CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL W. VAN GERVEN van 24 januari 1991 *

Mijnheer de President,
Mijne heren Rechters,

1. Het Sozialgericht Nürnberg (hierna: „de verwijzende rechter") dient zich uit te spreken over een groot aantal zaken die tegen de Bundesanstalt für Arbeit, het Duitse orgaan dat overeenkomstig het Bundeskindergeldgesetz (hierna: „BKGG") bevoegd is inzake uitkering van „Kindergeld", werden ingesteld door personen die in een andere Lid-Staat dan de Bondsrepubliek wonen. Het geschil in al deze zaken betreft de vraag of het Duitse uitkeringsorgaan ertoe gehouden is aan in een andere Lid-Staat wonende pensioengerechtigden of wezen een „aanvullende bijslag" (in het Duits „Unterschiedsbetrag") toe te kennen tussen het bedrag van de werkelijk ontvangen bijslagen in de zin van artikelen 77 en 78 van verordening nr. 1408/71 [1] die krachtens de wettelijke regeling van de woon-Lid-Staat worden uitgekeerd, en het bedrag van het „Kindergeld" waarin het BKGG voorziet.

De verwijzende rechter heeft uit het grote aantal aanhangige zaken tien voorbeelden („Pilotfälle") uitgekozen om het Hof een overzicht te geven van de soorten situaties die zich voordoen. In het kader van deze zaken acht de verwijzende rechter een uitspraak van het Hof noodzakelijk over de uitlegging van artikelen 77 en 78 van verordening nr. 1408/71. Hij heeft het Hof hierover een aantal vragen gesteld, die hij over vier groepen heeft gespreid.

Alvorens deze vragen te onderzoeken lijkt het me nuttig de kenmerken van de in artikelen 77 en 78 van verordening nr. 1408/71 opgenomen regeling aan te duiden.

Kenmerken van de in artikelen 77 en 78 van verordening nr. 1408/71 opgenomen regeling

2. Artikel 77 van verordening nr. 1408/71 bevat een aantal regels ter aanduiding van de Lid-Staat overeenkomstig wiens wettelijke regeling bijslagen voor *kinderen* ten laste van rechthebbenden op pensioen of rente (hierna zal ik het kortheidshalve nog uitsluitend hebben over pensioengerechtigden) worden toegekend. Uitdrukkelijk wordt vooropgesteld dat deze regels toepasselijk zijn ongeacht op het grondgebied van welke Lid-Staat de pensioengerechtigde dan wel de kinderen wonen.

Het artikel gaat uit van het *beginsel* dat de bijslagen overeenkomstig de wettelijke regeling van één enkele Lid-Staat worden toegekend. Is het pensioen verschuldigd krachtens de wettelijke regeling van slechts één enkele

* Oorspronkelijke taal: Nederlands.

1 — Artikelen 77 en 78 van verordening (EEG) 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 zoals vastgesteld in bijlage I van verordening (EEG) nr. 2001/83 van de Raad van 2 juni 1983 (PB 1983, L 230, blz. 6).

Lid-Staat dan dienen de bijslagen overeenkomstig de wettelijke regeling van die ene Lid-Staat te worden toegekend (artikel 77, lid 2, sub a). Maar ook in het geval waar een pensioen verschuldigd is krachtens de wettelijke regeling van meer dan één Lid-Staat, blijft gelden dat de bijslagen voor kinderen in beginsel overeenkomstig de regeling van één Lid-Staat worden toegekend. De volgende prioriteitsregels zijn dan van toepassing. Eerst komt de Lid-Staat op wiens grondgebied de pensioengerechtigde woont (artikel 77, lid 2, sub b-i). Indien de betrokkene geen recht op bijslagen aan die regeling kan ontlenen, komt in tweede lijn de Lid-Staat aan wiens regeling de betrokkene het langst onderworpen is geweest (artikel 77, lid 2, sub b-ii, eerste zinsdeel). Indien de betrokkene aan de wettelijke regeling van deze laatste Lid-Staat evenmin een recht op bijslagen kan ontlenen, komen achtereenvolgens de overige betrokken Lid-Staten in aanmerking in afdalende volgorde naar de duur van de daar vervulde tijdvakken van verzekering of van wonen (artikel 77, lid 2, sub b-ii, tweede zinsdeel).

Het voornoemde beginsel volgens hetwelk de bijslagen voor kinderen overeenkomstig de wettelijke regeling van één enkele Lid-Staat worden toegekend, ook wanneer een pensioen krachtens de wettelijke regeling van meer dan één Lid-Staat is verschuldigd, kent nochtans een belangrijke *uitzondering*. Het Hof heeft immers in zaak Laterza [2] voor recht verklaard:

„Artikel 77, lid 2, sub b-i, van verordening nr. 1408/71 moet aldus worden uitgelegd, dat het recht op kinderbijslagen ten laste van de staat op het grondgebied waarvan de rechthebbende op een invaliditeitspensioen woont, niet het recht op hogere kinderbijslagen doet vervallen, dat voordien ten laste van een andere Lid-Staat is verkregen. Wanneer het daadwerkelijk ontvangen bedrag der kinderbijslagen in de Lid-Staat van woonplaats lager is dan de bijslagen overeenkomstig de wettelijke regeling van de andere Lid-Staat, heeft de werknemer tegenover het bevoegde orgaan van laatstbedoelde staat recht op aanvullende bijslagen ten belope van het verschil tussen de twee bedragen."

Het Hof heeft deze uitspraak bevestigd in de zaken Patteri [3] en Baldi [4].

3. Artikel 78 van verordening nr. 1408/71 bevat soortgelijke regels ter aanduiding van de Lid-Staat overeenkomstig wiens wettelijke regeling bijslagen voor *wezen* worden toegekend. Ook hier geldt dat de bijslagen voor wezen in beginsel worden toegekend overeenkomstig de regeling van één enkele Lid-Staat, zelfs in het geval de overleden ouder van de wees aan wettelijke regelingen van meer dan één Lid-Staat onderworpen was. Ook hier kent dit beginsel een belangrijke uitzondering. In zaak Gravina [5] heeft het Hof voor recht verklaard:

„Artikel 78, lid 2, sub b-i, van verordening nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 moet aldus worden uitgelegd, dat het recht op uitkeringen ten laste van de staat op het grondgebied waarvan de wees aan wie zij zijn toegekend, woonplaats heeft, het recht op hogere uitkeringen, dat eerder uitsluitend ingevolge de wettelijke regeling van

2 — Arrest van 12 juni 1980 (zaak 733/79, Laterza, Jurispr. 1980, blz. 1915).

3 — Arrest van 12 juli 1984 (zaak 242/83, Patteri, Jurispr. 1984, blz. 3171).

4 — Arrest van 14 maart 1989 (zaak 1/88, Baldi, Jurispr. 1989, blz. 667).

5 — Arrest van 9 juli 1980 (zaak 807/79, Gravina, Jurispr. 1980, blz. 2205).

een andere Lid-Staat is verkregen, niet doet vervallen. Wanneer het in de Lid-Staat van woonplaats daadwerkelijk ontvangen bedrag van de uitkeringen lager is dan dat van de uitkeringen krachtens de wetgeving van de andere Lid-Staat alleen, heeft de wees tegenover het bevoegde orgaan van deze laatste staat recht op een aanvullende uitkering ten belope van het verschil tussen de twee bedragen."

Het Hof heeft deze uitspraak bevestigd in zaken D'Amario [6] en Ventura [7].

De vragen onder punt 1)

4. De *eerste vraag* onder punt 1) betreft twee onderscheiden situaties.

De *eerste situatie* betreft een pensioengerechtigde krachtens de wettelijke regeling van *twee* Lid-Staten omdat hij in beide Lid-Staten heeft gearbeid. De betrokkene heeft een of meer kinderen die bij hem wonen. Hij ontvangt voor die kinderen bijslagen overeenkomstig de wettelijke regeling van de woon-Lid-Staat. Hij meent echter, overeenkomstig de hiervoor in herinnering gebrachte rechtspraak van het Hof, aanspraak te kunnen maken op een „aanvullende bijslag" uit te keren door het bevoegde orgaan van de andere Lid-Staat (in casu de Bondsrepubliek).

De *tweede situatie* verschilt van de eerste in zover ze niet een pensioengerechtigde met kinderen betreft maar een wees van een overleden migrerend werknemer die aan de wettelijke regeling van *twee* Lid-Staten onderworpen was. Deze wees ontvangt bijslagen overeenkomstig de wettelijke regeling van de Lid-Staat op wiens grondgebied hij woont. Ook hij meent echter aanspraak te kunnen maken op een „aanvullende bijslag" uit te keren door het bevoegde orgaan van de andere Lid-Staat (in casu de Bondsrepubliek).

De verwijzende rechter wenst te vernemen of het bevoegde orgaan van de andere Lid-Staat (de Bondsrepubliek) krachtens artikel 77 van verordening nr. 1408/71 (eerste situatie) of krachtens artikel 78 van die verordening (tweede situatie) ertoe gehouden is een „aanvullende bijslag" uit te keren in het geval de wettelijke regeling van die Lid-Staat het toekennen van een bijslag aan de voorwaarde bindt dat de pensioengerechtigde en zijn kinderen dan wel de wees op het grondgebied van die Lid-Staat wonen. Het BKGG maakt het toekennen van „Kindergeld" immers afhankelijk van het naleven van een dergelijke woonvoorwaarde. [8]

5. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat de verwijzende rechter de voornoemde rechtspraak van het Hof in verband met het toekennen van een „aanvullende bijslag" als uitgangspunt neemt. Hij is echter van oordeel dat deze rechtspraak voor uitlegging vatbaar is. Hij wijst er meer bepaald op dat de zinsnede in het arrest Gravina „krachtens de wetgeving van de andere Lid-Staat *alleen*" de stelling zou kunnen steunen dat geen „aanvullende bijslag" verschuldigd is aan wezen en mogelijk zelfs aan pensioengerechtigden wanneer ze niet aan alle in de wettelijke regeling van die andere Lid-Staat

6 — Arrest van 24 november 1983 (zaak 320/82, D'Amario, Jurispr. 1983, blz. 3811).

7 — Arrest van 14 december 1988 (zaak 269/87, Ventura, Jurispr. 1988, blz. 6411, r. o. 14).

8 — Zie artikel 1, lid 1, punt 1, en lid 2, punt 1, evenals artikel 2, lid 5, BKGG.

voorziene voorwaarden, inclusief een woonvoorwaarde, voldoen om op een bijslag aanspraak te kunnen maken. Een dergelijke uitlegging zou ertoe leiden dat het bevoegde Duitse orgaan, gelet op de woonvoorwaarde in het BKGG, geen „aanvullende bijslag" zou moeten toekennen aan de buiten het Duitse grondgebied wonende verzoekers in de bodemgeschillen.

6. Deze uitlegging van de rechtspraak van het Hof in verband met het toekennen van een „aanvullende bijslag" kan mijns inziens niet worden aangenomen.

Bedoelde rechtspraak gaat uit van de gedachte dat artikelen 77 en 78 van verordening nr. 1408/71 moeten worden uitgelegd in het licht van artikel 51 EEG-Verdrag, dat de Raad opdraagt de maatregelen vast te stellen die op het gebied van de sociale zekerheid noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van het vrije verkeer van werknemers. Zoals het Hof in Gravina (r.o. 6) heeft gesteld zou het doel van artikel 51 niet worden bereikt

„indien werknemers door het uitoefenen van hun recht van vrij verkeer voordelen van sociale zekerheid zouden verliezen welke hun in elk geval worden gegarandeerd door de wettelijke regeling van één enkele Lid-Staat".

In dezelfde gedachtengang overwoog het Hof in het arrest Rossi (r.o. 14)[9] dat

„behoudens uitdrukkelijke uitzondering in overeenstemming met de doelstellingen van het Verdrag, de gemeenschapsregeling niet op dusdanige wijze (mag) worden toegepast, dat de migrerende werknemer — of zijn rechtverkrijgenden — zijn rechten krachtens een deel van de wettelijke regeling van een Lid-Staat verliest".

In Laterza (r.o. 8) en Gravina (r.o. 7) heeft het Hof daaraan toegevoegd dat de gemeenschapsregeling evenmin mag leiden tot een vermindering van de krachtens het nationaal recht toegekende uitkeringen.

7. Deze aan het recht op een „aanvullende bijslag" onderliggende ratio laat toe de inhoud ervan te concretiseren. Krachtens dit recht is aan de betrokken pensioengerechtigde of wees een bedrag verschuldigd ten belope van het verschil tussen het bedrag van de bijslag die hij werkelijk in de woon-Lid-Staat ontvangt (eerste element van de vergelijking) en het bedrag van de bijslag die hij overeenkomstig de wettelijke regeling van de andere Lid-Staat (in casu de Bondsrepubliek) zou hebben ontvangen in de fictieve veronderstelling dat de betrokkene of zijn rechtsvoorganger het recht op vrij verkeer niet zou hebben uitgeoefend maar in die Lid-Staat zou zijn blijven wonen (tweede element van de vergelijking).

Wat voorafgaat toont aan dat de rechtspraak van het Hof niet in die zin kan worden uitgelegd dat een „aanvullende bijslag" zou kunnen worden geweigerd in het geval de wettelijke regeling van de Lid-Staat die de last van die bijslag zou moeten dragen, het toekennen van bijslagen voor kinderen aan een woonvoorwaarde verbindt. Vooreerst kan worden opgemerkt dat het recht op een „aanvullende bijslag" slechts betekenis heeft indien de gerechtigde in een andere Lid-Staat woont dan deze die de last van die bijslag draagt. Voor het vaststellen van het tweede element van de vergelijking heeft het Hof weliswaar erkend dat de pen-

9 — Arrest van 6 maart 1979 (zaak 100/78, Rossi, Jurispr. 1979, blz. 831).

sioengerechtigde en zijn kinderen dan wel de wees aan de in de wettelijke regeling van de betrokken Lid-Staat (in casu de Bondsrepubliek) voorziene toekenningsvoorwaarden moeten voldoen. Dit moet echter worden beoordeeld *alsof* de betrokkenen in die Lid-Staat wonen, wat erop neerkomt dat een woonvoorwaarde hen niet kan worden tegengesteld. Een andere uitlegging geven aan de rechtspraak van het Hof zou tenslotte tot strijdigheid met uitdrukkelijke bepalingen van verordening nr. 1408/71 leiden. Artikel 77, lid 2, van de verordening bepaalt namelijk dat pensioengerechtigden voor hun kinderen aanspraak kunnen maken op de in dat artikel voorziene bijslagen „ongeacht op het grondgebied van welke Lid-Staat de rechthebbende op een pensioen of rente dan wel de kinderen wonen". Artikel 78, lid 2, van de verordening bevat een soortgelijke bepaling wat betreft de in dat artikel voorziene bijslagen voor wezen. Deze moeten worden toegekend „ongeacht op het grondgebied van welke Lid-Staat de wees of de natuurlijke persoon of rechtspersoon te wiens laste deze wees in feite komt, woont".

Op de eerste vraag onder punt 1) moet dan ook worden geantwoord dat een „aanvullende bijslag" ook verschuldigd is wanneer de wettelijke regeling van de Lid-Staat te wiens laste die bijslag komt, de toekenning van bijslagen afhankelijk maakt van de voorwaarde dat de pensioengerechtigde en diens kinderen dan wel de wees op het grondgebied van die staat wonen.

8. Om de *tweede vraag* onder punt 1) goed te begrijpen is het nuttig nader in te gaan op de Duitse regeling voor slachtoffers van een ernstig arbeidsongeval die een invaliditeitspensioen ontvangen. § 583, lid 1, van de Reichsversicherungsordnung (hierna: RVO) kent hen, onder sommige voorwaarden, bovenop hun invaliditeitspensioen, een aanvullende uitkering toe, „Kinderzulage" genoemd, wanneer ze een of meer kinderen ten laste hebben. Deze „Kinderzulage" is geen autonome uitkering van een inzake kinderbijslag bevoegd orgaan. Ze maakt deel uit van het invaliditeitspensioen dat met 10% per kind ten laste wordt verhoogd.

§ 8 BKGG bepaalt dat geen „Kindergeld" — dat is de kinderbijslag die in beginsel aan alle in de Bondsrepubliek wonende personen met kinderen ten laste is verschuldigd — wordt uitgekeerd voor de kinderen waarvoor reeds „Kinderzulagen" worden betaald. Niettemin kan een slachtoffer van een arbeidsongeval aanspraak maken op „Kindergeld" wanneer het als „Kinderzulage" uitgekeerde bedrag lager is dan het bedrag van het „Kindergeld" dat hij zou ontvangen indien hij niet aan de invaliditeitsregeling was onderworpen. Deze situatie kan zich vooral bij grote gezinnen voordoen omdat de regeling inzake het „Kindergeld", in tegenstelling met de regeling inzake de „Kinderzulage", in een hogere uitkering per kind voorziet naarmate het aantal kinderen ten laste groter is. [10] In een dergelijke situatie kan de rechthebbende op een invaliditeitspensioen aanspraak maken op „Kindergeld" ten belope van het verschil tussen wat hij als „Kinderzulage" werkelijk ontvangt

10 — Zie § 10 BKGG.

en wat hij als „Kindergeld" zou hebben ontvangen. Dit verschil, hierna „Teilkindergeld" genoemd, wordt uitgekeerd door het orgaan dat voor de uitkering van „Kindergeld" instaat.

De voornoemde regeling werd einde 1983 opgeheven. [11] Slachtoffers van een ernstig arbeidsongeval waaraan een invaliditeitspensioen is verschuldigd, ontvangen voortaan nog uitsluitend „Kindergeld" voor hun kinderen ten laste. De regeling werd evenwel gehandhaafd voor diegenen die vóór 1984 „Kinderzulagen" ontvingen.

9. De heer Palermo, verzoeker in het zevende bodemgeschil, van Italiaanse nationaliteit, bevindt zich in laatstgenoemde situatie, zoals blijkt uit zijn bij het Hof ingediende opmerkingen. In 1978, toen hij in de Bondsrepubliek werkzaam was, was hij het slachtoffer van een ernstig arbeidsongeval. In 1979 keerde hij naar Italië terug. Hij woont er samen met zijn vijf tussen 1973 en 1982 geboren kinderen (waarvan er dus sommige na zijn terugkeer naar Italië zijn geboren). Hij ontvangt er een invaliditeitspensioen evenals een bijslag voor zijn kinderen overeenkomstig de Italiaanse wettelijke regeling. Hij ontvangt er eveneens een invaliditeitspensioen verhoogd met „Kinderzulagen" overeenkomstig de RVO. Het bedrag van de „Kinderzulagen" ligt echter lager dan het normaal verschuldigde „Kindergeld". De heer Palermo meent daarom aanspraak te kunnen maken op het „Teilkindergeld", dit onder aftrek van de overeenkomstig de Italiaanse regeling werkelijk uitgekeerde (lagere) bijslag voor de kinderen.

11 — § 1, punt 22, van het Haushaltsbegleitgesetz 1984 van 22 december 1983 (BGBl. I, blz. 1532).

10. Luidens artikel 77, lid 1, van verordening nr. 1408/71 worden onder „bijslagen" voor de toepassing van dit artikel verstaan:

„zowel kinderbijslag voor rechthebbenden op pensioen of rente wegens ouderdom, invaliditeit, arbeidsongeval of beroepsziekte, als verhogingen of aanvullingen van deze pensioenen of renten voor kinderen van deze rechthebbenden, *met uitzondering evenwel van de aanvullingen welke ingevolge de verzekering tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten worden toegekend*" (mijn cursivering).

Niemand betwist dat „Kinderzulagen" zijn aan te merken als aanvullingen van pensioenen die ingevolge de verzekering tegen arbeidsongevallen worden toegekend, en daarom buiten de toepassingssfeer van artikel 77 van verordening nr. 1408/71 vallen. De vraag van de verwijzende rechter, als ik ze goed begrijp, strekt er concreet toe te weten of in het verlengde van de uitsluiting van „Kinderzulagen" voor een rechthebbende op invaliditeitspensioen ook andere uitkeringen voor kinderen van de betrokkene, dus ook het voornoemde „Teilkindergeld", zijn uitgesloten.

11. De uitsluiting van de aanvullingen van pensioenen die ingevolge de verzekering tegen arbeidsongevallen en beroepsziekten worden toegekend, is ingegeven door de overweging dat deze bedragen deel uitmaken van elders in verordening nr. 1408/71 geregelde prestaties (zie titel III, hoofdstuk 4 „Arbeidsongevallen en beroepsziekten" van verordening nr. 1408/71).

Artikel 58, lid 3, dat deel uitmaakt van titel III, hoofdstuk 4 van verordening nr. 1408/71 bepaalt in dat verband:

„Het bevoegde orgaan van een Lid-Staat waarvan de wettelijke regeling bepaalt dat het bedrag der uitkeringen wisselt naar gelang van het aantal gezinsleden, houdt eveneens rekening met de gezinsleden van de betrokkene die op het grondgebied van een andere Lid-Staat wonen, alsof zij op het grondgebied van die bevoegde staat woonden."

Van zijn kant bepaalt artikel 10, lid 1, van verordening nr. 1408/71:

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

Op grond van de hiervoor geciteerde bepalingen kan de heer Palermo aanspraak maken op — en ontvangt hij effectief — een invaliditeitspensioen krachtens de Duitse wettelijke regeling verhoogd met „Kinderzulagen" voor zijn in Italië wonende kinderen.

12. Uit wat voorafgaat vloeit niet voort dat het „Teilkindergeld" eveneens buiten de toepassingssfeer van artikel 77 van verordening nr. 1408/71 zou liggen. Deze bijslag is geen onderdeel van een invaliditeitspensioen. Ze is een onderdeel van het „Kindergeld" dat overeenkomstig de regeling van het BKGG wordt toegekend. Welnu, de Bondsrepubliek heeft overeenkomstig artikel 5 van verordening nr. 1408/71 een verklaring afgegeven luidens welke de uitkeringen overeenkomstig het BKGG zijn aan te merken als kinderbijslag bedoeld in artikel 77 van de voornoemde verordening.[12] In het arrest Beerens[13] heeft het Hof gesteld dat de uitkeringen die op grond van een in dergelijke verklaring vermelde wet worden toegekend, sociale zekerheidsuitkeringen zijn in de zin van verordening nr. 1408/71. Gelet op de voornoemde verklaring van de Bondsrepubliek die uitdrukkelijk naar artikel 77 van verordening nr. 1408/71 verwijst, staat dan ook vast dat elke uitkering overeenkomstig het BKGG als kinderbijslag in de zin van dat artikel 77 is aan te merken.

Gelet op wat voorafgaat is het antwoord op de tweede vraag onder punt 1) mijns inziens bevestigend: artikel 77 van verordening nr. 1408/71 is toepasselijk op het gedeelte van het „Kindergeld" dat overeenkomstig het BKGG toekomt aan een rechthebbende op pensioen wegens arbeidsongeval, die een of meer kinderen ten laste heeft.

De vragen onder punt 2)

13. In de vragen onder punt 2) duidt de verwijzende rechter niet de communautaire bepalingen aan die hij door het Hof wenst

12 — Punt IV, 1, b, van de verklaring bekendgemaakt in het Publikatieblad 1980, C 139, blz. 1. Deze verklaring, zoals gewijzigd bij verklaring bekendgemaakt in het Publikatieblad 1983, C 351, blz. 1, luidt als volgt:
„b) Kinderbijslagen (in de Duitse versie: „Kindergeld"):
— Kinderbijslagwet (Bundeskindergeldgesetz) van 14 april 1964 met wijzigingen en aanvullingen in de telkens van kracht zijnde versie."

13 — Arrest van 29 november 1977 (zaak 35/77, Beerens, Jurispr. 1977, blz. 2249).

uitgelegd te zien. Uit de context kan echter worden afgeleid dat het verzoek om uitlegging alleen artikel 77 van verordening nr. 1408/71 betreft. Deze bepaling regelt immers de situatie van de pensioengerechtigde met kinderen ten laste, waarover het in deze vragen gaat.

Als ik het goed begrijp betreft de *eerste vraag* onder punt 2) een gepensioneerd onderdaan van een Lid-Staat die zowel daar als in een andere Lid-Staat (in casu de Bondsrepubliek) heeft gearbeid. Zoals in de eerste situatie onder punt 1) woont hij samen met zijn kinderen in eerstgenoemde staat. Krachtens de wettelijke regeling van die woon-Lid-Staat ontvangt hij twee uitkeringen: een pensioen èn een bijslag voor de kinderen. Hij ontvangt er eveneens een pensioen krachtens de wettelijke regeling van de andere Lid-Staat (in casu de Bondsrepubliek). Specifiek voor de hier onderzochte situatie is de omstandigheid dat het recht op laatstgenoemd pensioen pas is ontstaan nadat de betrokkene zijn woonplaats heeft overgebracht naar de Lid-Staat waarvan hij een onderdaan is.

Deze situatie doet zich onder meer voor in het geval van de heer Giganti, verzoeker in het vierde bodemgeschil, zoals blijkt uit diens bij het Hof ingediende opmerkingen. In *1979* vroeg de heer Giganti, van Italiaanse nationaliteit en op dat ogenblik in de Bondsrepubliek wonend, bij de bevoegde Duitse verzekeringsinstelling een invaliditeitspensioen aan. In *1980* keerde hij naar Italië terug. Overeenkomstig de Italiaanse wettelijke regeling wordt hem een invaliditeitspensioen toegekend evenals bijslagen voor zijn twee kinderen. In *1981* kende de Duitse instelling hem een invaliditeitspensioen toe (met ingang vanaf juni 1979) verhoogd met een bijslag voor zijn kinderen, „Kinderzuschuß" genoemd. [14] Het bedrag van de „Kinderzuschuß" ligt echter lager dan het normaal verschuldigde „Kindergeld". De heer Giganti meent daarom aanspraak te kunnen maken op het „Teilkindergeld", dit onder aftrek van de overeenkomstig de Italiaanse regeling werkelijk uitgekeerde (lagere) bijslag voor de kinderen.

De verwijzende rechter wenst met de eerste vraag onder punt 2) te vernemen of artikel 77 van verordening nr. 1408/71 in die zin moet worden uitgelegd dat het recht op een „aanvullende bijslag" ook bestaat wanneer het recht op toekenning van pensioen krachtens de wettelijke regeling van een Lid-Staat (in casu de Bondsrepubliek) pas ontstaat na het overbrengen van de woonplaats naar een andere Lid-Staat (in het geval van de heer Giganti: Italië).

De *tweede vraag* onder punt 2) wordt gesteld voor het geval de eerste bevestigend moet worden beantwoord. Ze betreft een situatie, zoals in het geval van de heer Palermo, waarin het gezin van de pensioengerechtigde zich uitbreidt na de terugkeer naar de Lid-Staat waarvan de betrokkene een onderdaan is. De verwijzende rechter wenst te vernemen of de „aanvullende bijslag" dan alleen verschuldigd is voor de kinderen die vóór het overbrengen van de

14 — Overeenkomstig § 1262 RVO kunnen pensioengerechtigden, andere dan slachtoffers van een ernstig arbeidsongeval (waarop de regeling van § 583 RVO van toepassing is), voor hun kinderen ten laste aanspraak maken op een „Kinderzuschuß" wanneer ze deze uitkering vóór 1984 ontvingen. Het statuut hiervan is analoog met dat van de (hiervoor in nr. 8 besproken) „Kinderzulagen". De betrokkenen kunnen eveneens de toekenning van „Teilkindergeld" vragen wanneer het als „Kinderzuschuß" toegekende bedrag lager is dan het normaal verschuldigde „Kindergeld".

woonplaats ten laste waren dan wel eveneens verschuldigd is voor de daarna geboren kinderen.

14. De verwijzende rechter legt deze vragen voor omdat de rechtspraak van het Hof naar zijn mening op twee manieren kan worden uitgelegd. In het voornoemde arrest Laterza heeft het Hof voor recht verklaard dat het recht op kinderbijslagen ten laste van de Lid-Staat op het grondgebied waarvan de pensioengerechtigde woont, niet het recht op hogere kinderbijslagen doet vervallen „dat *voordien* ten laste van een andere Lid-Staat *is verkregen*". De verwijzende rechter merkt op dat deze zinsnede aan de oorsprong ligt van wat in de Duitse rechtsleer de „meeneemtheorie" wordt genoemd.[15] Overeenkomstig deze theorie zou het recht op een „aanvullende bijslag" uitsluitend de bescherming van verworven rechten beogen. Deze rechten zouden niet mogen worden verminderd als gevolg van het uitoefenen van het recht van vrij verkeer. Maar wanneer de betrokkene, vóór het uitoefenen van dit recht van vrij verkeer, niet aan alle in de wettelijke regeling van de toenmalige woon-Lid-Staat voorziene voorwaarden voldeed om kinderbijslag te ontvangen, zou hij geen recht op „Kindergeld" hebben verworven en zou laatstbedoelde Lid-Staat de last van een „aanvullende bijslag" dan ook niet moeten dragen. Het Bayerische Landessozialgericht zou deze theorie zijn bijgetreden. De verwijzende rechter vraagt zich echter af, in welke mate deze theorie zich verdraagt met de stelling van het Hof in het arrest D'Amario volgens dewelke „de vraag of de wees steeds in een bepaalde Lid-Staat heeft gewoond, dan wel of zijn woonplaats daarnaar is overgebracht, voor de toepassing van artikelen 77 en 78 van verordening nr. 1408/71 niet relevant is" (r.o. 7).

15. In de bij het Hof ingediende opmerkingen verdedigt de Duitse regering de voornoemde theorie. De Commissie, de Italiaanse regering en de partijen in het bodemgeschil die hierover opmerkingen hebben gemaakt, wijzen de theorie echter af, volgens mij terecht. Hiervoor (nr. 7) heb ik erop gewezen dat, om uit te maken of een recht op „aanvullende bijslag" bestaat, de wettelijke regeling van de andere Lid-Staat dan die van woonplaats moet worden toegepast *alsof* de pensioengerechtigde en zijn kinderen op het grondgebied van die staat wonen. Daaruit vloeit reeds voort dat tussen de rechthebbenden geen onderscheid mag worden gemaakt op grond van hun woonplaats op het ogenblik dat het recht op toekenning van pensioen ontstaat of dat de kinderen worden geboren.

Weliswaar ben ik het eens met het uitgangspunt van de Duitse regering dat de „aanvullende bijslag" uitsluitend de door de pensioengerechtigde verworven rechten wil beschermen. De Duitse regering meent evenwel ten onrechte dat de betrokkene nog geen rechten zou hebben verworven wanneer hij vóór verhuis naar een andere Lid-Staat geen bijslagen had of kon ontvangen. Het recht op bijslagen voor kinderen is immers gebonden aan het recht op pensioen. Wanneer het recht op pensioen verworven is wegens het intreden van de omstandigheid waaraan dit recht in hoofdzaak is gekoppeld (bij voorbeeld het presteren van arbeid en/of, naargelang de aard van het pensioen, het intreden van een bepaald risico) maar de toekenning van het pensioen nog niet heeft plaats gehad omdat alle voorwaarden daarvoor nog niet zijn vervuld (bij voorbeeld omdat de rechthebbende de voorgeschreven pensioenleeftijd nog niet heeft bereikt of

15 — Zie in dat verband, maar contra, J. Stahlberg, Deutsches Kindergeld für EG-Staatsangehörige, *Die Sozialgerichtsbarkeit* (SGb) 1989, blz. 238, blz. 245.

een andere voor de daadwerkelijke toekenning vereiste omstandigheid zich nog niet heeft voorgedaan) is het recht op pensioen en meteen het recht op bijslagen voor kinderen al voorwaardelijk verworven. Dit voorwaardelijk recht op bijslagen wordt bij verhuis naar een andere Lid-Staat door de gemeenschapsregeling evenzeer beschermd als het recht op bijslagen die op dat ogenblik reeds verschuldigd zijn. Daaruit volgt dat een „aanvullende bijslag" ten laste van een andere Lid-Staat dan die van woonplaats eveneens verschuldigd is wanneer het recht op pensioen krachtens de wettelijke regeling van die staat pas ontstaat na het verleggen van de woonplaats, alsook voor de kinderen die na het verleggen van de woonplaats zijn geboren.

16. De rechtspraak van het Hof wijst trouwens in dezelfde richting. Niet alleen het door de verwijzende rechter geciteerde arrest D'Amario (dat echter de situatie van een wees betreft) maar ook het recentere arrest Baldi lijken me betekenisvol. In dit laatste arrest ging het om een gepensioneerde van Italiaanse nationaliteit die zowel in Italië als in België had gearbeid. In 1977 vestigde de heer Baldi zich in Italië. Hij ontving er een invaliditeitspensioen en kinderbijslag overeenkomstig de Italiaanse wettelijke regeling. Pas in 1978 werd hem het recht op een invaliditeitspensioen krachtens de Belgische wettelijke regeling toegekend. Deze omstandigheid heeft het Hof geenszins belet te besluiten dat het Belgische uitkeringsorgaan in een dergelijke situatie krachtens artikel 77 van verordening nr. 1408/71 een „aanvullende bijslag" verschuldigd is.

Het arrest Laterza kan bovendien bezwaarlijk de mening ondersteunen dat geen „aanvullende bijslag" voor de na verhuis geboren kinderen verschuldigd is. De heer Laterza was een gepensioneerde van Italiaanse nationaliteit die in België als mijnwerker had gearbeid. Hij huwde en kreeg kinderen nadat hij naar Italië was teruggekeerd. Dit heeft het Hof ook hier niet belet te besluiten dat in een dergelijke situatie een „aanvullende bijslag" verschuldigd is.

De vragen onder punt 3)

17. De vragen onder punt 3) hebben betrekking op alle uitkeringen van „Kindergeld" die overeenkomstig het BKGG zijn verschuldigd aan pensioengerechtigden of aan wezen die buiten de Bondsrepubliek wonen, ongeacht of dit „Kindergeld" alleen overeenkomstig de Duitse wettelijke regeling is verschuldigd (artikel 77, lid 2, onder a, en artikel 78, lid 2, onder a, van verordening nr. 1408/71), dan wel als „aanvullende bijslag" is verschuldigd naast een overeenkomstig de wettelijke regeling van een andere Lid-Staat verschuldigde bijslag (zelfde artikelen, lid 2, onder b). Om deze vragen goed te begrijpen is het ook hier nodig even in te gaan op de bepalingen van de Duitse wetgeving die het bedrag van het „Kindergeld" afhankelijk maken van het nettojaarinkomen van de rechthebbende.

18. Krachtens § 10, lid 1, BKGG bedraagt het maandelijkse „Kindergeld" voor het eerste kind 50 DM, voor het tweede kind 100 DM (vanaf 1 juli 1990: 130 DM), voor het derde kind 220 DM, voor het vierde en elk volgend kind 240 DM. Krachtens § 10, lid 2, BKGG wordt het „Kinder-

geld" voor het tweede en elk volgend kind evenwel progressief verminderd tot een basisbedrag van 70 DM voor het tweede en 140 DM voor elk volgend kind wanneer het jaarinkomen van de rechthebbende en diens echtgeno(o)t(e) een vrijgesteld bedrag met 480 DM overschrijdt. Het vrijgesteld bedrag bedraagt 26 600 DM voor de gehuwde en samen met de echtgeno(o)t(e) wonende rechthebbende en 19 000 DM voor de overige rechthebbenden, welke bedragen worden verhoogd met 9 200 DM voor elk kind waarvoor aan de rechthebbende „Kindergeld" is verschuldigd. [16]

§ 11, lid 1, BKGG verduidelijkt wat onder het begrip „jaarinkomen" wordt verstaan. Dit is de som van de tijdens een vorig burgerlijk jaar ontvangen inkomsten die voor de toepassing van het „Einkommensteuergesetz" in aanmerking komen. § 11, lid 2, BKGG bepaalt dat een aantal gezinslasten in mindering van voornoemde som mogen worden gebracht, waaronder de inkomstenbelasting, uitgaven voor sociale zekerheid binnen door de belastingwetgeving aangegeven grenzen en uitkeringen voor het onderhoud van sommige personen, dit eveneens binnen door de belastingwetgeving aangegeven grenzen.

19. De verwijzende rechter wenst te vernemen of de vermindering van het „Kindergeld" waarin het BKGG voorziet wanneer het gezinsinkomen van de rechthebbende een gegeven bedrag overschrijdt, ook mag worden toegepast wanneer de rechthebbende buiten het grondgebied van de Bondsrepubliek woont en daar inkomsten heeft. In bevestigend geval wenst hij te vernemen hoe het „Kindergeld", voor zover het afhankelijk is van het jaarinkomen, dan moet worden berekend. In het bijzonder wenst hij te vernemen hoe het in een andere Lid-Staat geïnde netto-inkomen, dat is na aftrek van sommige gezinslasten binnen door het fiscaal recht bepaalde grenzen, moet worden vastgesteld en in aanmerking genomen voor de vermindering van het „Kindergeld".

20. De in verband met deze vragen gemaakte opmerkingen lopen sterk uiteen. Zo is de Duitse regering van oordeel dat artikel 12, lid 2, van verordening nr. 1408/71 toepasselijk is. Luidens de eerste zin van deze bepaling zijn

„de bepalingen inzake vermindering (...) waarin de wetgeving van een Lid-Staat voorziet ingeval van samenloop van een uitkering met (...) andere inkomsten, (...) op de rechthebbende van toepassing, zelfs indien het gaat om (...) inkomsten welke op het grondgebied van een andere Lid-Staat zijn verworven".

Dit standpunt van de Duitse regering lijkt me niet verenigbaar te zijn met de rechtspraak van het Hof. Onder meer in het arrest Bakker [17] heeft het Hof geoordeeld dat het in voornoemd artikel 12

16 — Het is me niet volledig duidelijk in welke mate deze regeling toepasselijk is op „Kindergeld" voor wezen. De verwijzende rechter gaat er in zijn vraag echter van uit dat het bedrag van de bijslag voor wezen eveneens kan worden verminderd. Hierna zal ik de vraag dan ook verder bespreken in het licht van zowel artikel 77 (pensioengerechtigden) als artikel 78 (wezen) van verordening nr. 1408/71.

17 — Arrest van 20 april 1988 (zaak 151/87, Bakker, Jurispr. 1988, blz. 2009).

„enkel gaat om anti-cumulatiebepalingen die gelden voor gevallen waarin één persoon recht heeft op meerdere uitkeringen" (r.o. 12)

en dat deze bepaling

„de tegenhanger vormt van de voordelen welke het gemeenschapsrecht de werknemers biedt door hen in staat te stellen een gelijktijdige toepassing van de wettelijke regelingen inzake sociale zekerheid van meer dan één Lid-Staat te verlangen" (r. o. 13).

De voorliggende §§ 10 en 11 BKGG zijn geen anticumulatiebepalingen aangezien het „Kindergeld" hierdoor niet wordt verminderd met een elders reeds ontvangen uitkering van dezelfde aard.

21. Van haar kant verdedigt de Commissie de stelling dat de door §§ 10 en 11 BKGG voorgeschreven vermindering van het „Kindergeld" niet kan worden tegengesteld aan een rechthebbende op „Kindergeld" die in een andere Lid-Staat dan de Bondsrepubliek woont en daar inkomsten heeft. Deze stelling gaat uit van de overweging dat de voornoemde bepalingen van het BKGG een jaarinkomen in aanmerking nemen zoals dat in het Duitse „Einkommensteuergesetz" is omschreven. Welnu, deze Duitse fiscale regels toepassen op in andere Lid-Staten wonende rechthebbenden zou erop neerkomen hieraan een extraterritoriale toepassing te geven.

Op die stelling van de Commissie moet ik niet ingaan aangezien de verwijzende rechter er in zijn vraagstelling wel degelijk van uitgaat dat de betrokken bepalingen een vermindering van het „Kindergeld" op grond van in het buitenland geïnde inkomsten toelaten en het niet aan het Hof toekomt zich met de interpretatie van die bepalingen in te laten. Ik begrijp de vraagstelling dan ook in die zin dat de verwijzende rechter wenst te vernemen of artikelen 77 en 78 van verordening nr. 1408/71 een dergelijke vermindering eveneens toelaten en, zo ja, hoe deze vermindering, zonder in strijd te komen met het gemeenschapsrecht, moet worden berekend.

22. Ik meen dat de vragen onder punt 3) moeten worden beantwoord met inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling. Wanneer de bijslag voor kinderen die ten laste zijn van pensioengerechtigden of de bijslag voor wezen overeenkomstig de wettelijke regeling van een Lid-Staat (in casu de Bondsrepubliek) wordt verminderd in functie van het nettojaarinkomen van de rechthebbenden die op het grondgebied van die staat wonen, mag deze vermindering ook worden toegepast ten aanzien van in een andere Lid-Staat wonende rechthebbenden voor zover deze daarbij niet worden benadeeld.

Ter terechtzitting werd door sommige verzoekers in het bodemgeschil beweerd dat het Duitse uitkeringsorgaan, om praktische moeilijkheden uit de weg te gaan, het „Kindergeld" ten gunste van in het buitenland wonende rechthebbenden stelselmatig tot het basisbedrag zou verminderen. § 11, lid 3, BKGG schrijft een dergelijke vermindering voor zolang de fiscale aanslag over

het in aanmerking te nemen jaarinkomen nog niet is vastgesteld.

Zo deze administratieve praktijk daadwerkelijk wordt toegepast, lijkt ze me in strijd te zijn met het door verordening nr. 1408/71 opgelegde beginsel van gelijke behandeling. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat dit beginsel

„niet enkel openlijke discriminaties op grond van de nationaliteit verbiedt, maar ook alle verkapte vormen van discriminatie die, door toepassing van andere onderscheidingscriteria, in feite tot hetzelfde resultaat leiden". [18]

Het „Kindergeld" stelselmatig verminderen tot het basisbedrag omdat geen fiscale aanslag door de Duitse overheden werd vastgesteld, lijkt me een dergelijke verkapte vorm van discriminatie te zijn. Deze werkwijze benadeelt de in een andere Lid-Staat wonende rechthebbenden aangezien die normalerwijze niet aan de Duitse fiscale wetgeving zijn onderworpen.

23. Dit gesteld zijnde komt het mijns inziens niet het Hof toe aan te geven hoe de Duitse bepalingen inzake vermindering van het „Kindergeld" moeten worden toegepast ten aanzien van in een andere Lid-Staat wonende rechthebbenden die daar inkomsten hebben verworven. Gelet op het beginsel van gelijke behandeling wens ik nochtans één punt voorop te stellen. Bij de berekening van het „Kindergeld" voor in een andere Lid-Staat wonende rechthebbenden mogen de Duitse overheden de in de Duitse regeling voorziene vermindering slechts toepassen aan de hand van bewijskrachtige gegevens omtrent de in het buitenland verworven inkomsten en de aldaar gedane uitgaven. Op deze gegevens mogen de Duitse fiscale bepalingen waarnaar het BKGG verwijst dan bij analogie worden toegepast.

Met het oog op het verkrijgen van de voornoemde bewijskrachtige gegevens mogen de Duitse overheden uiteraard een beroep doen op de medewerking van de rechthebbende zelf en, zo mogelijk, van de buitenlandse bevoegde overheden. Bij weigering tot medewerking van de rechthebbende mogen ze eventuele sancties slechts toepassen voor zover dit op gelijke wijze gebeurt als ten aanzien van de in de Bondsrepubliek verblijvende rechthebbenden die medewerking weigeren.

De vragen onder punt 4)

24. Op 17 oktober 1985 heeft de Administratieve commissie voor de sociale zekerheid van migrerende werknemers, bedoeld in artikelen 80 en 81 van verordening nr. 1408/71, het besluit nr. 129 genomen met betrekking tot de toepassing van onder meer artikelen 77 en 78 van voornoemde verordening. [19] Dit besluit bevat een aantal bepalingen met de bedoeling, in het verlengde van de rechtspraak van het Hof, de gevallen vast te stellen waarin een „aanvullende bijslag" is verschuldigd, procedures op te stellen voor het vaststellen van het bedrag

18 — Zie onder meer het arrest van 15 januari 1986 (zaak 41/84, Pinna, Jurispr. 1986, blz. 1, r. o. 23).

19 — PB 1986, C 141, blz. 7.

hiervan en de verplichtingen van de uitkeringsinstellingen nader te regelen.

Als ik het goed begrijp legt de verwijzende rechter de vragen onder punt 4) voor omdat hij betwijfelt of besluit nr. 129 van de Administratieve Commissie voldoende voorschriften bevat om een recht op „aanvullende bijslag" te doen ontstaan.

De verwijzende rechter lijkt over het hoofd te zien dat een besluit van de Administratieve commissie slechts een hulpmiddel is voor de sociale-zekerheidsorganen belast met de toepassing van het gemeenschapsrecht op dit gebied, maar die organen geen verplichtingen kan opleggen of vrijstellingen kan verlenen in verband met de toepassing of de uitlegging van de communautaire voorschriften. [20] A fortiori kan de Administratieve commissie geen recht op „aanvullende bijslag" doen ontstaan. Dit recht vloeit voort uit artikelen 77 en 78 van verordening nr. 1408/71, zoals uitgelegd door het Hof. Ik wil niet betwisten dat de toekenning ervan nog steeds praktische moeilijkheden kan opleveren waarvoor de Administratieve commissie nuttige bijkomende aanwijzingen zou kunnen verstrekken. Zoals het Hof in het arrest D'Amario (r. o. 8) heeft aangeduid vormen praktische moeilijkheden echter geen reden om een recht op „aanvullende bijslag" aan de betrokkenen te ontzeggen.

Conclusie

Ik suggereer het Hof als volgt op de vragen te antwoorden:

„1) a) Artikelen 77, lid 2, sub b-i, en 78, lid 2, sub b-i, van verordening nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971, in de versie zoals vastgesteld in bijlage I van verordening nr. 2001/83 van 2 juni 1983, moeten aldus worden uitgelegd dat het recht van een rechthebbende op pensioen of rente met één of meer kinderen ten laste, dan wel van een wees, op een aanvullende bijslag — dit is ten belope van het verschil tussen het daadwerkelijk ontvangen bedrag van de bijslag ten laste van de wettelijke regeling van de Lid-Staat van woonplaats en het bedrag van de bijslag ten laste van de wettelijke regeling van een andere Lid-Staat — ook bestaat wanneer de wettelijke regeling van deze laatste staat het toekennen van bijslagen afhankelijk maakt van de voorwaarde dat de rechthebbende op pensioen of rente en zijn kinderen dan wel de wees op het grondgebied van die staat wonen.

20 — Arrest van 14 mei 1981 (zaak 98/80, Romano, Jurispr. 1981, blz. 1241).

b) Artikel 77 van verordening 1408/71 is toepasselijk op het gedeelte van het „Kindergeld" dat overeenkomstig het „Bundeskindergeldgesetz" toekomt aan een rechthebbende op pensioen wegens arbeidsongeval met een of meer kinderen ten laste.

2) Artikel 77, lid 2, sub b-i, van verordening 1408/71 moet aldus worden uitgelegd dat de voornoemde aanvullende bijslag ten laste van de andere Lid-Staat dan die van woonplaats ook verschuldigd is:

— wanneer het recht op pensioen krachtens de wettelijke regeling van de andere Lid-Staat pas ontstaat na het verleggen van de woonplaats;

— voor de kinderen die na het verleggen van de woonplaats worden geboren.

3) Artikelen 77 en 78 van verordening nr. 1408/71 moeten aldus worden uitgelegd dat — wanneer een bijslag voor kinderen ten laste van een rechthebbende op pensioen of rente of voor wezen overeenkomstig de wettelijke regeling van een Lid-Staat wordt verminderd in functie van het nettojaarinkomen van de rechthebbenden die op het grondgebied van die staat wonen — deze vermindering, met naleving van het beginsel van gelijke behandeling, ook mag worden toegepast in functie van het aan de hand van bewijskrachtige gegevens vastgestelde nettojaarinkomen van in een andere Lid-Staat wonende rechthebbenden.

4) De besluiten van de Administratieve commissie waarvan sprake in artikelen 80 en 81 van verordening nr. 1408/71 zijn slechts hulpmiddelen voor de socialezekerheidsorganen belast met de toepassing van het gemeenschapsrecht op dit gebied, maar kunnen die organen geen verplichtingen opleggen of vrijstellingen verlenen in verband met de toepassing of de uitlegging van de communautaire voorschriften."