# CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G. JACOBS

van 30 september 1992 *

*Mijnheer de President,*
*mijne heren Rechters,*

1. In deze zaak gaat het om de cumulatie van sociale-zekerheidsuitkeringen krachtens de wetgeving van twee verschillende Lid-Staten en wel om de vraag, of een Lid-Staat het bedrag van de krachtens zijn eigen wetgeving toe te kennen invaliditeitsuitkering mag verlagen door rekening te houden met de invaliditeitsuitkering waarop verzoeker recht zou hebben gehad ingevolge de wetgeving van een andere Lid-Staat, maar waarvan hij afstand heeft gedaan om van deze laatste een ouderdomspensioen te ontvangen.

2. De zaak is voorgelegd door de Arbeidsrechtbank te Brussel, die het Hof de volgende prejudiciële vraag stelt:

„Staan artikel 46, lid 1, tweede alinea, in fine, van verordening (EEG) nr. 1408/71 en het ter uitvoering daarvan vastgestelde artikel 36, lid 4, van verordening (EEG) nr. 574/72 eraan in de weg, dat het bevoegde orgaan van een Lid-Staat waaraan het bevoegde orgaan van een andere Lid-Staat een op artikel 40 van verordening (EEG) nr. 1408/71 gebaseerde aanvraag om invaliditeitspensioen heeft doorgezonden, aan een migrerend werknemer een ouderdomspensioen in plaats van een invaliditeitspensioen toekent, wanneer blijkt, dat het ouderdomspensioen waarop hij krachtens het enkele nationale recht aanspraak heeft, voordeliger is dan het op basis van samentelling en proratisering berekende invaliditeitspensioen, met andere woorden, staan deze artikelen in de weg aan de uitlegging die door verweerder is gegeven aan artikel 241, lid 1, van het koninklijk besluit van 4 november 1963 tot uitvoering van de wet van 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte ziekte- en invaliditeitsverzekering, en aan het nieuwe artikel 76 quater, lid 2, eerste alinea, van de wet van 9 augustus 1963?"

De verwijzing is gedaan in het kader van een beroep van Iacobelli (hierna: „verzoeker") tegen een besluit van het Rijksinstituut voor Ziekte- en Invaliditeitsverzekering (hierna: „RIZIV") om de betaling van Iacobelli's invaliditeitsuitkering per 1 oktober 1983 te staken. Het RIZIV is de eerste verweerder in het hoofdgeding; het heeft schriftelijke opmerkingen bij het Hof ingediend en was vertegenwoordigd ter terechtzitting. De Union nationale de fédérations mutualistes neutres, de tweede verweerster, heeft niet deelgenomen aan de procedure voor het Hof.

## De achtergrond van de zaak

3. Verzoeker, geboren op 8 november 1920, heeft tot 1964 in Italië gewerkt en vanaf 13 augustus 1964 in België. Op 27 december 1976 kreeg hij een arbeidsongeval waarvoor hij een vergoeding ontving, maar als gevolg waarvan hij niet meer kon werken. Met

* Oorspronkelijke taal: Engels.

ingang van 1 januari 1979 had hij in beginsel recht op een Italiaanse invaliditeitsuitkering en met ingang van 1 augustus 1980 op een Belgische invaliditeitsuitkering. Per 1 december 1980 kreeg hij recht op een Italiaans ouderdomspensioen, op voorwaarde dat hij afstand zou doen van elk recht op een Italiaanse invaliditeitsuitkering. Daarop gaf verzoeker bij brief van 6 december 1982 aan de Italiaanse autoriteiten te kennen, dat hij afstand wilde doen van de Italiaanse invaliditeitsuitkering die hem was toegekend, maar die nog niet was betaald.

4. Volgens de toepasselijke Italiaanse wetgeving kan, sedert een wijziging in juli 1984, een invaliditeitsuitkering thans blijkbaar worden omgezet in een ouderdomsuitkering. Tevoren kon echter degene die bij het bereiken van de gestelde leeftijd een ouderdomspensioen wenste te ontvangen, zulks alleen bewerkstelligen door afstand te doen van elke aanspraak op invaliditeitsuitkering. In de onderhavige zaak had deze afstand tot gevolg, dat verzoeker onder de Italiaanse wet niet in aanmerking kwam voor enige uitkering over de periode van 1 januari 1979 tot 30 november 1980. Maar de gunstiger regeling van de ouderdomsuitkering waarop verzoeker toen recht kreeg, bracht hem ertoe, terugwerkend af te zien van de invaliditeitsuitkering over dat tijdvak.

5. Bij brief van 4 juni 1985 verzocht verzoeker het RIZIV om toepassing te zijnen aanzien van artikel 235 bis van het koninklijk besluit van 4 november 1963, dat tot een bepaalde grens samentelling mogelijk maakt van invaliditeitsuitkering en ouderdomsuitkering. Het RIZIV wees het verzoek af, op grond dat verzoeker de Italiaanse ouderdomsuitkering slechts had verkregen door af te zien van een invaliditeitsuitkering. Volgens het RIZIV verzet de Belgische wetgeving, te weten artikel 70, lid 2 (thans artikel 76 quater, lid 2), van de wet van 9 augustus 1963 en artikel 241 van het koninklijk besluit van 4 november 1963, zich tegen toekenning van een Belgische invaliditeitsuitkering wanneer de betrokken invaliditeit wordt vergoed onder de wetgeving van een andere Lid-Staat. Kennelijk kon men de toepassing van deze bepalingen niet ontgaan door af te zien van de Italiaanse invaliditeitsuitkering en in plaats daarvan ouderdomsuitkering te verlangen. In zijn beroep tegen de beslissing voor de Arbeidsrechtbank betoogde verzoeker, dat de afwijzing van zijn verzoek in strijd was met het gemeenschapsrecht.

## De toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht

6. De betrokken gemeenschapsbepalingen zijn te vinden in verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad, zoals gewijzigd, betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, en in verordening (EEG) nr. 574/72 van de Raad, zoals gewijzigd, tot vaststelling van de wijze van toepassing van verordening nr. 1408/71. De tekst van beide verordeningen bevindt zich in de bijlagen I en bijlage II van verordening (EEG) nr. 2001/83 van de Raad van 2 juni 1983 tot wijziging en bijwerking van verordening nr. 1408/71 en verordening nr. 574/72 (PB 1983, L 230, blz. 6). Deze verordeningen worden hierna aangeduid als „de verordening" respectievelijk „de toepassingsverordening", overeenkomstig de terminologie in de verordeningen zelf. De latere wijzigingen van deze verordeningen,

met name de inhoudelijke wijzigingen bij verordening (EEG) nr. 1248/92 van de Raad van 30 april 1992 (PB 1992, L 136, blz. 7), in werking getreden op 1 juni 1992, zijn niet van toepassing in de onderhavige zaak, al wil ik wel wijzen op lid 4 van het nieuwe artikel 95 bis van verordening nr. 1408/71 — ingevoegd bij artikel 2, punt 6, van verordening nr. 1248/92 —, luidend als volgt:

„De rechten van de betrokkenen wier pensioen vóór 1 juni 1992 werd vastgesteld, kunnen op hun verzoek met inachtneming van verordening (EEG) nr. 1248/92 worden herzien."

7. Hoofdstuk 2 (artikelen 37-43) van titel III van de verordening betreft in het bijzonder invaliditeitsuitkeringen. Artikel 40, lid 1, bepaalt:

„De werknemer of zelfstandige, die achtereenvolgens of afwisselend onderworpen is geweest aan de wettelijke regelingen van twee of meer Lid-Staten, waarvan er tenminste één niet tot het in artikel 37, lid 1, bedoelde type behoort [dat wil zeggen wetgevingen volgens welke het bedrag van de invaliditeitsuitkering onafhankelijk is van de duur van de verzekeringstijdvakken], heeft recht op uitkeringen overeenkomstig de bepalingen van hoofstuk 3, welke van overeenkomstige toepassing zijn (...)"

Artikel 40, lid 1, is onbetwist van toepassing op de omstandigheden van het onderhavige geval, daar de Belgische — doch niet de Italiaanse — invaliditeitsuitkering onafhankelijk is van de duur van de verzekeringstijdvakken. Verzoekers invaliditeitsuitkering moet daarom worden berekend volgens de regels die voor de ouderdomsuitkering zijn vastgesteld in hoofdstuk 3 van titel III en die hier van overeenkomstige toepassing zijn.

8. Artikel 43, dat de omzetting van invaliditeitsuitkeringen in ouderdomsuitkeringen betreft, bepaalt:

„1. De invaliditeitsuitkeringen worden eventueel in ouderdomsuitkeringen omgezet onder de voorwaarden gesteld door de wettelijke regeling of de wettelijke regelingen krachtens welke zij zijn toegekend, en overeenkomstig het bepaalde in hoofdstuk 3.

2. Ieder orgaan van een Lid-Staat dat invaliditeitsuitkeringen verschuldigd is, blijft aan degene die in het genot is van invaliditeitsuitkeringen en die krachtens de wettelijke regelingen van andere Lid-Staten overeenkomstig artikel 49 [dat van toepassing is wanneer de betrokkene niet tegelijkertijd voldoet aan de voorwaarden van alle wettelijke regelingen waaraan hij onderworpen is geweest] aanspraak kan maken op ouderdomsuitkeringen, ook verder de invaliditeitsuitkeringen verlenen waarop de betrokkene krachtens de door dat orgaan toegepaste wettelijke regeling recht heeft, en wel tot het tijdstip waarop lid 1 door dit orgaan kan worden toegepast.

(...)"

9. In de onderhavige zaak is, zoals gezegd, hoofdstuk 3 (artikelen 44-51) van titel III van de verordening, getiteld „Ouderdom en

overlijden (pensioenen)", van overeenkomstige toepassing voor de vaststelling van verzoekers invaliditeitspensioen. Artikel 44 bepaalt:

„1. Het recht op uitkeringen van een werknemer of zelfstandige (...) wordt, zo deze werknemer of zelfstandige onderworpen is geweest aan de wettelijke regelingen van twee of meer Lid-Staten, overeenkomstig dit hoofdstuk vastgesteld.

2. Onder voorbehoud van het bepaalde in artikel 49 moet ten aanzien van alle wetgevingen waaraan de werknemer of zelfstandige onderworpen is geweest, worden overgegaan tot vaststelling van de uitkeringen zodra door de betrokkene een daartoe strekkend verzoek is gedaan. Van deze regel wordt slechts afgeweken, indien de betrokkene uitdrukkelijk verzoekt de vaststelling van de ouderdomsuitkeringen, welke op grond van de wetgevingen van een of meer Lid-Staten zouden zijn verkregen, uit te stellen.

(...)"

Artikel 45, lid 1, bepaalt:

„Het bevoegde orgaan van een Lid-Staat waarvan de wettelijke regeling het verkrijgen, het behoud of het herstel van het recht op uitkeringen afhankelijk stelt van de vervulling van tijdvakken van verzekering of van wonen, houdt, voor zover nodig, rekening met de krachtens de wettelijke regeling van elke andere Lid-Staat vervulde tijdvakken van verzekering of wonen, alsof deze tijdvakken krachtens de door dat orgaan toegepaste wettelijke regeling waren vervuld."

10. Artikel 46 van de verordening geeft nadere regels voor de berekening van de uitkeringen. Wanneer de betrokkene recht heeft op een uitkering krachtens de wetgeving van een Lid-Staat waaraan hij onderworpen is geweest, zonder dat artikel 45, lid 1, behoeft te worden toegepast, dient het bevoegde orgaan van die Lid-Staat twee berekeningen te maken. Eerst berekent het het bedrag van de uitkering waarop de betrokkene recht heeft krachtens zijn eigen wetgeving, dat wil zeggen het „autonome" bedrag. Vervolgens maakt het de in artikel 46, lid 2, aangegeven berekening, die van toepassing is, indien de betrokkene slechts recht heeft op een uitkering wanneer rekening wordt gehouden met tijdvakken van verzekering of wonen in andere Lid-Staten, volgens het systeem van „samentelling en proratisering".

Komt de tweede berekening uit op een hoger bedrag, dan wordt ingevolge artikel 46 dit laatste bedrag in aanmerking genomen. Indien echter de betrokkene onderworpen is geweest aan een wetgeving waaronder deze tijdvakken moeten worden meegeteld, behoeft het bevoegde orgaan van deze Lid-Staat alleen de tweede berekening te maken. De som van de aldus vastgestelde bedragen wordt dan aan de betrokkene toegekend, zij het met inachtneming van de in artikel 46, lid 3, genoemde maximumgrens ter voorkoming van een onredelijke cumulatie van de aldus toegekende uitkeringen.

11. Artikel 49 van de verordening is van toepassing, wanneer de betrokkene voldoet aan de voorwaarden van sommige, doch niet alle, wetgevingen waaraan hij onderworpen is geweest. Lid 1 van dit artikel bepaalt:

„(...)

a) elk der bevoegde organen welke een wettelijke regeling toepassen aan de voorwaarden waarvan is voldaan, berekent het bedrag van de verschuldigde uitkering overeenkomstig artikel 46;

b) evenwel,

(...)

ii) indien de betrokkene voldoet aan de voorwaarden van één enkele wettelijke regeling zonder dat een beroep behoeft te worden gedaan op de tijdvakken van verzekering of van wonen welke vervuld zijn krachtens de wettelijke regelingen aan de voorwaarden waarvan niet is voldaan, wordt het bedrag van de verschuldigde uitkering uitsluitend berekend overeenkomstig de wettelijke regeling aan de voorwaarden waarvan is voldaan, en uitsluitend rekening houdend met de tijdvakken welke krachtens deze wettelijke regeling zijn vervuld."

12. Artikel 12, lid 2, van de verordening, betreffende de nationale regels tegen de cumulatie van uitkeringen, bepaalt:

„De bepalingen inzake vermindering, schorsing of intrekking waarin de wetgeving van een Lid-Staat voorziet in geval van samenloop van een uitkering met andere uitkeringen van sociale zekerheid of met andere inkomsten, zijn op de rechthebbende van toepassing, zelfs indien het gaat om uitkeringen welke op grond van de wetgeving van een andere Lid-Staat zijn verkregen of om inkomsten welke op het grondgebied van een andere Lid-Staat zijn verworven. Deze bepaling is evenwel niet van toepassing indien de betrokkene gelijksoortige uitkeringen bij invaliditeit, ouderdom, overlijden (pensioenen) of beroepsziekte geniet, welke door de organen van twee of meer Lid-Staten overeenkomstig de artikelen 46, 50, 51 of 60, lid 1, sub b, worden vastgesteld."

Blijkens de tweede zin van artikel 12, lid 2, zouden bij invaliditeitsuitkeringen nationale anti-cumulatieregels derhalve niet van toepassing zijn, zulks echter tenzij het bedrag van de uitkering alleen op grond van de nationale wetgeving wordt berekend. Bij de vaststelling van een uitkering volgens artikel 46 moet dan ook geen rekening worden gehouden met nationale anti-cumulatieregels, ook niet wanneer het „autonome" bedrag van de uitkering wordt berekend volgens artikel 46, lid 1 (zie arrest van 11 juni 1992, gevoegde zaken C-90/91 en C-91/91, Di Crescenzo en Casagrande, Jurispr. 1992, blz. I-3851, r. o. 20). Nationale anti-cumulatieregelingen kunnen echter in aanmerking worden genomen, zolang de uitkering alleen krachtens de nationale bepalingen wordt vastgesteld en de toepassing van die bepalingen, met inbegrip van de nationale anti-cumulatieregels, tot een gunstiger resultaat leidt dan de toepassing van artikel 46. In zijn arrest van 5 april 1990 (zaak C-108/89, Pian, Jurispr. 1990, blz. I-1599, r. o. 8 en 9) besliste het Hof:

„De bepalingen van verordening nr. 1408/71 staan niet eraan in de weg, dat wanneer een werknemer uitsluitend krachtens de nationale wettelijke regeling een pensioen ontvangt, die nationale wettelijke regeling integraal op hem wordt toegepast, dus ook de nationale anti-cumulatiebepalingen.

(...) evenwel (...) wanneer de toepassing van uitsluitend de nationale wettelijke regeling voor de werknemer minder gunstig uitvalt dan die van de regeling van artikel 46 van verordening nr. 1408/71, moet dit artikel 46 worden toegepast (...)"

Het Hof heeft eveneens duidelijk gemaakt, dat wanneer ingevolge de tweede zin van artikel 12, lid 2, de nationale anticumulatieregels geen toepassing kunnen vinden, in plaats daarvan de anticumulatiebepaling van artikel 46, lid 3, van de verordening moet worden toegepast (zie arresten van 5 mei 1983, zaak 238/81, Van der Bunt-Craig, Jurispr. 1983, blz. 1385, r. o. 15; 5 april 1990, Pian, reeds aangehaald r. o. 10, en 11 juni 1992, Di Crescenzo en Casagrande, reeds aangehaald, r. o. 32). Artikel 46, lid 3, mag echter niet worden toegepast, wanneer dat zou neerkomen op een verlaging van de uitkering die verkregen is krachtens alleen de nationale wetgeving en niet krachtens de bepalingen van artikel 46 (zie arresten van 21 oktober 1975, zaak 24/75, Petroni, Jurispr. 1975, blz. 1149, r. o. 22, en 18 februari 1992, zaak C-5/91, Di Prinzio, Jurispr. 1992, blz. I-897, r. o. 65).

13. Hoofdstuk 3 (artikelen 35-59) van titel IV van de toepassingsverordening is getiteld „Invaliditeit, ouderdom en overlijden (pensioenen)". Artikel 36, lid 1, luidt:

„Om in aanmerking te komen voor uitkeringen krachtens de artikelen 40 tot en met 51 van de verordening, (...) is de aanvrager verplicht een aanvraag tot het orgaan van de woonplaats te richten, volgens de voorschriften van de door dat orgaan toegepaste wettelijke regeling (...)"

Artikel 36, lid 4, bepaalt:

„Een aanvraag om uitkeringen die aan het orgaan van een Lid-Staat wordt gericht heeft automatisch tot gevolg dat de uitkeringen krachtens de wettelijke regeling van alle betrokken Lid-Staten aan de voorwaarden waarvan de aanvrager voldoet, gelijktijdig worden vastgesteld, behalve wanneer de aanvrager overeenkomstig artikel 44, lid 2, van de verordening wenst dat de vaststelling van de ouderdomsuitkeringen die krachtens de wettelijke regeling van één of meer Lid-Staten zouden zijn verkregen, wordt uitgesteld."

En artikel 37, sub d:

„indien de aanvrager, overeenkomstig artikel 44, lid 2, van de verordening, wenst dat de vaststelling van de ouderdomsuitkeringen die krachtens de wettelijke regeling van één of meer Lid-Staten zouden zijn verkregen, wordt uitgesteld, dient hij nader aan te geven krachtens welke wettelijke regeling hij uitkeringen aanvraagt."

14. De behandeling van aanvragen om uitkeringen in de gevallen bedoeld in artikel 36 van de toepassingsverordening, is geregeld in de artikelen 41-50. Luidens artikel 43, lid 1, vermeldt het behandelende orgaan (in deze zaak het RIZIV) op het voorgeschreven formulier de tijdvakken van verzekering of wonen die krachtens de door dat orgaan toegepaste wettelijke regeling zijn vervuld, en zendt het een exemplaar van dit formulier aan het bevoegde orgaan van andere Lid-Staten waar de betrokkene verzekerd is geweest. Artikel 43, lid 2, bepaalt:

„Indien er slechts één ander orgaan bij betrokken is, vult dit orgaan bedoeld formulier aan met de vermelding van:

a) de tijdvakken van verzekering of wonen die krachtens de door dit orgaan toegepaste wettelijke regeling zijn vervuld;

b) het bedrag van de uitkering waarop de aanvrager aanspraak zou kunnen maken uitsluitend op grond van deze tijdvakken van verzekering of wonen;

c) het theoretische bedrag en het werkelijke bedrag van de uitkeringen, berekend overeenkomstig artikel 46, lid 2, van de verordening.

(...)"

En artikel 43, lid 5:

„In het geval bedoeld in artikel 37, sub d, van de toepassingsverordening, vermelden de organen van de Lid-Staten aan de wettelijke regeling waarvan de aanvrager onderworpen is geweest, doch waaraan hij heeft gevraagd de vaststelling van zijn uitkering uit te stellen, op het (...) formulier uitsluitend de tijdvakken van verzekering of wonen die door de aanvrager krachtens de door deze organen toegepaste wettelijke regeling zijn vervuld."

## Nadere beschouwing van de gestelde vraag

15. Opgemerkt zij, dat het probleem van de vaststelling van verzoekers recht op uitkeringen betrekking heeft op twee verschillende tijdvakken. In de eerste plaats is er het punt van het bedrag van de Belgische invaliditeitsuitkering waarop verzoeker recht heeft over de weliswaar korte periode tussen 1 augustus 1980 en 30 november 1980, toen hij recht had op een Italiaanse invaliditeitsuitkering, waarvan hij naderhand afstand heeft gedaan, doch niet op enige andere Italiaanse uitkering. In de tweede plaats is er het probleem van de vaststelling van het bedrag van zijn totale rechten over het tijdvak vanaf 1 december 1980, met zijn aanspraak op zowel Belgische invaliditeitsuitkering als Italiaans ouderdomspensioen. Ik zal hierna eerst de situatie met betrekking tot deze laatste periode bespreken, die vanuit het oogpunt van verzoeker uiteraard de belangrijkste is.

16. Zo verzoeker alleen recht had op invaliditeitsuitkeringen, zou de toepassing van de desbetreffende gemeenschapsbepalingen geen bijzondere problemen opleveren. De indiening van zijn aanvraag bij het Belgische orgaan overeenkomstig artikel 36, lid 1, van de toepassingsverordening zou ingevolge lid 4 van dit artikel automatisch de vaststelling van de Italiaanse invaliditeitsuitkering meebrengen. De bevoegde organen zouden de in artikel 46 van de verordening genoemde berekeningen moeten verrichten, en het RIZIV zou de Belgische anticumulatieregels alleen dan mogen toepassen wanneer de toepassing van enkel de Belgische wetgeving, met inbegrip van die regels, tot een minstens even gunstig resultaat voor verzoeker zou leiden als een vaststelling van uitkeringen volgens artikel 46. Voor de uiteindelijke vaststelling van het uitkeringsbedrag wordt het voorgeschreven

formulier overeenkomstig artikel 43, lid 1, van de toepassingsverordening door het RIZIV aan het bevoegde Italiaanse orgaan toegezonden en aan het RIZIV teruggestuurd, nadat het Italiaanse orgaan daarop de gegevens heeft ingevuld over de vervulde tijdvakken van verzekering en wonen, alsmede de overeenkomstig artikel 46, lid 2, van de verordening berekende uitkeringsbedragen.

17. In de onderhavige zaak is het echter zo, dat verzoeker een potentieel recht heeft op een van twee Italiaanse uitkeringen. Voor de Arbeidsrechtbank doet zich bij de vaststelling van de invaliditeitsuitkering dan ook de volgende moeilijkheid voor. Zoals reeds gezegd, bepaalt artikel 36, lid 4, van de toepassingsverordening, dat een aanvraag om invaliditeitsuitkering automatisch leidt tot de vaststelling van de uitkeringen krachtens de wettelijke regeling van alle Lid-Staten aan de voorwaarden waarvan de aanvrager voldoet. Naar het oordeel van de Arbeidsrechtbank rijst derhalve de vraag of, gezien deze bepaling, verzoeker wel het recht had af te zien van een Italiaanse invaliditeitsuitkering ten gunste van een Italiaans ouderdomspensioen.

18. Opgemerkt zij, dat de vraag van de Arbeidsrechtbank aan het Hof naar haar formulering eerder betrekking heeft op de gemeenschapsrechtelijke verenigbaarheid van het handelen van de Italiaanse autoriteiten dan van de Belgische autoriteiten. De eigenlijke vraag is evenwel, of het afzien van een Italiaanse invaliditeitsuitkering gevolgen heeft voor het geheel van verzoekers rechten volgens de desbetreffende gemeenschapsbepalingen waarvan de toepassing in casu onder verantwoordelijkheid van het RIZIV valt. De vraag is dus beter te begrijpen wanneer wij ze aldus verstaan: moet een orgaan van een Lid-Staat dat een aanvraag om een invaliditeitsuitkering doorzendt aan een orgaan van een andere Lid-Staat, ingevolge de artikelen 36 en 43 van de toepassingsverordening bij de vaststelling van het toe te kennen uitkeringsbedrag rekening houden met een door dit laatste orgaan toegekend ouderdomspensioen in de plaats van een invaliditeitspensioen dat had kunnen worden toegekend indien de aanvrager daarvan geen afstand had gedaan overeenkomstig de wetgeving van laatstbedoelde Lid-Staat?

19. Zoals gezegd, meent de Arbeidsrechtbank, dat verzoekers afstand van Italiaans invaliditeitspensioen wellicht niet strookt met met artikel 36, lid 4, van de uitvoeringsverordening, volgens hetwelk immers uitkeringen krachtens de wetgeving van één of meer Lid-Staten buiten aanmerking kunnen blijven, „wanneer de aanvrager overeenkomstig artikel 44, lid 2, van de verordening wenst dat de vaststelling van de ouderdomsuitkeringen die (...) zouden zijn verkregen, wordt uitgesteld". De Commissie suggereert, dat ingevolge artikel 40, lid 1, van de verordening de tweede zin van artikel 44, lid 2, van overeenkomstige toepassing moet zijn op invaliditeitsuitkeringen en dat derhalve de verwante bepaling van artikel 36, lid 4, van de toepassingsverordening eveneens moet worden geacht van overeenkomstige toepassing te zijn.

20. Mij lijkt echter, dat de in artikel 44, lid 2, van de verordening en in artikel 36, lid 4, van de toepassingsverordening bedoelde mogelijkheid bepaalde uitkeringen buiten beschouwing te laten, voor het probleem in de onderhavige zaak wellicht niet speelt. Zoals de Commissie opmerkt, is de huidige

tekst van de tweede zin van artikel 44, lid 2, toegevoegd bij verordening nr. 2595/77 van de Raad van 21 november 1977 (PB 1977, L 302, blz. 1). In de oorspronkelijke redactie van verordening nr. 1408/71 (PB 1971, L 149, blz. 1) luidde deze zin als volgt:

„Van deze regel [betreffende de vaststelling van uitkeringen] wordt slechts afgeweken, indien de betrokkene nadrukkelijk verzoekt de vaststelling van de ouderdomsuitkeringen, welke op grond van de wettelijke regelingen van één of meer Lid-Staten zouden zijn verkregen, uit te stellen, en voor zover de krachtens deze wettelijke regeling of wettelijke regelingen vervulde tijdvakken niet in aanmerking worden genomen bij het verkrijgen van het recht op uitkering in een andere Lid-Staat."

De eerste overweging van de considerans van verordening nr. 2595/77 geeft als doel van de wijziging aan:

„(...) dat (...) zonder beperkingen de mogelijkheid dient te worden geschapen dat een werknemer een pensioen of rente geniet krachtens de wettelijke regeling van een Lid-Staat maar de vaststelling van zijn pensioen of rente in een andere Lid-Staat uitstelt ten einde te profiteren van de verhoging van dit pensioen of deze rente als gevolg van dit uitstel".

Het was dus reeds volgens de oorspronkelijke redactie van artikel 44, lid 2, mogelijk de vaststelling van ouderdomsuitkeringen uit te stellen, zij het met de — naderhand met de wijziging in 1977 vervallen — beperking betreffende de inaanmerkingneming van verzekeringstijdvakken. De oorspronkelijke bepaling, zoals bevestigd bij deze wijziging, had kennelijk ten doel duidelijk te maken, dat een aanvrager niet verplicht is onmiddellijk een ouderdomspensioen te trekken waarop hij recht heeft gekregen, indien hij meer pensioenrechten kan opbouwen door te blijven werken en aldus extra verzekeringstijdvakken te vervullen. Dit beginsel lag in feite reeds vast sinds de uitspraken van het Hof over de uitlegging van de verordeningen nrs. 3 en 4 van de Raad, die niet uitdrukkelijk voorzagen in uitstel van pensioenrechten (zie arresten van 5 juli 1967, zaak 9/67, Colditz, Jurispr. 1967, blz. 286, en 12 december 1967, zaak 11/67, Couture, Jurispr. 1967, blz. 473). De bepaling over het uitstel van uitkeringen in artikel 44, lid 2, is blijkbaar naar aanleiding van deze arresten in verordening nr. 1408/71 opgenomen.

21. De nationale wetgeving die in de onderhavige zaak in het geding is, geeft een verzoeker echter niet de mogelijkheid een uitkering uit te stellen, doch verplicht hem daarvan afstand te doen. Die afstand leidt niet tot een verhoging van het opgegeven pensioen, maar tot de onmiddellijke toekenning van een ander pensioen, zodra de voorwaarden daartoe zijn vervuld. Voorts ziet artikel 36, lid 4, van de toepassingsverordening uitsluitend op het uitstel van ouderdomspensioen en niet van invaliditeitspensioen, ook al luidt het opschrift van hoofdstuk 3 van die verordening „Invaliditeit, ouderdom en overlijden (pensioenen)". De verklaring hiervan is, lijkt mij, dat men zich moeilijk een stelsel van sociale zekerheid kan voorstellen waarin de betrokkene

een invaliditeitspensioen kan verhogen door het uit te stellen: een invaliditeitspensioen is haast per definitie een onmiddellijk benodigde uitkering ter compensatie van een dan bestaande invaliditeit. Ik kan dan ook niet meegaan met de stelling van de Commissie, dat de bepaling over het uitstel van ouderdomspensioen in artikel 36, lid 4, van de toepassingsverordening overeenkomstige toepassing zou moeten vinden bij de afstand van een invaliditeitsuitkering.

22. Het is mijns inziens echter evenzeer duidelijk, dat een dergelijke toepassing in ons geval niet nodig is: artikel 36, lid 4, van de toepassingsverordening kan immers niet het effect hebben, dat het verzoeker belet af te zien van zijn Italiaanse invaliditeitsuitkering. Hier ware dezelfde redenering te volgen als die welke het Hof heeft geleid bij de uitlegging van de bepalingen inzake de vaststelling van uitkeringen in de verordeningen nrs. 3 en 4 van de Raad (zie de zaken Colditz en Couture, reeds aangehaald onder punt 20 supra). De bepaling van artikel 36, lid 4, dat een aanvraag om uitkeringen „automatisch tot gevolg heeft dat de uitkeringen krachtens de wettelijke regeling van alle betrokken Lid-Staten aan de voorwaarden waarvan de aanvrager voldoet, gelijktijdig worden vastgesteld", is dan ook een procedurele bepaling, die geen nadere voorwaarde voor de toekenning van uitkeringen kan opleggen naast die van artikel 44, lid 2, van de verordening, waaraan artikel 36, lid 4, uitvoering geeft (zie arrest Couture, reeds aangehaald, blz. 486, en conclusie van advocaat-generaal Roemer in de zaak Colditz, reeds aangehaald, blz. 299). De verordening zelf bepaalt in artikel 44, lid 2, alleen, dat „ten aanzien van alle wetgevingen waaraan de werknemer of zelfstandige onderworpen is geweest", moet worden overgegaan tot vaststelling van de uitkeringen. Deze bepaling mag volgens mij niet zo worden uitgelegd, dat een aanvrager een uitkering móet worden toegekend indien hij volgens de nationale wet er afstand van kan doen voor een gunstiger uitkering. Verzoeker hoeft derhalve geen steun te zoeken in de uitzondering op de gelijktijdige vaststelling van uitkeringen in artikel 36, lid 4, hetwelk, zoals gezegd, ziet op het specifieke geval dat ouderdomspensioen wordt uitgesteld.

23. De vraag welke uitkeringen verkrijgbaar zijn onder de wetgeving van een bepaalde Lid-Staat, is dan ook in beginsel een zaak van enkel nationaal recht. Wanneer bijgevolg een nationale wetgeving een aanvrager verplicht te kiezen tussen twee uitkeringen, dient overeenkomstig de eerste zin van artikel 44, lid 2, van de verordening en voor de volgens artikel 46 te verrichten berekeningen eenvoudig de uitkering in aanmerking te worden genomen die de aanvrager kiest. Hieruit volgt, dat wanneer een aanvrager van invaliditeitspensioen in een Lid-Staat de mogelijkheid heeft krachtens de wetgeving van een andere Lid-Staat ouderdomspensioen onder die wetgeving te krijgen in plaats van invaliditeitspensioen, hij moet worden behandeld als een persoon die rechten op ouderdomspensioen onder de wetgeving van laatstbedoelde staat kan doen gelden, en niet als een trekker van invaliditeitspensioen aldaar.

24. Onder deze omstandigheden zou artikel 43, lid 2, — aangehaald onder punt 8 supra — hier de meest in aanmerking komende bepaling zijn. Het zegt immers, dat

wanneer de ontvanger van een invaliditeitsuitkering recht krijgt op een ouderdomsuitkering in een andere Lid-Staat, de eerste Lid-Staat de invaliditeitsuitkering moet blijven uitkeren totdat de aanvrager ook in die staat recht krijgt op ouderdomspensioen. Zoals het Hof verklaarde in zijn arrest van 19 juni 1979 (zaak 180/78, Brouwer-Kaune, Jurispr. 1979, blz. 2111, r. o. 6 en 7), mag de eerste Lid-Staat in een dergelijk geval de anticumulatieregels niet toepassen, tenzij dit tot een minstens even gunstig resultaat zou leiden als de toepassing van de regeling van artikel 46. Indien derhalve artikel 43, lid 2, van de verordening van toepassing is, zijn de invaliditeits- en de ouderdomsuitkering te beschouwen als uitkeringen „van dezelfde aard" als bedoeld in de tweede zin van artikel 12, lid 2 (zie arrest van 15 oktober 1980, zaak 4/80, D'Amico, Jurispr. 1980, blz. 2951, r. o. 16 en 17).

25. Het is juist, dat, zoals het Hof opmerkte in rechtsoverweging 3 van het arrest Brouwer-Kaune (reeds aangehaald), artikel 43, lid 2, van de verordening uitgaat van het geval dat invaliditeitsuitkeringen in twee Lid-Staten worden verkregen en vervolgens in één van die staten overeenkomstig artikel 43, lid 1, worden omgezet in een ouderdomsuitkering. Artikel 43, lid 2, ziet derhalve niet in de eerste plaats op het geval dat een verzoeker verplicht is te kiezen tussen twee verschillende soorten uitkeringen, maar de mogelijkheid heeft de ene uitkering in de andere om te zetten. Het is echter evenzeer duidelijk, dat artikel 43, lid 2, niet restrictief moet worden uitgelegd. Zo heeft het Hof in het arrest D'Amico (reeds aangehaald) aan artikel 43, lid 2, een extensieve uitlegging gegeven, waar het overwoog (r. o. 15):

„Hoewel deze bepaling enkel uitdrukkelijk betrekking heeft op de verplichting van het orgaan dat de niet in een ouderdomspensioen omgezette invaliditeitsuitkering verschuldigd is, om de betaling van deze uitkering voort te zetten, impliceert zij, mede gelet op de artikelen 48-51 EEG-Verdrag, dat het orgaan welks invaliditeitsuitkeringen wel in een ouderdomspensioen zijn omgezet, niet gerechtigd is de betaling van dit pensioen te staken op grond dat de rechthebbende tevens een niet-omgezette invaliditeitsuitkering ontvangt."

Voorts gaf het Hof in het arrest Brouwer-Kaune te kennen, dat de artikelen 40, lid 1, en 46 van de verordening, evenals 's Hofs desbetreffende rechtspraak, overeenkomstig konden worden toegepast op een niet expliciet onder artikel 43 vallende situatie, waar het overwoog (r. o. 8):

„De behoefte aan bescherming van rechten welke betrokkene, buiten de regeling inzake samentelling en toekenning pro rata parte (neergelegd in artikel 46 van de verordening) om, aan de nationale wettelijke regeling alleen ontleent, en aan handhaving van mogelijkerwijs uit die regeling voortvloeiende voordelen, is in alle gevallen even groot."

26. In de zaak Brouwer-Kaune werd artikel 43 niet van toepassing geacht, daar de verzoeker in de eerste Lid-Staat recht had gekregen op een invaliditeitsuitkering na de datum waarop de in de tweede Lid-Staat toegekende invaliditeitsuitkering was omgezet in ouderdomspensioen. In de onderhavige zaak heeft verzoeker daarentegen zijn aanspraak op een Italiaanse ouderdomsuitkering

doen gelden nadat hij recht had gekregen op een Belgische invaliditeitsuitkering, hetgeen nu juist de in artikel 43, lid 2, bedoelde volgorde van zaken is. De enige moeilijkheid in de onderhavige zaak is, dat de aanspraak op Italiaans ouderdomspensioen niet geldend is gemaakt via een omzetting van invaliditeitspensioen, maar door een keuze tussen de twee. Gezien de uitspraken in D'Amico en Brouwer-Kaune, lijdt het mijns inziens echter geen twijfel, dat een dergelijk geval moet worden geacht te vallen onder artikel 43, lid 2, van de verordening en derhalve onder de in artikelen 40, lid 1, en 46 aangegeven wijze van berekening van uitkeringen, of eventueel dat deze bepalingen op overeenkomstige wijze moeten worden toegepast.

27. Het komt mij dan ook voor, dat in de onderhavige zaak de bepaling van artikel 43, lid 2, van toepassing moet worden geacht. Een aanvrager mag immers niet worden benadeeld doordat de nationale wetgeving hem dwingt tussen invaliditeitsuitkering en ouderdomsuitkering te kiezen in plaats van hem toe te staan de ene in de andere om te zetten: de benadeling van een aanvrager onder dergelijke omstandigheden zou rechtstreeks in strijd zijn met het doel van artikel 43. Zoals reeds gezegd, is in tussentijd deze omzettingsmogelijkheid in de Italiaanse wetgeving ingevoerd door een wijziging van de desbetreffende bepalingen in juli 1984. Naar mijn mening mag verzoeker geen schade lijden door het feit dat de in zijn geval toepasselijke wetgeving een dergelijke bepaling nog niet bevatte, toen hij in 1980 aanspraak maakte op het Italiaanse ouderdomspensioen. Toen verzoeker dan ook ten slotte in aanmerking kwam voor Italiaans ouderdomspensioen, diende hij op precies dezelfde wijze te worden behandeld als ieder ander die aanspraak kan maken op ouderdomspensioen na tevoren recht te hebben gekregen op invaliditeitspensioen.

28. Rest ons nog te bezien, wat de situatie was tijdens de korte tijd dat verzoeker nog geen Italiaanse ouderdomsuitkering ontving, maar wel recht had op een Italiaanse invaliditeitsuitkering (zonder die te krijgen), waarvan hij later afstand heeft gedaan. Zoals wij al hebben gezien, moet verzoeker, na afloop van dat tijdvak, worden behandeld als rechthebbende op een Italiaanse ouderdomsuitkering en kan hij niet meer worden beschouwd als rechthebbende op een Italiaanse invaliditeitsuitkering, waarvan hij afstand heeft gedaan. Vanuit dit standpunt zou ik het echter inconsequent vinden verzoeker met betrekking tot de voorafgaande periode anders te behandelen. Verzoeker moet derhalve, na te hebben afgezien van invaliditeitspensioen, worden geacht niet te voldoen aan de voorwaarden voor toekenning van een invaliditeitsuitkering in Italië. Het Belgische orgaan dient bijgevolg, krachtens artikel 49, lid 1, sub a en b-ii, van de verordening, het bedrag van de onder de bepalingen van enkel de Belgische wet verschuldigde uitkering te berekenen overeenkomstig artikel 46, lid 1. Het Belgische orgaan mag dus niet de nationale anti-cumulatieregels toepassen, die in deze zaak noodzakelijkerwijs tot een minder gunstig resultaat voor verzoeker zouden leiden.

29. Ik kom hiermee tot de conclusie, dat wanneer in omstandigheden als de onderhavige een verzoeker zich genoopt ziet in een Lid-Staat afstand van invaliditeitspensioen te doen, teneinde daar vervolgens ouderdomspensioen te ontvangen, het orgaan dat in een tweede Lid-Staat invaliditeitspensioen vaststelt, rekening dient te houden met de rechten op de volgens de wetgeving van de eerste Lid-Staat vastgestelde ouderdomsuitkering. De beide uitkeringen zijn dan te beschouwen als uitkeringen „van dezelfde aard" in de zin van artikel 12, lid 2, van de verordening, en de bepalingen van de artikelen 40, lid 1, en 46 zijn van toepassing voor de vaststelling van het in totaal toe te kennen uitkeringsbedrag. Nationale anti-cumulatieregels spelen dan alleen, als zij tot een gunstiger resultaat voor verzoeker leiden dan volgens het schema van artikel 46. Gedurende het tijdvak dat verzoeker nog geen recht had op ouderdomsuitkering in de eerste Lid-Staat, zijn nationale anti-cumulatieregels van de tweede Lid-Staat niet van toepassing op een invaliditeitsuitkering waarvan afstand is gedaan.

## Conclusie

30. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging, de vraag van de Arbeidsrechtbank te beantwoorden als volgt:

„Verordening nr. 1408/71 van de Raad moet aldus worden uitgelegd, dat wanneer een werknemer zich krachtens de wetgeving van een Lid-Staat verplicht ziet, van het recht op invaliditeitsuitkering af te zien teneinde recht op ouderdomsuitkering te verkrijgen, het orgaan van een tweede Lid-Staat, dat belast is met de vaststelling van een invaliditeitsuitkering ingevolge artikel 40, lid 1, van de verordening, daarbij geen rekening mag houden met de invaliditeitsuitkering waarvan aldus is afgezien, maar daarentegen wel rekening moet houden met de toekenning van de ouderdomsuitkering. Indien een dergelijk recht op ouderdomsuitkering in de eerste Lid-Staat is vastgesteld, gelden de bepalingen van hoofdstuk 3 van titel III van de verordening voor de vaststelling van de in de beide Lid-Staten toe te kennen ouderdoms- en invaliditeitsuitkeringen; ingevolge artikel 12, lid 2, van de verordening zijn nationale anti-cumulatieregels niet van toepassing, tenzij de toepassing van de nationale wetgeving, met inbegrip van die regels, tot een gunstiger uitkomst leidt dan de toepassing van het stelsel van artikel 46."