

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

N. FENNELLY

van 6 maart 1997*

1. Mag een Lid-Staat (Duitsland) op een onderdaan van een andere Lid-Staat (Spanje), die in eerstgenoemde Lid-Staat woont en werkt, zijn nationale wettelijke regeling toepassen, op grond waarvan gezinsbijslagen kunnen worden geweigerd wanneer de kinderen van de migrerend werknemer in een andere Lid-Staat wonen en de werknemer een onbetaald verlof van meer dan vier weken opneemt? Dat is in wezen waar het om gaat in twee vragen van het Bundessozialgericht over, in het bijzonder, de werkingssfeer en de verenigbaarheid met het EG-Verdrag van afdeling I, sub C, letter a, van bijlage I bij verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (hierna: „verordening”).¹

I — De toepasselijke bepalingen en de feiten

A — *De gemeenschapsregeling*

2. In artikel 2 van de verordening wordt de personele werkingssfeer van de verordening gedefinieerd, voornamelijk aan de hand van de begrippen „werknemer” en „zelfstandige”. Artikel 2, lid 1, spreekt van „werknemers (...) op wie de wetgeving van een of meer Lid-Staten van toepassing is of geweest is (...) alsmede op hun gezinsleden (...)”. Artikel 1, sub a, van de verordening definieert de begrippen „werknemer” en „zelfstandige” als

„i) [ieder] die verplicht of vrijwillig voortgezet verzekerd is tegen een of meer gebeurtenissen, behorende tot de takken van een stelsel van sociale zekerheid dat op werknemers of zelfstandigen van toepassing is;

* Oorspronkelijke taal: Engels.

1 — PB 1971, L 149, blz. 2. De verwijzingsbeschikking heeft betrekking op de versie van de verordening in de versie van verordening (EEG) nr. 3427/89 van de Raad van 30 oktober 1989 tot wijziging van verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, en van verordening (EEG) nr. 574/72 tot vaststelling van de wijze van toepassing van verordening (EEG) nr. 1408/71 (PB 1989, L 331, blz. 1; hierna: „verordening van 1989”). Van deze veelvuldig gewijzigde wettelijke regeling is onlangs een gewijzigde en bijgewerkte gecodificeerde versie vastgesteld bij verordening (EG) nr. 118/97 van de Raad van 2 december 1996 tot wijziging en bijwerking van verordening (EEG) nr. 1408/71 betreffende de toepassing van de sociale-zekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, en van verordening (EEG) nr. 574/72 tot vaststelling van de wijze van toepassing van verordening (EEG) nr. 1408/71 (PB 1997, L 28, blz. 1). Verordening nr. 118/97 heeft echter geen wijziging gebracht in de bepalingen die in de verwijzingsbeschikking aan de orde zijn.

- ii) die in het kader van een stelsel van sociale zekerheid dat voor alle ingezetenen of voor de gehele beroepsbevolking geldt, verplicht verzekerd is tegen een of meer gebeurtenissen behorende tot de takken van sociale zekerheid waarop deze verordening van toepassing is,
- wanneer hij door de wijze van beheer of van financiering van dit stelsel als werknemer of zelfstandige kan worden onderkend, dan wel
- indien dergelijke criteria niet aanwezig zijn, wanneer hij verplicht of vrijwillig voortgezet verzekerd is tegen een andere in bijlage I omschreven gebeurtenis, in het kader van een voor werknemers of zelfstandigen ingesteld stelsel of onder iii bedoeld stelsel, dan wel, bij gebreke van zulk een stelsel in de betrokken Lid-Staat, wanneer hij beantwoordt aan de in bijlage I gegeven definitie;
- iii) die in het kader van een stelsel voor sociale zekerheid dat volgens de in bijlage I vastgestelde criteria op uniforme wijze is georganiseerd ten behoeve van de gehele plattelandsbevolking, verplicht verzekerd is tegen meerdere gebeurtenissen behorende tot de takken van sociale zekerheid waarop deze verordening van toepassing is;
- iv) die, in het kader van een stelsel van sociale zekerheid van een Lid-Staat, ingesteld voor werknemers of voor zelfstandigen of voor alle ingezetenen of voor bepaalde categorieën ingezetenen, vrijwillig verzekerd is tegen een of meer gebeurtenissen behorende tot de takken van sociale zekerheid waarop deze verordening van toepassing is,
- indien hij al dan niet in loondienst werkzaam is, of
- indien hij tevoren in het kader van een voor werknemers of zelfstandigen ingesteld stelsel van dezelfde Lid-Staat verplicht verzekerd is geweest tegen dezelfde gebeurtenis.”
3. Op grond van artikel 13, lid 1, zijn degenen op wie de verordening van toepassing is, in beginsel slechts aan de wetgeving van één enkele Lid-Staat onderworpen. Artikel 13, lid 2, sub a, dat over werknemers gaat, bepaalt dat zij onderworpen zijn aan de wetgeving van de staat waar zij werken.

4. Hoofdstuk 7 van titel III van de verordening omvat de artikelen 72 tot en met 76 en gaat over gezinsbijslagen. Artikel 73, zoals gewijzigd bij artikel 1, lid 1, van de verordening van 1989 bepaalt onder het kopje „Werknemers in loondienst of zelfstandigen wier gezinsleden in een andere Lid-Staat dan de bevoegde staat wonen”:

„(...) de werknemer of de zelfstandige op wie de wettelijke regeling van een Lid-Staat van toepassing is, [heeft] voor zijn gezinsleden die op het grondgebied van een andere Lid-Staat wonen, recht op de gezinsbijslagen waarin de wettelijke regeling van de eerste staat voorziet, *alsof die gezinsleden op het grondgebied van deze staat woonden*” (cursivering van mij).

Ingevolge artikel 3 van de verordening van 1989 geldt deze gewijzigde versie van artikel 73 met terugwerkende kracht tot 15 januari 1986.²

5. Bijlage I van de verordening gaat, zoals de titel aangeeft, over de personele werksfeer van de verordening. Afdeling I is getiteld „Werknemers en/of zelfstandigen (artikel 1, onder a-ii en iii, van de verordening)”.

Afdeling I, sub C, bepaalt:

„Wanneer een Duits orgaan bevoegd is voor de toekenning van gezinsbijslagen overeenkomstig hoofdstuk 7 van titel III van de verordening, wordt in de zin van artikel 1, onder a-ii, van de verordening aangemerkt:

a) als werknemer, degene die *verplicht verzekerd is tegen werkloosheid* [cursivering van mij] of degene die, aansluitend op deze verzekering, uitkeringen van de ziekteverzekering of soortgelijke uitkeringen verkrijgt;

b) als zelfstandige, degene die werkzaamheden anders dan in loondienst uitoefent en die verplicht is:

— zich te verzekeren of bij te dragen voor het ouderdomsrisico in een stelsel voor zelfstandigen

of

— zich te verzekeren in het kader van de verplichte pensioenverzekering.”

² — Verordening (EEG) nr. 1390/81 van de Raad van 12 mei 1981 houdende uitbreiding van de regeling van verordening nr. 1408/71 tot zelfstandigen en hun gezinsleden (PB 1981, L 143, blz. 1; hierna: „verordening van 1981”), sloot artikel 73 aanvankelijk van die uitbreiding uit.

De geursiveerde passage onder a is voor deze zaak essentieel, want indien zij van toepassing is, kan iemand op grond daarvan *enkel* als werknemer worden aangemerkt indien hij verplicht verzekerd is tegen werkloosheid.

B — *Het Duitse recht*

6. Ingevolge § 1, lid 1, sub 1, en § 2, lid 1, van het Bundeskindergeldgesetz van 14 april 1964 (hierna: „BKGG”)³ hebben degenen die hun woonplaats of gewone verblijfplaats in Duitsland hebben, aanspraak op „Kindergeld” (hierna: „kinderbijslag”) voor kinderen die daar eveneens wonen of hun gewone verblijfplaats hebben. Volgens § 2, lid 5, blijven kinderen die noch woonplaats noch gewone verblijfplaats in Duitsland hebben, voor de kinderbijslag buiten beschouwing. Volgens § 42, lid 2, evenwel laat het BKGG de gemeenschapsrechtelijke bepalingen onverlet, met als gevolg dat bepalingen van krachtens het EG-Verdrag vastgestelde verordeningen, waaronder artikel 73 van verordening nr. 1408/71, toepasselijk blijven.

7. Krachtens § 104, lid 1, eerste volzin, juncto § 168, lid 1, eerste volzin, van het Arbeitsförderungsgesetz (hierna: „AFG”)

van 25 juni 1969⁴ is verplicht verzekerd tegen werkloosheid degene die tegen beloning werkzaamheden uitoefent waarvoor een verzekeringsplicht geldt. Volgens de verwijzingsbeschikking is aan deze voorwaarde niet voldaan tijdens een periode van vrijwillig onbetaald verlof. Periodes van een arbeidsverhouding waarover geen bezoldiging wordt betaald, tellen niet mee voor de vervulling van de wachttijd.⁵ Er wordt echter een uitzondering gemaakt voor tijdvakken van minder dan vier weken.⁶ Bovendien blijft een werknemer op grond van § 311, lid 1, van de Reichsversicherungsordnung (hierna: „RVO”) van 19 juli 1911 (met wijzigingen)⁷ in geval van onbetaald verlof maximaal drie weken als verplicht verzekerde aangesloten bij het wettelijke ziekteverzekeringsstelsel.⁸

8. Op grond van § 9, lid 1, van het BKGG is kinderbijslag verschuldigd tot aan het eind van de maand waarin de daarvoor geldende voorwaarden wegvallen. Hij wordt weer verschuldigd vanaf het begin van de maand waarin weer aan die voorwaarden wordt voldaan. Onbetaald verlof is dus enkel van invloed op het recht op kinderbijslag indien

4 — *BGBI.* I, blz. 582.

5 — Zie § 104, lid 1, tweede volzin, sub 1, AFG.

6 — Zie § 104, lid 1, derde volzin, AFG.

7 — *RGBl.* I, blz. 509, in de gecodificeerde versie van 15 december 1924, *RGBl.* I, blz. 799.

8 — Na de periodes waarop het hoofdgeding betrekking heeft, is deze bepaling vervangen door § 192 van het Sozialgesetzbuch (wetboek sociale zekerheid) van 20 december 1988 (*BGBI.* I, blz. 2477), op grond waarvan de verplichte verzekering bij onbetaald verlof maximaal één maand blijft bestaan.

3 — *BGBI.* I, blz. 265.

het ten minste een volle kalendermaand omvat.

C — De feiten en de nationale procedure

9. Verzoeker, Merino García, is een Spanjaard die als werknemer in Duitsland woont en werkt. Zijn drie kinderen wonen in Spanje. In het hoofdgeding vordert hij betaling van de volledige kinderbijslag voor periodes tussen januari 1986 en december 1988 waarvoor dat was geweigerd. In die jaren nam hij tweemaal met toestemming van zijn werkgever onbetaald verlof op, en wel van 20 januari 1986 tot 2 maart 1986 en van 13 januari 1987 tot 2 maart 1987. Hij bracht dit verlof in Spanje door. Verweerder, de Bundesanstalt für Arbeit, Kindergeldkasse, kende verzoeker kinderbijslag toe voor de gehele relevante periode, met uitzondering van die periodes van zijn onbetaald verlof waarvoor hij niet als werknemer in de zin van artikel 73 van de verordening werd aangemerkt, te weten februari 1986 en februari 1987. Verzoekers beroep tegen deze beslissing faalde voor het Sozialgericht en, in hoger beroep, voor het Landessozialgericht. In „Revision” voor het Bundessozialgericht (hierna: „nationale rechter”) stelde verzoeker, dat hij werknemer was in de zin van artikel 73 van de verordening en dat bijlage I, afdeling I, sub C, van de verordening niet van toepassing was wegens strijd met het beginsel van vrij verkeer van gemeenschapsonderdanen, doordat zij meer migrerende

werknemers trof dan Duitsers. Volgens verweerder verwijst de verordening naar de bepalingen van nationaal recht, waarvan de toepassing niet discriminerend is in vergelijking met de situatie van Duitse werknemers. Immers, wanneer dezen lang onbetaald verlof opnemen, verliezen ook zij hun recht op kinderbijslag indien hun kinderen niet langer hun gewone verblijfplaats in Duitsland hebben.

10. De nationale rechter verwijst in het bijzonder naar het arrest van het Hof in de zaak Pinna⁹, dat ook betrekking had op buiten Duitsland wonende kinderen van migrerende werknemers. Hij wijst erop, dat de definitie van „werknemer” in artikel 73, juncto bijlage I, afdeling I, sub C, letter a, van de verordening ertoe kan leiden, dat een werknemer met in het buitenland wonende kinderen zijn recht op kinderbijslag altijd verliest indien hij langdurig onbetaald verlof opneemt, terwijl dat bij een werknemer wiens kinderen in Duitsland wonen, niet het geval is. Hij wijst op de ruime uitlegging van het begrip werknemer in de zin van artikel 48, lid 2, EG-Verdrag.¹⁰ In zoverre als de definitie van werknemer in bijlage I, afdeling I, sub C, letter a, van de verordening enger is, rijst de vraag of zij verenigbaar is met het Verdrag.

⁹ — Arrest van 15 januari 1986, zaak 41/84, Jurispr. 1986, blz. 1.

¹⁰ — Verwezen wordt naar het arrest van 21 juni 1988, zaak 39/86, Lair, Jurispr. 1988, blz. 3161, waarin het Hof overwoog (r. o. 31 e. v.), dat migrerende werknemers zelfs dan onder dit begrip vallen, indien zij niet langer in een arbeidsverhouding werken, maar een universitaire opleiding hebben aangevangen die in verband staat met hun eerdere beroepswerkzaamheden.

11. De nationale rechter betwijfelt echter of de litigieuze bepaling in strijd is met artikel 48, lid 2, van het Verdrag, nu de betrokken werknemer zonder overdreven moeilijkheden aanspraak op kinderbijslag had kunnen houden. Zo heeft bij een combinatie van betaald en onbetaald verlof een afwezigheid uit Duitsland van ongeveer drie maanden geen negatieve invloed op het recht op kinderbijslag. Het recht zou bijvoorbeeld ook kunnen worden gehandhaafd door een overeenkomst om het loon over een langere periode van betaald verlof „uit te smeren”. Bovendien stellen de betrokken regelingen volgens de nationale rechter zinnige en hanteerbare maxima, die niet alleen aansluiten bij het AFG, maar ook bij soortgelijke termijnen in het Duitse ziekte- en pensioenverzekeringsrecht.

2) Ingeval bijlage I, afdeling I, sub C, van verordening nr. 1408/71 ongeldig is, heeft dit dan tot gevolg, dat ook personen die van hun werkgever op basis van een vrijwillige overeenkomst onbezoldigd verlof hebben gekregen, ‚werknemer’ in de zin van artikel 73 van verordening nr. 1408/71 zijn, of gelden hiervoor beperkingen (bijvoorbeeld met betrekking tot de duur van het verlof)?”

II — Bij het Hof ingediende opmerkingen

13. Verzoeker, de Bondsrepubliek Duitsland, het Koninkrijk Spanje, de Raad en de Commissie hebben schriftelijke en mondelinge opmerkingen gemaakt.

12. Op grond van een en ander besloot het Bundessozialgericht, het Hof de volgende vragen voor te leggen:

III — Analyse

„1) Is bijlage I, afdeling I, sub C, van verordening nr. 1408/71 verenigbaar met het EG-Verdrag, inzonderheid artikel 48, lid 2, daarvan, voor zover zij tot gevolg heeft, dat werknemers met kinderen die in het buitenland wonen, anders dan werknemers met kinderen die in Duitsland wonen, bij onbezoldigd verlof van lange duur geen recht hebben op ‚Kindergeld’ voor de volle kalendermaanden onbezoldigd verlof?

14. Met zijn eerste vraag wenst de nationale rechter in wezen te vernemen, of afdeling I, sub C, letter a, van bijlage I bij de verordening geldig is, gelet op artikel 48, lid 2, EG-Verdrag, voor zover werknemers hun recht op kinderbijslag verliezen wanneer zij langere periodes van onbetaald verlof opnemen en de woonplaats of gewone verblijfplaats van hun kinderen niet in Duitsland is. De tweede vraag onderstelt, dat het Hof genoemde passage van bijlage I in zijn antwoord op de eerste vraag ongeldig verklaart.

In zijn verwijzingsbeschikking vraagt de nationale rechter zich echter ook uitdrukkelijk af, of het resultaat van de toepassing van de bepaling van bijlage I — dat personen die tot de werkende bevolking behoren, van een aanspraak op kinderbijslag zijn uitgesloten — verenigbaar is met artikel 48, lid 2, van het Verdrag. Dus zelfs indien zou worden beslist dat de bepaling als zodanig geldig is, moet nog worden ingegaan op de vraag, of de toepassing van het BKGK verenigbaar is met het Verdrag. Opgemerkt zij in dit verband, dat afdeling I, sub C, letter a, van bijlage I enkel voor de toekenning van gezinsbijslagen door een Duits orgaan definieert wat onder „werknemer” moet worden verstaan, en daarmee de draagwijdte aangeeft van het fictieve-woonplaatsbeginsel. De geldigheid hiervan kan mijns inziens dan ook niet los worden gezien van de vraag, of § 2, lid 5, BKGK verenigbaar is met artikel 48 van het Verdrag, want het is deze bepaling van het BKGK die de eis van woonplaats of gewone verblijfplaats in Duitsland stelt.

A — De werkingssfeer en toepassing van bijlage I, afdeling I, sub C

1) Inleiding

15. Artikel 51 van het Verdrag machtigt de Raad om met eenparigheid van stemmen:

„maatregelen vast [te stellen] welke op het gebied van de sociale zekerheid noodzakelijk

zijn voor de totstandkoming van het vrije verkeer van werknemers met name door een stelsel in te voeren waardoor het mogelijk is voor migrerende werknemers en hun rechthebbers te waarborgen

- a) dat, met het oog op het verkrijgen en het behoud van het recht op uitkeringen alsmede voor de berekening daarvan, al die tijdvakken worden bijeengeteld welke door de verschillende nationale wetgevingen in aanmerking worden genomen,
- b) dat de uitkeringen aan personen die op het grondgebied van de Lid-Staten verblijven, zullen worden betaald.”

Volgens vaste rechtspraak voorziet artikel 51 in een coördinatie en niet in een harmonisatie van de wettelijke regelingen van de Lid-Staten.¹¹ „Dit artikel raakt niet aan de materiële en formele verschillen tussen de sociale-zekerheidsregelingen van de onderscheiden Lid-Staten en dus ook niet aan de verschillen in de rechten van de aldaar werkzame personen.”¹² Hoewel de Lid-Staten vrij zijn om de voorwaarden voor het recht op sociale-zekerheidsuitkeringen vast te stellen, moeten deze voorwaarden wel in overeenstemming zijn met „het beginsel van gelijke behandeling [, dat] niet enkel openlijke discriminaties op grond van de nationaliteit verbiedt, maar ook alle verkapte vormen van discriminatie die, door toepassing van andere

11 — Zie bijvoorbeeld arrest Pinna, reeds aangehaald, r. o. 20, en laatstelijk arrest van 30 januari 1997, zaak C-340/94, De Jacck, Jurispr. 1997, blz. I-461, r. o. 18.

12 — Arrest Pinna, r. o. 20.

onderscheidingscriteria, in feite tot hetzelfde resultaat leiden".¹³

16. Artikel 1, sub a, van de verordening¹⁴ bevat vier op het oog uiteenlopende definities van het begrip „werknemer”, die tezamen de in artikel 2 omschreven personele werkingssfeer van de verordening afbakenen. Alleen artikel 1, sub a-ii, tweede streepje, verwijst uitdrukkelijk naar bijlage I. Dit is een van twee alinea's die op het eerste gezicht expliciet als alternatieven worden gepresenteerd.¹⁵ Bekijkt men de tekst naar de letter, dan is onduidelijk of iemand die „door de wijze van beheer of van financiering van dat stelsel als werknemer (...) kan worden onderkend”, ook aan de eisen van de tweede alinea moet voldoen. Algemeen kan worden opgemerkt, dat de categoric en personen die onder de definitie van „werknemer” in artikel 1, sub a-i tot en met a-iv, vallen, vrij ruim zijn. Daartegenover staat de specifieke bepaling van afdeling I, sub C, letter a, van bijlage I bij de verordening, waarin het begrip „werknemer” in de zin van artikel 1, sub a-ii, van de verordening voor gezinsbijlagen die worden toegekend door een Duits orgaan, wordt beperkt tot personen die „verplicht verzekerd [zijn] tegen werkloosheid” of die „aansluitend op deze verzekering, uitkeringen van de ziekteverzekering of soortgelijke uitkeringen verkrijg[en]”. De hier geboden keuze van intellectuele benadering is een goed voorbeeld van het contrast tussen de letterlijke en de teleologische benadering die wij zo dikwijls in het

gemeenschapsrecht aantreffen. Een recente uitspraak van het Hof geeft echter een ondubbelzinnige oplossing voor dit dilemma.

2) De autonome toepassing van artikel 1, sub a-i

17. Ik zal eerst van de letterlijke benadering uitgaan. Niet wordt betwist, dat de uitkering waarop verzoeker aanspraak wenst te maken, een gezinsbijslag is in de zin van artikel 4, lid 1, sub h, van de verordening.¹⁶ Verzoeker lijkt op het eerste gezicht onder de definitie van „werknemer” in de zin van artikel 1, sub a-i, te vallen. De relatie tussen de verschillende onderafdelingen van artikel 1, sub a, is helaas echter niet evident.¹⁷ Normaal gesproken zou artikel 73 van de verordening moeten worden gelezen in het licht van artikel 1, sub a, van de verordening, met in het achterhoofd de vaste rechtspraak van het Hof, volgens welke „de inhoud van het begrip ‚werknemer’ niet wordt bepaald door

16 — Gezinsbijlagen worden in artikel 1, sub u-i, gedefinieerd als „alle verstrekkingen of uitkeringen ter bestrijding van de gezinslasten in het kader van een in artikel 4, lid 1, sub h, bedoelde wettelijke regeling, met uitzondering van de in bijlage II vermelde bijzondere uitkeringen bij geboorte”. Volgens vaste rechtspraak omvat dit uitkeringen die „zonder individuele en discretionaire beoordeling van persoonlijke behoeften aan de rechthebbenden (worden) toegekend op grond van een wettelijk omschreven positie en verband [houden] met een van de in artikel 4, lid 1, [van de verordening] uitdrukkelijk genoemde eventualiteiten”. Zie bijvoorbeeld arrest van 10 oktober 1996, gevoegde zaken C-245/94 en C-312/94, Hoever en Zachow, Jurispr. 1996, blz. I-4895, r. o. 18.

17 — Advocaat-generaal Van Gerven heeft eens opgemerkt, dat „de lengte en complexiteit van (...) artikel 1, sub a) voortvloeit uit de noodzaak om voor de toepassing van [de] verordening  en concept van ‚werknemer’ te gebruiken voor een groot aantal sociale-zekerheidssystemen” (conclusie bij het arrest van 12 mei 1989, zaak 388/87, Warmerdam-Stefferda, Jurispr. 1989, blz 1203, punt 6).

13 — Arrest Pinna, r. o. 23.

14 — Aangehaald in punt twee.

15 — In de Engelse tekst worden de alinea's gescheiden door het woord „or”. De Duitse tekst (Duits is de proces taal in deze zaak) is even duidelijk; hij gebruikt het woord „oder”. In de overige taalversies worden overeenkomstige woorden gebruikt.

het nationale recht van de Lid-Staten, doch door het gemeenschapsrecht en (...) ruim dient te worden opgevat, zulks gelet op de doelstelling van artikel 51: bijdragen tot de totstandbrenging van een zo groot mogelijke vrijheid van het verkeer van werknemers, een beginsel dat een van de fundamenten van de Gemeenschap vormt".¹⁸ Onlangs verklaarde advocaat-generaal La Pergola, dat een enge uitlegging van dit begrip „elke poging tot coördinatie van de stelsels in gevaar zou brengen en de werknemers passende bescherming [zou] onthouden".¹⁹

18. Dit was de benadering van de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen. De Commissie stelde, in dezen gesteund door de Raad, dat verzoeker in de twee betrokken jaren in Duitsland op grond van de RVO verplicht verzekerd bleef gedurende de eerste drie weken van zijn onbetaald verlof en daarom gedurende die gedeelten van zijn verlof onder de definitie van „werknemer” in de zin van artikel 1, sub a-i, van de verordening viel, aangezien de definitie van artikel 1, sub a-i, geen beperkingen bevat als die van artikel 1, sub a-ii, tweede streepje. Aangezien deze drie weken aanvullende RVO-verzekering liepen tot 9 februari 1986 respectievelijk 1 februari 1987, zou hij voor de gehele periode van zijn onbetaald verlof moeten worden geacht te hebben voldaan aan de voorwaarden van § 9, lid 1, BKGG en daarmee aanspraak te hebben op de bijslag. Zoals de Commissie ter terechtzitting erkende, is het, gezien de ontwikkelingen in de rechtspraak sinds de indiening van de

schriftelijke opmerkingen, thans de vraag of deze benadering wel juist is.²⁰

3) De toepassing en werkingsfeer van afdeling I, sub C, letter a, van bijlage I

19. Zoals uit de recente rechtspraak van het Hof blijkt, kunnen de alternatieve definities van „werknemer” en „zelfstandige” in artikel 1, sub a, van de verordening — althans waar het om de toepassing van artikel 73 van de verordening gaat — niet los worden gezien van de specifieke bepalingen van bijlage I, die, zoals gezegd, het opschrift draagt „personele werkingsfeer van de verordening”. Het Hof heeft in het bijzonder beklemtoond, dat het voor de effectiviteit van de bijzondere regeling van bijlage I noodzakelijk was om bij de toepassing van artikel 73, artikel 1, sub a-ii, te lezen in samenhang met afdeling I, sub C, letter a, van die bijlage.

20. Of iemand „werknemer” is, wordt vastgesteld aan de hand van de specifieke, mogelijk meer beperkte reeks verplichte of andere verzekeringen waaronder de betrokkene in

18 — Arrest van 23 oktober 1986, zaak 300/84, Van Roosmalen, Jurispr. 1986, blz. 3097, r. o. 18.

19 — Conclusie van 6 juni 1996 bij het arrest van 30 januari 1997, gevoegde zaken C-4/95 en C-5/95, Stöber en Piosa Pereira, Jurispr. 1997, blz. I-511, 513, punt 20.

20 — De opmerkingen van de Commissie zijn op 1 december 1995 bij de griffie van het Hof ingediend. Ter terechtzitting heeft de Commissie uitdrukkelijk verklaard, dat zij vasthield aan de conclusie waartoe de toepassing van de redenering in de schriftelijke opmerkingen leidde.

een concreet geval valt. Een van de vragen in de zaak Hoever en Zachow²¹ was, of „wanneer een werknemer aan de wetgeving van de ene Lid-Staat onderworpen is en met zijn gezin in een andere Lid-Staat woont, zijn echtgenoot krachtens artikel 73 van [de] verordening (...) in zijn Lid-Staat van tewerkstelling recht heeft op een uitkering als de ouderschapsuitkering”.²² Hoever en Zachow, verzoeksters in het hoofdgeding, hadden gesteld, dat de ouderschapsuitkering als gezinsbijslag moest worden uitbetaald aan „de in het buitenland wonende echtgenoot van een in Duitsland werkzame werknemer”.²³ Het Hof stelde vast, dat zij in hun hoger beroep niet hadden betwist, dat zij „niet onder de personele werkingssfeer van verordening nr. 1408/71 vallen”.²⁴ Het Hof baseerde deze vaststelling op het feit, dat „zij niet zijn onderworpen aan de sociale verzekering in de zin van bijlage I, I, sub C, Duitsland, van deze verordening, *in welke bijlage de voorwaarden zijn neergelegd om voor de toepassing van artikel 73 van deze verordening in Duitsland als werknemer te worden aangemerkt*”.²⁵ Dat het Hof, dat eerder had vastgesteld dat de heren Hoever en Zachow beiden in Duitsland full-time in loondienst werken²⁶, vervolgens overweegt, dat zij „daarentegen wel aan deze voorwaarden voldoen [en] derhalve binnen de personele werkingssfeer van [de] verordening (...) vallen en dientengevolge kunnen worden aangemerkt als werknemer in de zin van arti-

kel 73 van de verordening”²⁷, is voor de onderhavige zaak van bijzonder belang. Kennelijk aarzelde het Hof niet om te beslissen, dat iemand aan de criteria van afdeling I, sub C, van bijlage I moet voldoen om voor de toepassing van artikel 73 van de verordening in Duitsland als werknemer te kunnen worden aangemerkt.²⁸

21. Reeds voor het arrest Hoever en Zachow had advocaat-generaal La Pergola in zijn conclusie in de gevoegde zaken Stöber en Piosa Pereira²⁹ het Hof voorgesteld om met betrekking tot bijlage I bij de verordening te kiezen voor de benadering waarvoor het Hof in dat arrest heeft gekozen. Hoewel het daar om zelfstandigen ging en niet om werknemers, kwamen in die zaken en in het bijzonder in de zaak Piosa Pereira dezelfde vragen aan de orde als in de onderhavige. Aangezien de verzoekers een vrijwillige pensioenverzekering hadden afgesloten (Piosa Pereira was kennelijk ook vrijwillig verzekerd tegen ziekte), beantwoordden zij beiden aan de definitie van „zelfstandige” in artikel 1, sub a-i, van de verordening.³⁰ Het Hof moest beslissen, of artikel 73 zo moest worden uitgelegd, dat enkel aanvragers die vielen onder de definitie van „zelfstandige”, welke voortvloede uit artikel 1, sub a-ii, gelezen in samenhang met afdeling I, sub C, van bijla-

21 — Het arrest in deze zaak is gewezen op 10 oktober 1996, vóór de mondelinge behandeling van de onderhavige zaak (Jurispr. 1996, blz. I-4895).

22 — R. o. 28.

23 — R. o. 9.

24 — R. o. 29. In punt 54 van zijn conclusie wijst advocaat-generaal Jacobs op „een potentieel argument (...) dat Hoever, die ten tijde van de feiten zelf part-time werkzaam was in Duitsland, uit eigen hoofde een beroep kan doen op artikel 73”. Dit argument was door de nationale rechter in eerste aanleg verworpen en door de verwijzende rechter niet in zijn vragen aan de orde gesteld.

25 — R. o. 29 (eursivering van mij).

26 — R. o. 7.

27 — R. o. 29.

28 — Advocaat-generaal Jacobs kwam niet tot een definitief oordeel over de verhouding tussen artikel 1, sub a-i, en bijlage I. Zie punt 54 van de conclusie.

29 — Arrest aangehaald in voetnoot 19.

30 — Zie punt 12 van de conclusie.

ge I bij de verordening, onder artikel 73 vielen.

22. Op grond van de omstandigheid dat kinderbijslag wordt toegekend voor alle in Duitsland wonende kinderen, verklaarde advocaat-generaal La Pergola, dat de regeling van het BKGG „dus behoort tot de in artikel 1, sub a-ii, genoemde takken van sociale zekerheid”, en voorts dat de hoedanigheid van werknemer op grond van de daarin vervatte definities moest worden vastgesteld.³¹ Vervolgens zette hij uiteen, waarom moest worden teruggegrepen op de residuele definities in het tweede alternatief binnen het tweede streepje van artikel 1, sub a-ii, waarin naar de bijlage wordt verwezen.³² Hij herinnerde eraan, dat de criteria van sociale zekerheid los staan van die van het arbeidsrecht³³, en merkte op, dat de definitie van „zelfstandige” niet kon worden losgemaakt van de definities in de bijlage, omdat „enkel op grond van die bepalingen werknemers (...) in aanmerking kunnen komen voor de rechten die ten aanzien van dergelijke bijslagen uit de gemeenschapsregeling voortvloeien”.³⁴ Hij verwierp de mogelijke toepassing van artikel 1, sub a-i, als alternatief, in de eerste plaats op grond van het specifieke karakter van de definitie in geval van bevoegdheid van

een Duits orgaan, en in de tweede plaats op grond van de wetsgeschiedenis van afdeling I, sub C, letter b, van bijlage I.³⁵ Zijns inziens stond „de coherentie van de tekst van de regeling” eraan in de weg, dat de specifieke personele werkings sfeer die bijlage I bij de verordening vaststelt voor de betaling van gezinsbijslagen door Duitse organen, zou worden ondermijnd door het bieden van „toegang tot dat recht langs andere weg”.³⁶

23. In zijn arrest in de zaak Stöberean Piosa Pereira³⁷ volgde het Hof dezelfde redenering en overwoog het, dat uit de bewoording van afdeling I, sub C, letter b, van bijlage I bij de verordening, waarnaar artikel 1, sub a-ii, verwijst, blijkt dat enkel personen die „verplicht verzekerd zijn in het kader van een van de daar genoemde stelsels, uit hoofde van titel III, hoofdstuk 7, van verordening nr. 1408/71 [als zelfstandigen] recht hebben op de Duitse gezinsbijslagen”.³⁸ Bovendien had de gemeenschapswetgever, toen hij in de verordening van 1989 zelfstandigen opnam in de kring van personen die onder artikel 73 van de verordening vielen, de vrijheid om zelf te bepalen aan welke kring van personen hij de voordelen van die bepaling ten goede wilde laten komen.³⁹ Het Hof besliste in wezen, dat „wanneer iemand in een situatie als die welke bij de verwijzende rechter in

31 — Zie punt 22 van de conclusie. In punt 23 rechtvaardigt hij de toepassing van artikel 1, sub a-ii, met het argument, dat de regeling geldt voor alle ingezetenen, ongeacht of zij tot de werkende bevolking behoren, en dat zij voor de toekenning van gezinsbijslagen niet verplicht of vrijwillig kunnen worden verzekerd.

32 — Punt 24 van de conclusie.

33 — Hij verwijst naar de conclusie van advocaat-generaal Gand in zaak 19/68 (De Cicco, Jurispr. 1968, blz. 658) waarin deze verklaarde, dat het toepassingsgebied van de destijds geldende basisverordening, te weten verordening nr. 3 van de Raad van 16 december 1958 inzake de sociale zekerheid van migrerende werknemers (PB 1958, blz. 561), werd „bepaald naar het criterium van sociale zekerheid en niet naar dat van het arbeidsrecht, waardoor de toenemende autonomie van eerstgenoemde materie ten opzichte van de laatste duidelijk aan de dag treedt”.

34 — Punt 25 van de conclusie.

35 — Dit punt was ingevoegd bij artikel 56 van de verordening van 1981. Blijkens de laatste overweging van de considerans „achte de wetgever het noodzakelijk in bijlage I „nader te bepalen wat moet worden verstaan onder ‘werknemer’ en ‘zelfstandige’ in de zin van [de] verordening (...) wanneer op de betrokkene een stelsel van sociale zekerheid van toepassing is dat voor alle ingezetenen geldt’ (...)”. Zie punt 28 van de conclusie.

36 — Punt 31 van de conclusie.

37 — Gewezen op 30 januari 1997, d. w. z. na de terechtzitting in de onderhavige zaak.

38 — Arrest Stöberean Piosa Pereira, r. o. 29.

39 — Ibid., r. o. 31.

*geding is, met een beroep op een van de andere definities van 'zelfstandige' in artikel 1, sub a, aanspraak zou kunnen maken op Duitse gezinsbijslagen, de bepaling van de bijlage uiteindelijk elke nuttige werking zou verliezen".*⁴⁰

B — *De geldigheid van bijlage I, afdeling I, sub C, letter a*

24. Hoewel de tekst van de in afdeling I, sub C, letter b, van bijlage I neergelegde bepaling voor zelfstandigen in detail verschilt van die voor werknemers in afdeling I, sub C, letter a, zijn de aard en het doel van beide regelingen hetzelfde, te weten de voorwaarden bepalen waaronder gemeenschaps-
onderdanen als Stöber en Piosa Pereira en verzoeker in deze zaak op grond van artikel 73 van de verordening in aanmerking komen voor Duitse gezinsbijslagen. Het is duidelijk, dat de regeling van afdeling I, sub C, letter a, van bijlage I bedoeld is om het begrip „werknemer” voor de toekenning van gezinsbijslagen in Duitsland te beperken tot die migrerende werknemers die verplicht verzekerd zijn tegen werkloosheid. Uit de verwijzingsbeschikking komt duidelijk naar voren, dat iemand die meer dan vier weken onbetaald verlof opneemt, op grond van de relevante bepalingen van het AFG niet langer valt onder het „solidariteitsstelsel” van de Duitse verplichte verzekering tegen werkloosheid. Als gevolg hiervan kan een werknemer die in Duitsland een dergelijk lang onbetaald verlof opneemt, mijns inziens voor de toekenning van gezinsbijslagen op grond van artikel 73 van de verordening niet meer als „werknemer” worden aangemerkt.

25. Als het Hof mijn aanbeveling volgt en beslist, dat werknemers die langdurig onbetaald verlof opnemen, tegenover een Duits orgaan geen beroep kunnen doen op artikel 73 van de verordening, volgt hieruit nog niet, dat bijlage I, afdeling I, sub C, letter a, ongeldig moet worden geacht. In de zaak Pinna overwoog het Hof, dat artikel 73, lid 2, van de vroegere versie van artikel 73 van de verordening ongeldig was, voor zover „het uitsluit dat aan werknemers op wie de Franse wettelijke regeling van toepassing is, Franse gezinsbijslagen worden toegekend voor hun gezinsleden die in een andere Lid-Staat wonen”.⁴¹ Met andere woorden, een migrerende werknemer die in Frankrijk werkte en woonde, kon geen gezinsbijslagen krijgen voor zijn in andere Lid-Staten wonende kinderen. Het was een ongerechtvaardigde discriminatie, dat deze regel enkel in Frankrijk werd toegepast.

26. In de onderhavige zaak is verzoeker in Duitsland van het recht op kinderbijslag uitgesloten, omdat hij niet voldoet aan het criterium dat de Raad met zoveel woorden stelt om voor de toekenning van gezinsbijslagen door een Duits orgaan als „werknemer” te kunnen worden aangemerkt. Mijns inziens kan niet worden gezegd, dat de betrokken regel „bijkomende dispariteiten in het leven [roept] naast die welke reeds voortvloeien uit

40 — Ibid., r. o. 32 (cursivering van mij).

41 — R. o. 25.

het ontbreken van harmonisatie van de nationale wettelijke regelingen".⁴² Juridisch verschilt de onderhavige zaak dus duidelijk van de zaak Pinna. Verzoeker heeft op grond van het BKGK een volledige aanspraak op kinderbijslag voor zijn in Spanje wonende kinderen, zolang hij in Duitsland woont en werkt. Dat hij die uitkering kwijtraakte voor de betrokken twee periodes van onbetaald verlof, lag aan het BKGK en niet aan bijlage I bij de verordening.

27. Blijkens de laatste overweging van de considerans van de verordening van 1981 is bijlage I aan de verordening toegevoegd om te bepalen, wat onder „werknemer” moet worden verstaan bij sociale-zekerheidsregelingen als de Duitse kinderbijslag, die *op alle ingezetenen* van toepassing zijn.⁴³ De definitie in bijlage I is inhoudelijk gelijk aan die welke oorspronkelijk was vervat in punt B.6 van bijlage V bij de oorspronkelijke versie van de verordening.⁴⁴ Voor vijf van de oorspronkelijke Lid-Staten, waaronder Duitsland, betekende dit de betaling van de gezinsbijslagen van het land van tewerkstelling. Hiervoor golden echter wel de „bijzonderheden voor de toepassing van de wetge-

ving van bepaalde Lid-Staten” neergelegd in bijlage V, en voor Duitsland in het bijzonder in punt B.6 van die bijlage.⁴⁵ Het Hof overwoog in het arrest Pinna, dat „artikel [51] niet raakt aan de materiële en formele verschillen tussen de sociale-zekerheidsregelingen van de onderscheiden Lid-Staten en dus ook niet aan de verschillen in de rechten van de aldaar werkzame personen”.⁴⁶ De huidige tekst van afdeling I, sub C, letter a, van bijlage I bij de verordening, die onmiskenbaar een echte, zij het niet bepaald een allesomvattende coördinatie-maatregel is, valt mijns inziens dan ook onder de door artikel 51 beoogde maatregelen en is, althans op die grondslag, niet onverenigbaar met dat artikel.

28. Verder kan volgens mij niet in redelijkheid worden gezegd, dat afdeling I, sub C, letter a, van bijlage I bij de richtlijn niet-Duitse gemeenschapsonderdanen die in Duitsland werken, indirect discrimineert of een dergelijke discriminatie gemakkelijker maakt. Zij onderscheidt zich daarmee van een bepaling als punt 15 van afdeling C van bijlage VI bij de richtlijn, waarvan het Hof in het arrest Roviello verklaarde, dat het in samenhang met de relevante Duitse wettelijke bepalingen waarnaar het verwees, kan leiden „tot benadeling van sommige (...)”

42 — R. o. 21.

43 — Dat advocaat-generaal La Pergola dit standpunt deelt, blijkt duidelijk uit de in voetnoot 35 aangehaalde passage uit zijn conclusie in de zaak Stöber en Piosa Pereira.

44 — Bijlage V, punt B.6, bepaalde: „Wanneer een Duits orgaan bevoegd is voor de toekenning van gezinsbijslagen overeenkomstig hoofdstuk 7 van titel III van de verordening, wordt als werknemer (artikel 1, sub a, van de verordening) beschouwd degene die verplicht verzekerd is tegen werkloosheid, of degene die, aansluitend op deze verzekering, uitkeringen van de ziekteverzekering of soortgelijke uitkeringen verkrijgt.” Volgens de twaalfde overweging bij de oorspronkelijke verordening zou het weliswaar „de voorkeur verdienen voorschriften welke voor alle Lid-Staten gelden, vast te stellen”, doch moesten „aangezien de nationale wetgevingen sterk uiteenlopen, oplossingen (...) worden aanvaard welke met deze situatie rekening houden”.

45 — Bij artikel 56 van de verordening van 1981 werd deze bepaling overgebracht naar de nieuwe bijlage I; bijlage V werd bijlage VI en punt 6 daarvan ging over een heel ander, voor deze zaak irrelevant, onderwerp. De verordening van 1989 bracht in geen van beide bijlagen bij de verordening wijzigingen aan.

46 — R. o. 20.

migrerende werknemers".⁴⁷ De Raad heeft in deze zaak terecht opgemerkt, dat het niet, althans niet direct, het gevolg is van de toepassing van de gewraakte bepaling in bijlage I, maar van de relevante bepalingen van het BKG, dat personen als verzoeker geen kinderbijslag krijgen. Afdeling I, sub C, letter a, geeft enkel aan, welke onder het Duitse recht vallende werknemers voordeel kunnen hebben van de in artikel 73 neergelegde woonplaatsfictie. Het staat dan ook op generlei wijze in causaal verband met het woonplaatsvereiste van het BKG. Het „nadeel" waaronder werknemers als verzoeker te lijden hebben, vloeit rechtstreeks voort uit het BKG.

C — Het BKG en artikel 48 EG-Verdrag

29. Onder het BKG berust het recht op gezinsbijslag „zuiver en alleen op het woonplaatscriterium".⁴⁸ Het lijdt voor mij geen twijfel, dat een woonplaatsvereiste voor

kinderen, als vervat in het BKG onverenigbaar is met artikel 48 van het Verdrag, omdat het onvermijdelijk een benadeling van migrerende arbeiders met zich brengt. In het arrest Pinna bekleemtoonde het Hof, dat het beginsel van gelijke behandeling van nationale en buitenlandse werknemers, dat de kern vormt van artikel 48, „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".⁴⁹ Volgens de Duitse regering raken de relevante bepalingen van het BKG zowel Duitsers als buitenlanders wier kinderen niet aan het woonplaatsvereiste voldoen. Dat dit geen zuiver hypothetisch punt is, blijkt uit de zaak Stöber en Piosa Pereira, waarin de bijslag werd geweigerd aan Stöber, die Duitser is. Het lijdt voor mij echter geen twijfel, dat het BKG tot verkapte discriminatie leidt. De Duitse rechter erkent in zijn verwijzingsbeschikking, dat evenals in de zaak Pinna, het probleem van kinderen die buiten Duitsland wonen, zich hoofdzakelijk voordoet bij migrerende werknemers.⁵⁰ Onafhankelijk van statistische gegevens heeft het Hof reeds duidelijk beslist, dat het probleem van gezinsleden die

47 — Arrest van 7 juni 1988, zaak 20/85, Jurispr. 1988, blz. 2805, r. o. 16. Punt 15 stond de Duitse instanties toe om voor de vaststelling van pensioenen wegens beroepsinvaliditeit enkel naar Duits recht verzekeringplichtig uitgeoefende werkzaamheden in aanmerking te nemen. Dit leidde tot benadeling van migrerende werknemers als Roviello, die in een andere Lid-Staat op grond van de daar verrichte werkzaamheden een hogere kwalificatie had dan hij op grond van zijn werkzaamheden in Duitsland kon doen gelden (in casu arbeid als tegelzetter, die in Italië tot een beroeps-kwalificatie had kunnen leiden, maar die hem in Duitsland niet tot geschoold arbeider bestempelde).

48 — Conclusie in de zaak Stöber en Piosa Pereira, punt 37. Ter terechtzitting wijdde de gemachtigde van Duitsland een korte opmerking aan nieuwe nationale bepalingen die begin 1996 van kracht zijn geworden. Zie voor deze nieuwe regeling voetnoot 32 bij mijn conclusie van 24 oktober 1996 bij het arrest van 27 februari 1997, zaak C-59/95, Bastos Moriana e. a., Jurispr. 1997, blz. I-1071.

49 — R. o. 23. In een recent arrest, over een territoriaal beperkte begrafeniskostenvergoeding, heeft het Hof dit beginsel verwoord als volgt: „Een bepaling van nationaal recht moet als indirect discriminerend worden beschouwd wanneer zij (...) ondanks het feit dat zij van toepassing is ongeacht nationaliteit, in het bijzonder migrerende werknemers treft" (arrest van 23 mei 1996, zaak C-237/94, O'Flynn, Jurispr. 1996, blz. I-2617, r. o. 18. Cursivering van mij).

50 — In zijn conclusie in de zaak Stöber en Piosa Pereira wees advocaat-generaal La Pergola in voetnoot 30 op statistische gegevens betreffende gezinsbijslagen, die waren opgenomen in het rapport ter terechtzitting in zaak C-228/88 (Bronzino, arrest van 22 februari 1990, Jurispr. 1990, blz. I-531, I-536). Hieruit bleek dat meer dan 17 % van de kinderen van in Duitsland wonende onderdanen van andere Lid-Staten, die aanspraak hadden op Duitse gezinstoelagen, in het buitenland woonden, terwijl de Duitse onderdanen wier kinderen in het buitenland verbleven, slechts 0,03 % van de uitkeringsgerechtigden uitmaakten. In het arrest O'Flynn overvoeg het Hof, dat niet behoeft te worden vastgesteld, dat de gewraakte bepaling in de praktijk „een aanzienlijk groter percentage migrerende werknemers treft" (r. o. 21).

buiten de staat van tewerkstelling wonen, in essentie een probleem van migrerende werknemers is.⁵¹

30. In het arrest Stöber en Piosa Pereira overwoog het Hof, dat

„volgens het BKGK gezinsbijslagen worden (...) toegekend aan een ieder met een vaste woon- of verblijfplaats op het door die wet bestreken grondgebied, wanneer de kinderen ten laste van de betrokkene hun vaste woon- of verblijfplaats op hetzelfde grondgebied hebben.

Aldus voert die wet een verschil in behandeling in tussen onderdanen die geen gebruik van hun recht op vrij verkeer hebben gemaakt, en migrerende werknemers, waarbij laatstgenoemden worden benadeeld, omdat het vooral hun kinderen zijn die niet op het grondgebied van de staat van uitkering woonachtig zijn.”⁵²

51 — Zie punt 44 van de conclusie van advocaat-generaal La Pergola in de zaak Stöber en Piosa Pereira en r. o. 38 van het arrest in die zaak. Hoewel het Hof soms belemmeringen bij de uitoefening van het recht van vrij verkeer als reden aanvoert (zie bijvoorbeeld r. o. 12 van het arrest Bronzino), is de achterliggende gedachte in wezen nog steeds die welke advocaat-generaal Mancini in de zaak Pinna noemde: „De parameter ‚woonplaats‘ functioneert verschillend naar gelang van de nationaliteit van de werknemer. Met andere woorden, de gezinskern van iemand die in zijn eigen land werkt, vormt in de regel een eenheid, terwijl het gezin van een migrerende werknemer meestal is verbrokkeld.” Zie ook r. o. 24 van het arrest in die zaak.

52 — R. o. 37 en 38.

Voor zover iemand die in Duitsland wegens onbetaald verlof niet langer als „werknemer” wordt beschouwd met het oog op de toekenning van gezinsbijslagen in de zin van de verordening voor zijn in het buitenland wonende kinderen, niettemin „werknemer” blijft in de zin van artikel 48 van het Verdrag, komt § 2, lid 5, BKGK in strijd met het in artikel 48, lid 2, van het Verdrag neergelegde beginsel van gelijke behandeling. Die nationale bepaling kan bijgevolg niet op dergelijke personen worden toegepast, tenzij daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat.

31. Het woonplaatsvereiste van het BKGK kan mijns inziens echter niet worden gerechtvaardigd. De verwijzende rechter is van oordeel, dat de Duitse regeling een zinnige en gemakkelijk toepasbare regeling geeft, en dat bovendien de ongunstige gevolgen ervan voor werknemers die onbetaald verlof opnemen, eenvoudig kunnen worden vermeden. Ik ben het hiermee niet eens. Mijns inziens rijst integendeel de vraag, of de toepassing van een nationale bepaling hoe dan ook wel kan worden gerechtvaardigd indien die bepaling vrij gemakkelijk kan worden omzeild. Bovendien doet het enkele feit dat de regeling kan worden omzeild, niet af aan het feit, dat het voornamelijk buitenlanders zijn die moeten trachten met hun werkgevers tot een regeling te komen waarmee dat gevolg wordt bereikt, zoals een afspraak om het loon „uit te smeren”, terwijl werknemers wier kinderen in Duitsland wonen, voor onbepaalde tijd onbetaald verlof kunnen opnemen zonder hun recht op kinderbijslag te verliezen.

32. In zijn conclusie in de zaak Stöber verklaarde advocaat-generaal La Pergola, dat de in het BKGK gelezen discriminatie niet kon worden gerechtvaardigd door te verwijzen naar de aard van de uitkering. Hij was van oordeel, dat

„de functie van de gezinsbijslag, ofwel de grond ervoor, bestaat in de toekenning aan de werknemer (...) van een financiële bijdrage in de onderhoudskosten van zijn eigen kinderen. Deze doelstelling heeft op zich op geen enkele manier te maken met de woonplaats van de kinderen, zoals het geval zou zijn bij op het eigen grondgebied of met een ander doel toegekende sociale uitkeringen, waarbij met deze omstandigheid terecht rekening kan worden gehouden. Het ligt voor de hand, dat de kosten van de werknemer voor het onderhoud van zijn gezinsleden die niet meer in dezelfde staat wonen, vermoedelijk hoger zijn (...) [en toch is het juist dan, dat] de sociale voordelen waarop het gezin in zijn geheel recht heeft, door de Duitse regeling (...) ongerechtvaardigd worden beperkt.”⁵³

33. Ter terechtzitting heeft de Duitse regering het BKGK trachten te rechtvaardigen als een gegeneraliseerd sociaal voordeel, dat rekening houdt met de levensomstandigheden en de basisbehoeften van in Duitsland

levende kinderen (d. w. z. dat de kosten van verzorging en opvoeding van een kind afhangen van de kosten van levensonderhoud in de Lid-Staat van de gewone verblijfplaats van dat kind). Met betrekking tot dat standpunt sluit ik mij aan bij advocaat-generaal La Pergola. In het arrest Stöber en Piosa Pereira beperkte het Hof zich tot de opmerking, dat „aangezien het dossier (...) geen enkel gegeven bevat dat dit verschil in behandeling objectief kan rechtvaardigen, dit verschil als een discriminatie moet worden aangemerkt en dus als onverenigbaar met artikel 52 van het Verdrag moet worden beschouwd”.⁵⁴

34. In het licht van het voorgaande staat voor mij vast, dat er geen objectieve rechtvaardiging is voor de toepassing van een woonplaatsvereiste als vervat in het BKGK, op aanvragen voor gezinsbijslag, ingediend door gemeenschapsonderdanen zoals verzorger, die, door in Duitsland betaalde arbeid te aanvaarden, gebruik hebben gemaakt (en nog steeds gebruik maken) van rechten die het gemeenschapsrecht hun ingevolge artikel 48 van het Verdrag verleent.

D — *De tweede vraag*

35. De tweede vraag onderstelt, dat het antwoord op de eerste vraag luidt, dat

53 — Punt 47 van de conclusie.

54 — R. o. 39.

afdeling I, sub C, letter a, ongeldig is. Om de hierboven genoemde redenen (zie punten 25-28) ben ik van mening, dat die bepaling niet ongeldig is. Dit betekent echter niet, dat de aanspraak op kinderbijslag van in Duitsland wonende migrerende arbeiders onbeperkt is. In het arrest Stöber en Piosa Pereira overwoog het Hof, dat Duitsland bevoegd was bepalingen toe te passen die „onmisbaar zijn om in het bijzonder te verzekeren, dat uitkeringen daadwerkelijk worden gebruikt voor de verzorging en opvoeding van ten laste komende kinderen en om cumulatie van uitkeringen te voorkomen, die in casu voor de betrokken tijdvakken door de gemeenschapswetgever waren vastgesteld”.⁵⁵ Het is duidelijk, dat het Hof daarbij met name dacht aan de artikelen 73 en 75 van de verordening. De verwijzingsbeschikking zwijgt over de vraag, of in Spanje gezinsbijslagen voor verzoekers kinderen worden betaald. Uit artikel 75 van de verordening volgt, dat indien in Spanje gezinsbijslag wordt betaald (artikel 75, lid 1) of verschuldigd is, maar nog niet is aangevraagd (artikel 75, lid 2), een aanvrager als verzoeker van de bevoegde Duitse instantie enkel het bedrag mag vorderen waarmee de Duitse uitkering de overeenkomstige Spaanse overschrijdt. Gezien de voor de hand liggende moeilijkheden van uitkerende organen als in casu de Kindergeldkasse bij de terugvordering van onverschuldigd betaalde uitkeringen, dient de bewijslast voor het feit dat de aanvrager in de Lid-Staat waar de kinderen wonen, geen gezinsbijslag ontvangt en geen aanspraak op gezinsbijslag heeft, in eerste instantie op de aanvrager te rusten. Gelet op de in artikel 84 van de verordening neergelegde verplichting tot samenwerking van de bevoegde autoriteiten, mogen de autoriteiten van de Lid-Staat waar de werknemer woont, echter geen overdreven eisen aan de aanvrager stellen. Zij moeten bedenken, dat de

meeste aanvragers niet noodzakelijkerwijs vertrouwd zijn met de relevante wettelijke regeling van de Lid-Staat van tewerkstelling of van de Lid-Staat waar hun kinderen wonen. Kortom, de uitoefening van rechten die een aanvrager rechtstreeks aan artikel 48 van het Verdrag ontleent, mag niet onmogelijk worden gemaakt door onredelijke administratieve eisen of bewijsformaliteiten.

36. En ten slotte kan het recht van een migrerend werknemer die aanspraak maakt op gelijke behandeling met betrekking tot gezinsbijslagen die worden betaald in de Lid-Staat waar hij werkt, niet onbegrensd worden geacht in geval van onbetaald verlof. Een enkele afspraak voor onbepaalde tijd met een werkgever kan niet tot gevolg hebben, dat de belastingbetalers van de Lid-Staat van tewerkstelling moeten opdraaien voor de kosten van gezinsbijslagen voor personen wier band met die Lid-Staat mogelijk weinig meer dan fictief is. De Raad merkt in zijn schriftelijke opmerkingen op, dat korte periodes van onbetaald verlof aanvaardbaar zijn. Ter terechtzitting trekt verzoeker een vergelijking met artikel 6 van richtlijn 68/360/EEG⁵⁶ en stelt hij, dat aangezien

55 — R. o. 40.

56 — Richtlijn 68/360/EEG van de Raad van 15 oktober 1968 inzake de opheffing van de beperkingen van de verplaatsing en het verblijf van de werknemers der Lid-Staten en van hun familie binnen de Gemeenschap (PB 1968, L 257, blz. 13).

onderbrekingen van het verblijf van niet meer dan zes maanden geen invloed kunnen hebben op de geldigheid van de verblijfskaart die op grond van die richtlijn is afgegeven, onbetaald verlof van maximaal dezelfde duur evenmin invloed zou mogen hebben op het recht van de werknemer op gelijke behandeling krachtens artikel 48 EG-Verdrag.

37. Ik ben er niet zo zeker van, dat er een zinnige vergelijking valt te trekken tussen de uitoefening van de rechten van verblijf, die door de artikelen 48 en 52 van het Verdrag worden toegekend, en het recht op prestaties van sociale zekerheid die door de Lid-Staat van ontvangst worden betaald. Dit laatste impliceert een potentiële financiële belasting voor de Lid-Staat van ontvangst, die zich bij het eerste niet voordoet. In zijn arrest Antonissen, waarin werd bevestigd, dat het recht van verblijf van gemeenschapsonderdanen die in een andere Lid-Staat werk zochten, zijn grondslag had in het Verdrag⁵⁷, sloot het Hof zich aan bij de opvatting van advocaat-generaal Darmon, dat „er geen noodzakelijk verband is tussen het recht op

werkloosheidsuitkering in de Lid-Staat van herkomst en het recht van verblijf in de Lid-Staat van ontvangst”.⁵⁸ Een migrerend werknemer die werk zoekt, bevindt zich niet in dezelfde situatie als een werknemer zoals verzoeker, die werk heeft, maar die gezinsbijslagen wenst te krijgen voor zijn in een andere Lid-Staat wonende kinderen. In eerstgenoemde situatie worden de feiten getoetst op het moment waarop wordt betwist dat de betrokkene een recht op voortgezet verblijf heeft. In de tweede bestaat er behoefte aan een doorzichtig en objectief geheel van regels die van tevoren bekend zijn. Met betrekking tot een aanvrager van gezinsbijslag in de positie van verzoeker lijkt het mij anderzijds passend om uitgaande van de Duitse bepalingen die in deze zaak zijn toegepast, te verklaren, dat een dergelijke aanvrager zijn uitkering niet dient te verliezen zolang hij in Duitsland verzekerd blijft, al is het alleen maar tegen ziekte. Zolang een gemeenschaps-onderdaan die gebruik heeft gemaakt van zijn recht om in een andere Lid-Staat arbeid te aanvaarden, in die Lid-Staat een echte, duurzame arbeidsverhouding heeft, blijft hij mijns inziens de bescherming van artikel 48 genieten. De bewijslast voor het voortbestaan van de echte, duurzame arbeidsverhouding dient te rusten op de werknemer die onbetaald verlof opneemt. Of een dergelijke verhouding nog steeds bestaat, dient echter uiteindelijk van geval tot geval te worden vastgesteld door de nationale rechter, die als enige in staat is om zich van alle relevante feiten op de hoogte te stellen.

57 — Arrest van 26 februari 1991, zaak C-292/89, Jurispr. 1991, blz. I-745. Het Hof overwoog, dat een werkzoekende over het algemeen tot zes maanden kon blijven, maar dat dit ook langer kon zijn „wanneer de belanghebbende (...) na afloop van die termijn aantoonde, dat hij nog steeds werk zoekt en een reële kans heeft het te vinden” (r. o. 21). Zie voor een recente toepassing van dit beginsel het arrest van 20 februari 1997, zaak C-344/95, Commissie/België, Jurispr. 1997, blz. I-1035.

58 — R. o. 20; zie ook punt 32 van de conclusie. Een werkloze die een uitkering ontvangt en zich naar een andere Lid-Staat begeeft om daar werk te zoeken, behoudt op grond van artikel 69, lid 1, van de verordening gedurende ten minste drie maanden zijn recht op die uitkering in de ontvangende staat.

IV — Conclusie

38. Op grond van het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de vragen van het Bundessozialgericht te beantwoorden als volgt:

„Afdeling I, sub C, letter a, van bijlage I bij verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de sociale zekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, is niet onverenigbaar met de artikelen 48 en 51 EG-Verdrag. Een nationale bepaling die als voorwaarde voor het recht op gezinsbijslag verlangt, dat de kinderen van de aanvrager hun woonplaats of gewone verblijfplaats hebben in de Lid-Staat waar de bijslag wordt aangevraagd, kan echter niet worden toegepast op werknemers die onder de werking van artikel 48 EG-Verdrag vallen en die, hoewel zij met onbetaald verlof zijn, in die Lid-Staat een echte, duurzame arbeidsverhouding blijven houden, indien die toepassing tot een situatie leidt waarin die werknemers geen recht op gezinsbijslag hebben voor hele kalendermaanden vallend binnen langere periodes van onbetaald verlof, in omstandigheden waarin andere werknemers, wier kinderen wel in die Lid-Staat wonen, dat recht wel hebben. De bevoegde instanties van de Lid-Staat waar de aanvraag wordt gedaan, kunnen op overeenkomstige wijze de gemeenschapsbepalingen toepassen die van belang zijn om in het bijzonder te verzekeren, dat de aangevraagde bijslag daadwerkelijk wordt gebruikt voor de verzorging en opvoeding van ten laste komende kinderen, en om cumulatie van betalingen te voorkomen.”