CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL H. MAYRAS VAN 24 JANUARI 1980 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

De heer Fellinger, van Duitse nationaliteit en van beroep stucadoor, woonde ten tijde van de feiten die aan deze procedure ten grondslag liggen, te Rehlingen, niet ver van Saarbrücken. Tot 10 oktober 1974 werkte hij voor verschillende werkgevers in de Bondsrepubliek, onder meer van 1 juli tot 10 oktober 1974 voor de firma Siebenhaar te Mainz-Amöneberg. In de maand september 1974 bedroeg zijn brutosalaris DM 3 872.

Van 11 oktober tot 10 november 1974 was Fellinger werkloos. Sindsdien heeft hij met onderbrekingen gewerkt: van 11 november tot 19 december 1974 was hij in Luxemburg in dienstbetrekking; van 20 december 1974 tot 12 januari 1975 was hij opnieuw werkloos; van 13 januari tot 2 augustus 1975 heeft hij weer gewerkt; hierna is hij wederom werkloos geworden van 3 tot 19 augustus 1975; op 20 augustus 1975 kon hij weer aan de slag tot 20 november 1975. Hierna heeft hij voor zover bekend geen dienstbetrekking meer vervuld in het Groothertogdom en ter zitting is ons meegedeeld dat hij op dat moment in België in loondienst werkzaam was.

Tijdens de periodes van werkloosheid ontving hij een uitkering van het arbeidsbureau te Saarlouis. Aanvankelijk bedroeg deze uitkering DM 264,60 per week, later, vanaf 1 januari 1975, DM 319,80. Voor het tijdvak van 3 tot 19 augustus 1975 werd de uitkering echter verlaagd tot DM 199,20. Aanleiding tot dit geding was een beslissing van het arbeidsbureau te Saarlouis van 5 december 1975, om hem voor het tijdvak ingaande op 21 november 1975, hetzelfde bedrag uit te keren.

Vaststaat dat het recht van Fellinger op werkloosheidsuitkering voor het onderhavige tijdvak berust op de artikelen 71, lid 1, sub a-ii, en 68, lid 1, van verordening nr. 1408/71. De toepasselijke Duitse bepalingen zijn neergelegd in § 112 van het Arbeitsförderungsgesetz, die bepaalt dat de uitkering wordt berekend op basis van het laatstgenoten loon van de werkloze.

Artikel 71, lid 1, sub a-ii, van verordening nr. 1408/71 bepaalt:

„De volledig werkloze grensarbeider heeft recht op uitkering volgens de wettelijke regeling van de Lid-Staat op het grondgebied waarvan hij woont, alsof de wettelijke regeling tijdens het verrichten van zijn laatste werkzaamheden op hem van toepassing was geweest; deze uitkering wordt door en voor rekening van het orgaan van de woonplaats verleend."

Artikel 68, lid 1, bepaalt:

„Het bevoegde orgaan van een Lid-Staat waarvan de wettelijke regeling bepaalt dat voor de berekening van de uitkering wordt uitgegaan van het bedrag van het vroegere loon, houdt uitsluitend rekening met het loon dat betrokkene voor de laatste werkzaamheden welke hij op het grondgebied van die Staat heeft uitgeoefend, heeft genoten. Indien de betrokkene evenwel laatstelijk niet ten minste vier weken werkzaamheden op dat grondgebied heeft uitgeoefend, wordt de uitkering berekend op basis van het loon

1 — Vertaald uit het Frans.

dat ter plaatse waar de werkloze woont of verblijft met gelijkwaardige of soortgelijke werkzaamheden als die welke hij het laatst op het grondgebied van een andere Lid-Staat heeft uitgeoefend, gewoonlijk wordt verdiend."

Bij het toekennen van een werkloosheidsuitkering aan Fellinger schijnt het arbeidsbureau de volgende redenering te hebben gevolgd.

Tijdens de eerste twee werkloosheidstijdvakken hield deze instantie geen rekening met artikel 68, lid 1, van verordening nr. 1408/71, doch baseerde zich uitsluitend op het Arbeitsförderungsgesetz door de uitkering te berekenen op basis van het bij de firma Siebenhaar ontvangen loon. Voor de periode van 11 oktober tot 10 november 1974 was deze methode ongetwijfeld juist, want Fellinger was toen nog geen grensarbeider; voor het tijdvak van 20 december 1974 tot 12 januari 1975, dat volgde op de eerste arbeidsperiode in Luxemburg, schijnt deze methode wat gewaagder. Hiertegen is echter niets aangevoerd.

Dat evenwel voor de twee volgende werkloosheidstijdvakken een lagere uitkering is betaald, vindt zijn oorzaak in het feit dat toen artikel 68, lid 1, tweede zin, op Fellinger werd toegepast. Het arbeidsbureau baseerde zich daarbij op het criterium van „het loon dat ter plaatse waar de werkloze woont of verblijft, met gelijkwaardige of soortgelijke werkzaamheden als die welke hij het laatst op het grondgebied van een andere Lid-Staat heeft uitgeoefend, gewoonlijk wordt verdiend", en berekende de uitkering met toepassing van § 112, lid 7, Arbeitsförderungsgesetz, uitgaande van het gebruikelijke loon dat bij CAO voor stucadoors met een veertigurige werkweek is vastgesteld op DM 9,93 per uur.

Deze opvatting gaat uit van twee premissen betreffende de uitlegging van artikel 68, lid 1. De eerste is dat op grond van de eerste zin van deze bepaling de werkloosheidsuitkering slechts kan worden berekend op basis van het voor de laatste werkzaamheden genoten loon in de Lid-Staat waar het bevoegde orgaan zich bevindt, wanneer dit de laatste werkzaamheden waren vóór het intreden van de werkloosheid. Het is duidelijk dat verzoeker niet aan deze voorwaarde voldoet.

De tweede premisse is dat wanneer vóór het intreden van de werkloosheid geen werkzaamheden zijn verricht op het grondgebied van de Lid-Staat waar het bevoegde orgaan zich bevindt, dit moet worden beschouwd als een geval van werkzaamheden van korter dan vier weken op dat grondgebied, waarmee de tweede zin van deze bepaling in het spel komt.

Tegen de beslissing van 5 december 1975 diende verzoeker een bezwaarschrift in bij de Bundesanstalt für Arbeit, stellende dat deze beslissing uitging van een onjuiste uitlegging van artikel 68, lid 1. In dit stadium van de procedure was hij van mening dat de eerste zin van artikel 68, lid 1, letterlijk moest worden opgevat. Als berekeningsgrondslag voor de werkloosheidsuitkering moest dus het loon worden genomen dat voor de laatste werkzaamheden in de Lid-Staat waar het bevoegde orgaan was gevestigd, was ontvangen, *ongeacht het tijdstip waarop deze werkzaamheden waren verricht.* Deze regel zou slechts moeten wijken voor de in de tweede zin neergelegde regel, wanneer de laatste werkzaamheden korter dan vier weken hebben geduurd. In deze uitlegging had de uitkering waar verzoeker recht op had, gebaseerd moeten zijn op het loon dat hij bij de firma Siebenhaar had ontvangen.

Nadat op het bezwaarschrift afwijzend was beschikt, stelde verzoeker beroep in

bij het Sozialgericht Saarland, dat het beroep bij vonnis van 17 februari 1977 verwierp. Vervolgens ging hij in hoger beroep bij het Landessozialgericht, dat bij arrest van 26 oktober 1977 zijn stelling gegrond bevond. Het Bundessozialgericht, bij wie verweerder (de Bundesanstalt für Arbeit) beroep in cassatie heeft ingesteld, heeft bij beschikking van 15 februari 1979 de volgende vragen gesteld over de uitlegging van artikel 68, lid 1:

„1. Moet, bij werkloosheid van een grensarbeider, het bevoegde orgaan van diens woonplaats krachtens artikel 68, lid 1, eerste zin, van verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 uitsluitend rekening houden met het loon dat de betrokkene voor zijn laatste werkzaamheden in het ressort van dat orgaan heeft genoten, wanneer deze werkzaamheden de laatste waren voordat hij zich werkloos heeft gemeld?

2. Zo neen, dient dan in het land waar de betrokkene woont met bedoeld loon ook nog rekening te worden gehouden, wanneer deze werkzaamheden — zoals hier het geval is — een einde hebben genomen 14 maanden voordat de betrokkene zich laatstelijk werkloos heeft gemeld?

3. Is in de zin van artikel 68, lid 1, tweede zin, van genoemde verordening ook (nog) sprake van ‚niet ten minste vier weken' werkzaamheden, wanneer de betrokkene op het grondgebied van het land waar hij woont in het geheel geen werkzaamheden heeft verricht of althans geen werkzaamheden waarmee blijkens het antwoord op de vragen 1 en 2 rekening moet worden gehouden?"

Deze vragen zijn duidelijk zo opgesteld naar aanleiding van de twee verschillende uitleggingen van artikel 68, lid 1, die partijen voor het Bundessozialgericht verdeeld houden. In haar schriftelijke opmerkingen heeft de Commissie echter nog een derde uitlegging aan de hand gedaan. Volgens haar wordt met het in artikel 68, lid 1, gebruikte begrip laatste werkzaamheden gedoeld op de laatste werkzaamheden in de tijd, en niet eenvoudigweg de laatste werkzaamheden op het grondgebied van de bevoegde staat. Deze bepaling moet worden gelezen als een toepassing van het beginsel dat werkloosheidsuitkeringen moeten worden berekend op basis van het, vóór het verlies van de arbeid, werkelijk genoten laatste salaris. Ter zitting heeft de raadsman van verzoeker meegedeeld dat hij niet meer de letterlijke uitlegging van artikel 68, lid 1, voorstond, doch zich aansloot bij de uitlegging van de Commissie.

De antwoorden op de vragen van het Bundessozialgericht hangen af van de vraag welke van deze drie uitleggingen de juiste is.

Allereerst de letterlijke uitlegging.

In de eerste zin van artikel 68, lid 1, wordt, zoals u weet, bepaald dat de bevoegde instelling van de Lid-Staat wiens wetgeving moet worden toegepast, „uitsluitend rekening [houdt] met het loon dat de betrokkene voor de laatste werkzaamheden welke hij op het grondgebied van die staat heeft uitgeoefend, heeft genoten."

Grammaticaal en syntactisch gezien behoeft deze bepaling geen nadere uitleg. Zoals de verwijzende rechter in zijn beschikking opmerkt pleit deze bepaling „naar de letter... voor de uitlegging dat altijd rekening moet worden gehouden met het loon dat de betrokkene vóór zijn werkloosheid voor de laatste werkzaamheden in eigen land heeft ontvangen, ongeacht het tijdsverloop." De cassatierechter heeft echter zijn bedenkingen over een uitlegging die geen enkele grens stelt aan het interval dat tussen de laatste werkzaamheden in de bevoegde staat en het begin van de periode van werkloosheid kan liggen.

Is het toelaatbaar dat het Hof, wanneer de letterlijke uitlegging van een geschreven rechtsregel tot een onredelijk of onbillijk resultaat leidt, een andere uitlegging zoekt waardoor dit resultaat wordt vermeden? De algemene interpretatiebeginselen en de rechtspraak van dit Hof kunnen hier mijns inziens als richtlijn dienen.

De taak van de wetgever en die van de rechter in een rechtsorde zijn heel fraai omschreven door Portalis:

„Er is een wetenschap voor wetgevers en er is er een voor rechters, en deze lijken niet op elkaar. De wetenschap van de wetgever bestaat erin om op elk gebied de beginselen te vinden die het meest bevorderlijk zijn voor het algemeen welzijn.

De wetenschap van de magistraat bestaat erin deze beginselen in het concrete geval in praktijk te brengen, te nuanceren en uit te breiden door middel van een wijze en weloverwogen toepassing; de geest van de wet te bestuderen wanneer de letter doodt; en zich niet aan het gevaar bloot te stellen beurtelings slaaf en opstandeling te zijn en uit slaafsheid gehoorzaamheid te weigeren."

Volgens de door deze eminente jurist gemaakte onderscheiding kan het Hof niet zijn discretionaire bevoegdheid in de plaats stellen van die van de gemeenschapswetgever; wanneer de bedoeling van een wet duidelijk is, moet hij overeenkomstig deze bedoeling worden toegepast, ook al acht men de voorgeschreven oplossing onbevredigend. Hiermee is echter niet gezegd dat de letterlijke uitlegging van een tekst altijd moet worden aanvaard. Indien een dergelijke uitlegging tot een absurd resultaat leidt ten aanzien van een situatie waarvoor de tekst een oplossing wilde geven, dan kan men, volgens de overtuiging van het Hof, terecht twijfel koesteren aan de juistheid daarvan. Met andere woorden, duidelijke betekenis en letterlijke betekenis zijn niet synoniem.

Er zijn tal van zaken geweest waarin het Hof van een letterlijke uitlegging heeft afgezien en heeft gekozen voor een andere, die zijn inziens meer in overeenstemming was met het doel en stelsel van de gehele betrokken regeling. Een bekend voorbeeld hiervan vormen de drie zaken over het in artikel 4, tweede alinea, van de beschikking van de Raad van 13 mei 1965 neergelegde verbod om het gemeenschappelijk stelsel voor de omzetbelasting gelijktijdig toe te passen met regelingen inzake specifieke belastingen die in de plaats van omzetbelasting worden geheven (zaak 9/70, Franz Grad, Jurispr. 1970, blz. 825; zaak 20/70, Lesage, Jurispr. 1970, blz. 861; zaak 23/70, Haselhorst, Jurispr. 1970, blz. 881). In een passage die in alle drie arresten voorkomt, overweegt het Hof:

„... dat weliswaar een letterlijke uitlegging van artikel 4, tweede alinea, der beschikking tot de opvatting zou kunnen leiden dat dit voorschrift het tijdstip betreft waarop de betrokken Lid-Staat het gemeenschappelijk stelsel op zijn eigen grondgebied zal hebben ingevoerd:

... dat zodanige uitlegging echter niet met het doel van de desbetreffende richtlijnen in overeenstemming ware; dat deze richtlijnen immers beogen te verzekeren dat vanaf een bepaalde datum het stelsel van belasting over de toegevoegde waarde alom binnen de gemeenschappelijke markt wordt toegepast; dat de Lid-Staten, zolang zulks nog niet het geval is, te dien aanzien hun vrijheid behouden" (Jurispr. 1970, blz. 841, 877 en 897).

In dezelfde zin de zaken 6/72 (Continental Can, Jurispr. 1973, blz. 215), 6/74 (Moulijn, Jurispr. 1974, blz. 1287) en op

het gebied van de sociale zekerheid, zaak 2/67 (De Moor, Jurispr. 1967, blz. 243).

Het probleem waarop de Duitse rechter de aandacht vestigt, is ernstig genoeg om het Hof te ontslaan van de noodzaak artikel 68, lid 1, volstrekt letterlijk toe te passen. Daarom kom ik thans tot de andere uitleggingen die door de Bundesanstalt für Arbeit en door de Commissie naar voren zijn gebracht.

In de oplossing van de Bundesanstalt wordt een poging gedaan bepaalde in de eerste en tweede zin van artikel 68, lid 1, voorkomende termen uit te leggen. Volgens haar moet het in beide zinnen gebezigde begrip „de laatste werkzaamheden" in de bevoegde Lid-Staat worden opgevat als een verwijzing naar de allerlaatste werkzaamheden van de betrokkene vóór het intreden van zijn werkloosheid. Anderzijds moet onder de in de tweede zin genoemde werkzaamheden van minder dan vier weken op het gebied van de bevoegde Lid-Staat mede het geval worden begrepen waarin de laatste werkzaamheden niet in die Lid-Staat zijn uitgeoefend, maar in een andere Lid-Staat.

Het voornaamste bezwaar tegen deze uitlegging is dat grensarbeiders per definitie niet in staat zijn om aan de in de eerste zin van artikel 68, lid 1, genoemde voorwaarde te voldoen. Dit heeft tot gevolg dat, wanneer krachtens de wetgeving van het land van de woonplaats de berekening van de werkloosheidsuitkering op het bedrag van het vroegere loon is gebaseerd, een grensarbeider nooit een uitkering kan krijgen die is berekend op basis van het daadwerkelijk ontvangen loon, maar uitsluitend op basis van een „kunstmatig" loon.Want zoals gezegd, is de berekeningsgrondslag van dit loon het „gebruikelijke loon" dat ter plaatse waar de werkloze woont, wordt verdiend met gelijkwaardige arbeid als die welke in het land van tewerkstelling is verricht, en daar het duidelijk is dat het grensarbeidersverkeer gewoonlijk zal lopen van gebieden met lage lonen naar gebieden met hoge lonen, zal de hoogte van de aan grensarbeiders verschuldigde uitkeringen slechts zelden in verhouding staan tot hun verdiensten vóór het intreden van de werkloosheid.

Het is niet waarschijnlijk dat de Raad de grensarbeiders zoveel ongunstiger heeft willen behandelen dan de werknemers die in een andere Lid-Staat gaan wonen. Daarom acht ik de interpretatie van de Bundesanstalt für Arbeit onjuist.

De suggestie van de Commissie, die vervolgens ter zitting door verzoekers raadsman is overgenomen, is het moeilijkst te verzoenen met de letter van artikel 68, lid 1. Indien, zoals de Commissie stelt, de beslissende factor het laatste werkelijk door een werkloze genoten loon is, hoe moet men dan verklaren dat de eerste zin van artikel 68, lid 1, preciseert dat het gaat om het loon dat is genoten voor de laatste werkzaamheden die op het grondgebied van de Lid-Staat van het bevoegde orgaan zijn verricht?

De Commissie heeft deze moeilijkheid trachten te omzeilen door een beroep op wat zij noemt de „fictie" van artikel 71, lid 1, sub a-ii, dat een volledig werkloze grensarbeider onderworpen is aan de wettelijke regeling van de Lid-Staat waar hij woont, „alsof die wettelijke regeling tijdens het verrichten van zijn laatste werkzaamheden op hem van toepassing was geweest." Zij voert aan dat het „grondgebied" van de bevoegde staat in

de zin van artikel 68, lid 1, zich voor grensarbeiders uitstrekt tot het grondgebied waarop de wetgeving van deze staat geacht wordt toepasselijk te zijn, dat wil zeggen op het grondgebied van de staat van de laatste werkkring.

Deze analyse lijkt mij echter onnodig ingewikkeld. Wat het beginsel betreft waarop de letterlijke tekst van artikel 68, lid 1, berust, ben ik het echter met de Commissie eens: het laatste werkelijk genoten loon van de betrokkene moet als berekeningsgrondslag dienen voor de werkloosheidsuitkering.

In het gewone geval, waarin krachtens artikel 13, lid 2, sub a, van verordening nr. 1408/71 de bevoegde Lid-Staat de staat is waar de arbeid wordt verricht, kan dit beginsel op grond van de eerste zin van artikel 68 toepassing vinden. Deze bepaling beoogt juist duidelijk aan te geven dat met het laatste in die staat genoten loon rekening moet worden gehouden en niet met lonen die voor eerdere in andere Lid-Staten verrichte werkzaamheden zijn ontvangen.

Dat is nagelaten artikel 68 aan de bijzondere situatie van grensarbeiders aan te passen, betekent niet dat de opsteller van de bepaling dit beginsel niet op hen heeft willen toepassen. Ware dit anders en zouden hun werkloosheidsuitkeringen moeten worden berekend op basis van een loon dat zij wellicht jaren tevoren in het land van hun woonplaats hebben ontvangen, dan zou dit een duidelijke rem zijn op het vrije verkeer van werknemers. De eerste zin van artikel 68, lid 1, moet mijns inziens worden uitgelegd alsof er stond dat voor alle volledig werkloze grensarbeiders de berekening van de uitkering moet worden gebaseerd op het loon dat de betrokkene heeft ontvangen in de Lid-Staat waar hij het laatst heeft gewerkt. Elke andere uitlegging zou om met Portalis te spreken, door slaafs vasthouden aan de letter van verordening nr. 1408/71 leiden tot ongehoorzaamheid aan de geest ervan.

Ik voel mij in deze mening gesteund door het feit dat deze oplossing minstens zo goed als de door de Bundesanstalt für Arbeit voorgestelde uitlegging, met artikel 81 van verordening nr. 574/72 valt te rijmen.

In tegenstelling tot wat de Commissie schijnt te menen, ben ik er ten slotte niet van overtuigd dat deze oplossing onverenigbaar is met het beginsel dat met in het buitenland genoten lonen geen rekening mag worden gehouden. Dit beginsel is immers uitsluitend van toepassing in gevallen waarin het in aanmerking nemen van in het buitenland genoten lonen het vrije verkeer kan beperken; in de onderhavige zaak is echter het omgekeerde het geval.

Het zou daarom mijns inziens onjuist zijn als het Hof een rechtstreeks antwoord zou geven op de vragen van de verwijzende rechter, aangezien deze bedoeld waren als uitgangspunt voor de keuze tussen twee uitleggingen van artikel 68, lid 1, van verordening nr. 1408/71, die volgens mij beide onjuist zijn.

Ik concludeer derhalve dat het Hof voor recht verklare, dat in het geval van een volledig werkloze grensarbeider het bevoegde orgaan van de woonplaats krachtens artikel 68, lid 1, eerste zin, rekening moet houden met het loon dat de belanghebbende heeft ontvangen in de Lid-Staat waar hij in het onmiddellijk aan de werkloosheid voorafgaande tijdvak heeft gewerkt.