CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. F. MANCINI van 5 mei 1988 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Bij beschikking van 21 januari 1987 vraagt het Bundessozialgericht het Hof, of voor de berekening van het pensioen van een grensarbeider de tijdvakken waarin deze een uitkering wegens volledige werkloosheid ontving, in aanmerking moeten worden genomen door het bevoegde orgaan van de woonstaat, dan wel door het orgaan van de staat waar de gepensioneerde heeft gewerkt.

De feiten. Verzoeker in het hoofdgeding, Josef Rebmann (hierna: verzoeker), bezit de Duitse nationaliteit en heeft steeds in Duitsland gewoond. Van 1 augustus 1959 tot 30 juni 1972 was hij als grensarbeider werkzaam in Frankrijk, waar hij bijdragen aan het Franse sociale-zekerheidstelsel betaalde. In juni 1972 werd hij werkloos. Daarop liet hij zich inschrijven bij het arbeidsbureau te Saarbrücken, waarvan hij van 13 juli 1972 tot 31 juli 1974 werkloosheidsuitkeringen krachtens de bepalingen van de Duitse wetgeving ontving.

In 1980 ging verzoeker met pensioen; hij ontving een pensioen van de Franse pensioenkas. Bij beschikking van 10 december 1980 kende de Bundesversicherungsanstalt für Angestellte te Berlijn (hierna: BfA) hem bovendien een invaliditeitsuitkering toe over de jaren waarin hij in Duitsland had gewerkt (1974-1980). Bij de berekening van dat pensioen hield dit orgaan evenwel geen rekening met de periode waarin verzoeker werkloos was geweest. Volgens artikel 36, paragraaf 1, eerste zin, lid 3 en lid 3, sub a, Angestelltenversicherungsgesetz (hierna: AVG) kunnen werkloosheidstijdvakken namelijk slechts in aanmerking worden genomen voor de pensioenberekening, wanneer daardoor het verrichten van naar Duits recht verzekeringsplichtige arbeid is onderbroken. Die tijdvakken kunnen weliswaar worden gelijkgesteld met Duitse tijdvakken van premiebetaling, wanneer bilaterale akkoorden of verdragen waarbij de Bondsrepubliek Duitsland partij is, zulks bepalen, maar in casu is die mogelijkheid niet voorzien in het Frans-Duitse Verdrag, noch in het gemeenschapsrecht.

Verzoekers bezwaarschrift, beroep en hoger beroep tegen de beschikking faalden. In Revision betoogt hij, dat hogervermelde bepaling van het AVG in strijd is met artikel 71, lid 1, sub a-ii, van verordening nr. 1408/71 van de Raad betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (in de versie bekendgemaakt in PB 1983, L 230, blz. 8). Volgens die bepaling dient de werkloze grensarbeider de werkloosheidsuitkering bij uitsluiting bij het bevoegde orgaan van de woonstaat aan te vragen.

* Vertaald uit het Italiaans.

Volgens verzoeker kan niet worden betwist, dat die bepaling niet rechtstreeks op het onderhavige geval ziet. Evenwel zou alleen door toepassing van de lex domicilii worden voorkomen, dat grensarbeiders ten opzichte van andere migrerende werknemers worden gediscrimineerd omdat zij noch in de woonstaat, noch in de staat van tewerkstelling kunnen voldoen aan de voorwaarden die de nationale wetgeving aan de erkenning van de werkloosheidstijdvakken verbindt. Naar Frans recht zou verzoeker immers niet kunnen bewijzen, dat hij geen werkloosheidsuitkering heeft ontvangen, terwijl zijn verzekeringsplichtige arbeid naar Duits recht niet onderbroken zou zijn geweest.

Onder die omstandigheden heeft het Bundessozialgericht het nodig geacht, het Hof te vragen welk orgaan volgens het gemeenschapsrecht de werkloosheidstijdvakken waarin een grensarbeider de in artikel 71, lid 1, sub a-ii, van verordening nr. 1408/71 bedoelde uitkeringen heeft ontvangen, bij de pensioenberekening in aanmerking moet nemen. De verwijzende rechter wenst met name te vernemen:

a) of uit bedoelde bepaling van gemeenschapsrecht volgt, dat de werkloosheidstijdvakken in aanmerking moeten worden genomen door de woonstaat, alsof de wettelijke regeling van die staat gedurende zijn laatste dienstbetrekking op hem van toepassing was geweest;

b) of daarentegen de werkloosheidstijdvakken in aanmerking moeten worden genomen overeenkomstig de pensioenwetgeving van de staat van tewerkstelling, alsof gedurende de werkloosheid de wettelijke regeling van die Lid-Staat op hem van toepassing was geweest;

c) dan wel of de betrokken werknemer kan kiezen, aan welk orgaan hij zal vragen om de werkloosheidstijdvakken in aanmerking te nemen.

In de procedure voor het Hof zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door de BfA, de Italiaanse en de Nederlandse regering, alsmede door de Commissie van de Europese Gemeenschappen, die ook alle — Nederland uitgezonderd — ter terechtzitting zijn verschenen.

2. De BfA en de Italiaanse regering wijzen er in de eerste plaats op, dat het ontbreken van een communautaire bepaling ad hoc niet betekent, dat de belangen van de grensarbeiders mogen worden genegeerd; de oplossing van het probleem moet worden gezocht op basis van de beginselen van verordening nr. 1408/71. Artikel 71, dat de betaling van werkloosheidsuitkeringen aan de autoriteiten van de woonstaat opdraagt, zou een uitzondering vormen op de regel dat het de taak is van de staat van tewerkstelling van de migrerende werknemer om alle maatregelen van sociale zekerheid te nemen.

Aangezien het hier om een uitzonderingsbepaling gaat, zou zij niet analoog kunnen worden toegepast of kunnen worden uitgebreid tot andere sociale zekerheidsuitkeringen, gelijk de Nederlandse regering stelt; dat geldt ook — zij het in beperkte mate — voor de berekening van de jaren waarin de rechthebbende op pensioen werkloos was. Anders zou men, aldus de BfA, tot een paradoxaal resultaat komen: enkel omdat hij werkloosheidsuitkeringen heeft uitgekeerd, zou de woonstaat aan een grensarbeider die nooit op zijn grondgebied heeft gewerkt, een zelfstandig pensioenrecht moeten toekennen. Het probleem van de verwijzende rechter zou dus moeten worden opgelost volgens het algemene criterium van de staat van tewerkstelling.

De Commissie meent het tegendeel. Bedoeld criterium zou weliswaar beter passen in het systeem van de verordening, doch ernstige problemen doen rijzen in verband met de coördinatie tussen de sociale-zekerheidstelsels van de Lid-Staten, met name met betrekking tot stelsels als het Franse, die niet voorzien in de mogelijkheid om bij de pensioenberekening werkloosheidsvakken in aanmerking te nemen waarin geen uitkeringen zijn betaald. Op het geval waarin een grensarbeider nooit in de woonstaat heeft gewerkt, doch aldaar werkloosheidstijdvakken heeft vervuld en daarvoor uitkeringen heeft ontvangen, zou daarentegen het beginsel van samentelling van de betrokken tijdvakken toepassing moeten vinden. Naar analogie van het bepaalde in artikel 48, zouden dus de organen van de staat van tewerkstelling deze tijdvakken in aanmerking moeten nemen.

3. De vraag van het Bundessozialgericht legt de vinger op een ernstige leemte in verordening nr. 1408/71. Het is duidelijk dat de belangen van een belangrijke categorie communautaire werknemers — de grensarbeiders — vergen, dat zij wordt opgevuld.

Eerst een algemene opmerking: met het oog op de „vaststelling van de toe te passen wetgeving" heeft de Raad bepaald, dat op degenenen die werkzaamheden in loondienst uitoefenen zonder in de staat van tewerkstelling te wonen (waartoe uiteraard de grensarbeiders behoren), de wetgeving van die Lid-Staat toepasselijk is (artikel 13, lid 2, sub a). Op dit beginsel bestaan evenwel uitzonderingen. Gaan met name uit van de lex domicilii: a) artikel 25, leden 2 en 3, betreffende de ziekte- en moederschapsuitkeringen waarop de werkloze grensarbeider recht heeft; b) artikel 39, lid 5, inzake invaliditeit; c) het reeds aangehaalde artikel 71, lid 1, sub a-ii. Laatstgenoemde bepaling luidt immers als volgt: „de volledig werkloze grensarbeider heeft recht op uitkering volgens de wettelijke regeling van de Lid-Staat op het grondgebied waarvan hij woont, alsof die wettelijke regeling tijdens het verrichten van zijn laatste werkzaamheden op hem van toepassing was geweest".

De ratio van deze bepaling is duidelijk: de communautaire wetgever was van mening dat de werkloze grensarbeider beter en gemakkelijker kan worden bijgestaan door de autoriteiten van de woonstaat, waar hij uiteraard vastere familiale en sociale banden heeft. Dit aspect wordt uitstekend belicht door de rechtspraak van het Hof, volgens welke „artikel 71 van verordening nr. 1408/71 moet waarborgen dat aan migrerende werknemers werkloosheidsuitkeringen worden uitgekeerd onder voorwaarden die het gunstigst zijn voor het zoeken van nieuw werk. Hierbij wordt niet alleen gedacht aan uitkeringen in geld, doch ook aan ondersteuning bij reïntegratie in het beroepsleven die het arbeidsbureau garandeert aan arbeiders die zich ter beschikking van de diensten voor arbeidsbemiddeling hebben gesteld" (arrest van 12 juni 1986, zaak 1/85, Miethe, Jurispr. 1986, blz. 1837, r. o. 16, en de aldaar geciteerde rechtspraak).

Daarmee kom ik toe aan de vraag, welke van de door de verwijzende rechter voorgestelde oplossingen zich het best verdraagt met de gedachtengang van de Raad, toen deze de positie van de grensarbeider heeft geregeld.

De laatste hypothese van het Bundessozialgericht kan onmiddellijk opzij worden geschoven: de grensarbeider een keuzemogelijkheid te verlenen, zou in strijd zijn met artikel 71 — op grond waarvan de grensarbeider zich zoals gezegd uitsluitend tot de autoriteiten van de woonstaat kan wenden — en met „de strekking van de verordening ... de coördinatie van de nationale wet-

gevingen inzake de sociale zekerheid in het kader van het vrij verkeer van werknemers die onderdanen zijn van een Lid-Staat" (arrest Miethe, reeds aangehaald, r. o. 11).

De tweede oplossing daarentegen biedt op zijn minst twee voordelen: zij verdraagt zich met artikel 13 van de verordening en met de doelstellingen van artikel 51 EEG-Verdrag, en maakt het mogelijk dat de werkloosheidstijdvakken zonder onderbreking aansluiten bij de tijdvakken van premiebetaling die de grensarbeider heeft vervuld onder de pensioenregeling van de staat van tewerkstelling. Wanneer de werknemer aldaar opnieuw werk vindt, kunnen de autoriteiten die in deze staat bevoegd zijn voor de toekenning van pensioenrechten, ook de jaren waarin hij niet heeft kunnen werken in aanmerking nemen.

Gelijk de Commissie evenwel heeft aangetoond, leidt deze oplossing tot een reeks moeilijkheden op het gebied van de coördinatie tussen de bepalingen inzake de pensioenberekening in de staat van tewerkstelling en de bepalingen van de woonstaat, die de regels voor de betaling van de werkloosheidsuitkeringen moet geven. Dit is nog niet alles. Deze oplossing verliest ieder praktisch nut wanneer de grensarbeider dank zij de inspanningen van de diensten voor arbeidsbemiddeling waartoe hij zich krachtens artikel 71 heeft gewend, werk vindt in zijn land van herkomst. Om de redenen die ik bij het onderzoek van de omgekeerde hypothese heb vermeld, lijkt het in dat geval immers logischer dat de autoriteiten van de woonstaat bij de uitkering van het pensioen de werkloosheidstijdvakken in aanmerking nemen. Voorts is de paradox waarop de BfA zinspeelt, niet erg aannemelijk; de grensarbeider die nooit in de woonstaat heeft gewerkt, kan daar juist om die redenen geen enkel pensioenrecht hebben verworven, wanneer hij stopt met werken.

Uiteindelijk lijkt het standpunt van de BfA en de Italiaanse regering niet gunstiger voor de belangen van de grensarbeider dan dat van de Nederlandse regering. Als iedere andere uitzonderingsbepaling moet artikel 71 uiteraard alleen worden toegepast op gevallen waarvoor zij is vastgesteld, doch ik ben ervan overtuigd dat zij niet enkel een uitzondering vormt op het algemene criterium van de lex loci laboris, maar, samen met artikel 25, lid 2, een regeling vormt die specifiek voor de grensarbeider bedoeld is en die verschilt van de regeling voor andere werknemers. Zoals gezegd, heeft het criterium van de lex domicilii in dit bijzondere geval een essentieel doel: degene die dagelijks de grens overgaat om „aan de andere kant" te werken, de gelegenheid te bieden om bij werkloosheid werk te vinden in het land waar hij woont.

Ingevolge verordening nr. 1408/71 is derhalve de werkloosheid van grensarbeiders — een situatie die vatbaar is voor rechtsbescherming — aan een bijzondere regeling onderworpen, die aanknoopt bij het criterium van de lex domicilii en parallel loopt met dat van de lex loci laboris en die alle rechten en plichten (maar dan ook alleen deze) van de grensarbeiders regelt vanaf de dag waarop zij werkloos worden tot de dag waarop zij weer werk vinden. De periodes vóór en na het werkloosheidstijdvak vallen uiteraard onder de algemene regeling, volgens welke de sociale-zekerheidsuitkeringen aan niet-inwonende werknemers uitsluitend ten laste komen van de staat van tewerkstelling. Juist op grond van dit uitleggingscriterium kwam het Hof tot de overweging, dat ingevolge artikel 13, lid 2, sub a, „een werknemer die zijn werkzaamheden op het grondgebied van een Lid-Staat beëindigt en niet gaat werken op het grondgebied van een andere Lid-Staat, onderworpen blijft

aan de wetgeving van de Lid-Staat waar hij laatstelijk werkzaam was, ongeacht de tijd die sedert de beëindiging van die werkzaamheden en van het dienstverband is verstreken". Bijgevolg is „alleen de wetgeving van die Lid-Staat op hem van toepassing" (arrest van 12 juni 1986, zaak 302/84, Ten Holder, Jurispr. 1986, blz. 1827, dictum sub 1 en 2).

Het coördinatieprobleem waarop de Commissie zinspeelt, moet dus worden overwonnen met behulp van het criterium van de staat van tewerkstelling. Immers, indien op de grensarbeiders niet de lex loci laboris van toepassing was, zou dat de ononderbroken cumulatie van pensioenrechten beletten, in strijd met de doelstellingen van het Verdrag. Artikel 51 EEG-Verdrag beoogt „voor migrerende werknemers... te waarborgen 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" (cursivering van mij).

4. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de bij beschikking van 21 januari 1987 door het Bundessozialgericht in het aldaar aanhangig geding tussen Josef Rebmann en de Bundesversicherungsanstalt für Angestellte gestelde vraag te beantwoorden als volgt:

„Ingevolge artikel 13, lid 2, sub a, van verordening nr. 1408/71 en bij gebreke van een specifieke communautaire bepaling, moeten de tijdvakken van volledige werkloosheid die een grensarbeider in de woonstaat heeft vervuld, bij de berekening van zijn pensioen in aanmerking worden genomen volgens de wetgeving van de staat waar de betrokkene het laatst heeft gewerkt."