CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL SIR GORDON SLYNN
van 17 april 1986 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

De Nederlandse Raad van State heeft het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag de volgende vraag voorgelegd:

„Kan de omstandigheid dat een onderdaan van een Lid-Staat, die op het grondgebied van een andere Lid-Staat werkzaamheden verricht welke op zichzelf beschouwd zijn aan te merken als reële en daadwerkelijke arbeid in de zin van 's Hofs arrest in zake Levin, ter aanvulling op het met deze werkzaamheden verworven inkomen een beroep doet op financiële ondersteuning ten laste van de algemene middelen van die Lid-Staat, leiden tot de conclusie dat de bepalingen van het gemeenschapsrecht betreffende het vrije verkeer van werknemers voor die onderdaan niet gelden ?"

Deze vraag is gerezen in een procedure tussen R. H. Kempf, een onderdaan van de Bondsrepubliek Duitsland, en de Nederlandse staatssecretaris van Justitie over de vraag of Kempf op grond van het gemeenschapsrecht het recht had als wernemer in Nederland te verblijven.

De in de verwijzingsbeschikking vermelde feiten zijn kort samengevat de volgende: op 1 september 1981 kwam Kempf naar Nederland, waar hij van 26 oktober 1981 tot 14 juli 1982 als muziekleraar werkzaam was bij de Stichting De Sprankel te Zwolle. Hij gaf ongeveer twaalf lessen per week. Destijds woonde hij naar het schijnt samen met een Nederlandse, met wie hij ofwel getrouwd was ofwel een gemeenschappelijke huishouding voerde en bij wie hij een kind had. Gedurende de periode dat hij werkte, verdiende hij 984 HFL per maand; daarnaast ontving hij een aanvullende uitkering krachtens de Wet Werkloosheidsvoorziening („WWV"), welke uitkering uit de algemene middelen wordt betaald aan als werknemer aan te merken werkzoekenden. Vervolgens werd hij ziek en arbeidsongeschikt. Hij kreeg financiële ondersteuning op grond van de WWV en ook van de Algemene Bijstandswet („ABW"), een vorm van bijstand die niet enkel voor „werknemers" geldt. Beide uitkeringen komen ten laste van de algemene middelen. Daarnaast werd hem een uitkering krachtens de Ziektewet toegekend, een sociale-zekerheidsuitkering voor werknemers die ten gevolge van een tijdelijke arbeidsongeschiktheid wegens ziekte of ongeval geen inkomen hebben.

Op 30 november 1981, dat wil zeggen in de periode dat hij nog werkte, vroeg hij een verblijfsvergunning aan „voor het verrichten van arbeid in loondienst". Dit verzoek werd op 17 augustus 1982 door het hoofd van de plaatselijke politie afgewezen; op het hiertegen gerichte verzoek tot herziening werd door de staatssecretaris op 9 december 1982 afwijzend beschikt. Op 10 januari 1983

* Vertaald uit het Engels.

stelde Kempf beroep in tegen laatstgenoemde beschikking. De onderhavige verwijzingsbeschikking is op 9 mei 1985 bij het Hof ingeschreven.

Volgens Kempf en de Commissie dient de voorgelegde vraag ontkennend, volgens de Nederlandse en de Deense regering dient zij bevestigend te worden beantwoord.

De aan het Hof voorgelegde vraag heeft mijns inziens een zeer beperkte draagwijdte — veel beperkter dan in sommige van de opmerkingen lijkt te worden aangenomen.

Uitgangspunt is het arrest van het Hof in zaak 53/81 (Levin, Jurispr. 1982, blz. 1035), waarin het Hof besliste dat voor de toepassing van de gemeenschapsbepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers ook als werknemer is te beschouwen degene die deeltijdarbeid verricht en daarvoor een loon ontvangt dat lager is dan het in de betrokken sector gewaarborgde minimumloon, mits a) de betrokkene „reële en daadwerkelijke arbeid [verricht], met uitsluiting van werkzaamheden van zo geringe omvang dat zij louter marginaal en bijkomstig blijken", en b) dat de werkzaamheden „bezigheden van economische aard" vormen.

Of aan de definitie van de zaak-Levin is voldaan, is mijns inziens een feitelijke vraag voor de nationale rechter, ook indien een verdere verfijning van die definitie een rechtsvraag zou zijn. De Raad van State is er in casu van uitgegaan, dat de arbeid die Kempf verrichtte, reële en daadwerkelijke arbeid was en dus niet als louter marginaal en bijkomstig was te beschouwen, een conclusie waartoe de Raad op grond van de feiten zonder meer mocht komen. De tegenwerping dat Kempf slechts twaalf uur per week werkte (aangenomen dat twaalf lessen met twaalf uren overeenkomen), acht ik misplaastst. Men mag niet enkel maar zien naar het aantal feitelijk gewerkte uren; men moet deze zien tegen de achtergrond van het normale aantal arbeidsuren in een bepaalde sector. Vaststaat dat Kempf bijna de helft van het normale aantal lesuren (26) van een full-time leraar had; dat is bijna dezelfde verhouding als in het geval van de verzoekster in de zaak-Levin. Een dergelijk argument houdt ook volstrekt geen rekening met de tijd die een leraar nodig heeft om zijn lessen voor te bereiden.

De vraag is dan ook niet, of het geven van twaalf lessen reële en daadwerkelijke arbeid is dan wel een bezigheid van louter marginale en bijkomstige aard. Die vraag is al beantwoord.

Het gaat alleen om de vraag, of iemand die dergelijke werkzaamheden verricht, geen beroep kan doen op de gemeenschapsbepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers, op grond dat hij ter aanvulling van het door hem verdiende inkomen aanspraak maakt op financiële ondersteuning ten laste van de algemene middelen en deze ondersteuning ook verkrijgt.

In de zaak-Levin overwoog het Hof, dat „daarbij geen onderscheid mag worden gemaakt tussen die bereid zijn met hun inkomen uit zulke arbeid genoegen te nemen, en degenen die dit inkomen aanvullen met andere inkomsten, hetzij uit vermogen hetzij uit arbeid van een hen vergezellend gezinslid".

Gesuggereerd is, dat het Hof hiermee de categorie werknemers heeft willen beperken tot a) degenen die bereid zijn genoegen te nemen, met hetgeen zij kunnen verdienen, en b) degenen wier op zichzelf onvoldoende inkomen wordt aangevuld met inkomsten uit vermogen of uit arbeid van een familielid.

Een zo enge definitie kan ik in het arrest niet lezen. Het Hof had bij die passage kennelijk de feiten van de zaak-Levin voor ogen: er was daar inkomen uit eigen vermo-

gen aanwezig en het was stellig mogelijk dat de echtgenoot iets zou verdienen. Wat het Hof in wezen heeft gezegd, was dat iemand die deeltijdarbeid verricht, zijn gemeenschapsrechten als werknemer niet verliest door het enkele feit dat hij minder verdient dan het in de betrokken sector gewaarborgde minimumloon. Zolang iemand reële en daadwerkelijke arbeid van economische aard verricht, die niet louter marginaal en bijkomstig is, verliest hij zijn rechten niet om de enkele reden dat hij inkomsten heeft uit andere bronnen dan vermogen of arbeid van een familielid. In dit verband zie ik in beginsel geen echt verschil tussen degene die een aanvullend inkomen heeft uit eigen vermogen, en iemand die een onverplichte toelage ontvangt van een ouder, een vriend of zelfs van een liefdadigheidsinstelling.

Ligt de zaak anders wanneer het geld afkomstig is uit de algemene middelen, wat hier — hoe de situatie ook moge zijn bij de Ziektewet — zeker het geval is bij de WWV en de ABW ?

De bij artikel 48 toegekende rechten zijn voor het bestaan van de Gemeenschap zonder meer fundamenteel. Dat artikel mag niet restrictief worden uitgelegd, ook al kan misbruik ervan niet worden getolereerd. Van misbruik zal sprake zijn wanneer iemand zich naar een andere dan zijn eigen Lid-Staat begeeft om zich daar door middel van een fictieve betrekking, of een betrekking die zo weinig tijd in beslag neemt dat niet van het verrichten van reële en daadwerkelijke arbeid kan worden gesproken, van een hogere sociale-zekerheids- of bijstandsuitkering te verzekeren. Hieruit volgt niet, dat het enkele recht op het ontvangen van een dergelijke uitkering door iemand die een betrekking heeft waarin hij reële en daadwerkelijke arbeid verricht, misbruik is. Het recht om als werknemer in een Lid-Staat te verblijven, vloeit voort uit het hebben van een dergelijke betrekking; de omstandigheid dat de betrokkene op grond van de bepalingen van sociale zekerheid of sociale bijstand van de betrokken Lid-Staat aanspraak heeft op financiële ondersteuning — en deze ook ontvangt —, omdat hij voor een passend (of algemeen aanvaard) levensniveau in die Lid-Staat niet genoeg verdient, sluit hem niet uit van dat recht en ontneemt hem dit ook niet. In elk geval lijkt het mij niet aanvaardbaar, dat iemand die zijn inkomen uit arbeid met eigen middelen kan aanvullen, wel als werknemer zou worden aangemerkt, maar niet iemand met dezelfde betrekking, die aanspraak heeft op een sociale-zekerheids- of bijstandsuitkering. Wanneer iemand opzettelijk en zonder goede gronden een deeltijdbaan neemt terwijl hij full-time zou kunnen werken, kan dat wellicht naar nationaal recht invloed hebben op zijn aanspraak op ondersteuning, maar aan zijn hoedanigheid van werknemer doet het niet af.

De aanspraak op dergelijke financiële ondersteuning kan de vraag doen rijzen, of de betrokkene werkelijk reële en daadwerkelijke arbeid verricht nu zijn werkzaamheden van zo geringe omvang zijn. Men kan echter niet stellen, dat een werkzaamheid wel „marginaal en bijkomstig" móet zijn wanneer de betrokkene aanspraak heeft op een sociale-zekerheids- of bijstandsuitkering. Neemt men aan dat de werkzaamheden van de betrokkene aan de criteria van het arrest-Levin voldoen, dan staat de aanspraak op en het ontvangen van een dergelijke financiële ondersteuning niet aan zijn rechten als werknemer in de weg. Ware dit anders, dan zouden er verschillen kunnen ontstaan tussen Lid-Staten met uiteenlopende kwalificatiecriteria voor financiële ondersteuning en in het bijzonder tussen Lid-Staten die wel en Lid-Staten die niet een gegarandeerd minimuminkomen kennen.

In het onderhavige geval had de betrokkene een betrekking op het moment dat hij een verblijfsvergunning aanvroeg. Dat moment is aangemerkt als het relevante tijdstip. Gelet op artikel 7, lid 1, van richtlijn nr. 68/360 (PB 1968, L 257, blz. 13) heeft uiteraard niemand durven stellen, dat de betrokkene, zo hij als werknemer al rechten had verworven, deze vervolgens weer heeft verloren toen hij ziek werd. Of iemand die voordat hij een betrekking heeft gevonden, een sociale-zekerheids- of bijstandsuitkering ontvangt ten einde hem in staat te stellen werk te zoeken, rechten ontleent aan artikel 48, is een vraag die hier niet aan de orde is.
Er is verwezen naar de arresten van 27 maart 1985 in de zaken 249/83 (Hoeckx) en 122/84 (Scrivner), waarin het Hof overwoog dat een uitkering ter waarborging van een minimuminkomen een sociaal voordeel vormt in de zin van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 1612/68 (PB 1968, L 257, blz. 2). Deze zaken kunnen mijns inziens echter geen directe bijdrage leveren aan de oplossing van de onderhavige zaak. In die zaken werden de verzoekers immers impliciet beschouwd als personen die op grond van artikel 7 van verordening nr. 1251/70 van de Commissie (PB 1970, L 142, blz. 24) gerechtigd waren in België te verblijven.

Het enkele feit dat iemand die reële en daadwerkelijke arbeid verricht, aanspraak heeft op een sociale-zekerheids- of bijstandsuitkering, levert mijns inziens op zichzelf evenmin grond op om hem niet toe te laten respectievelijk uit te zetten op grond van artikel 48, lid 3, EEG-Verdrag of artikel 2, lid 2, van richtlijn nr. 64/221 (PB 1964, blz. 850).

Ik ben dan ook van mening, dat de vraag van de Raad van State in de volgende zin moet worden beantwoord:

„De omstandigheid dat een onderdaan van een Lid-Staat, die op het grondgebied van een andere Lid-Staat een betrekking heeft waarin hij reële en daadwerkelijke arbeid van economische aard verricht — met uitsluiting van bezigheden van zo geringe omvang, dat zij louter marginaal en bijkomstig blijken —, ter aanvulling op het met zijn arbeid verworven inkomen een beroep doet op financiële ondersteuning ten laste van de algemene middelen van die Lid-Staat, betekent niet, dat de gemeenschapsbepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers niet voor hem zouden gelden."

De nationale rechter zal hebben te beslissen over de kosten van de partijen in het hoofdgeding; de door Denemarken en de Commissie gemaakte kosten kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen.