CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
D. RUIZ-JARABO COLOMER
van 15 mei 2008 [1]

I — Inleiding

1. Zo nu en dan bedenkt de mens categorieën die alleen in de verbeeldingswereld kunnen bestaan. Wanneer zij echter toch levensvatbaar blijken en een eigen leven gaan leiden, is de kans groot dat ze aanleiding geven tot discussies die nergens toe leiden. Dit is in het bijzonder tragisch wanneer deze categorieën een bij uitstek praktische toepassing kennen, zoals in het recht.

2. In de onderhavige zaak staat het Oostenrijkse Verwaltungsgerichtshof (Hooggerechtshof) voor een vraag waarop op zichzelf geen juist antwoord te geven is. Het heeft zich derhalve tot het Hof van Justitie gericht met het verzoek vast te stellen welke de *meest juiste* oplossing is, ook al is het misschien niet de *enig mogelijke.* Het gaat in deze zaak om een socialezekerheidsuitkering die in het licht van verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 [2], op twee verschillende manieren — die beide overtuigen — gekwalificeerd kan worden. De typering op zich vormt echter niet het probleem, maar het door het gemeenschapsrecht nagestreefde doel, dat nauw verweven is met de verwezenlijking van een burgerschap van de Unie, waaraan het Hof in zijn rechtspraak inhoud heeft gegeven.

3. Zoals Hamlet, de eerste existentialist van de moderne tijd, al doorgrondde is het verschil tussen zijn en niet zijn slechts bedrieglijke schijn. [3] Wij moeten derhalve met uiterste precisie te werk gaan om tot een rechtvaardige en rechtens juiste oplossing te komen.

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — Verordening betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (PB L 149, blz. 2).

3 — De idee dat de absolute waarheid niet bestaat, alleen een betrekkelijke waarheid, is afkomstig van de sofisten, die verdedigden dat het onmogelijk is de werkelijkheid via de zintuigen waar te nemen, omdat elk zintuig de wereld op zijn eigen manier duidt. Deze ontgoochelende onvolkomenheid van de waarheid bracht Hamlet tot zijn bekende alleenspraak, waarin hij betoogt dat het verschil tussen zijn en niet zijn voortkomt uit de individuele verbeelding (Rosenberg, M., *The Masks of Hamlet*, Associated University Presses, Londen, 1992, blz. 65-82).

II — Feiten van het hoofdgeding

4. Petersen, een Europees burger met de Duitse nationaliteit, vervulde als werknemer een betrekking in Oostenrijk, het land waar hij woonde. In april 2000 heeft hij bij de Oostenrijkse Pensionsversicherungsanstalt (socialeverzekeringsorgaan) een aanvraag ingediend voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering, die werd afgewezen. Tegen deze afwijzing is hij bij de rechter opgekomen. Terwijl de procedure liep heeft de Arbeitsmarktservice (arbeidsbureau) Petersen een werkloosheidsuitkering bij wijze van voorschot toegekend krachtens § 23 van de Arbeitslosenversicherungsgesetz van 1977 (wet op de werkloosheidsverzekering; hierna: „AIVG"). Met deze uitkering verzekert de Oostenrijkse wetgever aanvragers van een arbeidsongeschiktheidsuitkering die werkloos zijn van een minimuminkomen gedurende de periode waarin hun aanvraag in behandeling is.

5. Nadat het voorschot hem was toegekend, heeft Petersen de Oostenrijkse autoriteiten op de hoogte gesteld van zijn voornemen naar de Duitse Bondsrepubliek te verhuizen, ervan uitgaande dat de uitkering niet zou worden stopgezet of gewijzigd. Maar op 28 oktober 2003 heeft het overheidsorgaan zijn uitkering beëindigd op grond van zijn woonplaatswijziging. Ook tegen deze beslissing is Petersen bij de rechter in beroep gekomen. Die zaak heeft aanleiding gegeven tot het stellen van de onderhavige prejudiciële vragen.

III — Rechtskader

A — *Gemeenschapsrecht*

6. In de door de Oostenrijkse rechter verwezen zaak wordt een in Oostenrijk door een werknemer die daar tot dan toe had gewerkt ontvangen socialezekerheidsuitkering ingetrokken nadat hij naar een andere lidstaat, Duitsland om precies te zijn, was verhuisd. In de verwijzing gaat het bijgevolg om het vrije verkeer van personen, meer bepaald om het vrije verkeer van werknemers. Om te beginnen dienen hier de in casu relevante EG-bepalingen te worden vermeld:

„Artikel 17

1. Er wordt een burgerschap van de Unie ingesteld. Burger van de Unie is een ieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit. Het burgerschap van de Unie vult het nationale burgerschap aan doch komt niet in de plaats daarvan.

2. De burgers van de Unie genieten de rechten en zijn onderworpen aan de plichten die bij dit Verdrag zijn vastgesteld."

„*Artikel 18*

1. 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.

[…]"

„*Artikel 39*

1. Het verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap is vrij.

2. Dit houdt de afschaffing in van elke discriminatie op grond van de nationaliteit tussen de werknemers der lidstaten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden.

3. Het houdt behoudens de uit hoofde van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid gerechtvaardigde beperkingen het recht in om,

a) in te gaan op een feitelijk aanbod tot tewerkstelling;

b) zich te dien einde vrij te verplaatsen binnen het grondgebied der lidstaten;

c) in een der lidstaten te verblijven teneinde daar een beroep uit te oefenen overeenkomstig de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen welke voor de tewerkstelling van nationale werknemers gelden;

d) op het grondgebied van een lidstaat verblijf te houden, na er een betrekking te hebben vervuld, overeenkomstig de voorwaarden die zullen worden opgenomen in door de Commissie vast te stellen uitvoeringsverordeningen.

[…]”

„*Artikel 42*

De Raad stelt volgens de procedure van artikel 251 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 lidstaten verblijven, zullen worden betaald.

[…]”

7. De in artikel 42, lid 3, sub d, bedoelde bepalingen van afgeleid recht staan hoofdzakelijk in verordening nr. 1408/71 [4], waarvan met name de artikelen 4, 10 en 69 van belang zijn voor de onderhavige zaak:

„*Artikel 4*

1. Deze verordening is van toepassing op alle wettelijke regelingen betreffende de volgende takken van sociale zekerheid:

[…]

b) prestaties bij invaliditeit, met inbegrip van die tot instandhouding of verbetering van de verdiencapaciteit;

[…]

4 — Geheel van wetgeving vervangen door verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels (PB L 166, blz. 1).

e) uitkeringen bij arbeidsongevallen en beroepsziekten;

[…]

g) werkloosheidsuitkeringen;

[…]"

„*Artikel 10*

Tenzij in deze verordening anders is bepaald, kunnen de uitkeringen bij invaliditeit, ouderdom of de uitkeringen aan nagelaten betrekkingen, de renten bij arbeidsongevallen of beroepsziekten en de uitkeringen bij overlijden, verkregen op grond van een wettelijke regeling van een of meer lidstaten, 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 lidstaat woont dan die, op het grondgebied waarvan zich het orgaan bevindt dat deze uitkering verschuldigd is.

[…]"

„*Artikel 69*

1. De volledig werkloze werknemer die voldoet aan de in de wettelijke regeling van een lidstaat gestelde voorwaarden voor het recht op uitkering, en die zich naar het grondgebied van een of meer andere lidstaten begeeft om aldaar werk te zoeken, behoudt het recht op deze uitkering onder de hieronder aangegeven voorwaarden en beperkingen:

a) vóór zijn vertrek dient hij gedurende ten minste vier weken na de aanvang van zijn werkloosheid als werkzoekende ingeschreven te zijn geweest en ter beschikking van de diensten voor arbeidsbemiddeling van de bevoegde staat te zijn gebleven. De bevoegde diensten of organen kunnen hem evenwel toestemming geven vóór het verstrijken van deze termijn te vertrekken;

b) hij dient zich als werkzoekende in te laten schrijven bij de diensten voor arbeidsbemiddeling van iedere lidstaat naar het grondgebied waarvan hij zich begeeft en zich aan het aldaar uitgeoefende toezicht te onderwerpen. Voor het aan de inschrijving voorafgaande tijdvak wordt deze voorwaarde geacht te zijn vervuld indien deze inschrijving plaatsvindt binnen een termijn van zeven dagen sedert de datum waarop de betrokkene niet meer ter beschikking stond van de diensten voor arbeidsbemiddeling

van de staat waarvan hij het grondgebied heeft verlaten. In buitengewone gevallen kunnen de bevoegde diensten of organen deze termijn verlengen;

c) het recht op uitkering wordt gehandhaafd gedurende een tijdvak van ten hoogste drie maanden, sedert de datum waarop de betrokkene niet langer ter beschikking stond van de diensten voor arbeidsbemiddeling van de staat waarvan hij het grondgebied heeft verlaten, zonder dat de totale duur waarover uitkering wordt verleend, de duur mag overschrijden, waarover hij krachtens de wettelijke regeling van bedoelde staat recht op uitkering heeft. Deze duur wordt voor seizoenarbeiders bovendien nog beperkt tot de verdere duur van het seizoen waarvoor hij is aangeworven.

[…]"

B — *Nationale rechtsbepalingen*

8. De in deze procedure in geding zijnde socialezekerheidsuitkering wordt geregeld in de AIVG, in het bijzonder in de paragrafen 7, 16 en 23 van deze regeling.

„*§ 7*

1) Recht op een werkloosheidsuitkering heeft hij die:

1. beschikbaar is voor arbeidsbemiddeling;

2. de voorwaarden voor aanspraak vervult;

3. de uitkeringstermijn nog niet heeft overschreden.

2) Voor arbeidsbemiddeling beschikbaar is hij die arbeid kan en mag verrichten (lid 3), arbeidsgeschikt (§ 8), werkwillig (§ 9) en werkloos is (§ 12).

[…]

4) De arbeidsgeschiktheidsvoorwaarde wordt niet gesteld aan werklozen voor wie re-integratiemaatregelen hebben gegolden, die het bij die maatregelen gestelde doel (§ 300, leden 1 en 3, van de Allgemeine Sozialversicherungsgesetz [Algemene wet op de sociale zekerheid]) hebben bereikt en de ingevolge deze maatregel voorgeschreven wachttijd vervuld hebben.

[…]"

„*§ 16*

1) Het recht op een uitkering wordt geschorst gedurende

[…]

g) het verblijf in het buitenland, voor zover niet lid 3 of regelingen op grond van internationale verdragen van toepassing zijn;

[…]

3) Op verzoek van de werkloze kan, zonder dat het recht op uitkering vervalt [§ 18], de schorsing van de overeenkomstig lid 1, sub g, verstrekte werkloosheidsuitkering voor een tijdvak van ten hoogste drie maanden worden opgeheven ingeval van bijzondere omstandigheden en na de Regionalbeirat [regionaal adviesorgaan] te hebben gehoord. Bijzondere omstandigheden zijn omstandigheden die kunnen strekken tot het beëindigen van de werkloosheid, met name wanneer de werkloze zich naar het buitenland begeeft om aldaar aantoonbaar een betrekking te zoeken of om zich daar aantoonbaar bij een werkgever te gaan presenteren of een beroepsopleiding te gaan volgen, dan wel dringende redenen van persoonlijke aard.

[…]"

„*§ 23*

1) Werklozen die een aanvraag hebben ingediend voor toekenning van:

1. een uitkering uit hoofde van hun verzekering tegen gehele of gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid, een overbrug-

gingsuitkering op grond van de wettelijke pensioen- of ongevallenverzekering, dan wel

2. een uitkering uit hoofde van het bereiken van een bepaalde leeftijd krachtens de pensioenverzekering ingevolge het Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, het Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz [wet op de sociale zekerheid voor handel en industrie] of het Bauern-Sozialversicherungsgesetz [wet op de sociale zekerheid voor de landbouwsector], of een bijzondere pensioenuitkering krachtens de Nachtschwerarbeitsgesetz [wet op de zware nachtarbeid],

kan tot op hun aanvraag voor deze uitkeringen is beslist bij wijze van voorschot een werkloosheidsuitkering of een bijstandsuitkering worden toegekend.

2) Voor de bij wijze van voorschot toe te kennen werkloosheidsuitkering of de bijstandsuitkering is vereist dat:

1. onverminderd de arbeidsgeschiktheid, werkwilligheid en bereidheid om te werken, als bedoeld in § 7, lid 3, sub 1, aan de overige voorwaarden voor de toekenning van deze uitkeringen is voldaan;

2. de omstandigheden in aanmerking genomen toekenning van de socialeverzekeringsuitkering waarschijnlijk is;

3. in het geval van lid 1, sub 2, bovendien door het bevoegde pensioenverzekeringsorgaan een verklaring is verstrekt dat een uitkeringsverplichting in beginsel waarschijnlijk niet binnen twee maanden na de ingangsdatum van de uitkering kan worden vastgesteld.

[…]

4) Het uit te keren voorschot is krachtens lid 1, nr. 1, resp. lid 1, sub 2, gelijk aan het bedrag van de reguliere werkloosheidsuitkering (of de bijstandsuitkering) tot ten hoogste eendertigste deel van het gemiddelde bedrag van de uitkeringen met inbegrip van de kinderbijslagen. Zodra het regionaal kantoor van de Arbeitsmarktservice door een schriftelijke mededeling van het socialeverzekeringsorgaan wordt meegedeeld dat de te verwachten uitkering lager zal zijn, dient het voorschot dienovereenkomstig te worden verminderd. Het voorschot wordt in het geval van lid 1, sub 2, met terugwerkende kracht toegekend vanaf de ingangsdatum van de uitkering, mits de aanvrager zijn verzoek binnen veertien dagen na de in lid 2, sub 3, bedoelde overlegging van de verklaring heeft ingediend.

5) Wanneer een regionaal arbeidsbureau een voorschot conform lid 1 of een werkloosheidsuitkering respectievelijk een bijstandsuitkering heeft toegekend, gaat het recht van de werkloze op een uitkering ingevolge lid 1, sub 1, of lid 1, sub 2, voor de duur van hetzelfde tijdvak ter hoogte van het bedrag van de door het regionaal bureau toegekende uitkering, de bijdragen voor de ziektekostenverzekering daarvan uitgezonderd, over op de Bund [de federale overheid], ten gunste van de Gebarung Arbeitsmarktpolitik [de dienst voor het arbeidsmarktbeleid] zodra het regionaal kantoor het socialeverzekeringsorgaan kennis geeft gegeven van de overdracht van dit recht (wettelijke cessie). Deze overdracht geldt slechts voor het bedrag van de nog uit te keren bedragen en is een bevoorrechte schuldvordering.

6) De bijdragen voor de ziektekostenverzekering die gedurende het in lid 5 vermelde tijdvak uit de middelen van de werkloosheidsverzekering zijn uitgekeerd, dienen door de organen voor de verplichte ziektekostenverzekering van het Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger [centrale van de Oostenrijkse socialezekerheidsorganen] te worden terugbetaald en wel onder vergoeding van de in § 73, lid 2, ASVG vermelde renten op de door de pensioenverzekeringorganen ingevolge lid 5 terugbetaalde bedragen.

7) Indien een uitkering krachtens lid 1 niet wordt toegekend, geldt het voorschot voor de duur en het bedrag van de verstrekte uitkering als een werkloosheids-, respectievelijk een bijstandsuitkering, dat wil zeggen dat met name geen eventuele nabetaling van het saldo plaatsvindt en de uitkeringsperiode ingevolge § 18 wordt verkort."

IV — Prejudiciële vragen en procesverloop voor het Hof

9. Tegen bovengeschetste achtergrond heeft het Oostenrijkse Verwaltungsgerichtshof het Hof op 25 april 2007 de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Is er sprake van een ‚werkloosheidsuitkering' in de zin van artikel 4, lid 1, sub g, van [verordening nr. 1408/71], dan wel van een ‚prestatie bij invaliditeit' in de zin van artikel 4, lid 1, sub b, van deze verordening, in het geval van een uitkering in geld uit hoofde van de werkloosheidsverzekering, die aan werklozen die een uitkering wegens verminderde arbeidsgeschiktheid of invaliditeit krachtens de wettelijke pensioen- of ongevallenverzekering hebben aangevraagd, als — later met deze uitkering te verrekenen — voorschot op deze uitkering wordt toegekend tot op het ogenblik van

de beslissing over hun aanvraag, waarbij weliswaar moet zijn voldaan aan de voorwaarden dat de betrokkene werkloos is en zijn wachttijd heeft vervuld, maar niet aan die van de anders voor de werkloosheidsuitkering verder vereiste arbeidsgeschiktheid, werkwilligheid en beschikbaarheid, en die voorts slechts dan wordt toegekend indien de toekenning van uitkeringen krachtens de wettelijke pensioen- of ongevallenverzekering op grond van de feiten ter zake waarschijnlijk is?

2) Indien het antwoord op deze vraag luidt dat de daarin genoemde uitkering een ‚werkloosheidsuitkering' in de zin van artikel 4, lid 1, sub g, van verordening nr. 1408/71 is, staat artikel 39 EG dan in de weg aan een bepaling van nationaal recht volgens welke de aanspraak op deze uitkering wordt geschorst wanneer de werkloze zich in het buitenland (in een andere lidstaat) bevindt (behoudens het geval dat deze schorsing op verzoek van de werkloze onder ter zake dienende omstandigheden voor ten hoogste drie maanden ongedaan wordt gemaakt)?"

10. Het prejudicieel verzoek is op 9 mei 2007 ingekomen bij de griffie van het Hof.

11. Petersen, de Duitse, de Oostenrijkse, de Spaanse en de Italiaanse regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

12. Ter terechtzitting van 3 april 2008 zijn de procesvertegenwoordiger van Petersen alsmede de vertegenwoordigers van de Oostenrijkse regering en van de Europese Commissie verschenen om hun opmerkingen mondeling toe te lichten.

V — Onderzoek van de prejudiciële vragen

A — *Preliminaire toelichting: het burgerschap van de Unie en de criteria voor verbondenheid met een gemeenschap in de rechtspraak van het Hof*

1. De burgerschapsbepalingen en de wijze waarop er in de rechtspraak vorm aan wordt gegeven

13. De opgeworpen vragen hebben betrekking op het vrije verkeer van werknemers, maar uiteindelijk gaat het in dit geschil, zoals meestal in dit soort zaken, om Europese burgers die gebruik maken van hun recht van vrij verkeer. Wanneer de burgerschapsnotie mede tot uitgangspunt wordt genomen, wordt het geschil niet meer uitsluitend door het kader van artikel 39 EG bepaald, dan gaan ook andere bepalingen van het Verdrag een rol spelen, met name de artikelen 17 en 18 EG, waarvan de inhoud nog niet volledig is uitgekristalliseerd in de rechtspraak van het Hof.

14. De deelnemers aan deze prejudiciële procedure onderkennen allen het belang van het in het EG-Verdrag neergelegde burgerschap. Petersen zowel als de Commissie en de Duitse en de Spaanse regering hebben zich ter verdediging van hun standpunten op artikel 18 EG beroepen. De artikelen 17 en 18 EG zijn echter algemene bepalingen die slechts toepasselijk zijn voor zover er geen specifieke bepalingen van toepassing zijn. Dit doet zich voor in de onderhavige zaak, waarin een werknemer het recht van vrij verkeer uitoefent en zich op artikel 39 EG beroept om zijn rechten tegenover een lidstaat tot gelding te brengen.

15. In de rechtspraak van het Hof zijn de laatste jaren belangwekkende stappen voorwaarts gezet op dit gebied. Sinds het arrest Martínez Sala [5] heeft het Europees burgerschap een ongekend hoge vlucht genomen; het is tot een van de meest vooraanstaande thema's op de agenda van het Hof geworden, dat er na de invoering van het tweede deel van het EG-Verdrag in 1992 in is geslaagd zich tot tolk te maken van de wil van de kiezer, door de burger die zich verplaatst een ruimere rechtspositie toe te kennen dan die waarover het economisch actieve individu beschikt. [6] Langzaam maar gestaag is de gemeenschapsrechtelijke bescherming uitgebreid tot individuen die aanvankelijk buiten de werkingssfeer van de verdragen vielen, zoals studenten [7], aanvragers van uitkeringen [8] of onderdanen van derde staten

5 — Arrest van 12 mei 1998 (C-85/96, Jurispr. blz. I-2691).

6 — De historische analyse van de onderhandelingen die hebben geleid tot het opnemen van het Europees burgerschap in het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, in O'Leary, S., *The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, Kluwer Law International, Den Haag, 1996, blz. 23-30, is zeer lezenswaardig.

7 — Arresten van 15 maart 2005, Bidar (C-209/03, Jurispr. blz. I-2119), en 23 oktober 2007, Morgan en Bücher (C-11/06 en C-12/06, Jurispr. blz. I-9161).

8 — Arresten van 20 september 2001, Grzelczyk (C-184/99, Jurispr. blz. I-6193), en 26 oktober 2006, Tas-Hagen en Tas (C-192/05, Jurispr. blz. I-10451).

die een nauwe band hebben met een burger van een lidstaat van de Unie. [9] Het Hof heeft, om het wat kernachtiger uit te drukken, *homo oeconomicus* omgevormd tot *homo civitatis*. [10]

16. Ik heb een aantal malen mijn visie mogen geven op de redengevende gronden voor deze met veel durf maar ook trefzeker ter hand genomen ontwikkeling ter versterking van de individuele positie van de burger, waarbij de discussie over de inreisbelemmeringen en de discriminatie naar de achtergrond zijn gedrongen. [11] Advocaat-generaal Jacobs betoogt in de zaak Konstantinidis met recht: „een gemeenschapsonderdaan die als werknemer of als zelfstandige […] naar een andere lidstaat gaat, is […] niet alleen gerechtigd zijn vak of beroep uit te oefenen en dezelfde levensomstandigheden en arbeidsvoorwaarden te genieten als de onderdanen van de ontvangende staat; hij mag er bovendien van uitgaan dat, waar hij ook gaat in de Europese Gemeenschap om de kost te verdienen, hij volgens een gemeenschappelijke code van fundamentele waarden zal worden behandeld, in het bijzonder de waarden die zijn neergelegd in het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens. Met andere woorden, hij heeft het recht om te zeggen *civis europeus sum* en zich op die status te beroepen om op te komen tegen elke schending van zijn fundamentele rechten." [12]

17. Al gaat het in de aangehaalde conclusie van advocaat-generaal Jacobs in hoofdzaak om de mogelijkheid zich te beroepen op de fundamentele rechten van de Unie, de uitgangspunten van zijn argumentering zijn mijns inziens door het Hof aanvaard. [13] Zaken als Carpenter [14], Baumbast [15], Bidar [16], Tas-Hagen [17] of Morgan [18] dragen duidelijk het stempel van de bescherming van het individu, een bijzondere aandacht voor de behartiging van de rechtspositie van de persoon die aanspraak maakt op een in de verdragen gewaarborgd recht, waarvan voorheen amper een glimp te bespeuren was. Het vrije verkeer van personen neemt zo een eigen identiteit aan die eerder op grondwettelijke dan op puur wettelijke basis is geschoeid en wordt

9 — Arresten van 11 juli 2002, Carpenter (C-60/00, Jurispr. blz. I-6279), en 17 september 2002, Baumbast en R (C-413/99, Jurispr. blz. I-7091).

10 — De uitgevers van het tijdschrift *Common Market Law Review* onderzoeken in nummer 1, jaargang 45, 2008, blz. 2 en 3, de ontwikkeling in de arresten in deze context en stellen vast dat de verschillen tussen al dan niet economisch actieve individuen of tussen zuiver nationale en communautaire economische ordes, evenals de logica van de discriminatie van artikel 12 EG aan kracht hebben ingeboet. Geleidelijk aan is de in de artikelen 17 en 18 EG neergelegde burgerschapsnotie tot ontwikkeling gekomen als een nieuw instrument ter bevordering van de integratie.

11 — Conclusie in de zaken met arrest van 17 juni 1997, Shingara y Radiom (C-65/95 en C-111/95, Jurispr. blz. I-3343, punt 34), en 16 september 2004, Baldinger (C-386/02, Jurispr. blz. I-8411, punt 25). In dezelfde zin de punten 56-74 van mijn conclusie in de zaak Collins (arrest van 23 maart 2004, C-138/02, Jurispr. blz. I-2703), en de punten 37-68 van mijn conclusie in de zaak Morgan en Bücher (arrest vermeld in voetnoot 7).

12 — Conclusie van 9 december 1992 in de zaak Konstantinidis (arrest van 30 maart 1993, C-168/91, Jurispr. blz. I-1191, punt 46).

13 — Het Hof heeft de advocaat-generaal niet gevolgd in zijn specifieke advies in de conclusie, de eraan ten grondslag liggende filosofie echter wel aanvaard, want het geheel van de door Jacobs geformuleerde ideeën is verder ontwikkeld door advocaat-generaal Poiares Maduro in zijn conclusie in de zaak Centro Europa 7, van 12 september 2007 (arrest van 31 januari 2008, C-380/05, Jurispr. blz. I-349, punten 16-22).

14 — Arrest aangehaald in voetnoot 9.

15 — Arrest aangehaald in voetnoot 9.

16 — Arrest aangehaald in voetnoot 7.

17 — Arrest aangehaald in voetnoot 8.

18 — Arrest aangehaald in voetnoot 7.

aldus tot een vrijheid met een nagenoeg fundamenteelrechtelijke dynamiek. [19]

18. In het licht van deze rechtspraak wekt het geen verbazing dat het Hof zijn beslissingen betreffende de vrijheid van verkeer van werknemers steeds vaker op de artikelen 17 en 18 EG grondt. Sommige advocaten-generaal, die wat orthodoxer te werk gaan, verdedigen het standpunt dat bij beslissingen over werknemerskwesties uitsluitend artikel 39 EG aan de orde kan zijn. Het Hof heeft echter de mogelijkheid om de burgerschapsbepalingen en die betreffende het verkeer van werknemers tegelijkertijd toe te passen vergroot. Ik acht deze benadering in overeenstemming met de bestaande rechtspraak op dit gebied, maar het resultaat dat ermee bereikt wordt is niet altijd even duidelijk of overtuigend. Dat zij soms tekortschiet blijkt bij nadere beschouwing van een aantal recente arresten van het Hof.

19. In de zaak Commissie/Bondsrepubliek Duitsland [20] werd het oordeel van het Hof gevraagd over een subsidie op onroerend goed die aan personen die onbeperkt inkomstenbelastingplichtig zijn werd toegekend mits het onroerend goed op Duits grondgebied was gelegen. Het Hof stelde vast dat de Bondsrepubliek Duitsland de op haar rustende verplichtingen van het gemeenschapsrecht niet was nagekomen, maar achtte een dubbele schending aanwezig: enerzijds werden de artikelen 39 en 43 EG geschonden wanneer de belastingplichtigen een economische activiteit uitoefenden, anderzijds werd artikel 17 EG geschonden wanneer de particulier niet economisch actief was. [21] Advocaat-generaal Bot stelt in zijn conclusie in deze zaak uitsluitend een schending vast van de genoemde artikelen 39 en 43 EG. Zijns inziens hoeft in dit soort zaken niet op de gevolgen van de burgerschapsbepalingen te worden ingegaan. [22] Het Hof zag het anders.

20. In het arrest Silke Gaumain-Cerri [23] heeft het Hof bij het onderzoek van een woonplaatsvereiste voor de toekenning van een socialeverzekeringsuitkering aan personen die hulpbehoevenden verzorgen, de toepasselijkheid van verordening nr. 1408/71 bevestigd, dat wil derhalve zeggen die van het afgeleide recht op het gebied van de sociale zekerheid, al heeft het wel, gezien de onzekerheid over de kwalificatie van de betrokkenen wier zorgverleningsdiensten niet in alle opzichten aan het gemeenschapsrechtelijke begrip „werknemer" voldeden, de in die zaak aan de orde zijnde bepalingen extensief moeten uitleggen. Vóór het toekwam aan de

19 — Spaventa, E., „Seeing the wood despite the trees? On the scope of Union citizenship and its constitutional effects", in *Common Market Law Review*, nr. 45, 2008, blz. 40, heeft deze benadering van de burgerschapsthema's beschreven en merkt op dat „the national authorities must take into due consideration the personal situation of the claimant so that even when the rule in the abstract is compatible with Community law, its application to that particular claimant might be contrary to the requirements of proportionality or fundamental rights protection. […] This qualitative change is of constitutional relevance both in relation to the Community's own system, and in relation to the domestic constitutional systems" (dat „de nationale autoriteiten goed oog moeten hebben voor de persoonlijke situatie van de klager, zodat, zelfs wanneer de rechtsregel in abstracto verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, de toepassing ervan op die klager in het bijzonder in strijd zou kunnen zijn met de evenredigheidsvereisten of de grondrechtenbescherming. […] Deze positieve ontwikkeling is van fundamenteelrechtelijk belang, zowel met betrekking tot het stelsel van de Gemeenschap zelf als met betrekking tot de nationale grondwettelijke stelsels").

20 — Arrest van 17 januari 2008 (C-152/05, Jurispr. blz. I-39).

21 — Arrest Commissie/Bondsrepubliek Duitsland, aangehaald in de vorige voetnoot, punten 29 en 30.

22 — Conclusie van 28 juni 2007 in de zaak Commissie/Bondsrepubliek Duitsland, aangehaald in voetnoot 20.

23 — Arrest van 8 juli 2004 (C-502/01 en C-31/02, Jurispr. blz. I-6483).

kwalificatie, waarvan de beslissing in deze zaak mede afhing, stelde het Hof vast dat het woonplaatsvereiste onrechtmatig was, zonder dat „een uitspraak behoeft te worden gedaan over de vraag of de betrokken derden al dan niet werknemer in de zin van artikel 39 EG of van verordening nr. 1408/71 zijn. Het staat namelijk vast dat in de hoofdgedingen die derden het door artikel 17 EG verleende burgerschap van de Unie hebben." [24]

21. Het is derhalve van geen belang of de zorgverleners aan hulpbehoevenden al dan niet „werknemer" waren, aangezien de bescherming van het gemeenschapsrecht te ontlenen was aan artikel 39 EG (en de bepalingen van afgeleid recht ter uitvoering ervan) dan wel aan artikel 17 EG. Evenmin als in de zaak Commissie/Bondsrepubliek Duitsland aanvaardde het Hof de stelling van zijn advocaat-generaal, die na een uitvoerige bespreking van de verschillende aspecten van de arbeidssituatie van personen die zorg verlenen aan hulpbehoevenden, vaststelt dat zij „werknemers" zijn in de zin van het gemeenschapsrecht. [25]

22. In de aangehaalde arresten ging het om personen die zich tegenover hun eigen staat op gemeenschapsrechtelijke bepalingen beriepen, wat de toepassing van artikel 17 EG rechtvaardigde, waarin slechts wordt bepaald dat de burgers van de Unie „de rechten [genieten] en zijn onderworpen aan de plichten die bij dit verdrag zijn vastgesteld". Voor artikel 18 EG, waarin het recht is vastgelegd om vrij op het grondgebied van de lidstaten te reizen en te verblijven, geldt een op dezelfde wijze afgebakende werkingssfeer. Deze bepaling, die in hoofdzaak is gericht op onderdanen van lidstaten die rechten inroepen tegenover andere lidstaten dan die waarvan zij onderdaan zijn, is geleidelijk aan ook steeds meer in de artikelen 39 EG, 43 EG en 49 EG doorgedrongen.

23. In het arrest Baumbast mocht een Duitser, die in het Verenigd Koninkrijk gebruik had gemaakt van zijn recht op vrij verkeer en verblijf, op grond van artikel 18 EG [26] in die staat blijven wonen. In de zaak Trojani heeft het Hof geoordeeld dat een Fransman die maar kort in België had verbleven, hoewel hij niet de hoedanigheid van economisch actief werknemer had (dat liet het ter beoordeling over aan de nationale rechter), toch aanspraak kon maken op de bescherming van het hiervoor vermelde artikel 18 EG. [27] In het arrest Schwarz heeft het Hof zijn rechtspraak in deze zin voortgezet en de toepassing van artikel 49 EG of van artikel 18 EG aan de nationale rechter overgelaten, maar wel in beide gevallen een inbreuk vastgesteld. [28] Deze scheiding levert kortom, al is er, waar het gaat om het onderscheiden van de werkingssfeer van de artikelen betreffende het burgerschap van

24 — Arrest Gaumain-Cerri, aangehaald in de vorige voetnoot, punten 32 en 33.

25 — Conclusie van advocaat-generaal Tizzano van 2 december 2003 in de zaak Gaumain-Cerri (arrest aangehaald in voetnoot 23).

26 — Arrest Baumbast en R, aangehaald in voetnoot 9.

27 — Arrest van 7 september 2004, Trojani (C-456/02, Jurispr. blz. I-7573).

28 — Arrest van 11 september 2007, Schwarz en Gootjes-Schwarz (C-76/05, Jurispr. blz. p. I-6849).

de Unie en het vrij verkeer een vrij klinische aanpak te bespeuren, in de praktijk niet veel verschil in gevolg op. Het Hof gaat met gestage tred voort op het pad dat voert tot de bewerkstelliging van een consistent niveau van bescherming van het recht van vrij verkeer van personen en bedient zich daartoe van de burgerschapsbepalingen als waardevol instrument.

24. In dit kader verdienen enkele theorieën bespreking om een dogmatische grondslag te ontwikkelen die tot het oplossen van deze zaak kan leiden en duidelijke richtsnoeren kan bieden voor toekomstige zaken. Het instrument van de prejudiciële procedure brengt de bijzondere omstandigheden van een concreet geval en de eisen gesteld aan een rechtspraak voor een gemeenschap van vijftig miljoen burgers, die zowel antwoorden verlangen op individuele als op universele vragen, met elkaar in overeenstemming. Om hierin te kunnen voorzien leg ik het Hof een methodische benadering van de burgerschapsbepalingen voor die tegelijkertijd een oplossing biedt voor de zaak Petersen en richting kan geven bij het oplossen van veel van de zaken die zich de komende jaren in de Unie zullen voordoen.

2. Het vrije verkeer van vrije burgers in een Unie van het recht

25. Dit Hof heeft de aanzet gegeven tot een belangrijke ontwikkeling in de visie op het burgerschap van de Unie dat in de oprichtingsverdragen van 1992 door de lidstaten is ingevoerd. Aan deze ontwikkeling liggen twee drijfveren ten grondslag die criteria verschaffen om de rechtspraak samenhang en effectiviteit te verlenen: aan de ene kant de doorwerking van de grondrechten, en aan de andere kant de vormgeving van een democratische identiteit in de Europese politieke gemeenschap.

26. In de aanvang heeft de notie van het Europees burgerschap, zoals die tot uitdrukking is gebracht in het tweede deel van het EG-Verdrag, aan de bepalingen ter verzekering van het vrije verkeer veeleer een symbolische dan een daadwerkelijke bescherming verleend. Met het openen van nieuwe wegen voor deelname aan de lokale democratische processen of de diplomatieke en consulaire bescherming werd de burger een hoedanigheid verschaft die haar grenzen leek te vinden in de artikelen 17 EG tot en met 22 EG. [29] Maar het Hof heeft zich er rekenschap van gegeven dat de vrijheid van verkeer grote beperkingen kende. Deze onvolkomenheid leidde vaak tot aperte onrechtvaardigheden jegens de geadresseerde van de door de communautaire rechtsorde verleende rechten. Welbekende zaken als Martínez Sala, Baumbast of Carpenter stelden het Hof voor een moeilijk dilemma: wanneer het de bepalingen betreffende het vrij verkeer strikt toepaste zou het daarmee over de rechtzoekenden een onverdraaglijk lot afroepen; wanneer het daarentegen de bescherming

29 — Closa, C., „The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union", *Common Market Law Review* nr. 29, 1992, blz. 1140-1146.

verder uitbreidde dan deze vrijheid, zou het de werkingssfeer van de verdragen zo ver kunnen verruimen dat de consequenties niet meer te overzien zijn. Om beide mogelijkheden uit de weg te gaan heeft het Hof de notie van het burgerschap van de Unie van de artikelen 17 en 18 EG te baat genomen om de vrijheden een hoogwaardiger invulling te geven. [30]

27. Deze nieuwe benaderingswijze dient mijns inziens in de volgende zin te worden begrepen: de burgerschapsnotie, die de erkenning van een *juridische status van het individu* inhoudt, verplicht de lidstaten tot een *bijzondere behartiging van de rechtspositie van het individu*. Hierbij is de rol van de fundamentele rechten van essentieel belang. De fundamentele rechten maken wezenlijk deel uit van het burgerschapsstatuut en versterken als zodanig de rechtspositie van de persoon, in die zin dat zij op beslissende wijze richting geven aan het vinden van de juiste oplossing in het concrete geval. Als drager van de hem uit hoofde van zijn vrijheidsrecht toekomende fundamentele rechten kan de Europese burger zijn aanspraken een grotere legitimiteit verschaffen. Zelfs wanneer er in een concreet geval geen fundamentele rechten in het geding zijn maar er wel sprake is van een aperte onrechtvaardigheid wordt een strenge evenredigheidstoets uitgevoerd. [31] Deze zienswijze dwingt tot een herinterpretatie van de vrijheid van verkeer wanneer de ertoe gerechtigden de in de artikelen 17 EG en 18 EG erkende hoedanigheid hebben.

28. Het *vrij verkeer van personen* wordt zo tot een *verkeer van vrije personen*, een nietonaanzienlijke perspectiefwisseling, want het accent verschuift van het verkeer naar het individu.

29. Waar de fundamentele rechten een individuele dimensie toevoegen, richt het democratisch element zich meer op de voor-

30 — Besselink, L., „Dynamics of European and national citizenship: inclusive or exclusive?", *European Constitutional Law Review*, nr. 3, I, 2007, blz. 1 en 2; Castro Oliveira, Á., „Workers and other persons: step-by-step from movement to citizenship — Case Law 1995-2001", *Common Market Law Review*, 39, 2002; Dougan, M. & Spaventa, E., „Educating Rudy and the (non-)English patient: A double-bill on residency rights under Article 18 EC", nr. 28, *European Law Review*, 2003, blz. 700-704; Martin, D., „A Big Step Forward for Union Citizens, but a Step Backwards for Legal Coherence", *European Journal of Migration and Law*, 2002, nr. 4, blz. 136-144; O'Leary, S., „Putting flesh on the bones of European Union citizenship", nr. 24, *European Law Review*, 1999, blz. 75-79, Shaw, J. & Fries, S., „Citizenship of the Union: First Steps in the European Court of Justice", nr. 4, *European Public Law*, 1998, blz. 533.

31 — Spaventa, E., op. cit., blz. 37 en 38, onderzoekt de rechtspraak van het Hof betreffende het burgerschap in zuiver nationale situaties en betoogt dat: „either one argues that the Court has gone too far in say Baumbast, Bidar, and also Carpenter, or there is a challenging argument to be made as to why crossing a border should make such a difference to claimants' rights" („ofwel is men van mening dat het Hof te ver is gegaan in zaken als Baumbast, Bidar en ook in Carpenter, of men kan met recht de vraag stellen waarom het overschrijden van een grens zoveel verschil moet maken voor de rechten van klagers"). Strikt toegepast kan dit onderscheid, paradoxaal genoeg, tot onrechtvaardige consequenties leiden. Dit is nu juist wat het Hof in zijn meest recente rechtspraak probeert te vermijden.

waarden voor het deel uitmaken van een politieke gemeenschap. Terwijl de vrijheid van verkeer zich heeft beperkt tot het wegnemen van belemmeringen en het uitbannen van ongelijke behandeling, bleef daarbij onderbelicht dat het individu dat zich verplaatst tot een gemeenschap van herkomst behoorde: de staat waarvan hij onderdaan is. Dit gegeven zou op zich rechtvaardigen dat de verantwoordelijkheid voor zijn onderdanen bij de eigen lidstaat ligt, waardoor de solidariteit van de staat slechts diegenen dient te gelden die een economische bijdrage leveren en deelhebben aan de vorming van de *polis*. [32]

30. Het Hof heeft deze puur statelijke visie overstegen en in het gemeenschapsacquis een beter bij de aard van het Europese burgerschap afgestemde nuancering aangebracht. [33] In zijn rechtspraak is een afnemend overwicht te onderkennen van de verantwoordelijkheden en de verplichtingen van de staat van herkomst ten gunste van de ontvangende staten. [34] Een lidstaat kan zodoende een Europese burger niet onverzorgd aan zijn lot overlaten omdat hij formeel niet op het grondgebied van die staat

32 — Deze dimensie manifesteert zich op geheel eigen wijze in de sociale politiek, als een bijzonder instrument voor de bevordering van de integratie. Hantrais, L., *Social policy in the European Union*, St. Martin's Press, New York, 1995, blz. 34-42, en Majone, G., „The EC Between Social Policy and Social Regulation", *Journal of Common Market Studies*, 31, nr. 2, 1993. Speciale vermelding verdient het bekende rapport Pintasilgo, in 1996 door een comité van wijze mannen uitgebracht onder de titel *Voor een Europa van burgerlijke en sociale rechten*, dat eveneens wijst op het belang van de uitoefening van de sociale politiek als integratie-instrument.

33 — Het duidelijkste voorbeeld van deze breuk met de aan de staatsgrenzen gebonden democratische bindingselementen is te zien in het arrest van het Hof van 12 september 2006, Spanje/Verenigd Koninkrijk (C-145/04, Jurispr. blz. I-7917), waarin het ging om de geoorloofdheid van een wettelijke regeling van het Verenigd Koninkrijk die erin voorzag dat onderdanen van derde staten die identiteitsbanden hadden met het Verenigd Koninkrijk mochten deelnemen aan de verkiezingen voor het Europees Parlement. Het Hof heeft de rechtmatigheid van deze maatregel in ampele bewoordingen bevestigd en overwogen dat de band die de burger met zijn nationale staat verbindt zijn deelname aan andere democratische processen in andere politieke gemeenschappen niet uitsluit. In punt 78 van het arrest neemt het Hof gedecideerd stelling: „Ingevolge al deze overwegingen behoort de vaststelling van wie het actief en passief kiesrecht heeft, bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht, tot de bevoegdheid van elke lidstaat, onder eerbiediging van het gemeenschapsrecht, en verzetten de artikelen 189 EG, 190 EG, 17 EG en 19 EG zich er niet tegen dat de lidstaten dit actief en passief kiesrecht toekennen aan bepaalde personen die nauwe banden met hen hebben, en die niet hun eigen onderdanen dan wel op hun grondgebied verblijvende burgers van de Unie zijn". Hoe het hiermee in de nationale context is gesteld, waar het democratisch proces individuen kan betreffen zonder vertegenwoordiging, en vice versa, Presno Linera, M.A., *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003, blz. 155-172.

34 — Hier verdient opmerking dat het Hooggerechtshof van de Verenigde Staten deze opvatting al in een langjarige rechtspraak aanhangt, in het bijzonder sinds de goedkeuring van Amendement XIV, dat, zoals bekend, is gebaseerd op het arrest Dred Scott c. Sandford (60 U.S. [19 How.] 393 [1856]) en de laatste burgeroorlog, die van 1861 tot 1865 de jonge federatie van staten in een bloedbad veranderde. Dit amendement bepaalt „all persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States" („Alle personen, geboren of genaturaliseerd in de Verenigde Staten en aan hun jurisdictie onderworpen, zijn burgers van de Verenigde Staten en van de staat waarin zij wonen. Geen staat zal enige wet maken of afdwingen die de voorrechten of immuniteiten van burgers van de Verenigde Staten beknot"). Het is veelbetekenend dat het Hooggerechtshof zich zelfs nu nog, bijna anderhalve eeuw na de goedkeuring van deze rechtsbepaling, keer op keer moet uitspreken tegen federale bepalingen die woonplaatsvereisten stellen aan personen die een recht willen uitoefenen. In het recente arrest Saenz c. Roe, 526 U.S. 489 (1999), heeft het Hooggerechtshof een Californische wet in strijd met de grondwet verklaard die het recht op een socialezekerheidsuitkering uitsloot voor personen die niet tenminste twaalf maanden in die staat hadden gewoond. Met twee stemmen tegen overwoog het Hooggerechtshof dat deze maatregel niet verenigbaar was met de vrijheid van verkeer van elke Amerikaanse staatsburger. Zie in dit verband, al heeft hij zijn artikel geschreven vóór het zo-even aangehaalde arrest werd gewezen, de erudiete uiteenzetting van Warren, E., „Fourteenth Amendment: Retrospect and Prospect", en Schwartz, B. (uitg.), *The Fourteenth Amendment*, New York University Press, New York, 1970, blz. 216 e.v.

woonachtig is, wanneer hij binnen de grenzen van die staat woont en werkt. [35] Zo moeten de staten ook, zelfs wanneer dat een belasting voor de nationale economie betekent, alle Europese burgers, ongeacht hun nationaliteit of hun woonplaats, dezelfde diensten verlenen wanneer zij aantonen dat zij vergelijkbare werkzaamheden verrichten als degenen die wél een band hebben met de politieke gemeenschap van die staat. [36] Dit geldt temeer wanneer de Europese burger aantoont dat hij niet ten laste van de ontvangende staat komt, ongeacht de wijze waarop hij zijn inkomen verwerft of het burgerschap heeft verkregen. [37]

31. De opneming van de Europese burger in de politieke gemeenschap vindt derhalve zijn rechtvaardiging in de notie van het behoren tot een gemeenschap, in materiële zin, los van welke administratieve eis dan ook. [38] Door het vervagen van de identiteitsbanden met één staat in het bijzonder en het aanknopen van nieuwe banden met andere staten, komt een verbond tot stand binnen een meeromvattende ruimte. Op deze wijze wordt vorm gegeven aan die notie van *Europees burgerschap* ter versterking waarvan de verdragen in hoge mate aanzetten. Rechter Benjamín Cardozo heeft dit op onnavolgbare wijze verwoord in het arrest Baldwin tegen G.A.F. Seelig, waarin hij, sprekend over de Grondwet van de Verenigde Staten van Amerika benadrukte dat deze „was vormgegeven op basis van de gedachte dat de volken van de verschillende staten samen moeten werken of ten onder gaan en dat het geluk en het heil tenslotte in de eenheid en niet in de verscheidenheid liggen". [39]

35 — Arrest Grzelczyk, aangehaald in voetnoot 8.

36 — Arrest Bidar, aangehaald in voetnoot 7.

37 — Arrest van 19 oktober 2004, Zhu en Chen (C-200/02, Jurispr. blz. I-9925).

38 — Wat daartegenover uitsluit dat iemand tot een gemeenschap kan gaan behoren die de burgerschapsbepalingen uitsluitend instrumenteel gebruikt, zonder dat hij aantoont enige band te hebben met een politieke gemeenschap, zoals het geval was in de zaak Collins (arrest van 23 maart 2004, Collins, C-138/02, Jurispr. blz. I-2703).

39 — Baldwin c. G.A.F. Seelig, Inc., 294 U.S. 522, 523 (1935).

32. De incorporatie van de fundamentele rechten enerzijds en de band met de staat waarin de burger daadwerkelijk is opgenomen anderzijds verlenen de rechtspraak zodoende een grondwettelijke dimensie. Zo wordt de positie van de vrije burger in het democratische bestel van de Unie gewaarborgd, een perspectief dat in het teken staat van een waarlijke rechtsunie, waarin de bepalingen van het recht, in het bijzonder die van de verdragen, de individuele vrijheid en de democratische gelijkheid verzekeren. [40]

3. Vrijheden en burgerschap: criteria voor samenleving in een gemeenschap

33. Op grond van hetgeen ik hiervoor heb uiteengezet, zou ik het Hof willen aanbevelen het burgerschap van de Unie verder te blijven versterken, maar de rechtsbeschermingsmechanismen te verfijnen, want soms zijn er bezwaren in te brengen tegen de wijze waarop de verdragen worden toegepast. In die zin acht ik het hoogst noodzakelijk de werkingssfeer van de artikelen 17 EG en 18 EG nauwkeurig te bepalen om de inhoud van het Europees burgerschap duidelijk te omschrijven, vooral wanneer het feiten betreft die betrekking hebben op het vrije verkeer van personen, hetzij werknemers hetzij werkgevers.

40 — Ik ontleen de uitdrukking „rechtsunie" aan het werk van Rideau, J., „L'incertaine montée vers l'Union de droit", *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuités et avatars européens*, LGDJ, Parijs, 2000, blz. 1.

34. Dit Hof heeft heel precies uiteengezet welke de werkingssfeer is van de vrijheid van verkeer van werknemers (artikel 39 EG), van de vrijheid van vestiging (artikel 49 EG) en van het vrij verrichten van diensten (artikel 49 EG). En toch blijven er, ondanks de voortgaande ontwikkeling in de rechtspraak nog steeds twijfels bestaan over de situaties waarin een beroep kan worden gedaan op deze verdragsbepalingen, ofwel omdat de betrokkene geen werknemer in strikte zin is, dan wel omdat hij niet economisch actief is. Onder deze omstandigheden zouden de artikelen 17 EG en 18 EG aan de orde zijn als sluitstuk van het stelsel ter bescherming van de burger die zich verplaatst, wanneer hij die bescherming niet of slechts in beperkte mate aan andere bepalingen kan ontlenen, zowel als gevolg van het ontbreken van harmonisatie op dit gebied als op grond van de bijzonderheden van de zaken die zich in deze sfeer voordoen.

35. Tegelijkertijd is er ook een zekere doublure te bespeuren in de rechtspraak, die bij het onderzoek van de zaken veelal onderscheid maakt tussen het burgerschaps- en het vrijhedencomplex, om ze vervolgens op precies dezelfde wijze te behandelen. Dat is bijvoorbeeld het geval in de eerder aangehaalde arresten Schwarz en Commissie/Bondsrepubliek Duitsland, die zowel een scheiding alsook een uniformiteit van inhoud en gevolg te zien geven. Wanneer deze gelijkheid meer materieel dan formeel van aard is, lijkt het mij niet zinvol onderscheiden werkingssferen te blijven hanteren.

36. Ik geef het Hof derhalve in overweging deze zaak te beoordelen in samenhang met de vrijheid van werknemers en werkgevers (artikelen 39 EG, 43 EG en 49 EG), met inachtname van de bijzonderheden van het geval. Zo er een verband zou zijn met de fundamentele rechten of met de democratische factoren van verwevenheid met de politieke gemeenschap, zou die vrijheid dienen te worden uitgelegd in het licht van de artikelen 17 EG en 18 EG om de Europese burger de maximale bescherming te bieden.

37. Zouden daarentegen de artikelen 39 EG, 43 EG en 49 EG in casu niet van toepassing blijken, dan stel ik het Hof voor aan de artikelen 17 EG en 18 EG twee beschermingsniveaus te onderscheiden: wanneer de hierboven vermelde omstandigheden betreffende vrijheid en democratie de facto aanwezig zijn, wordt de burger het hoogste niveau van bescherming geboden; wanneer dit niet het geval is dient de discretionaire bevoegdheid van de gemeenschapswetgever en van de nationale autoriteiten te worden uitgebreid.

38. Met deze benadering zou de geest waarvan de rechtspraak doortrokken is worden toegerust met een verfijndere juridische techniek. Tegelijkertijd zouden de artikelen 17 EG en 18 EG zo hun volle duiding krijgen, zelfs wanneer zij de grenzen raken van de traditionele vrijheid van verkeer. En ten slotte zou het Hof de positie van de Europese burger, zowel wat zijn rechten als wat de integratie betreft, versterken.

39. Na deze inleidende opmerkingen kom ik toe aan het onderzoek van de door het Oostenrijkse Verwaltungsgerichtshof voorgelegde prejudiciële vragen.

VI — De eerste vraag: het voorschot op de werkloosheidsuitkering voor de aanvrager van een arbeidsongeschiktheidsverzekering en de kwalificatie ervan

A — *De vraag*

40. Petersen heeft een sociale uitkering ontvangen die zowel kenmerken heeft van een werkloosheidsuitkering als van een arbeidsongeschiktheidsuitkering. Al lijdt het geen twijfel dat het een uitkering betreft die onder verordening nr. 1408/71 valt [41], toch zal voor de ene of de andere categorie moeten worden gekozen, want deze rechtstekst voorziet in verschillende regelingen voor de nationale maatregelen strekkende tot intrekking of wijziging bij een verandering van woonplaats van de rechthebbende. Terwijl er een verbod geldt voor de intrekking of de wijziging van de arbeidsongeschiktheidsuitkeringen op deze grond [42], wordt de lidstaten een ruimere handelingsbevoegdheid gelaten wanneer de betwiste uitkering een werkloosheidsuitkering is. [43]

41. Onder verwijzing naar hetgeen ik eerder in deze conclusie heb uiteengezet, wijs ik er nogmaals op dat de keuze voor de ene of de andere kwalificatie hetzelfde resultaat oplevert. Wanneer zou worden beslist dat het een arbeidsongeschiktheidsuitkering is, zou met het verbod van de verordening een concludent antwoord aan het Verwaltungsgerichtshof gegeven zijn. Wordt daarentegen bepaald dat het een werkloosheidsuitkering is, dan voldoet Petersen aan één van de in de punten 25 tot en met 38 van deze conclusie vermelde voorwaarden en kan hij derhalve aanspraak maken op het hoogste niveau van gemeenschapsrechtelijke bescherming ingevolge de artikelen 18 en 39 EG.

42. Ook al zijn de gevolgen gelijk, toch dient de discussie over de kwalificatie gevoerd te worden, want dit is het kernpunt waar het in de prejudiciële vragen om draait.

41 — Zij voldoet aan alle in de genoemde verordening en in de rechtspraak gestelde voorwaarden, immers een uitkering kan als een socialezekerheidsuitkering beschouwd worden „wanneer zij, zonder individuele en discretionaire beoordeling van de persoonlijke behoeften, aan de rechthebbenden wordt toegekend op grond van een wettelijk omschreven positie en verband houdt met één van de in artikel 4, lid 1, van verordening nr. 1408/71" (arresten van 27 maart 1985, Hoeckx, C-249/83, Jurispr. blz. 973, punten 12-14, en 16 juli 1992, Hughes, C-78/91, Jurispr. blz. I-4839, punt 15).

42 — Artikel 10 van verordening nr. 1408/71.

43 — Artikel 69 van verordening nr. 1408/71.

B — *Argumenten van de regeringen, van de Commissie en van Petersen*

43. De Duitse, de Oostenrijkse en de Italiaanse regering, alsmede de Commissie hebben in hun schriftelijke opmerkingen verdedigd dat de litigieuze uitkering een werkloosheidsuitkering is die valt onder artikel 4, lid 1, sub g, van verordening nr. 1408/71. Zij verwijzen allen naar het arrest De Cuyper [44], waarin is uitgegaan van het doel en de berekeningsgrondslagen als criteria voor het bepalen van de juiste kwalificatie. [45]

44. De Duitse en de Oostenrijkse regering wijzen erop dat het betwiste voorschot dient om in een werkloosheidssituatie te voorzien, daarvan dient immers sprake te zijn wil de uitkering worden toegekend. Ook voeren zij aan dat het met de arbeidsongeschiktheidsuitkering verband houdende risico afhangt van factoren die ongewis zijn tot het tijdstip waarop de overheidsbeslissing om die uitkering toe te kennen wordt genomen. En ten slotte voeren zij nog aan dat de uitkering wordt verstrekt volgens de bepalingen voor de werkloosheidsuitkering, met dien verstande dat er een correctiefactor op wordt toegepast om afwijkingen te voorkomen wanneer de arbeidsongeschiktheidsuitkering wordt toegekend.

45. De Commissie is het in grote lijnen met deze argumenten eens, al wijst zij er wel op dat bij een arbeidsongeschiktheidsuitkering het voor die uitkering bevoegde orgaan de gedurende de looptijd van het voorschot gedane uitbetalingen moet terugbetalen aan het voor de werkloosheidsuitkering verantwoordelijke orgaan; wanneer de uitkering niet wordt toegekend, worden de uitbetaalde bedragen verrekend met de werkloosheidsuitkering waarop de aanvrager van het voorschot oorspronkelijk aanspraak kon maken (hij moet immers werkloos zijn).

46. Ten slotte achten de Duitse, de Oostenrijkse en de Italiaanse regering mét de Commissie de eis dat de betrokkene om het voorschot te kunnen ontvangen wordt verplicht werk te zoeken, betrekkelijk; daarmee zou immers de aard veranderen van een uitkering die is bedoeld ter ondersteuning van iemand die een arbeidsongeschiktheidsuitkering aanvraagt maar nog niet weet hoe op zijn aanvraag beslist zal worden en die bovendien werkloos is. Om dit probleem op te lossen is in Oostenrijk een *tertium genus,* een tussenvorm in het leven geroepen die alle elementen van een werkloosheidsuitkering bevat, met daarop echter één logische uitzondering, want het is niet in gemoede doenlijk om iemand die een uitkering wegens arbeidsongeschiktheid aanvraagt te dwingen werk te zoeken.

44 — Arrest van 18 juli 2006 (C-406/04, Jurispr. blz. I-6947).

45 — Arrest De Cuyper, aangehaald in de vorige voetnoot, punt 25: „Wat socialezekerheidsuitkeringen betreft, heeft het Hof reeds geoordeeld dat uitkeringen — los van de kenmerken die aan de onderscheiden nationale wettelijke regelingen eigen zijn — als gelijksoortig moeten worden aangemerkt, wanneer het voorwerp en het doel alsook de berekeningsgrondslag en de toekenningsvoorwaarden ervan identiek zijn. Zuiver formele kenmerken daarentegen zijn niet te beschouwen als constitutieve elementen voor de classificatie van de uitkeringen."

47. Petersen en de Spaanse regering zijn het evenwel niet eens met de hierboven genoemde regeringen en de Commissie; zij zijn van mening dat de litigieuze uitkering een arbeidsongeschiktheidsuitkering is in de zin van artikel 4, lid 1, sub b, van verordening nr. 1408/71.

48. Het Koninkrijk Spanje stelt zich met een beroep op een letterlijke uitleg van het arrest De Cuyper op het standpunt dat waar de mogelijkheid om te werken ontbreekt, de uitkering bestemd is om een eventuele arbeidsongeschiktheid van Petersen te dekken. Het doel van de werkloosheidsuitkering bestaat erin „de betrokken werknemers, wanneer zij onvrijwillig werkloos worden, maar nog arbeidsgeschikt zijn, in staat te stellen om in hun behoeften te voorzien”. [46] Dit laatste punt, dat de eis zou inhouden dat degene die een werkloosheidsuitkering aanvraagt arbeidsgeschikt moet zijn, zou Petersen uitsluiten en zijn voorschot tot een arbeidsongeschiktheidsuitkering maken.

49. De procesvertegenwoordiger van Petersen beroept zich niet op het arrest De Cuyper; hij spitst zijn verdediging toe op de kwalificatie van de uitkering als een socialezekerheidsuitkering en verwijst daartoe naar de arresten Jauch [47] en Offermanns. [48]

C — *Beoordeling*

50. De aangevoerde argumenten laten het dilemma zien waarmee het Hof wordt geconfronteerd, waar er immers zowel argumenten vóór als tegen elke keuze zijn. In de grond gaat het om een uitkering *sui generis*, die moeilijk is onder te brengen in de typologie van de communautaire regelingen, waarmee wordt beoogd in een oplossing te voorzien voor de behoeften van degenen die menen aanspraak te mogen maken op bepaalde sociale uitkeringen.

51. Maar er zijn sterke argumenten om de uitkering eerder als een werkloosheidsuitkering dan als een arbeidsongeschiktheidsuitkering te kwalificeren.

52. Het is inderdaad zo dat voor de aanvrager van het betwiste voorschot niet de voorwaarde geldt dat hij arbeidsgeschikt is [49] en evenmin dat hij beschikbaar is voor arbeidsbemiddeling. [50] Wanneer tot de kwalificatie arbeidsongeschiktheidsuitkering wordt besloten, krijgt die beslissing wat het voorschot betreft een soort terugwerkende kracht en wijzigt zij de aard ervan in een uitkering als bedoeld in artikel 4, lid 1,

46 — Arrest De Cuyper, aangehaald in voetnoot 44, punt 27.

47 — Arrest van 8 maart 2001 (C-215/99, Jurispr. blz. I-1901).

48 — Arrest van 15 maart 2001 (C-85/99, Jurispr. blz. I-2261).

49 — § 23, lid 2, sub 1, van de AIVG.

50 — Een logische consequentie van de voorafgaande vrijstelling.

sub b, van verordening nr. 1408/71. In dat geval dient de voor de arbeidsongeschiktheidsuitkering verantwoordelijke instantie de bij wijze van voorschot gedane betalingen te vergoeden aan het voor de werkloosheidsuitkering bevoegde orgaan. [51] Ten slotte is de werkloosheidsuitkering in het arrest De Cuyper restrictief afgebakend, met nadruk op de arbeidsgeschiktheid van de betrokkene. [52]

53. Op deze gronden zou men tot het oordeel kunnen komen dat het litigieuze voorschot een arbeidsongeschiktheidsuitkering is, maar er zijn goede argumenten tegen dit al te overhaast ingenomen standpunt in te brengen.

54. Het eerste argument vindt zijn grond in het sui-generiskarakter van het voorschot, dat is bedacht als een bijzondere uitkering om hulp te bieden in een uitzonderlijke situatie. Het voorschot bestaat, zoals de Commissie het ter terechtzitting heeft uitgedrukt, als het ware in een soort rechtsvacuüm. Het heeft kenmerken van de ene en van de andere categorie, maar *mist* tegelijkertijd ook een aantal bepalende elementen van deze twee typologieën, waardoor het niet is onder te brengen in één categorie die voor honderd procent de in het gemeenschapsrecht voor de arbeidsongeschiktheidsuitkering of de werkloosheidsuitkering geldende kenmerken bevat.

55. Gelet op deze omstandigheid moet het feit dat Petersen, zoals iedere andere rechthebbende op een voorschot, niet in staat is te werken en zich niet kan verantwoorden tegenover het arbeidsorgaan gedurende de werkloosheidsperiode, in een betrekkelijk perspectief gezien worden. Zoals het voorschot zich wat deze aspecten betreft (essentiële voorwaarden in het licht van § 7, lid 1, sub 1, van de AIVG) van de werkloosheidsuitkering onderscheidt, zo voldoet het ook niet aan een wezenlijke voorwaarde voor de arbeidsongeschiktheidsuitkering, de bepaaldheid van de uitkeringsbedragen, die worden berekend volgens de regeling van de werkloosheidsuitkering. [53]

56. Het tweede argument trekt in twijfel dat de arbeidsongeschiktheidsuitkering terugwerkende kracht krijgt ter vereffening van de bedragen van de werkloosheidsuitkering. Het voorschot in kwestie verandert van aard wanneer positief wordt beslist op de aanvraag voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering, maar wanneer deze wordt afgewezen, wordt het verder als een werkloosheidsuitkering in strikte zin voortgezet en dient er niets te worden vereffend tussen de bevoegde organen. [54]

57. Ook het belang van het arrest De Cuyper moet in proportie gezien worden om het op zijn juiste waarde te beoordelen. In die zaak

51 — § 23, lid 5, van de AIVG.
52 — Arrest De Cuyper, aangehaald in voetnoot 44, punt 27.
53 — § 23, lid 4, van de AIVG.
54 — § 23, leden 5 en 6, van de AIVG.

ontving een Belg een werkloosheidsuitkering met als bijzonderheid dat hij zich niet als werkzoekende hoefde te laten inschrijven en bijgevolg ook was vrijgesteld van de verplichting ter beschikking te blijven van de arbeidsvoorziening.[55] Deze vrijstelling, die een uitzondering inhield op de wettelijk vastgestelde voorwaarden voor de toekenning van de werkloosheidsuitkeringen, heeft het Hof er niet van weerhouden de uitkering als een werkloosheidsuitkering te beschouwen. In punt 27 van dit arrest worden die uitkeringen beschreven als uitkeringen waarbij de ontvanger nog arbeidsgeschikt is, maar overweegt het Hof dat een dergelijke uitkering, ook al was aan een van de voorwaarden niet voldaan, toch als werkloosheidsuitkering gekwalificeerd moest worden, wat ook op de onderhavige zaak zou kunnen worden toegepast. Het Oostenrijkse voorschot heeft, ondanks het feit dat niet is voldaan aan een belangrijke voorwaarde om aan de definitie van werkloosheidsuitkeringen te voldoen, immers een groot aantal kenmerken waardoor het in hoge mate op dit type uitkeringen lijkt.

58. In de eerste plaats wordt het voorschot verstrekt omdat een werknemer werkloos is en bovendien een arbeidsongeschiktheidsuitkering heeft aangevraagd, wat erop duidt dat het om een uiterst kwetsbaar iemand gaat.[56] Onder die omstandigheden wordt een werkloosheidsuitkering verstrekt ten laste van de middelen van het werkloosheidsverzekeringsorgaan, volgens de voor deze uitkeringen geldende bepalingen. In de tweede plaats wordt het voorschot automatisch stopgezet wanneer de ontvanger werk vindt gedurende de periode waarin zijn aanvraag voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering wordt behandeld. Evenals de werkloze het recht op een werkloosheidsuitkering verliest wanneer hij weer aan het werk gaat, geldt ditzelfde ook voor degene die een voorschot ontvangt. In de derde plaats wordt het voorschot berekend aan de hand van de bepalingen die gelden voor de werkloosheidsuitkering, al wordt er wel een correctiefactor op toegepast om te voorkomen dat er naderhand aanzienlijke verrekeningen moeten plaatsvinden wanneer de arbeidsongeschiktheidsuitkering wordt toegekend. In de vierde plaats is het nog onzeker of de arbeidsongeschiktheid van de uitkeringstrekker zal intreden, het enige dat zeker is is dat hij werkloos is. Het is daarom niet onlogisch om het voorschot op die basis vast te stellen.

59. Maar het voornaamste element dat de doorslag geeft ten gunste van de kwalificatie van het voorschot als een werkloosheidsuitkering is het doel dat ermee wordt beoogd.[57] Uit de letter én de geest van de Oostenrijkse wettelijke regeling blijkt dat deze uitkering dient om de werkloze die geen inkomsten

55 — Arrest De Cuyper, aangehaald in voetnoot 44, punt 30.

56 — § 23, lid 2, sub 3, van de AIVG, houdt het voorschrift in dat voor de toekenning van het voorschot aan degenen die een arbeidsongeschiktheidsuitkering aanvragen „door het bevoegde pensioenverzekeringsorgaan een verklaring is verstrekt dat een uitkeringsverplichting in beginsel waarschijnlijk niet binnen twee maanden na de ingangsdatum van de uitkering kan worden vastgesteld", waaruit blijkt dat het voorschot wordt verstrekt om te voorzien in een overgangsperiode die het gevolg is van een administratieve procedure die lang kan duren.

57 — Arrest De Cuyper, aangehaald in voetnoot 44, punt 25.

uit arbeid heeft een inkomen te verschaffen gedurende een zekere periode die, al is dat op dat moment nog niet met zekerheid te zeggen, kan uitlopen op zijn terugkeer tot de arbeidsmarkt of zijn afscheid ervan. Zo wordt geprobeerd de aanvrager economisch actief te houden op die markt en tevens, zoals de Duitse regering heeft opgemerkt, psychologisch gemotiveerd.

60. Het voorschot dekt zodoende een dubbel risico: enerzijds het risico dat een aanvraag voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering wordt afgewezen en anderzijds de kans dat de aanvrager besluit weer werk te zoeken en zijn aanvankelijke aanvraag intrekt.

61. Uit dit alles blijkt dat het in § 23 van de AIVG geregelde voorschot een werkloosheidsuitkering is in de zin van artikel 4, lid 1, sub g, van verordening nr. 1408/71, hoewel deze kwalificatie niet beslissend is voor het antwoord op de tweede prejudiciële vraag die hoe dan ook de sleutel voor de oplossing van deze zaak is.

VII — De tweede prejudiciële vraag: de toepassing van het woonplaatsvereiste op het voorschot

A — *Inleiding*

62. De volgende vraag van het Verwaltungsgerichtshof, die logisch uit de eerste voortvloeit, behelst de plaats waar Petersen zou dienen te wonen om aanspraak te kunnen maken op het voorschot.

63. Wanneer de uitkering als een werkloosheidsuitkering wordt gekwalificeerd, dient ingevolge artikel 60 van verordening nr. 1408/71 aan drie voorwaarden te worden voldaan wil een particulier terwijl hij een werkloosheidsuitkering ontvangt in een andere lidstaat mogen wonen: hij moet al vóór zijn verhuizing bij het arbeidsbureau zijn ingeschreven, zich vervolgens in de ontvangende staat laten inschrijven en binnen een bepaalde termijn aan het werk gaan.

64. Het is zonneklaar dat Petersen aan geen van deze drie voorwaarden voldoet.

65. In tegenstelling tot de Commissie en verzoeker beroepen alle regeringen die schriftelijke opmerkingen hebben ingediend in deze prejudiciële procedure zich juist nadrukkelijk op dit feit als rechtvaardigingsgrond voor de intrekking van het door Petersen ontvangen voorschot. Maar in dit argument schuilt een gevaar waar wij ons voor moeten hoeden.

B — *Argumenten van de regeringen, van de Commissie en van Petersen*

66. De Duitse, de Oostenrijkse, de Spaanse en de Italiaanse regering voeren allen dezelfde twee argumenten aan. Enerzijds dat Petersen aan geen van de in verordening nr. 1408/71 gestelde voorwaarden voldoet om zijn sociale uitkering in een andere lidstaat te kunnen ontvangen, en anderzijds dat het eerder aangehaalde arrest De Cuyper in casu van toepassing is.

67. Volgens de vier regeringen is het stellen van een woonplaatsvereiste aan een werknemer als Petersen niet onevenredig; in de artikelen 69 tot en met 71 van verordening nr. 1408/71 wordt immers een aantal situaties vermeld waarin de uitkeringen mogen worden uitgevoerd naar een andere lidstaat en verzoeker verkeert in geen van die situaties. Er is derhalve een zekere consensus over het feit dat verordening nr. 1408/71 een limitatieve opsomming bevat en dat buiten de genoemde gevallen geen uitkering wordt toegekend wanneer de rechthebbende naar een andere lidstaat verhuist.

68. De zienswijze van de regeringen wordt ook ondersteund door het arrest De Cuyper, waarin het stellen van een woonplaatsvereiste verenigbaar wordt verklaard met artikel 18 EG In dit arrest heeft het Hof overwogen dat in een geval als dat waarin zijn oordeel werd gevraagd, het toezicht van de arbeidsinspecties alleen maar doeltreffend zou zijn wanneer de ontvanger van de uitkering, die zich ter beschikking moest houden van het arbeidsbureau, in de staat verbleef die hem de uitkering verstrekte.

69. De Commissie is daarentegen, eveneens onder verwijzing naar het arrest De Cuyper, van oordeel dat een woonplaatsvereiste in strijd is met artikel 39 EG. Haars inziens is er een essentieel verschil tussen de feiten in die zaak en die in de onderhavige zaak: terwijl De Cuyper zich ter beschikking moest blijven houden van het arbeidsbureau, is aan Petersens voorschot de volledige vrijstelling van deze verplichting verbonden. Wanneer de fraudebestrijding geen prioriteit meer heeft, is een maatregel als deze onevenredig. Al voorziet verordening nr. 1408/71 dan misschien niet in een geval als het onderhavige, dat betekent nog niet dat het daarmee buiten de door de verdragen geboden bescherming valt. Integendeel, de communautaire rechtsorde biedt die bescherming en verzet zich tegen een woonplaatsvereiste zoals dat in deze zaak aan de orde is gesteld.

70. Petersen onderzoekt de onrechtmatigheid van het woonplaatsvereiste vanuit twee invalshoeken: als inbreuk op het fundamentele recht van eigendom en op het gelijkheidsbeginsel. De buitensporige vermindering van een vermogensbestanddeel in combinatie met de ongelijke behandeling van verzoeker vergeleken bij die van de Oostenrijkers die hun woonplaats niet naar een andere lidstaat verplaatsen, zou het oordeel rechtvaardigen dat de nationale beslissing onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht.

C — *Beoordeling*

71. Noch het Verwaltungsgerichtshof noch de partijen in het hoofdgeding betwisten Petersens hoedanigheid van „werknemer". De Commissie heeft slechts opgemerkt dat, wanneer hij als werknemer wordt beschouwd, artikel 39 EG op hem van toepassing is; en wanneer dit niet zo zou zijn, artikel 18 EG.

72. Ik neig ertoe verzoekers hoedanigheid van werknemer te erkennen, aangezien het betwiste recht voortvloeit uit een arbeidsverhouding. Alhoewel het arrest De Cuyper niet eenduidig is op dit punt, meen ik toch dat in de rechtspraak van het Hof is vastgesteld dat artikel 39 EG van toepassing is wanneer de in geding zijnde rechten rechtstreeks voortvloeiden uit een arbeidsverhouding.[58] In deze zaak is de band van de uitkering met de hoedanigheid van Petersen als werknemer zonder meer duidelijk, het gaat immers om een voorschot dat slechts wordt toegekend wanneer tegelijkertijd aan twee voorwaarden is voldaan: werkloosheid en arbeidsongeschiktheid, die beide verband houden met een daaraan voorafgaande arbeidsverhouding.

73. Toch is het zaak, ook al is artikel 39 EG in het bijzonder van belang voor het beantwoorden van de prejudiciële vraag, mede het oog te richten op artikel 18 EG. Zoals ik reeds heb opgemerkt is Petersen een voorbeeld van het vrij verkeer van vrije burgers, waarvan op de wijze als in de punten 25 tot en met 38 van deze conclusie uiteengezet, een bijzondere normerende werking uitgaat voor de individuele en de collectieve rechtspositie van verzoeker.

1. De individuele rechtspositie van Petersen

74. Petersen is een werkloze die als werknemer de voorschriften en termijnen in acht genomen heeft om aanspraak te kunnen maken op een arbeidsongeschiktheidsuitkering. Terwijl hij werkloos was heeft hij een voorschot aangevraagd dat dient ter

58 — Arrest Martínez Sala, aangehaald in voetnoot 5, punt 32; arresten van 27 november 1997, Meints (C-57/96, Jurispr. blz. I-6689, punt 16 en 17), en 6 november 2003, Ninni-Orasche (C-413/01, Jurispr. blz. I-13187, punt 34).

ondersteuning van werklozen die tegelijkertijd een arbeidsongeschiktheidsuitkering aanvragen. Dit voorschot werd toegekend mits was voldaan aan de voorwaarden voor een werkloosheidsuitkering, de ontvanger werd echter vrijgesteld van het zoeken naar werk. De nationale socialezekerheidsbepalingen worden hiertoe enigszins opgerekt, maar de regeringen die in deze prejudiciële procedure opmerkingen hebben ingediend, vragen van het Hof nu juist een restrictieve uitlegging van de gemeenschapsbepalingen betreffende de sociale zekerheid, omdat Petersen niet voldoet aan de voor uitvoer van de uitkeringen naar een andere lidstaat gestelde voorwaarden van de artikelen 69 tot en met 71, zodat het voorschot dient te worden ingetrokken wanneer verzoeker woonplaats kiest in een andere lidstaat.

75. Dit complex van factoren houdt voor Petersen een triest dilemma in; wat hij ook doet, hij trekt altijd aan het kortste eind. Wanneer hij aan de voorwaarden voldoet ontvangt hij het voorschot niet. Voldoet hij aan alle voorwaarden behalve aan die ene voorwaarde waarvan hij is vrijgesteld, dan ontvangt hij het evenmin omdat hij zijn woonplaats wijzigt. En wanneer hij het voorschot niet ontvangt, loopt hij het risico dat hem nadien ook geen arbeidsongeschiktheidsuitkering wordt toegekend en dat hij niet meer aan de slag komt. Dan rest hem niets anders dan een gewone werkloosheidsuitkering aan te vragen, ook al verkeert hij, gezien de problemen waarmee hij te kampen heeft (hij vraagt immers niet voor niets een arbeidsongeschiktheidsuitkering aan) wellicht niet in de beste omstandigheden om werk te vinden in een betrekkelijk concurrerende omgeving.

76. Het is niet ter zake doend dat het specifieke geval van Petersen niet onder de in verordening nr. 1408/71 genoemde gevallen voorkomt. Die regeling beoogt niet alle overige gevallen uit te sluiten, slechts uitvoering te geven aan artikel 39 EG. Elke bepaling van afgeleid recht dient te worden uitgelegd en toegepast in het licht van het primaire recht en bijgevolg is er voor een woonplaatsvereiste zoals het in de onderhavige zaak gestelde geen objectieve en redelijke rechtvaardiging, waar nog bij komt dat geen van de deelnemers aan deze procedure, met name ook de Oostenrijkse regering niet, duidelijk heeft kunnen maken waarom de overheid niet heeft ingestemd met de woonplaatswijziging van Petersen. [59]

77. Hoewel het Europees burgerschap vóór alles verplicht tot bijzondere aandacht voor de behartiging van de rechtspositie van het individu, is het duidelijk dat, ook al zijn er geen fundamentele rechten in het geding, de Oostenrijkse beslissing de gemeenschapsrechtelijke evenredigheidstoets waarschijnlijk niet zou doorstaan. [60] Een maatregel als hier in geschil, die een verschil in behandeling inhoudt naargelang de woonplaats van de ontvanger van een sociale uitkering, is derhalve in de zin van de artikelen 39 EG en 18 EG onverenigbaar met het gemeenschapsrecht.

59 — In de punten 12-14 van de schriftelijke opmerkingen van de Oostenrijkse regering worden slechts artikel 39 EG en de artikelen 10 en 67 van verordening nr. 1408/71 gerecapituleerd. Wezenlijke redenen om de beslissing dat Petersen zijn voorschot wanneer hij in een andere lidstaat gaat wonen niet mag „meenemen" worden er niet in aangevoerd.

60 — Punt 27 van deze conclusie.

2. Voorwaarden voor deelachtigheid aan een politieke gemeenschap

78. Petersen is een Duits staatsburger die lang in Oostenrijk heeft gewerkt. Nadat hij een aantal jaren legaal in dit land heeft verbleven keert hij, nadat hij bij de Oostenrijkse autoriteiten een arbeidsongeschiktheidsuitkering en voorschotbetalingen heeft aangevraagd terug naar zijn geboorteland. Het lijdt geen twijfel dat verzoeker een rechtstreekse band heeft met de Oostenrijkse Staat, al was het alleen maar omdat hij zijn sociale bijdragen tot aan het einde van de wettelijke termijn aan de Oostenrijkse arbeidsinstantie heeft voldaan. De band van Petersen met Oostenrijk spreekt voor zich, zeker in aanmerking genomen het soort uitkering dat hem nu wordt geweigerd.

79. Wanneer het Hof het voorschot zou menen te moeten kwalificeren als een arbeidsongeschiktheidsuitkering zou het daarbij verordening nr. 1408/71 op zijn weg vinden die zich verzet tegen de intrekking of de wijziging van dit soort socialezekerheidsuitkeringen op grond van de woonplaats. [61] Deze beperking is niet onlogisch; zij strekt er immers toe de mogelijkheden tot uitoefening van het vrij verkeer te bevorderen van mensen die na te zijn opgehouden met werken besluiten in een andere lidstaat te gaan wonen, hetzij vanwege het klimaat, hetzij om familieredenen of om redenen van gevoelsmatige aard.

80. Zou het echter tot het oordeel komen dat Petersen een werkloosheidsuitkering geniet, dan dient daarbij toch in het oog te worden gehouden dat het voorschot de voorbode vormt van een arbeidsongeschiktheidsuitkering die, wanneer zij niet wordt toegekend de uitkering omzet in een werkloosheidsuitkering, indien de betrokkene althans voldoet aan de voorwaarden van de artikelen 69 tot en met 71 van verordening nr. 1408/71 wanneer hij woonplaats kiest in een andere lidstaat. Een van die voorwaarden houdt echter in dat „de omstandigheden in aanmerking genomen toekenning van de socialeverzekeringsuitkering [wegens arbeidsongeschiktheid] waarschijnlijk is". [62] Petersen kan bijgevolg zonder inspecties van de arbeidsdiensten gedurende een bepaalde periode in Duitsland wonen: voor de duur van de procedure waarin de aanvraag voor zijn arbeidsongeschiktheidsuitkering wordt behandeld.

81. Gedurende deze periode kan de Oostenrijkse overheid, die Petersen er eerder op had gewezen dat hij een voorschot moest aanvragen, waarmee zij impliciet erkent dat „de toekenning van de [door hem aangevraagde] socialeverzekeringsuitkering waarschijnlijk" is, de kosten van de in geding zijnde uitkering voor haar rekening nemen. Wanneer de arbeidsongeschiktheidsuitkering hem wordt geweigerd, komt verzoeker weer in de oorspronkelijke situatie te verkeren. Maar in de tussentijd bepaalt Petersens wijziging van woonplaats tijdens de

61 — Artikel 10 van verordening nr. 1408/71.

62 — Ik acht het niet doorslaggevend dat de uitkering Petersen in de aanvang was geweigerd. Zoals de deskundige van de Oostenrijkse regering tijdens de terechtzitting heeft toegelicht wordt zo'n 60 % van de aanvragen van een arbeidsongeschiktheidsuitkering afgewezen, wat aantoont dat een restrictief beleid wordt gevoerd bij de beoordeling van de voorwaarden voor aanspraak op een uitkering. Mijns inziens heeft de aanvankelijke afwijzing van Petersens aanvraag dan ook op het eerste gezicht niet te betekenen dat de toekenning van de eventuele uitkering niet waarschijnlijk zou zijn.

periode waarin een procedure loopt waarin hem waarschijnlijk een uitkering zal worden toegekend waarbij hij vrij is in een willekeurige lidstaat te wonen, op geen enkele wijze de handelingsbevoegdheid noch de financiële integriteit van de Oostenrijkse autoriteiten.

82. De band die Petersen heeft aangetoond te bezitten, rechtvaardigt de zienswijze dat de maatregel van de Oostenrijkse arbeidsorganen onevenredig is. Bij de beoordeling van de verwevenheid van Petersen met de gemeenschap waarmee hij daadwerkelijk verbonden is geweest, moet artikel 39 EG in het licht van artikel 18 EG worden uitgelegd. Met toepassing van een hoge maatstaf voor de bescherming van het Europese burgerschap, stel ik bijgevolg, aan het einde van mijn conclusie gekomen vast dat beide bepalingen zijn geschonden.

VIII — Conclusie

83. Op grond van hetgeen ik hierboven heb uiteengezet, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Verwaltungsgerichtshof als volgt te beantwoorden:

„Een uitkering in geld uit hoofde van de werkloosheidsverzekering, die wordt toegekend aan werklozen die een arbeidsongeschiktheidsuitkering hebben aangevraagd, is een werkloosheidsuitkering in de zin van artikel 4, lid 1, sub g, van verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen.

Artikel 18 EG en artikel 39 EG staan in de weg aan een bepaling van nationaal recht volgens welke de aanspraak op deze uitkering wordt geschorst wanneer de werkloze in een andere lidstaat verblijft."