthouden doch deze niet zou moeten volgen in de onderhavige zaak, op de gronden die ik heb vermeld.

Dit is niet het geval met de regeringen van België en van het Verenigd Koninkrijk, die in hun opmerkingen in de Belgische zaken menen dat in de zaak Petroni een verkeerde beslissing is genomen.

Veel van de argumentatie van het Sozialgericht, zoals neergelegd in de verwijzingsbeschikking, is duidelijk gebaseerd op Duits constitutioneel recht. Dit was voor de Commissie aanleiding te kennen te geven dat het Hof dient te herhalen wat het besliste in zaak 11/70, Internationale Handelsgesellschaft t. EVSt für Getreide und Futtermittel (Jurispr. 1970, blz. 1125), namelijk dat de geldigheid van bepaalde regels van gemeenschapsrecht niet kan worden getoetst aan begrippen van nationaal recht, zelfs constitutioneel recht.

Persoonlijk meen ik dat ten deze andere overwegingen gelden in verband met het gelijkheidsbeginsel enerzijds en de leer van de scheiding der machten anderzijds.

In de zaak Internationale Handelsgesellschaft werd het Hof geconfronteerd met het geval dat een bepaald voorschrift van gemeenschapsrecht in Duitsland wellicht niet rechtsgeldig zou worden geacht wegens inbreuk op door de Duitse grondwet verzekerde grondrechten. Het Hof verklaarde uiteraard dat aan het gemeenschapsrecht niet kan worden afgedaan door nationaal recht. Maar zowel in dit geval als later in de zaak 4/73, Nold t. Commissie (Jurispr. 1974, blz. 491) oordeelde het Hof dat de fundamentele mensenrechten deel uitmaken van de algemene rechtsbeginselen welker eerbiediging het Hof heeft te verzekeren en dat dit in het bijzonder het geval is met de grondrechten die worden erkend en gewaarborgd in de constituties van Lid-Staten. Dergelijke rechten worden met andere woorden beschermd door het gemeenschapsrecht zelf. In de zaak 7/76, IRCA t. Amministrazione delle Finanze dello Stato (Jurispr. 1976, blz. 1237) heb ik de mening geuit dat een in de constitutie van een Lid-Staat erkend en gewaarborgd grondrecht ook in het gemeenschapsrecht moet worden erkend en beschermd, omdat geen Lid-Staat kan worden geacht aan de Gemeenschap de bevoegdheid te hebben overgedragen om regelingen te treffen die indruisen tegen de in zijn eigen grondwet gewaarborgde rechten — en gemeenschapsrecht moet, naar zijn aard, gelijk zijn in alle Lid-Staten. Wij behoeven hierop thans niet verder in te gaan omdat, zoals ik heb uiteengezet in de zaak 28/76, Milac t. Hauptzollamt Freiburg (Jurispr. 1976 op

blz. 1664), het geen twijfel lijdt dat het gelijkheidsbeginsel wordt erkend in het gemeenschapsrecht. In het gemeenschapsrecht treedt dit beginsel herhaaldelijk naar voren in de vorm van een uitdrukkelijk verbod van discriminatie, maar ook zonder een dergelijke uitdrukkelijke verbodsbepaling sluit het gemeenschapsrecht willekeurige discriminatie of onbillijke behandeling tussen personen uit. De door het Sozialgericht opgeworpen vraag betreft derhalve eerder de toepassing dan het bestaan van het beginsel.

Volgens de overwegingen van het Sozialgericht zouden de beslissingen van het Hof in de zaken Petroni en Strehl kunnen leiden tot twee soorten discriminatie.

Ten eerste een discriminatie tussen migrerende en niet-migrerende werknemers inzover een migrerende werknemer die achtereenvolgens in verschillende Lid-Staten heeft gewerkt, door de samentelling een hogere sociale zekerheidsuitkering kan ontvangen dan een werknemer die zijn gehele leven in één van die staten heeft gewerkt. Zonder twijfel moge dat zo zijn. De voorbeelden die in de bijlage bij de schriftelijke opmerkingen der Commissie in de zaak Mura worden gegeven, illustreren dat allerduidelijkst. Het is een punt waarmee het Pensioenfonds en de Belgische regering duidelijk moeite hebben. Anderzijds bedenke men dat, zoals de Commissie uiteenzette, ook het omgekeerde zich kan voordoen: een migrerende werknemer kan, ondanks de beslissingen in de zaak Petroni en de zaak Strehl, door samentelling minder krijgen dan wanneer hij zijn gehele leven thuis was gebleven. Bovendien wijst de LVA erop dat een migrerende werknemer in een Lid-Staat een grotere uitkering kan verkrijgen door de procedures van samentelling en pro rata berekening dan door toepassing van de wettelijke bepalingen van die staat alleen.

Als tweede soort discriminatie ziet het Sozialgericht die tussen migrerende werknemers onderling, inzover een migrerende werknemer die lang genoeg in een bepaalde Lid-Staat is gebleven om in aanmerking te komen voor een uitkering krachtens het recht van alleen die staat, door samentelling een hogere uitkering kan ontvangen dan iemand die dat niet heeft gedaan. (Ook hier kan het omgekeerde zich natuurlijk voordoen).

Deze kritiek, die door het Sozialgericht werd geformuleerd (en bij anderen weerklank heeft gevonden) gaat volgens mij, met alle respect, uit van twee misvattingen.

Ten eerste omtrent het begrip discriminatie. Zoals steeds weer door het Hof is uiteengezet, bestaat discriminatie ofwel uit de verschillende behandeling van gelijke situaties ofwel uit de gelijke behandeling van verschillende situaties. Wat men ook kan zeggen van migrerende en niet-migrerende werknemers, men kan niet zeggen dat hun situatie gelijk is. Zoals de Commissie heeft uiteengezet, wordt een migrerende werknemer geconfronteerd met allerlei sociale, financiële en taalmoeilijkheden, die een thuisblijvende werknemer niet heeft. Verzoekers in de Belgische zaken hebben gewezen op de bijzondere moeilijkheden voor migrerende werknemers om hun sociale uitkeringen in handen te krijgen. Niet de minste hiervan worden veroorzaakt door de fluctuaties in de wisselkoersen; ik heb daarop reeds de aandacht gevestigd in de zaak Petroni (Jurispr. 1975, op blz. 1167). Dit werd geïllustreerd aan de hand van de zaak Greco: deels als gevolg van de verschillende indexeringsbepalingen in België en in Italië, en deels door de waardedaling van de lire ten opzichte van de Belgische frank ontvangt Greco, die in België woont en krachtens alleen de Belgische regeling recht heeft op een volledig Belgisch pensioen dat echter door het Pensioenfonds uit hoofde van zijn Italiaanse pensioen is verminderd op een wijze die ik aanstonds zal beschrijven wanneer ik aan zijn zaak toekom, momenteel minder aan Belgisch en Italiaans pensioen tezamen dan het enkele bedrag van zijn volledige Belgische pensioen. Alhoewel dit niet met zoveel woorden is

gezegd, stel ik mij voor dat ditzelfde zich zou kunnen voordoen in de zaken Manzoni en Mura. Anderzijds zal Giuliani waarschijnlijk profiteren van de waardestijging van de DM in verhouding tot de lire.

Hoewel het dus onmogelijk is om de situatie van migrerende en niet-migrerende werknemers als gelijk te beschouwen, is de mate waarin het gerechtvaardigd is deze werknemers verschillend te behandelen, een kwestie van opvatting. Er is ten deze geen objectieve beoordelingsmaatstaf, waarvan kan worden uitgegaan voor de beslissing in rechte, tenzij wordt aangetoond dat de behandeling van de ene of de andere categorie in enig opzicht inderdaad willekeurig was.

Wat betreft de veronderstelde discriminatie tussen migrerende werknemers naar gelang van de duur van hun verblijf in een bepaalde Lid-Staat, moet het antwoord volgens mij wederom zijn dat hun situatie niet gelijk is. Hetzelfde verschil in behandeling ingevolge de wettelijke bepalingen van de betrokken Lid-Staat bestaat immers tussen thuisgebleven werknemers naar gelang zij al dan niet de vereiste tijdvakken hebben vervuld.

De tweede misvatting is mijns inziens dat het bij de ver uiteenliggende sociale zekerheidsstelsels van de Lid-Staten mogelijk zou zijn alle wanverhoudingen tussen werknemers, al dan niet migrerend, glad te strijken. Zaak na zaak voor het Hof heeft aangetoond dat dit niet mogelijk is en de onderhavige vier zaken zijn hiervan wederom een sprekend voorbeeld.

Naar ik begrijp, is het in verband met s' Hofs veelvuldig uitgesproken erkenning van dit laatste feit dat het Sozialgericht verwijst naar de leer van de scheiding der machten. De suggestie van het Sozialgericht schijnt te zijn dat, gezien de beklemtoning van dit feit in tal van 's Hofs arresten het Hof zich blijkbaar laat leiden door de gedachte om de wetgevende organen van de Gemeenschap en van de Lid-Staten aan te zetten tot het scheppen van een eenvormig stelsel van sociale zekerheid. Volgens het Sozialgericht betreedt het Hof daarmee echter het exclusieve terrein van die wetgevende organen. Ik ben er zeker van dat het Sozialgericht zich niet alle gevolgen van deze suggestie heeft gerealiseerd. De Commissie heeft in haar desbetreffende opmerkingen maar willen aannemen dat het Sozialgericht voorbij heeft gezien aan de bepalingen van het Verdrag, die van het Hof verlangen te beslissen over de wettigheid van bepaalde handelingen van andere gemeenschapsinstellingen (artikelen 164, 173, 174, 177 en 184). Maar misschien ook heeft het Sozialgericht alleen maar over het hoofd gezien dat het niet tot de taak des rechters behoort om zijn ogen te sluiten voor de werkelijkheid met inbegrip van de onvolkomenheden in de wet.

In ieder geval lijkt mij niet dat in deze zaken iets naar voren is gebracht dat U er toe moet brengen af te wijken van Uw eerdere beslissingen.

Ik kom dan nu aan het probleem in de vragen 2 en 3 van het Sozialgericht.

*Artikel 10 van verordening nr. 1408/71*

Het betoog van de LVA dat de beslissingen in de zaken Petroni en Strehl hier niet van toepassing zijn, heb ik reeds samengevat en ik behoef hier niet op terug te komen. Ik heb dat betoog omschreven als eenvoudig en helder. Het is op het eerste gezicht ook onomstotelijk (afgezien uiteraard van artikel 7 van het Verdrag en hetgeen daaruit voortvloeit).

De Commissie echter komt hiertegen op. Zij wijst op de onderverdeling van artikel 51 van het Verdrag in a) en b). Dit artikel bepaalt:

„De Raad stelt ... de maatregelen vast welke op het gebied van de sociale zekerheid noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van het vrije verkeer van werknemers, met name door een stelsel

in te voeren waardoor het mogelijk is voor migrerende werknemers en hun rechthebbenden te waarborgen

a) dat, met het oog op het verkrijgen en het behoud van het recht op uitkeringen alsmede voor de berekening daarvan, al die tijdvakken worden bijeengeteld welke door de verschillende nationale wetgevingen in aanmerking worden genomen;
b) dat de uitkeringen aan personen die op het grondgebied van de Lid-Staten verblijven, zullen worden betaald."

Volgens de Commissie gingen de beslissingen van het Hof, culminerend in de uitspraken in de zaken Petroni en Strehl, alle over de uitlegging van artikel 51, sub a). Inderdaad hadden vele ervan betrekking op de vraag wanneer de hierin genoemde samentellingsprocedure dient te worden toegepast, en op de stelling „geen samentelling dan ook geen pro rata berekening". In dit verband, dat wil zeggen in verband met de verkrijging van een recht op uitkering, mag inderdaad worden gesteld — aldus de Commissie — dat wanneer een werknemer het gemeenschapsrecht te baat moet nemen, hij dat recht dient te aanvaarden zoals hij het vindt: hij kan niet meer verlangen dan hetgeen de maatregelen van de Raad ex artikel 51 hem verschaffen.

In dit geval daarentegen, zegt de Commissie, gaat het om deel b) van artikel 51, op grond waarvan de Raad dient te voorzien in de betaling van uitkeringen, waarop in enige Lid-Staat een recht is verkregen, aan de gerechtigden, waar zij ook in de Gemeenschap mogen wonen. Die bepaling kan niet worden uitgelegd als een machtiging aan de Raad om een verlaging van de uitkering voor te schrijven op grond dat de betrokken persoon in één bepaalde Lid-Staat woont in plaats van in een andere.

Dit is een krachtig en aantrekkelijk argument en ik moet U bekennen dat ik tijdens de bestudering van deze zaak heb geaarzeld of het wel of niet aannemelijk was. Ik ben echter uiteindelijk tot de conclusie gekomen dat het moet worden verworpen.

U zult zich herinneren dat in de zaak 19/76 *Triches* t. *Compensatiekas voor gezinsvergoedingen in het gebied Luik* (Jurispr. 1976, blz. 1243) een vraag is gerezen over de geldigheid van artikel 42 van verordening nr. 3 zoals dit werd vervangen door verordening nr. 1/64 EEG. Dit artikel gaf aan, op welke gezinstoelagen een gepensioneerde recht had. Het was de tweede poging van de Raad om een probleem op te lossen, dat zijn grond vindt in het onderscheid tussen de stelsels van gezinstoelagen in de verschillende Lid-Staten. De oplossing was dat de wettelijke regeling van een bepaalde Lid-Staat werd gekozen als toepasselijk in het geval van een bepaalde gepensioneerde, eventueel op grond van zijn woonplaats. (Een soortgelijk doch meer verfijnd systeem is thans vervat in artikel 77 van verordening nr. 1408/71). De toepassing van het systeem op het geval van Triches, een Italiaan die had gewerkt in België en met pensioen was gegaan in Italië, had in feite tot gevolg dat hij vanaf het tijdstip van zijn terugkeer naar Italië niet langer recht had op Belgische kinderbijslag, doch in plaats daarvan op (lagere) Italiaanse pensioentoeslagen voor kinderen. Hij betoogde onder meer dat verordening nr. 1/64 onverenigbaar was met artikel 51, sub b), van het Verdrag, voorzover hij daardoor op grond van zijn verblijf in Italië werd beroofd van zijn recht op Belgische kinderbijslag. In confesso was dat hij, als niet-ingezetene in België, geen recht op deze vergoeding had krachtens alleen het Belgische recht. Zijn nationaliteit deed in het geheel niet ter zake. Het Hof verwierp zijn betoog, overwegende (cf. de 18e overweging van het arrest):

„dat, zo de door de Raad overeenkomstig artikel 51 genomen maatregelen niet tot gevolg mogen hebben dat een migrerende werknemer wordt beroofd van een recht, verkregen krachtens de enkele wetgeving van de Lid-Staat waar hij heeft gewerkt, geen der voornoemde verdrags-

bepalingen afdoet aan de in artikel 51 aan de Raad toegekende vrijheid om te dien einde elke objectief gerechtvaardigde maatregel te kiezen, zelfs indien met de getroffen bepalingen niet elk risico van ongelijkheid tussen de werknemers als gevolg van de verschillen in de betrokken nationale stelsels wordt uitgesloten."

De aanvaarding van het betoog der Commissie in het onderhavige geval zou neerkomen op een afwijking van de beslissing in de zaak Triches, want voorzover ik kan zien, is in deze beslissing niet wel een onderscheid te maken. Artikel 51, sub b), verleent de Raad óf wel óf niet de bevoegdheid regels te geven omtrent de uitkering die toekomt aan een persoon, die wegens zijn verblijf in een bepaalde Lid-Staat geen recht heeft op een uitkering in een andere Lid-Staat krachtens het recht van die laatste staat alleen.

Dit is volgens mij op zichzelf al een sterk argument tégen de stelling van de Commissie. In de zaak *Strehl* heb ik aangegeven waarom het mij in het algemeen ongewenst lijkt — vooral op het gebied van de sociale zekerheid — dat het Hof tegenstrijdige uitspraken doet. Maar dit is niet het enige. Het standpunt van de Commissie zou tot verwarring om niet te zeggen chaos leiden, niet alleen op het gebied van de gezinstoelagen voor gepensioneerden (waarop de zaak *Triches* betrekking had) maar op al die gebieden waar krachtens verordening nr. 1408/71 een recht op uitkering, of de hoogte ervan, wordt bepaald op grond van de woonplaats.

Tot slot meen ik dat de Commissie uitgaat van een onjuiste premisse. Artikel 51 valt niet in tweeën uiteen. Het geeft aan de Raad één enkele bevoegdheid (met een verplichting) om „de maatregelen vast te stellen welke op het gebied van de sociale zekerheid noodzakelijk voor de totstandkoming van het vrije verkeer van werknemers". De alinea's sub a) en b) schrijven voor dat de Raad een stelsel zal invoeren voor twee doeleinden, maar omschrijven deze bevoegdheid niet uitputtend. De bevoegdheid gaat niet zover dat de Raad iemand kan beroven van een recht dat hij onder het enkele nationale recht heeft, aldus het Hof. Maar naar mijn mening (nog steeds afgezien van discriminatie op grond van nationaliteit) gaat de kwalificatie niet verder en is zij ook niet ingewikkelder.

Het is mij niet ontgaan dat in de zaak Triches het Hof oordeelde dat de vrijheid van handelen van de Raad krachtens artikel 51 wordt begrensd tot de vaststelling van maatregelen die „objectief gerechtvaardigd" zijn. Naar mijn mening kan men echter niet stellen dat onder omstandigheden als die in casu artikel 46, lid 3, van verordening nr. 1408/71 niet aan deze eis voldoet.

Samenvattend sluit ik mij aan bij het betoog van de LVA.

Ik ga over tot vraag 4 van het Sozialgericht.

*De relevantie van bilaterale en multilaterale verdragen*

Het Sozialgericht specifieert niet op welke bilaterale of multilaterale verdragen het in verband met de onderhavige zaak doelt. Uit de mondelinge en schriftelijke opmerkingen van de LVA en uit de mondelinge opmerkingen van de Commissie blijkt echter dat het er twee zijn, namelijk een verdrag van 5 mei 1953 tussen de Bondsrepubliek Duitsland en de Italiaanse Republiek en de Europese interimovereenkomsten inzake sociale zekerheid van 11 december 1953, gesloten tussen de Lid-Staten van de Raad van Europa. Er bestaat enig verschil van mening tussen de LVA en de Commissie over de uitlegging van de betrokken bepalingen van deze verdragen. Ik stel voor hieraan voorbij te gaan, daar de uitlegging van deze verdragen niet valt onder 's Hofs bevoegdheid ex artikel 177 — cf. zaak 75/63 Hoekstra t. Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten (Jurispr. 1964, blz. 359, op

blz. 388) en zaak 28/68 Caisse Régionale de Sécurité du Nord de la France t. Torrekens (Jurispr. 1969, blz. 125, overwegingen 6 en 22 van het arrest). Slechts zij opgemerkt dat beide verdragen bij Bondswet zijn opgenomen in het Duitse recht en dat beide aldus, onafhankelijk van het gemeenschapsrecht, aan Giuliani — hoewel Italiaan en woonachtig in Italië — rechten zouden kunnen verlenen op betaling van zijn Duitse pensioen. Ingevolge artikel 59, lid 2, van de Duitse grondwet dienen internationale overeenkomsten aldus te worden getransformeerd om te kunnen gelden in de Bondsrepubliek.

Artikel 3, lid 3, en de artikelen 6, 7 en 46, lid 4, van verordening nr. 1408/71 behelzen bepalingen over de verhouding tussen dit soort verdragen en de verordening.

Met betrekking tot het Duits-Italiaanse verdrag van 5 mei 1953 zijn de relevante bepalingen die van artikel 3, lid 3, en de artikelen 6, sub a), en 7, lid 2, sub c). Ingevolge die bepalingen wordt het verdrag vervangen door de verordening, behoudens de uitzonderingen in bijlage II bij de verordening. Die bijlage noemt slechts enkele bepalingen van het verdrag en, naar ik begrijp, met name niet die welke in Giuliani's geval het meest van belang zouden kunnen zijn. Het Hof heeft in zaak 82/72, Walder t. Bestuur der Sociale Verzekeringsbank (Jurispr. 1973, blz. 599) geoordeeld dat waar een dergelijke situatie zich voordoet, de bepalingen van het verdrag worden vervangen door die van de verordening, zelfs indien de eerste gunstiger waren voor de betrokkene. In die zaak ging het echter alleen om de uitlegging van de verordening. Haar geldigheid of het mogelijke effect van de transformatie van een verdrag tot nationaal recht is toen niet aan de orde gekomen.

In verband met de Europese interimovereenkomsten van 11 december 1953 is de betrokken bepaling der verordening artikel 7, lid 1, sub b), welke luidt: „Deze verordening laat onverlet de verplichtingen welke voortvloeien uit" bedoelde overeenkomsten. Dus met die overeenkomsten is er geen probleem. Indien Giuliani op grond hiervan gerechtigd is tot meer dan krachtens de verordening, dan mag hij dit verlangen. De Commissie vestigde onze aandacht op het arrest in de zaak 187/73, Callemeyn t. Belgische Staat (Jurispr. 1974, blz. 553), volgens hetwelk in het omgekeerde geval, dit wil zeggen wanneer een persoon tot meer gerechtigd was krachtens de verordening dan krachtens de Europese interimovereenkomsten, de verordening voorrang had. De Commissie leidde hieruit af dat, als de betrokken persoon tot meer gerechtigd was krachtens de overeenkomsten dan krachtens de verordening, de overeenkomsten voorrang hadden. Mijns inziens behoeven wij voor deze conclusie echter niet terug te grijpen op dit arrest, daar zij voortvloeit uit de bewoordingen van artikel 7, lid 1, sub b), zelf. Het is misschien nuttig te vermelden dat artikel 46, lid 4 — volgens hetwelk een persoon die bij samentelling van de invaliditeitsuitkeringen krachtens een multilateraal verdrag op minder aanspraak kan maken dan bij toepassing van de artikelen 46, lid 1 en lid 3, het laatste zal ontvangen — niet geldt voor uitkeringen krachtens de Europese interimovereenkomsten.

Terugkomend op het Duits-Italiaanse Verdrag, meen ik dat de door het Sozialgericht gestelde vraag op het volgende neerkomt: aangenomen dat Giuliani onder het Duitse recht (met inbegrip van de overeenkomst) aanspraak had op meer dan krachtens de verordening, gelet op artikel 46, lid 3, was het dan geoorloofd dat hem dit door een raadsregeling werd ontzegd?

Het Sozialgericht verwijst in dat verband naar artikel 234 van het Verdrag. Maar dat artikel doet volgens mij niet ter zake, omdat het alleen van toepassing is op „overeenkomsten ... tussen een of meer Lid-Staten enerzijds en een of meer derde staten anderzijds". Het Sozialgericht

verwijst ook naar een arrest van het Bundessozialgericht van 29 maart 1973 (Az. 4 RJ 351/71). Hoewel zonder twijfel juist, doet dit naar mijn mening evenmin ter zake. Het had betrekking op een bilateraal verdrag tussen Duitsland en Frankrijk, maar de persoon om wiens rechten het ging, was — hoewel hij zowel in Frankrijk als in Duitsland had gewerkt — een Amerikaan zodat hij buiten de werkingssfeer van verordening nr. 1408/71 viel vanwege artikel 2 van die verordening, waarin de toepassing wordt beperkt tot de onderdanen van Lid-Staten.

Het uitgangspunt van de vraag van het Sozialgericht lijkt mij desondanks juist. De ratio van de beslissingen van het Hof in de zaken Petroni en Strehl is dat artikel 51 van het Verdrag aan de Raad wel de bevoegdheid verleent (en van hem eist) om de maatregelen vast te stellen „welke op het gebied van de sociale zekerheid noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van het vrije verkeer van werknemers" doch niet om regelingen te treffen waardoor werknemers die hun recht op vrij verkeer uitoefenen, worden benadeeld. Die ratio moet gelden ongeacht of het voordeel waarvan een werknemer als gevolg van 's Raads regeling wordt beroofd, nu voortkomt uit het nationale recht alleen of uit nationaal recht waarbij een internationaal verdrag tot nationaal recht wordt getransformeerd, en, zo wil ik hieraan toevoegen, of zo een transformatie is geëffectueerd bij een nationale wet of gewoon omdat de betrokken Lid-Staat „monistisch" is. Ik ben mij ervan bewust dat die conclusie in strijd komt met de beslissing van het Hof in de zaak Walder, maar ik acht dit onvermijdelijk en ik heb reeds aangegeven waarom die beslissing in dit opzicht geen precedent vormt. Meer ter zake dienend lijkt mij de beslissing van het Hof in de (reeds genoemde) zaak *Duffy*, waar het Hof in de negende overweging „bijzondere overeenkomsten tussen Lid-Staten" uitdrukkelijk gelijkstelt met nationaal recht en daarbij te kennen geeft dat gemeenschapsverordeningen de nationale rechten van de werknemers niet mogen beperken.

*Conclusie in de zaak Giuliani*

Samenvattend, concludeer ik tot het volgende antwoord op de door het Sozialgericht aan het Hof voorgelegde vragen:

1. artikel 46, lid 3, van 's Raads verordening nr. 1408/71 is onverenigbaar met artikel 51 van het Verdrag, voorzover het een cumulatie van twee in verschillende Lid-Staten verkregen uitkeringen beperkt door verlaging van het bedrag van een uitsluitend onder de nationale wetgeving van één Lid-Staat verkregen uitkering.
2. Daarbij
   a) kan een uitkering niet worden geacht uitsluitend onder de nationale wetgeving van één Lid-Staat te zijn verkregen, indien de begunstigde alleen betaling daarvan kan eisen door artikel 10 van de verordening in te roepen;
   b) dient een uitkering te worden geacht uitsluitend onder de wetgeving van één Lid-Staat te zijn verkregen, indien de begunstigde betaling daarvan kan eisen onder die wetgeving welke een bilateraal verdrag omvat waarop artikel 6, sub a, der verordening van toepassing is.
3. de verordening laat onverlet de verplichtingen van Lid-Staten, welke voortvloeien uit de Europese interimovereenkomsten inzake sociale zekerheid van 11 december 1953, gesloten tussen de Lid-Staten van de Raad van Europa, indien de bepalingen van die overeenkomsten voor de betrokken werknemer gunstiger zijn dan die van de verordening.

Ik ga nu over tot de Belgische zaken.

De Belgische zaken

*De vraag in geding*

U zult zich herinneren dat in de zaak Strehl het Hof aan de Raad en de Commissie had verzocht om inlichtingen over

de gevolgen van het arrest in de zaak *Petroni* voor de toepassing van verordening nr. 1408/71 door de nationale organen van sociale zekerheid. De Raad gaf geen gehoor aan dit verzoek, maar de Commissie wel. Problemen betreffende vroegere zaken daargelaten, bleek uit haar antwoord:

1. Alle Lid-Staten hadden hun organen opdracht gegeven artikel 46, lid 3, buiten toepassing te laten.
2. Uit het overleg in de Administratieve Commissie voor de sociale zekerheid van migrerende werknemers (ingesteld ingevolge artikel 80 van verordening nr. 1408/71) is gebleken dat het arrest in de zaak *Petroni* waarschijnlijk geen moeilijkheden zal opleveren, als in een concreet geval alle betrokken wettelijke regelingen van het type B zijn (waarbij het bedrag der uitkering afhankelijk is van de duur der verzekeringstijdvakken), tenzij een van die regelingen fictieve verzekeringstijdvakken in aanmerking neemt.
3. In gevallen waarin de betrokken wettelijke regelingen zowel van type B als van type A waren (bij type A is het uitkeringsbedrag onafhankelijk van de duur der verzekeringstijdvakken) waren de vertegenwoordigers van Lid-Staten met een regeling van type A van mening dat de ongeldigheid van artikel 46, lid 3, tot ongerechtvaardigde cumulaties van uitkeringen leidt, die door passende nationale bepalingen zouden moeten worden tegengegaan. De Commissie heeft daartegen ingebracht dat dit in strijd zou zijn met artikel 12, lid 2, van verordening nr. 1408/71.

Bij de stukken in de zaak *Mura* is een nota van 5 mei 1976 van het secretariaat van het Raadgevend Comité voor de sociale zekerheid van migrerende werknemers (ingesteld krachtens artikel 82 van de verordening) die de door de Commissie aan het Hof verstrekte inlichtingen bevestigt. De nota zegt met name dat de Lid-Staten, die nationale anticumulatiebepalingen willen toepassen, zich baseren op 's Hofs uitspraken in de zaak 12/67 Guissart t. Belgische Staat (Jurispr. 1967, blz. 535 op blz. 548), in de zaak 140/73, *Mancuso* (Jurispr. 1973 blz. 1449 op blz. 1456, 18e overweging van het arrest) en in de reeds genoemde zaak *Massonet* (26e en 28e overweging van het arrest). In de zaak *Strehl* heb ik de mening verkondigd dat het, gezien deze uitspraken, duidelijk is dat een Lid-Staat met een wettelijke regeling van het type B, die een werknemer eventueel aanspraak geeft op fictieve verzekeringstijdvakken, heel wel in diezelfde wetgeving bepalingen kan opnemen tegen de cumulatie van dergelijke tijdvakken met reële verzekeringstijdvakken welke door die werknemer in een andere Lid-Staat zijn vervuld. Ik heb mij er niet over uitgelaten of het gezag van deze arresten zich ook uitstrekt tot het geval van een Lid-Staat met een regeling van het type A. Dat is in zekere zin de vraag die U in de onderhavige zaken heeft moeten uitmaken. Ik zeg „in zekere zin", omdat bedoelde arresten gingen over de uitlegging van artikel 11 van verordening nr. 3, terwijl het thans gaat over het daarvoor in de plaats gekomen artikel 12 van verordening nr. 1408/71. Het lijkt mij echter dat artikel 12, dat wil zeggen lid 2, materieel niet belangrijk afwijkt van het overeenkomstige lid 2 van artikel 11.

Artikel 12, lid 2, luidt:

„De bepalingen inzake vermindering, schorsing of intrekking waarin de wetgeving van een Lid-Staat voorziet ingeval van samenloop van een uitkering met andere uitkeringen van sociale zekerheid of met andere inkomsten, zijn op de rechthebbenden van toepassing, zelfs indien het gaat om uitkeringen welke op grond van de wetgeving van een andere Lid-Staat zijn verkregen of om inkomsten welke op het grondgebied van een andere Lid-Staat zijn verworven. Deze regel is evenwel niet van toepassing indien de betrokkene gelijksoortige uitkeringen bij invaliditeit, ouderdom, overlijden (pensioenen) of beroepsziekte geniet, welke door de organen van twee of meer Lid-Staten overeenkomstig de artikelen

46, 50, 51 of 60, lid 1, sub b), worden vastgesteld."

Wij behoeven ons ten deze niet bezig te houden met de verwijzingen naar de artikelen 50, 51 en 60, lid 1, sub b).

De nationale wetgeving waarom het hier gaat, is de Belgische wetgeving betreffende invaliditeitsuitkeringen voor mijnwerkers, die wordt uitgevoerd door het Nationaal Pensioenfonds voor Mijnwerkers.

Die wetgeving, voor zover hier van belang, is voornamelijk belichaamd in een koninklijk besluit van 19 november 1970 (Belgisch Staatsblad van 26 november 1970). Het is een ingewikkelde regeling en over de toepassing is op sommige punten nogal wat onenigheid gerezen. Zoveel staat echter vast: Krachtens artikel 1 van het koninklijk besluit heeft een mijnwerker recht op invaliditeitspensioen als hij na ten minste tien jaar als zodanig werkzaam geweest te zijn, ongeschikt is geworden voor normaal werk. Deze tien jaar kunnen voor ondergrondse mijnwerkers onder bepaalde omstandigheden worden teruggebracht tot vijf jaar. In artikel 4 wordt het pensioen vastgesteld op een jaarlijkse som in BF, die alleen verandert naar gelang de betrokken werknemer ondergronds of bovengronds gewerkt heeft en hij wel of niet gehuwd is. Het verschilt niet naar gelang van de duur van zijn dienstverband of van de verzekeringstijdvakken. Artikel 23 bevat een aantal bepalingen over de samenloop van uitkeringen. In het bijzonder lid 1 van dat artikel bepaalt dat een krachtens het koninklijk besluit toegekend invaliditeitspensioen kan worden gecumuleerd met een of meer andere ouderdoms- of invaliditeitspensioenen doch slechts tot het door artikel 4 vastgestelde jaarlijkse bedrag voor ondergrondse werkers, al dan niet gehuwd. Het blijkt dat naar Belgisch recht deze bepaling moet worden uitgelegd als van toepassing op alle andere ouderdoms- of invaliditeitspensioenen, al dan niet betaalbaar krachtens een Belgische of buitenlandse wetgeving. Artikel 23, lid 4, behelst bepalingen ter beperking van de cumulatie van ingevolge het koninklijk besluit betaalbare invaliditeitspensioenen met uitkeringen wegens arbeidsongevallen of beroepsziekten.

Een pensioenaanspraak krachtens het koninklijk besluit is op geen enkele wijze afhankelijk van de nationaliteit of de woonplaats van de betrokken werknemer, zodat zich geen soortgelijke problemen voordoen als in de zaak Giuliani. In feite wonen alle drie verzoekers in België.

Bij gevolg is de eigenlijke vraag in deze zaken of artikel 12, lid 2, van verordening nr. 1408/71 al dan niet in de weg staat aan de toepassing door het Pensioenfonds van artikel 23, lid 1, van het koninklijk besluit met betrekking tot pensioenen waarop aanspraak bestaat krachtens de wetgeving van andere Lid-Staten.

*De zaak Manzoni*

De feiten van de zaak *Manzoni* zijn in het kort de volgende.

Manzoni werd geboren op 5 oktober 1930. Hij werkte in Italië van september 1944 tot juli 1950 (toen hij dus nog geen 20 jaar was) en in België als ondergronds mijnwerker van 1952 tot 1972, toen hij arbeidsongeschikt werd. Het Pensioenfonds kende hem per 1 december 1972 een vol pensioen toe op grond van het koninklijk besluit en krachtens de enkel Belgische wet. In november 1974 sloot het bevoegde Italiaanse orgaan de behandeling van zijn zaak af en kende hem met terugwerkende kracht vanaf 1 december 1972 een Italiaans invaliditeitspensioen toe. Het blijkt dat de toepasselijke Italiaanse wettelijke regeling van type B is en dat Manzoni recht kreeg op dit pensioen bij wege van samentelling en pro rata berekening overeenkomstig artikel 45 en 46, lid 2, van verordening nr. 1408/71. Toen het Pensioenfonds vernam van Manzoni's Italiaanse pensioen, heropende het de zaak en besloot het, beweerdelijk op grond van artikel 46, lid 3, tot verlaging van zijn pensioen

praktisch met het bedrag van zijn Italiaanse pensioen. Ik zeg „praktisch" omdat de berekeningen gecompliceerd waren vanwege de noodzaak ingevolge artikel 23, lid 4, van het koninklijk besluit ook rekening te houden met een uitkering die aan Manzoni in België was toegekend op grond van zijn beroepsziekte (silicose). Om die reden zal ik hier niet alle betrokken bedragen noemen, die trouwens staan uiteengezet in een „Aanvullende Nota" van Manzoni, welke werd neergelegd ter griffie op 29 maart 1977. Blijkens die nota was het uiteindelijk resultaat dat Manzoni's pensioen werd verlaagd met FB 3 562 per jaar, behoudens indexatie. Het officiële besluit van het Pensioenfonds tot verlaging was gedateerd op 9 december 1975 en bepaalde dat Manzoni voor teveel betaald pensioen FB 12 523 moest restitueren. Van dat besluit voorzag Manzoni zich bij de Arbeidsrechtbank te Charleroi, zich beroepend op de beslissing van het Hof in de zaak Petroni.

De verwijzingsbeschikking van de Arbeidsrechtbank bevat geen enkele vraag omtrent artikel 12, lid 2, van verordening nr. 1408/71. De advocaat van Manzoni deelde mee dat hij dit de rechtbank wel had gesuggereerd, maar dat zijn suggestie niet was overgenomen. De reden ligt vermoedelijk in de aard van de argumenten die voor de rechtbank werden aangevoerd door het Pensioenfonds. Om deze te begrijpen dient men te bedenken dat de zaak Manzoni voor de rechtbank kwam, voordat het Hof arrest wees in de zaak Strehl. Ook de schriftelijke behandeling voor het Hof heeft zich grotendeels reeds voordien afgespeeld. Aan het eind van de mondelinge behandeling voor het Hof kon als vaststaand worden aangenomen of werd het uit de vragen door twee Uwer en door mij aan de advocaat gesteld, althans duidelijk dat het hier in feite toch ging om de werking van artikel 12, lid 2. Wel zal ik echter, zij het zo kort mogelijk, moeten ingaan op de eigenlijke vragen die door de rechtbank aan het Hof zijn gesteld, en op de daaraan ten grondslag liggende argumenten van het (door de Belgische regering gesteunde) Pensioenfonds.

Het Pensioenfonds bracht twee argumenten naar voren die, hoewel onderling verband houdend, toch op zichzelf staan. Het eerste was dat de zaak *Petroni* anders lag, omdat die betrekking had op een ouderdomspensioen, terwijl het in de onderhavige zaak om een invaliditeitspensioen gaat. Het tweede was gebaseerd op de stelling (die de rechtbank schijnt te steunen) dat een krachtens het koninklijk besluit verschuldigd invaliditeitspensioen overeenkomt met het rustpensioen dat onder de desbetreffende Belgische wetgeving is verschuldigd aan een mijnwerker die dertig jaar lang als zodanig werkzaam is geweest. Hiervan uitgaande betoogde het Pensioenfonds dat indien, zoals in casu, de begunstigde minder dan 30 jaar in de Belgische mijnen werkzaam is geweest en gedurende een aan zijn invaliditeit voorafgaand deel van die 30 jaar elders werkzaam en verzekerd is geweest, de periode waarin hij elders werkzaam en verzekerd was, moet worden beschouwd als een tijdvak van feitelijke verzekering dat samenvalt met een periode van fictieve verzekering die hem krachtens Belgisch recht wordt toegekend. Onder die omstandigheden, aldus het Pensioenfonds, blijkt uit de uitspraken van het Hof in een aantal zaken, dat het beginsel waarop de beslissing in de zaak *Petroni* berustte, niet van toepassing is. Die zaken zijn volgens de verwijzingsbeschikking de zaak 1/67 Ciechelski (Jurispr. 1967, blz. 224), de (reeds genoemde) zaak *Guissart,* de zaak 27/71, *Keller* (Jurispr. 1971, blz. 885) en de zaak 191/73, *Niemann* (Jurispr. 1974, blz. 571, 6e overweging van het arrest).

De door de rechtbank aan het Hof voorgelegde vragen waaraan, zoals gezegd, die argumenten ten grondslag liggen, zijn de volgende:

„1. Is het in overeenstemming met artikel 51 EEG-Verdrag wanneer, in het kader van het invaliditeitspensioenstelsel voor de mijnwerkers zoals dit is vastgesteld bij KB van 19. 11. 1970

en de latere wijzigingsbesluiten, het door België toegekende pensioen op grond van in andere Lid-Staten ontvangen voordelen wordt verminderd overeenkomstig het bepaalde in artikel 46, lid 3, van verordening nr. 1408/71?

2. Kunnen de bevoegde organen hun uitkeringen krachtens artikel 46, lid 3, verminderen wanneer cumulatie van de door de verschillende Lid-Staten toegekende uitkeringen leidt tot toekenning van voordelen die op samenvallende verzekeringstijdvakken berusten?"

Wat de eerste vraag betreft, heeft de Commissie al meteen erop gewezen dat het in de zaak *Strehl* wel ging om een invaliditeitspensioen, dat was verschuldigd op grond van hetzelfde stelsel als hier ter sprake is. Toegegeven zij echter dat in de zaak *Strehl* nooit de vraag is opgeworpen of besproken of die zaak deswege was te onderscheiden van de zaak *Petroni*. De Commissie en Manzoni verwezen echter ook naar de zaak Mancuso (reeds genoemd). Het door het Pensioenfonds gebezigde, althans ten Hove ontwikkelde, argument was nu juist het argument dat — uitgaande van de verschillende kenmerken van ouderdomspensioenen enerzijds en invaliditeitspensioenen anderzijds — door professor Trabucchi als advocaat-generaal in de zaak Mancuso zo krachtig werd verdedigd, maar door het Hof niettemin werd verworpen. Het Pensioenfonds (en de Belgische regering) betoogden dat de zaak Mancuso anders lag omdat het daar ging over verordening nr. 3 die niet precies dezelfde bepaling bevatte als artikel 46, lid 3, en tevens omdat zij betrekking had op de toepasbaarheid van de procedures van samentelling en pro rata berekening, die hier niet ter zake doen. Het Hof ging echter, in zijn afwijzing van een onderscheid tussen ouderdoms- en invaliditeitspensioenen, aan deze overwegingen voorbij. Trouwens, indien de ratio van de beslissing in de zaken *Petroni* en *Strehl* is, zoals ik zei, dat de Raad aan artikel 51 van het Verdrag geen bevoegdheid kan ontlenen om maatregelen te treffen welke een verlaging meebrengen van een krachtens de enkele nationale wet toegekende uitkering, doet het er ook niet toe om wat voor soort uitkering het gaat.

Bij de tweede vraag is hier uitvoerig ter sprake gekomen of in de huidige Belgische wetgeving enig verband wordt gelegd tussen het bedrag van het invaliditeitspensioen van een mijnwerker en het bedrag aan rustpensioen dat hij na 30 jaar of enig ander arbeidstijdvak ontvangt. Door Manzoni en de Commissie is toegegeven dat in een vorige regeling een dergelijk verband had bestaan. Dit blijkt ook uit het arrest van het Belgische Hof van Cassatie in Vittorino tegen Nationaal Pensioenfonds voor Mijnwerkers (2 oktober 1974, nr. RG 5059) waarnaar werd verwezen. De wetgeving waarop dat arrest berustte, zou echter zijn achterhaald en in het geval van pensioenen verschuldigd krachtens het koninklijk besluit van 19 november 1970, zou de toestand thans anders zijn. Ik stel voor om niet verder in te gaan op de tamelijk ingewikkelde Belgische wetgeving waarover de discussie liep, hoewel ik de Commissie en Manzoni erkentelijk ben voor hun uiteenzettingen dienaangaande. Dit is een aangelegenheid van Belgisch recht en van een mening daarover behoor ik mij te onthouden. Ik wil ten gunste van het Pensioenfonds aannemen dat de werking van die wet zo is als wordt beweerd. Nochthans lijkt mij het betoog van het Pensioenfonds slecht gefundeerd. Het vindt ook geen steun in de uitspraken van het Hof, die in de verwijzingsbeschikking worden genoemd. Voorzover hoegenaamd ten deze van belang, hadden zij alle betrekking op de mogelijke samenloop van verzekeringstijdvakken in het geval dat de duur van verzekeringstijdvakken van belang was voor de berekening van de uitkering. Hier is, zoals gezegd, het recht op uitkering alleen afhankelijk van de vervulling van het minimum tijdvak van tien jaar, en wanneer dat recht is verworven door vervulling van dat tijdvak, is de hoogte van de uit-

kering op geen enkele wijze meer afhankelijk van de duur van de verzekeringstijdvakken. Manzoni werkte in werkelijkheid gedurende 20 jaar in de Belgische mijnen en de periode waarin hij tot zijn 19e jaar in Italië werkte, valt niet samen met zijn Belgische arbeidstijd. Dat deze periode niet ter zake doet, is door Manzoni overtuigend aangetoond tijdens de mondelinge behandeling, toen hij ons zei (zonder tegenspraak van de zijde van het Pensioenfonds of de Belgische regering) dat onder de toepasselijke Belgische wetgeving arbeidstijdvakken die zijn voltooid vóór de 20-jarige leeftijd, niet worden meegeteld.

Naar mijn mening is derhalve het eigenlijke probleem in deze zaak, of artikel 12, lid 2, van verordening nr. 1408/71 het Pensioenfonds belet zich te beroepen op artikel 23, lid 1, van het koninklijk besluit. Maar die vraag wordt niet gesteld in de verwijzingsbeschikking, ofschoon zij wel wordt gesteld in de verwijzingsbeschikking in de zaak *Greco,* die eveneens afkomstig is van de Arbeidsrechtbank te Charleroi.

Hiervan uitgaande, zou ik als volgt willen antwoorden op de vragen van de Arbeidsrechtbank in de zaak *Manzoni:*

1. Artikel 46, lid 3, van 's Raads verordening nr. 1408/71 is onverenigbaar met artikel 51 van het Verdrag, voor zover het een cumulatie van twee in verschillende Lid-Staten verkregen invaliditeitsuitkeringen beperkt door verlaging van het bedrag van een uitsluitend onder de nationale wetgeving van één Lid-Staat verkregen uitkering.
2. De omstandigheid dat laatstgenoemde uitkering kan zijn verkregen krachtens de nationale wetgeving van de betrokken Lid-Staat door de vervulling van een korter verzekeringstijdvak dan in de wetgeving van die Lid-Staat is vereist voor de verwerving van een rustpensioen ten gelijke bedrage, doet niet terzake.

Ten slotte kom ik aan de zaken *Mura* en *Greco.*

De feiten in de zaak *Mura* zijn de volgende.

Mura werd geboren op 28 oktober 1937. Hij werkte als mijnwerker in Frankrijk van 1957 tot 1962 en in België van 1963 tot 1973, waarna hij invalide werd. Het Nationaal Pensioenfonds voor Mijnwerkers kende hem met ingang van 1 november 1973 een volledige invaliditeitspensioen toe op grond van het koninklijk besluit van 19 november 1970 en krachtens het enkele Belgische recht. Hij kreeg tevens vanaf dezelfde datum een Frans invaliditeitspensioen uit hoofde van zijn verzekeringsperiode in Frankrijk, en wel bij wege van samentelling en pro rata berekening overeenkomstig de artikelen 45 en 46, lid 2. Het schijnt dat de Franse regeling inzake invaliditeitsuitkeringen voor mijnwerkers, in tegenstelling tot de meeste andere Franse regelingen inzake invaliditeitsuitkeringen, tot het type B behoort. Toen het Pensioenfonds vernam van de toekenning aan Mura van zijn Franse pensioen, verlaagde het zijn Belgische pensioen op grond van artikel 46, lid 3. Ook hier wordt de berekening gecompliceerd door het feit dat Mura tevens gerechtigd is tot een Belgische uitkering wegens beroepsziekte, waarop artikel 23, lid 4, van het koninklijk besluit van toepassing is. De officiële beschikking van het Pensioenfonds was gedateerd op 24 maart 1975 en bepaalde dat Mura een bedrag van FB 10 181 diende terug te betalen uit hoofde van onverschuldigde pensioenuitkeringen. Van die beschikking kwam Mura in beroep bij de Arbeidsrechtbank te Bergen, die ingevolge de beslissing van het Hof in de zaak Petroni de beschikking nietig verklaarde en oordeelde dat Mura recht had op zijn Belgische pensioen zonder vermindering. Het Pensioenfonds voorzag zich hiervan in hoger beroep bij het Arbeidshof te Bergen, betogende dat volgens de Belgische wetgeving het invaliditeitspensioen van een mijnwerker overeenkomt met een rustpensioen na een dienstverband van 30 jaar. Het Arbeidshof schijnt zich door dit betoog niet te hebben laten overtuigen. Anderzijds beschikte dat Hof

over de door mij reeds genoemde nota van het secretariaat van het Raadgevend Comité voor de sociale zekerheid van migrerende werknemers. In de verwijzingsbeschikking heet het:

„Overwegende dat in casu de eigenlijke vraag is of artikel 12 van verordening nr. 1408/71, voorzover dit een cumulatie van uitkeringen toelaat, voorrang heeft boven nationale anticumulatieregels, ingeval de migrerende werknemer als gevolg van de communautaire regels wordt bevoordeeld boven de niet-migrerende werknemer;"

Over die vraag wordt het Hof in de beschikking verzocht zich uit te spreken.

In de zaak *Greco* liggen de feiten als volgt:

Greco werd geboren op 9 augustus 1932. Hij werkte als bouwvakarbeider in Italië van 1949 tot 1956 en als mijnwerker in België van 1956 tot 1970 waarna hij invalide werd. Het Nationaal Pensioenfonds voor Mijnwerkers kende hem met ingang van 1 april 1971 een volledig invaliditeitspensioen toe op grond van het koninklijk besluit van 19 november 1970. Vervolgens werd hem door het bevoegde Italiaanse orgaan een invaliditeitspensioen toegekend in verband met zijn arbeidsperiode in Italië, bij wege van samentelling en pro rata berekening. Daarop besloot het Pensioenfonds tot verlaging van het Belgische pensioen, zij het in dit geval uitsluitend op grond van artikel 23, lid 1, van het koninklijk besluit. Het Pensioenfonds erkende dat het door 's Hofs arrest in de zaak *Petroni* geen beroep kon doen op artikel 46, lid 3. De beschikking van het Pensioenfonds, gedateerd op 9 november 1976, bepaalde evenals de beschikkingen in de zaken *Mura* en *Manzoni* welke bedragen Greco volgens de opgave van het Pensioenfonds aan onverschuldigde pensioenuitkeringen moest terugbetalen, maar vermeldde de bedragen afzonderlijk al naar zij betrekking hadden op de periode vóór en na 1 oktober 1972, de datum waarop verordening nr. 3 werd vervangen door verordening nr. 1408/71. Voor de eerste periode zou dit FB 10 260 zijn en voor de tweede periode FB 41 433. Greco kwam van deze beschikking in beroep bij de Arbeidsrechtbank te Charleroi. De rechtbank geeft in de verwijzingsbeschikking te kennen dat de twee periodes verschillend moeten worden beoordeeld. Zij zegt enigszins cryptisch dat zich geen probleem voordoet met betrekking tot de periode vóór 1 oktober 1972, daar de verlaging van Greco's pensioen over de periode in overeenstemming was met de uitspraken van Uw Hof en met de uitspraak van het Hof van Cassatie in de zaak *Vittorino*. Het is uiteraard niet aan mij om in dit raadsel een oplossing te zoeken. Met betrekking tot de tweede periode legt de rechtbank aan het Hof de volgende vraag voor:

„Is het met artikel 12, lid 2, van verordening EEG nr. 1408/71 verenigbaar dat een door een Lid-Staat in het kader van artikel 46, lid 1, toegekend invaliditeitspensioen wordt verminderd doordat het orgaan van een andere Lid-Staat uitkeringen van dezelfde aard heeft vastgesteld, en deze vermindering plaatsvindt op grond van nationale bepalingen van eerstgenoemde Lid-Staat?"

De aan het Hof voorgelegde vraag in de zaak Greco is dus in wezen gelijk aan die in de zaak Mura.

Volgens mij is het zuiver een vraag van interpretatie van artikel 12, lid 2, en ik wil haar als zodanig benaderen.

Er is ten onzent gewezen op twee arresten die op deze vraag van invloed zouden zijn: het arrest *Duffy* (reeds genoemd) en het arrest in de zaak 184/73 *Bestuur van de NAB* t. *Kaufmann* (Jurispr. 1974, blz. 517). Beide gingen over de uitlegging van de eerste zin van artikel 11, lid 2, van verordening nr. 3, die overeenkomt met de eerste zin van artikel 12, lid 2, van verordening nr. 1408/71. Die eerste zin luidt: „de bepalingen inzake vermindering, schorsing of intrekking waarin de wetgeving van een Lid-Staat voorziet ingeval van samenloop van een uitkering

met andere uitkeringen van sociale zekerheid ... zijn op de rechthebbenden van toepassing, zelfs indien het gaat om uitkeringen welke op grond van de wetgeving van een andere Lid-Staat zijn verkregen".

In de zaak *Duffy* ging het om de werking van een bepaling van Frans recht, die slechts de cumulatie van uitkeringen, toegekend krachtens de Franse wetgeving, belette. De vraag was of artikel 11, lid 2, de werking van die bepaling uitbreidde in die zin dat een uitkering toegekend door de Franse wetgeving, ook niet kon worden gecumuleerd met een uitkering toegekend door de Belgische wetgeving.

Volgens 's Hofs oordeel kon artikel 11, lid 2, hiertoe niet worden ingeroepen, indien de begunstigde gerechtigd was tot beide uitkeringen op grond van de betrokken nationale wetgevingen alleen en dus geen beroep behoefde te doen op gemeenschapsrecht om één van beide op te eisen. Dit arrest speelt niet rechtstreeks in de onderhavige zaken waarin het Pensioenfonds zich op artikel 23, lid 1, van het koninklijk besluit beroept op grond dat het naar Belgisch recht en zonder inaanmerkingneming van artikel 12, lid 2, evenzeer betrekking heeft op uitkeringen krachtens een buitenlandse wetgeving als op uitkeringen krachtens de Belgische wetgeving. Maar het arrest *Duffy* kan hier wel indirect spreken, zoals ik aanstonds uiteen zal zetten.

In de zaak *Kaufmann* ging het om een Nederlandse bepaling die op zich alleen was bedoeld om de cumulatie van Nederlandse sociale uitkeringen te voorkomen. Maar Kaufmann kon alleen recht op een Nederlandse uitkering doen gelden door een beroep te doen op het gemeenschapsrecht. De beslissing in deze zaak ging er nu van uit dat artikel 11, lid 2, de werking van die Nederlandse bepaling uitbreidde in die zin dat in dit geval de Nederlandse uitkering niet kon worden gecumuleerd met een Duitse uitkering. Ook dit arrest speelt hier niet rechtstreeks, daar in de onderhavige zaken elk der verzoekers recht heeft op zijn Belgische pensioen zonder een beroep te hoeven doen op het gemeenschapsrecht. Het enige belang van de zaak Kaufmann is haar contrast met de zaak *Duffy*.

De onderhavige zaken gaan niet over de uitlegging van de eerste zin van artikel 12, lid 2, maar van de tweede zin, die de werking van de eerste uitsluit, indien „de betrokkene gelijksoortige uitkeringen bij invaliditeit ... geniet, welke door de organen van twee of meer Lid-Staten overeenkomstig de artikelen 46 ... worden vastgesteld".

Naar mijn mening kan die bepaling om twee redenen niet van toepassing zijn in de onderhavige zaken.

Ten eerste is zij een uitzonderingsbepaling op de eerste zin van artikel 12, lid 2, en kan zij dus alleen van toepassing zijn wanneer die eerste zin a priori van toepassing is. Dit is echter volgens mij niet het geval, omdat verzoekers recht hebben op Belgisch pensioen onafhankelijk van het gemeenschapsrecht. De onderhavige zaken zijn in zover analoog aan de zaak *Duffy*. Ik realiseer mij wel dat in de zaak *Duffy* de betrokkene recht had op haar uitkeringen in zowel Frankrijk als België onafhankelijk van gemeenschapsrecht, terwijl in het onderhavige geval verzoekers hun Italiaanse of Franse pensioenen alleen krachtens het gemeenschapsrecht kunnen verlangen, maar gezien andere uitspraken van het Hof, geloof ik niet dat dit een verschil kan maken voor hun positie in België.

Ten tweede werden de Belgische pensioenen in ieder geval aan verzoekers niet toegekend „overeenkomstig artikel 46", doch krachtens het enkele Belgische recht. Indien men het tegendeel beweert, zoals werd gedaan door verzoekers, de Commissie en de Italiaanse regering, tracht men nieuw leven in te blazen aan de drogreden waarop het hoofdargument van de Rijksdienst voor werknemerspensioenen en de Raad in de zaak *Petroni*

was gebaseerd. (Jurispr. 1975, op blz. 1167). Weliswaar dient ingevolge de eerste alinea van artikel 46, lid 1, het bevoegde orgaan van een Lid-Staat bij de in dat artikel voorgeschreven berekening allereerst het eventuele feitelijke uitkeringsbedrag vast te stellen waartoe de betrokkene gerechtigd is krachtens de wetgeving van die Lid-Staat alleen. Maar dat betekent niet dat de betrokkene zijn recht op die uitkering ontleent aan artikel 46. Anders zou er geen reden zijn om de uitkering niet te onderwerpen aan de verlaging van artikel 46, lid 3. Men kan niet tezelfdertijd stellen dat de uitkering onafhankelijk van artikel 46 is verworven zodat artikel 46, lid 3, niet van toepassing kan zijn, en dat zij is verkregen „in overeenstemming met" artikel 46 voor de toepassing van artikel 12, lid 2.

Ik voel mij gesterkt dat mijn gevolgtrekking overeenstemt met die van de Nederlandse regering en natuurlijk ook met de uitspraken van het Hof in de zaken *Guissart, Mancuso* en *Massonet,* in het bijzonder de beide laatste.

De regeringen van België en van het Verenigd Koninkrijk gaan ervan uit dat artikel 12, lid 2, hier van toepassing was, maar komen tot een verschillende conclusie.

De Belgische regering concludeerde dat indien artikel 46, lid 3, onverenigbaar is met het Verdrag, dit ook moet gelden voor artikel 12, lid 2, omdat anders de volgens de Belgische regering „ongerechtvaardigde" cumulatie van uitkeringen ten gunste van migrerende werknemers door niets zou worden verhinderd. Daar volgens mij artikel 12, lid 2, niet de door de Belgische regering bedoelde werking heeft, behoef ik niet op dit punt door te gaan.

De opmerkingen van het Verenigd Koninkrijk komen erop neer dat de beslissing van het Hof in de zaak *Petroni* onjuist is, althans voorzover zij geldt voor het geval dat de betrokken werknemer recht heeft op een uitkering in één Lid-Staat krachtens de wetgeving van alleen die staat en in een andere Lid-Staat slechts recht heeft op een uitkering via samentelling en pro rata berekening overeenkomstig de artikelen 45 en 46, lid 2, van verordening nr. 1408/71. De gedachte die aan deze laatste stelling ten gronde ligt is duidelijk genoeg, maar het is veel te laat om hieraan de consequentie te willen verbinden dat de Raad een regeling kan treffen voor de verlaging in een dergelijk geval, van de uitkering waarop aanspraak bestaat krachtens alleen nationaal recht. Zoals ik heb trachten uiteen te zetten in de zaak *Petroni* (cf. Jurispr. 1975 op blz. 1166-1167) en in de zaak *Strehl* (cf. Jurispr. 1977 op blz. 221-222), mag de Raad, als hij dit nodig acht, wel een regeling treffen voor de verlaging van een uitkering waarop uitsluitend aanspraak bestaat krachtens gemeenschapsrecht. Van deze bevoegdheid heeft de Raad echter geen gebruik gemaakt, wellicht omdat, zoals blijkt uit de voorbeelden in de bijlage bij de opmerkingen van de Commissie in de zaak *Mura,* de meest extreme gevallen van cumulatie van uitkeringen ten gunste van migrerende werknemers zich voordoen wanneer een werknemer recht heeft op een uitkering in elke betrokken Lid-Staat krachtens de wetgeving van alleen die staat. In dat geval zou de suggestie van het Verenigd Koninkrijk natuurlijk niet opgaan.

De regering van het Verenigd Koninkrijk voert echter één sterk argument aan, dat nauw verwant is aan een argument van de Commissie, namelijk: indien in een situatie als in casu de enige anticumulatiebepalingen welke kunnen worden toegepast, bepalingen van nationaal recht zijn, bestaat er een gevaar van verschil in behandeling van migrerende werknemers tussen de ene Lid-Staat en de andere, naargelang sommige Lid-Staten zulke bepalingen mogelijk niet kennen en andere Lid-Staten wel maar dan van uiteenlopende strekking. Het hiermede verband houdende argument van de Commissie is dat zich een probleem kan voordoen, wanneer in een bepaald geval anticumu-

latiebepalingen in de wetgevingen van verschillende Lid-Staten in beginsel tegelijk van toepassing zijn. Welke moeten dan prevaleren, zo vraagt de Commissie.

Ten deze zou ik vooraf willen opmerken dat het Hof tot taak heeft de gemeenschapshandelingen in casu artikel 12, lid 2, van verordening nr. 1408/71, uit te leggen en niet om die te wijzigen. Indien die handelingen, correct uitgelegd, tot ongewenst geachte uitkomsten leiden, dan ligt de remedie in de handen van de Raad, niet in die van het Hof. Nochtans:

1. Het is geenszins vreemd of ongewoon dat migrerende werknemers in verschillende Lid-Staten verschillend worden behandeld. Zoals het Hof zo vaak heeft uiteengezet, is dat — het Sozialgericht te Augsburg ten spijt — het onvermijdelijk gevolg van het feit dat gemeenschapsrecht (althans tot dusver) niet veel meer dan een coördinatie, en geen harmonisatie, van de verschillende sociale zekerheidsstelsels van de Lid-Staten inhoudt. De zeer grondige en verhelderende opmerkingen van de Commissie in de zaak Mura tonen aan dat het zonder harmonisatie niet mogelijk is aan alle onregelmatigheden een einde te maken.
2. Het feit, dat artikel 12, lid 2, als ik het wel heb, in omstandigheden gelijk in casu de toepassing van nationale anticumulatiebepalingen niet uitsluit, heeft uiteindelijk tot gevolg dat — zoals de Nederlandse regering heeft opgemerkt — een migrerende werknemer in die omstandigheden in iedere Lid-Staat recht heeft op de hoogste uitkering waarop hij recht heeft hetzij krachtens verordening nr. 1408/71, met inachtneming van artikel 46, lid 3, hetzij krachtens de wetgeving van alleen die Lid-Staat, met inachtneming van de daarin vervatte anticumulatiebepalingen.
3. Zoals in de nota van het Raadgevend Comité voor de sociale zekerheid van migrerende werknemers, waarnaar ik heb verwezen, wordt gezegd, is het standpunt te verdedigen dat artikel 7 van verordening nr. 574/72 momenteel een leemte vertoont inzover dit artikel geen oplossing verschaft voor de problemen die voortkomen uit de gelijktijdige toepasselijkheid van verschillende nationale anticumulatiebepalingen, behalve waar artikel 12 van verordening nr. 1408/71 van toepassing is.

Ten slotte is er nog een fundamenteel punt dat door de Commissie naar voren is gebracht. Zij zegt: als het juist is dat — zoals de Nederlandse regering opmerkt en ook ik meen — artikel 12, lid 2, in zaken als de onderhavige de toepassing van nationale anticumulatiebepalingen niet belet, staat het de Lid-Staten vrij om door middel van hun eigen wetgeving precies datgene te bewerkstelligen, wat naar 's Hofs oordeel de Raad niet vermag te bewerkstelligen door middel van artikel 46, lid 3. De vraag is of zulks verenigbaar is met het Verdrag.

Mij dunkt van wel. Het Verdrag bedoelt niet te regelen welke sociale uitkeringen door de wetten van de Lid-Staten mogen worden toegekend aan de werknemers. Het Hof heeft alleen gezegd dat het verdrag de Raad niet de bevoegdheid geeft om aan werknemers rechten te ontnemen, die hun door een Lid-Staat bij de wet worden toegekend. Zoals ik heb opgemerkt in de zaak Strehl (Jurispr. 1977 op blz. 223-224), is de vraag wat een „ongerechtvaardigde" cumulatie van uitkeringen is, een morele of politieke vraag en geen vraag die kan worden beoordeeld naar objectieve wettelijke maatstaven. Het is niet een vraag die de verdragsauteurs hebben willen oplossen en ik zie niets schokkends in de gevolgtrekking dat op dit punt de wetgevers van de Lid-Staten een zekere vrijheid van handelen behouden.

In verband echter met hetgeen wij hier hebben gehoord over de praktische uitwerking van de toepassing van artikel 23, lid 1, van het koninklijk besluit in de zaak Greco zou ik een voorbehoud willen maken. Het zou duidelijk onverenigbaar zijn met het Verdrag, wanneer een Lid-Staat een nationale wettelijke bepaling zo

zou hanteren dat de situatie ontstaat dat iemand die zowel in die Lid-Staat als in een andere heeft gewerkt, na samentelling in feite minder ontvangt dan wanneer hij nooit ergens anders dan in die staat gewerkt had. Dat zou inderdaad discriminatie van een migrerende werknemer inhouden. Daar dit punt hier verder nauwelijks ter sprake is gekomen, zal ik er niet meer over zeggen; wel zoudt U het in Uw uitspraak in de zaken *Mura* en *Greco* kunnen aanroeren.

Samenvattend concludeer ik tot een antwoord in die zin dat wanneer een uitkering is verkregen krachtens de nationale wetgeving van een enkele Lid-Staat, artikel 12 van verordening nr. 1408/71 niet in de weg staat aan een bepaling in die wetgeving tot verlaging van die uitkering ingeval van samenloop met een uitkering verkregen krachtens de wetgeving van een andere Lid-Staat, voorzover die bepaling niet leidt tot discriminatie van een migrerende werknemer.