

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

J. KOKOTT

van 28 oktober 2004¹

I — Inleiding

1. Verzoekster in het hoofdgeding, Salgado Alonso, heeft in het verleden in Spanje een speciale werkloosheidsuitkering ontvangen. Gedurende deze periode betaalde het Instituto Nacional de Empleo (nationaal arbeidsbureau; hierna: „INEM”) namens haar premies of bijdragen aan het wettelijk stelsel van de ouderdomsverzekering. Toen zij de leeftijd van 65 jaar had bereikt, verzocht Salgado Alonso om een wettelijk ouderdomspensioen. De strijdvraag in het hoofdgeding is of de pensioenpremies die werden betaald gedurende de periode waarin zij de speciale werkloosheidsuitkering ontving, bij de berekening van de wachttijd voor het wettelijk ouderdomspensioen in aanmerking moeten worden genomen, en of er anders sprake is van discriminatie van migrerende werknemers op grond van hun nationaliteit.

2. In dit verband legt de Juzgado de lo Social n° 3 de Orense (Spanje) (hierna eveneens: „verwijzende rechter”) aan het Hof twee vragen voor met betrekking tot de uitlegging van verordening (EEG) nr. 1408/71 van de

Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen (hierna: „verordening nr. 1408/71”).² Inhoudelijk komen deze vragen overeen met de in de zaak García Blanco (C-225/02)³ voorgelegde vragen.

II — Rechtskader

A — Gemeenschapsrecht

3. Het communautaire rechtskader van deze zaak wordt bepaald door artikel 39 EG en door verordening nr. 1408/71.

2 — PB L 149, blz. 2. De artikelen 90 en 91 van verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels (PB L 166, blz. 1; rectificatie in PB L 200, blz. 1) voorzien in de intrekking en vervanging van verordening nr. 1408/71. Ratione temporis blijft verordening nr. 1408/71 desalniettemin toepasselijk op het onderhavige geval; de relevante versie van artikel 1, sub r, is die van verordening (EG) nr. 1606/98 van de Raad van 29 juni 1998 (PB L 209, blz. 1). Alle andere in deze conclusie aangehaalde bepalingen zijn opgenomen in verordening nr. 1408/71, zoals gewijzigd en bijgewerkt bij verordening (EG) nr. 118/97 van de Raad van 2 december 1996 (PB 1997, L 28, blz. 1).

3 — Zie daarover mijn conclusie van heden in die zaak (arrest van 20 januari 2005, Jurispr. blz. I-523, blz. I-525).

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

4. In artikel 1, sub r, van verordening nr. 1408/71 wordt het begrip „tijdvakken van verzekering” gedefinieerd als volgt:

„de tijdvakken van premie- of bijdragebetaling, van arbeid of van anders dan in loondienst verrichte werkzaamheden welke als zodanig worden omschreven of aange-merkt ingevolge de wetgeving waaronder zij zijn vervuld, of geacht worden te zijn vervuld, alsmede alle met deze tijdvakken gelijkgestelde tijdvakken, voorzover zij als zodanig door deze wetgeving zijn erkend. De tijdvakken die zijn vervuld in een bijzonder stelsel voor ambtenaren worden als tijdvakken van verzekering beschouwd.”

5. Artikel 3, lid 1, van verordening nr. 1408/71 luidt:

„Personen die op het grondgebied van één der lidstaten wonen en op wie de bepalingen van deze verordening van toepassing zijn, hebben de rechten en verplichtingen voortvloeiende uit de wetgeving van elke lidstaat onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van die staat, behoudens bijzondere bepalingen van deze verordening.”

6. In artikel 45, lid 1, van verordening nr. 1408/71 is met betrekking tot het in aanmerking nemen van tijdvakken van verzekering of van wonen het volgende bepaald:

„Indien de wetgeving van een lidstaat het verkrijgen, het behoud of het herstel van het recht op uitkeringen krachtens een stelsel dat geen bijzonder stelsel is in de zin van lid 2 of lid 3, afhankelijk stelt van de vervulling van tijdvakken van verzekering of van wonen, houdt het bevoegde orgaan van deze lidstaat, voorzover nodig, rekening met de krachtens de wetgeving van elke andere lidstaat vervulde tijdvakken, ongeacht of deze onder een algemeen dan wel onder een bijzonder stelsel, en onder een stelsel voor werknemers dan wel onder een stelsel voor zelfstandigen zijn vervuld. Daartoe houdt het bevoegde orgaan rekening met deze tijdvakken alsof deze krachtens de door dat orgaan toegepaste wetgeving waren vervuld.”

7. Artikel 46, lid 2, van verordening nr. 1408/71 bepaalt:

„Wanneer aan de bij de wetgeving van een lidstaat voor het recht op uitkeringen gestelde voorwaarden eerst is voldaan na toepassing van artikel 45 en/of artikel 40, lid 3, gelden de volgende regels:

- a) het bevoegde orgaan berekent het theoretische bedrag van de uitkering waarop de betrokkene aanspraak zou kunnen maken indien alle tijdvakken van verzekering en/of wonen, welke zijn vervuld krachtens de wetgeving van de lidstaten waaraan de werknemer of

zelfstandige onderworpen is geweest, in de betrokken staat en krachtens de op de datum van vaststelling van de uitkering door dit orgaan toegepaste wetgeving zouden zijn vervuld. Indien het bedrag van de uitkering volgens deze wetgeving onafhankelijk is van de duur van de vervulde tijdvakken, wordt dit bedrag beschouwd als het in deze alinea bedoelde theoretische bedrag;

geving die in aanmerking dienen te worden genomen op het tijdstip van het intreden van de verzekerde gebeurtenis indien:

- de totale duur van de bedoelde tijdvakken minder dan één jaar bedraagt,

- b) het bevoegde orgaan stelt op basis van het sub a bedoelde theoretische bedrag vervolgens het werkelijke uitkeringsbedrag vast naar verhouding van de duur van de tijdvakken van verzekering of van wonen, welke vóór het intreden van de verzekerde gebeurtenis krachtens de door dat orgaan toegepaste wetgeving zijn vervuld, tot de totale duur van de tijdvakken van verzekering en van wonen, welke vóór het intreden van de verzekerde gebeurtenis krachtens de wetgeving van alle betrokken lidstaten zijn vervuld.”

en

- uitsluitend rekening houdende met deze tijdvakken, geen enkel recht op uitkeringen krachtens die wetgeving bestaat.

8. Met betrekking tot tijdvakken van verzekering of van wonen van minder dan een jaar bepaalt artikel 48 van verordening nr. 1408/71 het volgende:

„1. Ongeacht artikel 46, lid 2, is het orgaan van een lidstaat niet verplicht uitkeringen toe te kennen krachtens tijdvakken vervuld onder de door dit orgaan toegepaste wet-

2. Voor de toepassing van artikel 46, lid 2, met uitzondering van het bepaalde onder b, houdt het bevoegde orgaan van elk der andere betrokken lidstaten wel rekening met de in lid 1 bedoelde tijdvakken.

3. Ingeval toepassing van lid 1 ertoe zou leiden dat alle organen van de betrokken staten van hun verplichtingen worden ontheven, worden de uitkeringen uitsluitend toegekend op grond van de wetgeving van de laatste van die staten aan de voorwaarden waarvan is voldaan, alsof alle vervulde tijdvakken van verzekering en van wonen waarmede overeenkomstig artikel 45, leden 1 tot

en met 4, rekening wordt gehouden, krachtens de wetgeving van deze staat waren vervuld.”

B — Nationale wettelijke regeling

9. Artikel 161, lid 1, sub b, van de nieuwe versie van de Spaanse algemene wet inzake de sociale zekerheid (Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁴; hierna: „TRLGSS”) bepaalt dat voor het ontstaan van een recht op ouderdomspensioen twee wachttijden moeten worden vervuld:

- een algemene wachttijd van ten minste 15 jaar gedurende welke premies of bijdragen zijn betaald,

en

- een bijzondere wachttijd van 2 jaar gedurende welke premies of bijdragen zijn betaald, in de loop van de 15 jaar die onmiddellijk voorafgaan aan het feit dat het recht op pensioen doet ontstaan.

10. Reeds vóór het bereiken van de wettelijke pensioengerechtigde leeftijd wordt aan werklozen die de leeftijd van 52 jaar hebben bereikt, overeenkomstig artikel 215, lid 1, punt 3, TRLGSS een speciaal type werkloosheidsuitkering („subsidio por desempleo”; hierna: „speciale werkloosheidsuitkering”) toegekend. Een van de voorwaarden is dat de betrokkene kan aantonen dat hij gedurende ten minste zes jaar premies of bijdragen heeft betaald aan de wettelijke werkloosheidsverzekering en bovendien, behalve aan het leeftijdsvereiste, voldoet aan alle voorwaarden voor de toekenning van een wettelijk ouderdomspensioen.

11. Volgens artikel 218, lid 2, TRLGSS dient het beheersorgaan van de wettelijke werkloosheidsverzekering (Organismo Gestor del Seguro de Desempleo) niet alleen de speciale werkloosheidsuitkering aan de verzekerde uit te betalen, maar ook namens de rechthebbende aan het stelsel van sociale zekerheid premies of bijdragen voor het wettelijk ouderdomspensioen te betalen voor elke kalendermaand waarin hij recht op die uitkering heeft.

12. De gevolgen van de voor de ontvangers van de speciale werkloosheidsuitkering betaalde pensioenpremies of -bijdragen worden in de achtentwintigste aanvullende bepaling van de TRLGSS⁵ als volgt beperkt:

4 — In de versie van wetgevend koninklijk besluit nr. 1/1994 van 20 juni 2000 [*Boletín Oficial del Estado* (BOE) nr. 154 van 29 juni 2004], gewijzigd bij wet nr. 50/1998 van 30 december 1998 (BOE van 30 december 1998, in werking getreden op 1 januari 1999).

5 — Ingevoegd bij de eenentwintigste aanvullende bepaling van wet nr. 50/1998 (aangehaald in voetnoot 4).

„Overeenkomstig artikel 218, lid 2, [TRLGSS] worden de door het beheersorgaan aan het stelsel van de ouderdomsverzekering betaalde premies of bijdragen in aanmerking genomen voor de berekening van het basisbedrag van het ouderdomspensioen en van het daarop van toepassing zijnde percentage. Deze premies of bijdragen blijven in elk geval zonder rechtsgevolgen voor het bewijs dat het in artikel 161, lid 1, sub b, [TRLGSS] vereiste minimumtijdvak van premie- of bijdragebetaling is vervuld, dat de verzekerde overeenkomstig artikel 215, lid 1, punt 3, moet leveren bij zijn aanvraag voor de uitkering voor personen van meer dan 52 jaar.”

13. In de administratieve praktijk echter worden de door het INEM namens de ontvangers van de speciale werkloosheidsuitkering betaalde premies of bijdragen voor de wettelijke pensioenverzekering wel in aanmerking genomen voor de toepassing van artikel 48, lid 1, van verordening nr. 1408/71; dit vloeit voort uit een gezamenlijk rondschrijven van het Instituto Nacional de la Seguridad Social (nationaal socialezekerheidsorgaan; hierna: „INSS”) en het INEM uit het jaar 1999.⁶

6 — Rondschrijven nr. 3/99 van 16 april 1999 (Circular conjunta sobre modificación de los criterios de reconocimiento del subsidio por desempleo establecido en el artículo 215.1.3 del TRLGSS para mayores de 52 años, que afectan a trabajadores emigrantes retornados de la Unión Europea/Espacio Económico Europeo); de derde dienstaanwijzing van dit rondschrijven luidt als volgt: „De premies of bijdragen die het INEM aan het stelsel van de ouderdomsverzekering betaalt gedurende de periode waarin de verzekerde de werkloosheidsuitkering ontvangt voor werklozen die de leeftijd van 52 jaar hebben bereikt [...], moeten voor de toepassing van artikel 48, lid 1, van richtlijn (EEG) nr. 1408/71 in aanmerking worden genomen wanneer de verzekerde verzoekt om het Spaanse contributieve ouderdomspensioen waarop hij recht heeft.”

III — Feiten en procedure

Voorgeschiedenis

14. Salgado Alonso, geboren op 30 mei 1936, heeft op 7 augustus 1992 bij het INEM de speciale werkloosheidsuitkering voor werklozen van meer dan 52 jaar aangevraagd. Op dat ogenblik had zij gedurende 74 maanden (meer dan zes jaar, van 1964 tot en met 1970) premies betaald aan het Duitse stelsel van wettelijke pensioenverzekering, gedurende 26 maanden (meer dan twee jaar, tussen 1971 en 1975) vrijwillig bijgedragen aan het Zwitserse stelsel van wettelijke pensioenverzekering, en 182 dagen (ongeveer zes maanden in 1992) premie betaald aan het Spaanse stelsel van wettelijke sociale verzekering.

15. Aanvankelijk heeft het INEM haar de speciale werkloosheidsuitkering geweigerd op grond dat zij in Spanje niet de vereiste wachttijd van ten minste vijftien jaar had vervuld. Salgado Alonso heeft vervolgens beroep ingesteld tegen deze beslissing bij een Spaanse rechter, die bij vonnis van 30 juni 1993 heeft geoordeeld dat zij recht heeft op deze uitkering. Volgens de Spaanse regering en verweerders is dat vonnis in wezen te verklaren door het feit dat volgens de toenmalige Spaanse rechtspraak ook de kortere wachttijden die in het buitenland

waren vervuld, bijvoorbeeld de vervulling van de in Duitsland geldende wachttijd van vijf jaar, dienden te worden gelijkgesteld met de in Spanje vereiste wachttijd van vijftien jaar. Deze nationale rechtspraak is onder-tussen echter bijgestuurd na de arresten van het Hof in de zaken Martínez Losada e.a. en Ferreira Alvite.⁷

domspensioen. Terwijl haar in Duitsland en Zwitserland een ouderdomspensioen werd toegekend, weigerde het INSS bij beslissing van 21 maart 2002 haar een ouderdomspensioen toe te kennen. Als grond werd opgegeven dat zij niet de vereiste wachttijd had vervuld en dat artikel 46, lid 2, van verordening nr. 1408/71 niet van toepassing was, omdat zij in Spanje minder dan een jaar pensioenpremies had betaald.

16. Salgado Alonso heeft de speciale werkloosheidsuitkering ontvangen gedurende een periode van 3 219 dagen (meer dan acht jaar en negen maanden), waarin het INEM overeenkomstig artikel 218, lid 2, TRLGSS namens haar premies of bijdragen aan het Spaanse stelsel van wettelijke pensioenverzekering heeft betaald.

18. Tegen deze afwijzing van haar verzoek tot toekenning van het wettelijk ouderdomspensioen heeft Salgado Alonso beroep ingesteld bij de verwijzende rechter. Zij heeft zowel het INSS als de Tesorería General de la Seguridad Social (de algemene socialezekerheidskas; hierna: „TGSS”) aangesproken, en voert ter ondersteuning van haar beroep in wezen aan dat niet alleen rekening moet worden gehouden met het aanvankelijke, in Spanje vervulde tijdvak van premie- of bijdragebetaling van 182 dagen, maar ook met de pensioenpremies of -bijdragen die het INEM namens haar heeft betaald toen zij de speciale werkloosheidsuitkering ontving; daardoor zou zij thans in Spanje aan een tijdvak van premie- of bijdragebetaling komen van in totaal 3 401 dagen (meer dan negen jaar en drie maanden).

Verzoek om wettelijk ouderdomspensioen

17. Toen zij in 2001 de leeftijd van 65 jaar had bereikt, verzocht Salgado Alonso de Duitse, de Zwitserse en de Spaanse sociale verzekeringsorganen om een wettelijk ouder-

19. De strijdvraag in het hoofdgeding is of juist deze pensioenpremies die zijn betaald gedurende de periode waarin zij de speciale werkloosheidsuitkering ontving, bij de berekening van de wachttijd voor het wettelijk

⁷ — Arresten van 20 februari 1997, Martínez Losada e.a. (C-88/95, C-102/95 en C-103/95, Jurispr. blz. I-869), en 25 februari 1999, Ferreira Alvite (C-320/95, Jurispr. blz. I-951).

ouderdomspensioen in aanmerking moeten worden genomen, en of er anders sprake is van discriminatie van migrerende werknemers.

Verzoek om een prejudiciële beslissing

20. Bij beschikking van 24 juni 2003 heeft de Juzgado de lo Social n° 3 de Orense de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Verzetten artikel 12 EG en de artikelen 39 EG tot en met 42 EG [...], alsmede artikel 45 van verordening [...] nr. 1408/71 [...] zich tegen een bepaling van nationaal recht krachtens welke de premies of bijdragen die het beheersorgaan van de werkloosheidsverzekering namens een werknemer aan het stelsel van de ouderdomsverzekering heeft betaald gedurende de periode waarin deze bepaalde werkloosheidsuitkeringen ontving, niet in aanmerking mogen worden genomen voor de berekening van de verschillende, bij de nationale wettelijke regeling ingevoerde wachttijden en voor het ontstaan van het recht op de ouderdomsuitkering wanneer het voor deze werknemer, gelet op de langdurige werkloosheid die deze uitkeringen beogen te vergoeden, materialiter onmogelijk is andere premie- of bijdragebetalingen aan het stelsel van de ouderdomsverzekering aan te tonen dan

die welke volgens de wet niet gelden, waardoor alleen de werknemers die het recht op vrij verkeer hebben uitgeoefend, door deze nationale regeling worden geraakt en geen recht op het nationale ouderdomspensioen hebben, hoewel deze wachttijden overeenkomstig artikel 45 van genoemde verordening moeten worden geacht te zijn vervuld?

2) Verzetten artikel 12 EG en de artikelen 39 EG tot en met 42 EG [...], alsmede artikel 48, lid 1, van verordening [...] nr. 1408/71 [...] zich tegen bepalingen van nationaal recht krachtens welke de premies of bijdragen die het beheersorgaan van de werkloosheidsverzekering namens een werknemer aan het stelsel van de ouderdomsverzekering heeft betaald gedurende de periode waarin deze bepaalde werkloosheidsuitkeringen ontving, niet in aanmerking mogen worden genomen voor de vaststelling dat ‚de totale duur van de tijdvakken van verzekering of wonen vervuld krachtens de wetgeving van deze lidstaat een jaar bedraagt’, wanneer het voor deze werknemer, gelet op de langdurige werkloosheid die deze uitkeringen beogen te vergoeden, materialiter onmogelijk is andere premie- of bijdragebetalingen aan het stelsel van de ouderdomsverzekering aan te tonen dan die welke tijdens de periode van werkloosheid zijn betaald, waardoor alleen de werknemers die het recht op vrij verkeer hebben uitgeoefend, door deze nationale regeling worden geraakt en geen recht op het nationale ouderdomspensioen hebben, hoewel het nationale beheersorgaan overeenkomstig artikel 48, lid 1, van genoemde

verordening niet kan worden ontheven van de verplichting, nationale uitkeringen toe te kennen?”

laatste twee gezamenlijk — schriftelijke en mondelinge opmerkingen ingediend.

Procedure na de indiening van het verzoek om een prejudiciële beslissing

IV — Beoordeling

21. Zoals verweerders in het hoofdgeding (INSS en TGSS) bij brief van 29 september 2003 aan het Hof hebben meegedeeld, heeft het INSS op 10 september 2003 een nieuwe beslissing jegens Salgado Alonso genomen. Deze beslissing, waarin haar verzoek om toekenning van een wettelijk ouderdomspensioen opnieuw wordt afgewezen, vervangt de oorspronkelijke afwijzende beslissing van 21 maart 2002. De toekenning wordt thans geweigerd op grond dat Salgado Alonso de overeenkomstig artikel 161, lid 1, sub b, TRLGSS voorgeschreven wachttijd niet heeft vervuld; bij de berekening daarvan kunnen de premies of bijdragen die aan het stelsel van de ouderdomsverzekering zijn betaald gedurende de periode waarin de verzekerde de speciale werkloosheidsuitkering heeft ontvangen, overeenkomstig de achtentwintigste aanvullende bepaling van de TRLGSS niet in aanmerking worden genomen. De weigering wordt daarentegen thans niet meer op artikel 48 van verordening nr. 1408/71 gebaseerd, dat wil zeggen op het feit dat Salgado Alonso in Spanje minder dan een jaar premies of bijdragen voor het wettelijk ouderdomspensioen heeft betaald.

22. Tijdens de procedure voor het Hof hebben Salgado Alonso, de Spaanse regering, de Commissie, het INSS en de TGSS — deze

23. De kern van het probleem dat ten grondslag ligt aan het hoofdgeding, is dat volgens Spaans recht de door het INEM voor de ontvangers van de speciale werkloosheidsuitkering aan het stelsel van de ouderdomsverzekering betaalde premies of bijdragen enkel de pensioenaanspraken verhogen, maar geen recht op pensioen doen ontstaan. Dit volgt uit de achtentwintigste aanvullende bepaling van de TRLGSS, die volgens verweerders en de Spaanse regering met name het geldende recht moest verduidelijken.

24. Zoals verweerders en de Spaanse regering tijdens de procedure voor het Hof hebben benadrukt, dienen ontvangers van de speciale werkloosheidsuitkering namelijk volgens artikel 215, lid 1, punt 3, TRLGSS, behalve aan het leeftijdsvereiste, hoe dan ook reeds te voldoen aan alle voorwaarden voor de toekenning van een wettelijk ouderdomspensioen. Zij moeten met name kunnen aantonen dat zij de vereiste wachttijden in de zin van artikel 161, lid 1, sub b, TRLGSS

hebben vervuld. De *doorbetaling* van premies of bijdragen door het INEM *gedurende* de periode dat zij de speciale werkloosheidsuitkering ontvangen, is derhalve niet meer bedoeld om een recht op een pensioen te doen *ontstaan* — de betrokkenen dienen toch al te voldoen aan de voorwaarden hiervoor — maar veeleer om de pensioenaanspraken verder te laten *groeien*.⁸ De betrokkenen kunnen bijgevolg, hoewel zij werkloos zijn, hun pensioenaanspraken nog laten groeien, zodat deze niet op het niveau worden „bevrozen” dat was bereikt toen zij werkloos werden.

A — De eerste vraag

25. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 45 van verordening nr. 1408/71 alsmede de artikelen 12 EG en 39 EG zich verzetten tegen een nationale bepaling als de achtentwintigste aanvullende bepaling van de TRLGSS, die voorschrijft dat bepaalde tijdvakken van premiebetaling enkel de pensioenaanspraken kunnen verhogen, maar geen recht op ouderdomspensioen kunnen doen ontstaan.

1. Artikel 45 van verordening nr. 1408/71

26. Overeenkomstig de hem bij artikel 42, sub a, EG verleende wetgevingstaak heeft de Raad in artikel 45 van verordening nr. 1408/71 bepaald dat de bevoegde organen bij de samentelling van de tijdvakken van verzekering of van wonen eveneens rekening moeten houden met de tijdvakken die de verzekerde in andere lidstaten heeft vervuld. Daardoor moet uiteindelijk worden voorkomen dat migrerende werknemers ten gevolge van hun werkzaamheden in meer dan één lidstaat socialezekerheidsaanspraken of -voordelen verliezen; een dergelijk risico kan de werknemers immers ervan weerhouden, hun recht van vrij verkeer uit te oefenen.⁹

27. Zoals echter onder andere uit de vierde overweging van de considerans van verordening nr. 1408/71 blijkt, leidt deze regeling niet tot een *harmonisering* van het socialezekerheidsrecht van de lidstaten, maar voorziet zij enkel in een *coördinatie* daarvan, waarbij rekening wordt gehouden met de verschillen tussen de nationale bepalingen betreffende de sociale zekerheid.¹⁰ In een geval als het onderhavige heeft dit met name in twee opzichten gevolgen.

8 — Nochtans heeft de vertegenwoordiger van Salgado Alonso ter terechtzitting in twijfel getrokken of er, gelet op de geringe hoogte van de door het INEM betaalde bijdragen, van een daadwerkelijke groei van de pensioenaanspraken sprake kan zijn.

9 — Zie bijvoorbeeld arresten van 10 maart 1983, Baccini (232/82, Jurispr. blz. 583, punt 17), 4 oktober 1991, Paraschi (C-349/87, Jurispr. blz. I-4501, punt 22), en 3 oktober 2002, Barreira Pérez (C-347/00, Jurispr. blz. I-8191, punt 41).

10 — Zie eveneens arrest van 19 maart 2002, Hervén e.a. (C-393/99 en C-394/99, Jurispr. blz. I-2829, punt 50).

28. In de eerste plaats regelt verordening nr. 1408/71 niet *of en in welke mate* het recht op een pensioen afhankelijk kan worden gesteld van *wachttijden*. De lidstaten blijven bevoegd om de voorwaarden voor toekenning van socialezekerheidsuitkeringen vast te stellen en eventueel aan te scherpen, mits deze niet tot een openlijke of verkapte discriminatie tussen werknemers uit de Gemeenschap leiden.¹¹

29. Het staat de Spaanse wetgever derhalve vrij om voor de toekenning van een wettelijk ouderdomspensioen te voorzien in een algemene wachttijd van ten minste 15 jaar gedurende welke premies of bijdragen moeten worden betaald, en een bijzondere wachttijd van 2 jaar gedurende welke premies of bijdragen moeten worden betaald in de loop van de 15 jaar die onmiddellijk voorafgaan aan het feit dat het recht op pensioen doet ontstaan (artikel 161, lid 1, sub b, TRLGSS). Verordening nr. 1408/71 bepaalt uitsluitend dat rekening moet worden gehouden met de krachtens de wetgeving van elke andere lidstaat vervulde gedeelten van deze wachttijd alsof deze krachtens de Spaanse wetgeving waren vervuld (zie met name artikel 45, lid 1, tweede volzin, van de verordening).¹²

30. In het onderhavige geval wijst niets erop dat het INSS geen rekening zou hebben gehouden met in andere lidstaten vervulde tijdvakken van verzekering of van wonen. Indien Salgado Alonso de in artikel 161, lid 1, sub b, TRLGSS voorziene wachttijd zelfs al niet heeft vervuld wanneer rekening wordt gehouden met haar in Duitsland en Zwitserland — een derde land — vervulde tijdvakken van ouderdomsverzekering, zoals ook door haar vertegenwoordiger ter terechtzitting is bevestigd, kan de afwijzing van haar verzoek om toekenning van een wettelijk ouderdomspensioen vanuit dit perspectief niet in strijd zijn met artikel 45 van verordening nr. 1408/71.

31. In de tweede plaats preciseert verordening nr. 1408/71 niet — zelfs niet in de definitie in artikel 1, sub r — *welke tijdvakken* precies moeten worden beschouwd als tijdvakken van verzekering. Ook dit wordt uitsluitend bepaald door de nationale wetgeving van de lidstaat waar om de uitkeringen wordt verzocht; bijgevolg heeft een lidstaat het recht om de toekenning van een uitkering afhankelijk te stellen van de voorwaarde dat de betrokkenen tijdvakken hebben vervuld die krachtens zijn nationale wetgeving als „tijdvakken van verzekering” worden aangemerkt.¹³ De verordening voorziet enkel in de samentelling van de in de verschillende lidstaten vervulde tijdvakken van verzekering en niet in de voorwaarden

11 — Arresten Ferreiro Alvite (punten 22-24) en Martínez Losada (punt 43), beide aangehaald in voetnoot 7; zie eveneens arrest van 20 september 1994, Drake (C-12/93, Jurispr. blz. I-4337, punt 27).

12 — Zie eveneens in deze zin, arrest Ferreiro Alvite (aangehaald in voetnoot 7, punt 26), dat betrekking heeft op dezelfde wachttijden als in het onderhavige geval aan de orde zijn en ze enkel vanuit een andere invalshoek beschouwt (recht op de speciale werkloosheidsuitkering in plaats van — zoals in casu — recht op een wettelijk ouderdomspensioen).

13 — Arrest Martínez Losada (aangehaald in voetnoot 7, punten 34 en 35) en arrest van 12 mei 1989, Warmerdam-Steggerda (388/87, Jurispr. blz. 1203, punten 10, 17 en 19).

waaronder die verzekeringstijdvakken worden opgebouwd.¹⁴

32. Het staat de Spaanse wetgever derhalve vrij om te bepalen dat sommige tijdvakken van premie- of bijdragebetaling zowel een recht op een pensioen doen ontstaan, als de pensioenaanspraken verhogen, maar dat andere tijdvakken de pensioenaanspraken wel verhogen, maar geen recht op pensioen doen ontstaan (dit laatste is bijvoorbeeld vastgesteld in de achtentwintigste aanvullende bepaling van de TRLGSS). Volgens artikel 45 van verordening nr. 1408/71 moet enkel worden gewaarborgd dat in het buitenland vervulde tijdvakken onder dezelfde voorwaarden in aanmerking worden genomen als krachtens de Spaanse wetgeving vervulde tijdvakken.

33. Wat dat betreft, blijkt evenmin dat het INSS in het onderhavige geval geen rekening zou hebben gehouden met in andere lidstaten vervulde tijdvakken van verzekering of van wonen. Partijen in het hoofdgeding twisten daarentegen over het in aanmerking nemen van tijdvakken van premiebetaling *in Spanje*, maar niet over in het buitenland vervulde tijdvakken van premiebetaling. Wanneer het bevoegde orgaan weigert tijdvakken te erkennen die zijn vervuld krachtens de door hemzelf toe te passen bepalingen, dat wil zeggen volgens de eigen nationale regeling, valt dat geschilpunt niet onder artikel 45 van verordening nr. 1408/71.

34. Dat een Spaanse rechter Salgado Alonso toentertijd de speciale werkloosheidsuitkering heeft toegekend, hoewel zij — voorzover ik dat kan beoordelen — de volgens het nationale recht vereiste wachtlijden van artikel 215, lid 1, punt 3, TRLGSS, juncto artikel 161, lid 1, sub b, TRLGSS niet had vervuld¹⁵, vormt overigens uitsluitend een probleem van nationaal recht. Eveneens moet volgens het nationale recht worden beoordeeld of en op welke wijze de verwijzende rechter thans door die eerdere nationale rechterlijke beslissing is gebonden, wanneer bij hem thans dezelfde wachtlijden (artikel 161, lid 1, sub b, TRLGSS) worden aangevoerd, deze keer echter in verband met een verzoek om toekenning van een wettelijk ouderdomspensioen.

2. Artikel 39 EG

35. In het verzoek om een prejudiciële beslissing onderschrijft de verwijzende rechter de opvatting van Salgado Alonso, dat enkel werknemers die hun recht op vrij verkeer hebben uitgeoefend, worden geraakt door een voorschrift zoals de achtentwintigste aanvullende bepaling van de TRLGSS. Tegen deze achtergrond verzoekt hij in zijn eerste vraag eveneens om verduidelijking

¹⁴ — Zie eveneens in deze zin, arrest Drake (aangehaald in voetnoot 11, punt 26).

¹⁵ — Zoals ik reeds heb opgemerkt, is dit ter terechtzitting eveneens bevestigd door de vertegenwoordiger van Salgado Alonso.

met betrekking tot de uitlegging van artikel 39 EG.

toegepast op vergelijkbare situaties of wanneer dezelfde regel wordt toegepast op verschillende situaties.¹⁸

36. Het feit dat Salgado Alonso als Spaans staatsburger is betrokken in een geding met de Spaanse autoriteiten, sluit de toepasselijkheid van artikel 39 EG niet uit. Iedere gemeenschapsonderdaan die gebruik heeft gemaakt van het recht op vrij verkeer van werknemers en die een beroepswerkzaamheid in een andere lidstaat heeft uitgeoefend, valt immers ongeacht zijn woonplaats en zijn nationaliteit onder de werkingssfeer van artikel 39 EG.¹⁶ Dat geldt voor Salgado Alonso, die in Duitsland werkzaam is geweest.

37. Het is vaste rechtspraak¹⁷ dat artikel 39 EG niet alleen openlijke discriminatie op grond van nationaliteit verbiedt, maar ook alle verkapte vormen van discriminatie die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden.

38. Er is echter slechts sprake van discriminatie wanneer verschillende regels worden

39. Volgens de beschikbare inlichtingen worden de wettelijke wachttijden (artikel 161, lid 1, sub b, TRLGSS) *zonder onderscheid* toegepast op alle werknemers, derhalve zowel op de werknemers die hun volledige beroepsloopbaan in Spanje hebben volbracht, als op degenen die als migrerende werknemer ook gedeeltelijk in andere lidstaten arbeid hebben verricht. Eveneens *zonder onderscheid* geldt de regel dat de tijdvakken van premie- of bijdragebetaling die werden vervuld gedurende de periode dat de speciale werkloosheidsuitkering werd ontvangen, geen recht op pensioen kunnen doen ontstaan (achtentwintigste aanvullende bepaling van de TRLGSS); bijgevolg kunnen de premies of bijdragen die het INEM heeft betaald gedurende de periode waarin de verzekerde de speciale werkloosheidsuitkering ontving, noch ten gunste van migrerende werknemers, noch ten gunste van werknemers die in Spanje zijn gebleven, in aanmerking worden genomen bij de berekening van de wachttijden.

40. Ook wat de wachttijden van artikel 161, lid 1, sub b, TRLGSS en de gevolgen van de achtentwintigste aanvullende bepaling van

16 — Zie bijvoorbeeld arrest van 23 februari 1994, Scholz (C-419/92, Jurispr. blz. 505, punt 9), alsmede arresten van 26 januari 1999, Terhoeve (C-18/95, Jurispr. blz. I-345, punt 27), en 13 november 2003, Schilling en Fleck-Schilling (C-209/01, Jurispr. blz. I-13389, punt 23); zie eveneens arrest van 31 maart 1993, Kraus (C-19/92, Jurispr. blz. I-1663, punten 15-17).

17 — Zie bijvoorbeeld arresten van 12 februari 1974, Sotgiu (152/73, Jurispr. blz. 153, punt 11), 23 mei 1996, O'Flynn (C-237/94, Jurispr. blz. I-2617, punt 17), en 16 september 2004, Merida (C-400/02, Jurispr. blz. I-8471, punt 21).

18 — Zie met name arresten van 14 februari 1995, Schumacker (C-279/93, Jurispr. blz. I-225, punt 30), en 13 februari 1996, Gillespie e.a. (C-342/93, Jurispr. blz. I-475, punt 16), en arrest Merida (aangehaald in voetnoot 17, punt 22).

de TRLGSS betreft, is de situatie van migrerende werknemers vergelijkbaar met die van werknemers die in Spanje zijn gebleven. Werknemers die in Spanje zijn gebleven en die, bijvoorbeeld wegens langdurige werkloosheid, minder dan 15 jaar premies of bijdragen hebben kunnen betalen, of binnen de afgelopen 15 jaar minder dan twee jaar premies of bijdragen hebben betaald, vervullen deze wachttijden namelijk eveneens niet. Ingevolge de achtentwintigste aanvullende bepaling van het TRLGSS kunnen ook zij later de horde van de wachttijden niet meer nemen.

41. Uit een dergelijke feitelijke situatie blijkt geen directe (openlijke) discriminatie van migrerende werknemers in de zin van artikel 39 EG.

42. Indirecte (verkapte) discriminatie van migrerende werknemers zou vereisen dat ten minste het risico bestaat dat de achtentwintigste aanvullende bepaling van de TRLGSS (de facto) met name nadelige gevolgen heeft voor de naar Spanje teruggekeerde migrerende werknemers.¹⁹ Enkel wanneer een dergelijke ongelijkheid in behandeling tussen migrerende werknemers en werknemers die in Spanje zijn gebleven, kan worden aangetoond — bijvoorbeeld met behulp van statistische gegevens — kan

artikel 39 EG in de weg staan aan een voorschrift zoals de achtentwintigste aanvullende bepaling van de TRLGSS.

43. Een aanwijzing voor indirecte discriminatie zou bijvoorbeeld zijn dat de werknemers die hun recht op vrij verkeer hebben uitgeoefend, bij terugkeer naar Spanje een aanmerkelijk groter risico op langdurige werkloosheid lopen dan de werknemers die hun beroepsactiviteit uitsluitend in deze lidstaat hebben uitgeoefend. In dat geval zou het voor de teruggekeerde werknemers namelijk moeilijker zijn om bijvoorbeeld alsnog ontbrekende tijdvakken van premie- of bijdragebetaling te vervullen, met als gevolg dat zij in hogere mate zouden worden geraakt door de achtentwintigste aanvullende bepaling van de TRLGSS dan de werknemers die in Spanje zijn gebleven.

44. Noch de verwijzende rechter²⁰, noch de deelnemers aan de procedure²¹ hebben

19 — Arresten Merida (punt 23) en O'Flynn (punt 20), beide aangehaald in voetnoot 17.

20 — De verwijzingsbeschikking gaat enkel in de formulering van de prejudiciële vragen uit van het bestaan van een discriminatie („waardoor alleen de werknemers die het recht op vrij verkeer hebben uitgeoefend, door deze nationale regeling worden geraakt”).

21 — De Commissie verwijst naar het arrest van het Hof van 18 april 2002 in de zaak C-290/00 (Duchon, Jurispr. blz. I-3567, punten 37 en 38) en naar het arrest Paraschi (aangehaald in voetnoot 9, punt 24). In deze twee arresten ging het echter uitdrukkelijk om feiten of omstandigheden die zich in andere lidstaten hadden voorgedaan en die *niet in aanmerking werden genomen*. Dit is volstrekt niet vergelijkbaar met het in casu toepasselijke Spaanse recht (zie de punten 39 en 40 van deze conclusie). Uit deze twee arresten kunnen derhalve geen conclusies worden getrokken voor het onderhavige geval.

echter concrete punten aangevoerd die de stelling kunnen staven dat migrerende werknemers zwaarder worden getroffen door de nadelige gevolgen van de Spaanse wetgeving dan personen die hun recht op vrij verkeer niet hebben uitgeoefend. Het staat in voorkomend geval aan de nationale rechter om dienaangaande de vereiste vaststellingen te doen.

3. Artikel 12 EG

46. Aangezien artikel 39 EG reeds van toepassing is op de situatie die in het hoofdgeding aan de orde is, is het algemene discriminatieverbod van artikel 12 EG niet toepasselijk.²³

4. Voorlopige conclusie

45. Terloops merk ik op dat er evenmin van een ontoelaatbare *beperking* van het vrije verkeer van werknemers sprake is wanneer in een lidstaat langere wachttijden gelden dan in een andere, of wanneer aldaar bepaalde tijdvakken van premie- of bijdragebetaling slechts de pensioenaanspraken kunnen verhogen, maar geen recht op een pensioen kunnen doen ontstaan. Het Verdrag garandeert een werknemer namelijk niet, dat de sociale zekerheid in alle lidstaten op gelijke wijze is geregeld. Aangezien artikel 42 EG en verordening nr. 1408/71 enkel voorzien in de coördinatie, maar niet in de harmonisatie van de socialezekerheidswetgeving van de lidstaten, kunnen materiële en formele verschillen tussen de onderscheiden stelsels van sociale zekerheid blijven bestaan.²² In verband met deze verschillen waarborgt het beginsel van samentelling van tijdvakken van premie- of bijdragebetaling dat migrerende werknemers geen socialezekerheidsaanspraken of -voordelen verliezen.

47. Om voormelde redenen verzetten noch artikel 45 van verordening nr. 1408/71, noch de artikelen 39 EG en 12 EG zich tegen een nationale bepaling als de achtentwintigste aanvullende bepaling van de Spaanse TRLGSS, volgens bepaalde tijdvakken van pensioen- of bijdragebetaling enkel de pensioenaanspraken kunnen verhogen, maar geen recht op ouderdomspensioen kunnen doen ontstaan.

B — De tweede vraag

48. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of bij de

22 — Zie eveneens in deze zin, arrest Hervein e.a. (aangehaald in voetnoot 10, punten 50 en 51) en —wat het fiscale recht betreft — arrest van 29 april 2004, Weigel (C-387/01, Jurispr. blz. I-4981, punt 55).

23 — Arrest Weigel, aangehaald in voetnoot 22, punten 57-59, en arrest van 1 juli 2004, Commissie/België (C-65/03, Jurispr. blz. I-6427, punten 26 en 27).

berekening van tijdvakken van verzekering of van wonen in de zin van artikel 48, lid 1, van verordening nr. 1408/71 enkel de tijdvakken moeten worden meegeteld die voor het ontstaan van het pensioenrecht moeten zijn vervuld, of ook de tijdvakken die alleen van invloed zijn op de groei van de pensioenaanspraken.

1. Relevantie

49. Hoewel de beoordeling van de relevantie van een prejudiciële vraag in principe uitsluitend een zaak is van de nationale rechter, kan het Hof in uitzonderingsgevallen een onderzoek instellen naar de omstandigheden waaronder de nationale rechter zich tot hem heeft gewend. De geest van samenwerking waarin de prejudiciële verzoeken moeten worden gedaan, vereist immers dat de nationale rechter oog heeft voor de aan het Hof opgedragen taak om bij te dragen aan een goede rechtsbedeling in de lidstaten, doch niet om adviezen over algemene of hypothetische vraagstukken te formuleren.²⁴

50. Aanvankelijk was de uitlegging van artikel 48 van verordening nr. 1408/71 relevant voor de beslechting van het geding omdat het INSS zich onder andere op deze

bepaling had gebaseerd bij de beslissing om het verzoek van Salgado Alonso af te wijzen. Inmiddels werd deze beslissing echter op andere gronden gebaseerd. Thans berust de afwijzing van de pensioenaanvraag van Salgado Alonso, conform de gezamenlijke administratieve praktijk van het INSS en het INEM²⁵, niet meer op artikel 48 van verordening nr. 1408/71. Daarmee is het probleem van de uitlegging van deze bepaling enkel nog hypothetisch en niet meer relevant voor de oplossing van het hoofdgeding. *Wat dat betreft* is het verzoek om een prejudiciële beslissing bijgevolg achterhaald en behoeft het niet meer te worden beantwoord.²⁶

2. Beoordeling ten gronde

51. Ik zal hieronder dan ook enkel subsidiair en volledigheidshalve kort de juridische problemen uiteenzetten die de verwijzende rechter met zijn tweede vraag opwerpt.

52. Artikel 48 van verordening nr. 1408/71 is bedoeld voor gevallen waarin de verzekerde weliswaar de toepasselijke wachttijden (ten gevolge van de erkenning van in het buitenland vervulde tijdvakken²⁷) heeft vervuld,

25 — Zie hierover punt 13 van deze conclusie.

26 — Zie met betrekking tot de afdoening van verzoeken om een prejudiciële beslissing die inmiddels hun relevantie hebben verloren, met name de punten 28-38 van mijn conclusie van heden in de zaak García Blanco (aangehaald in voetnoot 3).

27 — Artikel 45 van verordening nr. 1408/71.

24 — Zie hierover de punten 26 en 27 van mijn conclusie van heden in de zaak C-225/02 (aangehaald in voetnoot 3) en de verwijzingen aldaar.

maar waarin het pensioen (wegens de toepassing van het pro rata-beginsel²⁸) zo laag uitvalt dat het niet meer is dan een zogenaamd *minimumpensioen*. Om administratieve kosten te vermijden bij de vaststelling en uitbetaling van dergelijke pensioenen, wordt het betrokken pensioenorgaan van zijn uitkeringsverplichting ontheven (artikel 48, lid 1) en worden de relevante tijdvakken van premie- of bijdragebetaling in plaats daarvan door andere organen in aanmerking genomen (artikel 48, leden 2 en 3).

53. Wanneer artikel 48, lid 1, van verordening nr. 1408/71 aldus zou worden uitgelegd dat niet alle tijdvakken van premie- of bijdragebetaling, maar enkel bepaalde tijdvakken onder deze bepaling zouden vallen, namelijk de tijdvakken die een recht op pensioen doen ontstaan, zou de kans groter worden dat de berekening slechts een minimumpensioen oplevert, waardoor het pensioenorgaan van zijn uitkeringsverplichting zou worden ontheven. Zou in het geval van Salgado Alonso bijvoorbeeld enkel het tijdvak van premie- of bijdragebetaling van 182 dagen in 1992, dat wordt beschouwd als een tijdvak dat een recht op pensioen doet ontstaan, worden meegeteld, dan zou dit tot een dergelijk minimumpensioen leiden; dit zou anders zijn wanneer ook het door het INEM vervulde tijdvak van premie- of bijdragebetaling van nog eens 3 219 dagen in aanmerking zou worden genomen.

54. Dat een orgaan van zijn verplichting tot uitkering van minimumpensioenen wordt ontheven, waardoor de organen van andere lidstaten zwaarder worden belast (artikel 48,

leden 2 en 3 van verordening nr. 1408/71), moet echter de absolute uitzondering blijven. Van de organen van de lidstaten kan namelijk niet worden gevegd, dat het orgaan van een andere lidstaat zich op hun kosten bevrijdt van zijn uitkeringsverplichting enkel door tijdvakken van premie- of bijdragebetaling niet in aanmerking te nemen. Teneinde de belasting van de organen van andere lidstaten zo klein mogelijk te houden, dient artikel 48 van verordening nr. 1408/71 derhalve aldus te worden uitgelegd dat *alle* tijdvakken van premie- of bijdragebetaling in aanmerking moeten worden genomen, met inbegrip van de tijdvakken die enkel de pensioenaanspraken verhogen, maar geen recht op pensioen doen ontstaan.

55. De systematische context van artikel 48 van verordening nr. 1408/71 pleit eveneens voor het in aanmerking nemen van *alle tijdvakken van premie- of bijdragebetaling*, ook die welke enkel de pensioenaanspraken verhogen. Artikel 48 van verordening nr. 1408/71 vormt namelijk een uitzonderingsbepaling op artikel 46, lid 2, van dezelfde verordening. Derhalve moet artikel 48 in overeenstemming met artikel 46, lid 2, worden uitgelegd. Laatstgenoemde bepaling betreft de berekening van het concrete pensioenbedrag²⁹, maar niet de basisvoorwaarden voor het bestaan van een recht op uitkering.³⁰ Bij de berekening van het concrete pensioenbedrag dienen echter

29 — Het gaat om de berekening van het *theoretische en het werkelijke bedrag van de uitkering*.

30 — Of er al dan niet een recht op een uitkering bestaat, wordt bepaald overeenkomstig artikel 45 van verordening nr. 1408/71, waar artikel 46, lid 2, uitdrukkelijk naar verwijst. Bijgevolg komt het er ook slechts in het kader van artikel 45 op aan of een tijdvak van premie- of bijdragebetaling (enkel) de pensioenaanspraken verhoogt of (eveneens) een recht op pensioen kan doen ontstaan.

28 — Artikel 46, lid 2, van verordening nr. 1408/71.

uit de aard der zaak ook tijdvakken in aanmerking te worden genomen die enkel de pensioenaanspraken verhogen, maar geen recht op een pensioen doen ontstaan.

de zin van artikel 48 van verordening nr. 1408/71 *alle tijdvakken van premie- of bijdragebetaling* in aanmerking te worden genomen, ook die welke geen recht op pensioen doen ontstaan, maar enkel de pensioenaanspraken verhogen.

56. Bijgevolg dienen bij de berekening van tijdvakken van verzekering en van wonen in

V — Conclusie

57. Gelet op het bovenstaande, geef ik het Hof in overweging op de door de Juzgado de lo Social n° 3 de Orense voorgelegde prejudiciële vragen te antwoorden als volgt:

„Noch artikel 45 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, noch de artikelen 39 EG en 12 EG verzetten zich tegen een nationale bepaling als de achtentwintigste aanvullende bepaling van de Spaanse Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, volgens welke bepaalde tijdvakken van premie- of bijdragebetaling enkel de pensioenaanspraken kunnen verhogen, maar geen recht op pensioen kunnen doen ontstaan.

Voor het overige behoeft het verzoek om een prejudiciële beslissing niet meer te worden beantwoord.”