



Datum van inontvangstneming : 27/03/2018

C-95/18-1

Hoge Raad der Nederlanden

Derde Kamer

Nr. 16/03746

2 februari 2018

Arrest

Ingeschreven in het register van het Hof van Justitie onder nr. <u>1.071.827</u>		
Luxemburg	13. 02. 2018	De Griffier, voor deze
Fax/E-mail:	<u>Maria Manuela Ferreira</u>	
Neergelegd op:	<u>09.02.2018</u>	Hoofdadministrateur

gewezen op het beroep in cassatie van de Sociale verzekeringsbank (hierna: Svb) tegen de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 6 juni 2016, nrs. 08/6650 AOW en 09/6430 AOW, op het hoger beroep van [REDACTED] te Kerkrade (hierna: [REDACTED]) tegen een uitspraak van de Rechtbank te Maastricht (nr. AWB 09/19) betreffende een besluit van de Svb ingevolge de Algemene ouderdomswet (hierna: AOW), alsmede op het hoger beroep van H.D. [REDACTED] te Swalmen (hierna: [REDACTED]) tegen een uitspraak van de Rechtbank te Roermond (nr. AWB 08/1016 AOW) betreffende een besluit van de Svb ingevolge de AOW. De uitspraak van de Centrale Raad is aan dit arrest gehecht.

CURIA GREFFE
Luxembourg
Date 09. 02. 2018

1. Geding in cassatie

De Svb heeft tegen de uitspraak van de Centrale Raad beroep in cassatie ingesteld. Het beroepschrift in cassatie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

■■■■ heeft een verweerschrift ingediend. Aangezien dit geschrift bij de Hoge Raad na afloop van de daartoe gestelde termijn is ingediend, slaat de Hoge Raad op dit stuk geen acht.

De Svb heeft de zaak mondeling doen toelichten door K. Teuben, advocaat te Den Haag.

De Advocaat-Generaal P.J. Wattel heeft op 16 maart 2017 geconcludeerd tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) (ECLI:NL:PHR:2017:222).

■■■■ en de Svb hebben schriftelijk op de conclusie gereageerd.

De Hoge Raad heeft partijen in kennis gesteld van zijn voornemen het Hof van Justitie te verzoeken een prejudiciële beslissing te geven. De Svb heeft, daartoe in de gelegenheid gesteld, gereageerd op de aan partijen in concept voorgelegde vraagstelling.

2. Beoordeling van het middel

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

2.1.1. ■■■■ heeft op 17 januari 2008 een aanvraag ingediend voor een ouderdomspensioen op grond van de AOW. Bij besluit van 1 augustus 2008 heeft de Svb naar aanleiding daarvan aan hem een ouderdomspensioen toegekend. Op het ouderdomspensioen is een korting

toegepast omdat [REDACTED] gedurende een aantal jaren niet verzekerd is geweest op grond van de AOW. Van den Berg woont in Nederland en heeft de Nederlandse nationaliteit. In 1972 is hij in de Bondsrepubliek Duitsland werkzaam geweest. In de periode van 1 januari 1990 tot en met 31 december 1994 is hij opnieuw in Duitsland werkzaam geweest, als zogeheten "geringfügig Beschäftigte".

2.1.2. [REDACTED] heeft op 22 september 2006 een aanvraag ingediend voor een ouderdomspensioen op grond van de AOW. Bij besluit van 3 oktober 2007 heeft de SvB naar aanleiding daarvan aan [REDACTED] een ouderdomspensioen en een toeslag met het oog op de partner (hierna: toeslag) toegekend. Op de toeslag is een korting toegepast omdat de echtgenote van [REDACTED] gedurende een aantal jaren niet verzekerd is geweest op grond van de AOW. De echtgenote van [REDACTED] woont in Nederland en heeft de Nederlandse nationaliteit. In 1970 is zij in een tweetal perioden in de Bondsrepubliek Duitsland werkzaam geweest. In de periode van 19 mei 1988 tot en met 12 mei 1993 is zij opnieuw in Duitsland werkzaam geweest, als "geringfügig Beschäftigte".

2.1.3. Een werknemer met een dergelijke arbeidsverhouding, dat wil zeggen een dienstverband waarbij de werknemer minder dan een bepaald aantal dagen in een tijdvak werkt of een relatief laag bedrag per maand verdient, behoort in Duitsland niet tot de kring der verzekerden voor de sociale verzekering, met uitzondering van de verzekering tegen arbeidsongevallen.

2.1.4. [REDACTED] en de echtgenote van [REDACTED] hebben niet verzocht om gedurende de perioden dat zij in Duitsland werkzaam waren gebruik te mogen maken van de vrijwillige

verzekering op grond van de AOW, die onder bepaalde voorwaarden voor gewezen verzekerden open staat in aansluiting op een periode van verplichte verzekering. Evenmin is ten aanzien van hen door de bevoegde autoriteiten een overeenkomst gesloten als bedoeld in artikel 17 van Verordening (EEG) nr. 1408/71 van 14 juni 1971 (hierna: Verordening 1408/71).

2.2.1. Voor de Centrale Raad was in geschil of de Svb terecht voor [REDACTED] en voor de echtgenote van [REDACTED] geen verzekering voor de AOW heeft aangenomen gedurende de hiervoor vermelde perioden waarin zij in Duitsland werkzaam waren als "geringfügig Beschäftigte". In dit verband is de vraag gerezen of uitsluiting van de AOW-verzekering gedurende die perioden in strijd is met het recht van de EU.

2.2.2. Bij uitspraak van 1 juli 2013 (ECLI:NL:CRVB:2013:783, hierna: de verwijzingsuitspraak) heeft de Centrale Raad het Hof van Justitie verzocht bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de in die uitspraak geformuleerde vragen.

2.2.3. Bij arrest van 23 april 2015, [REDACTED] e.a., C-382/13, ECLI:EU:C:2015:261 (hierna: het arrest), heeft het Hof van Justitie, uitspraak doende op die vragen, voor recht verklaard:

"1) Artikel 13, lid 2, onder a), 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, in de gewijzigde en bijgewerkte versie van verordening (EG) nr. 118/97 van de Raad van 2 december 1996, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1992/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2006, moet in die zin worden uitgelegd dat de ingezetene van een lidstaat die binnen de

werkingssfeer van deze verordening, zoals gewijzigd, valt en enkele dagen per maand op het grondgebied van een andere lidstaat werkt op basis van een oproepcontract, zowel gedurende de dagen waarop hij werkzaamheden in loondienst verricht als gedurende de dagen waarop hij dat niet doet, is onderworpen aan de wetgeving van de werkstaat.

2) Artikel 13, lid 2, onder a), van verordening (EEG) nr. 1408/71, in de gewijzigde en bijgewerkte versie van verordening nr. 118/97, zoals gewijzigd bij verordening nr. 1992/2006, juncto lid 1 van dat artikel, moet in die zin worden uitgelegd dat het zich er in omstandigheden als die van de hoofdgedingen niet tegen verzet dat een migrerende werknemer op wie de wetgeving van de werkstaat van toepassing is, krachtens een nationale wettelijke regeling van de woonstaat uitkeringen van het ouderdomspensioenstelsel en kinderbijslag van laatstbedoelde lidstaat ontvangt."

2.2.4. Bij uitspraak van 6 juni 2016 (ECLI:NL:CRVB:2016:2145) heeft de Centrale Raad geoordeeld dat de Svb ten onrechte op grond van de aanwijzing van de Duitse wetgeving door artikel 13, lid 2, letter a, van Verordening 1408/71 heeft aangenomen dat in de hiervoor vermelde perioden geen toepassing kon worden gegeven aan de Nederlandse wetgeving. Naar het oordeel van de Centrale Raad is daarom ten onrechte vastgesteld dat [REDACTED] en de echtgenote van [REDACTED] in de perioden in geding om die reden niet verzekerd zijn geweest voor de AOW.

2.2.5. De Centrale Raad heeft daartoe geoordeeld dat artikel 6a, aanhef en onder b, van de AOW geen grond kan zijn om [REDACTED] en de echtgenote van [REDACTED] uit te sluiten van het recht op (toeslag op) een pensioen krachtens de AOW, omdat het artikelonderdeel aanknoopt bij de aanwijzingsregels in Verordening 1408/71 en daarom in overeenstemming met die regels en het arrest moet worden

uitgelegd. Uit dit arrest leidt de Centrale Raad af dat in een geval als het onderhavige een uitzondering kan worden aanvaard op het beginsel dat de socialezekerheidswetgeving van slechts één lidstaat van toepassing is. De Centrale Raad heeft geoordeeld dat daarom hetzelfde dient te gelden voor artikel 6a, aanhef en letter b, van de AOW.

2.2.6. Vervolgens heeft de Centrale Raad het standpunt van de SvB verworpen dat de betrokkenen van de verplichte AOW-verzekering waren uitgesloten door artikel 10, lid 1, van het Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen 1989 (hierna: BUB 1989). Naar het oordeel van de Centrale Raad acht het Hof van Justitie van belang dat [REDACTED] en de echtgenote van [REDACTED] indien zij geen gebruik zouden hebben gemaakt van het recht op vrij verkeer van werknemers, ouderdomspensioen hadden opgebouwd, ook als zij in Nederland niet werkzaam waren geweest. Omdat zij in Duitsland geen aanspraak kunnen maken op een pensioen, wordt [REDACTED] het recht op (een deel van) zijn ouderdomspensioen ontnomen, louter omdat hij in Duitsland werkzaamheden heeft verricht, en wordt [REDACTED] (een deel van) de toeslag op zijn ouderdomspensioen ontnomen, louter omdat zijn echtgenote in Duitsland werkzaamheden heeft verricht. Volgens de Centrale Raad is in deze omstandigheden Nederland als woonland bevoegd om aan [REDACTED] ouderdomspensioen en aan [REDACTED] een toeslag op zijn ouderdomspensioen toe te kennen. Teneinde de uit de rechtspraak van het Hof van Justitie voortvloeiende uitzonderingen op het beginsel dat slechts de wetgeving van één lidstaat van toepassing is te effectueren, dient naar het oordeel van de Centrale Raad artikel 10, lid 1,

BUB 1989 met verordeningsconforme toepassing van de hardheidsclausule van artikel 25 BUB 1989 buiten toepassing te worden gelaten.

2.3.1. Tegen de hiervoor in 2.2.4 tot en met 2.2.6 weergegeven oordelen richt zich het middel.

2.3.2. Het middel klaagt dat de Centrale Raad een onjuiste toepassing heeft gegeven aan artikel 6a van de AOW. De wetgever heeft uitdrukkelijk beoogd met ingang van 1 januari 1989 een persoon van de verzekering voor de volksverzekeringen uit te sluiten als deze persoon op grond van bepalingen van internationaal recht is onderworpen aan de socialezekerheidswetgeving van een andere mogendheid. Artikel 6a van de AOW dwingt derhalve tot uitsluiting van de verzekering, zodat toepassing van artikel 25 BUB 1989 niet aan de orde kan komen, aldus het middel.

Het middel betoogt tevens dat de Centrale Raad met het hiervoor in 2.2.6 weergegeven oordeel een verkeerde toepassing heeft gegeven aan de artikelen 10 en 25 BUB 1989. Uit het arrest volgt geenszins dat het Unierecht ertoe verplicht toepassing te geven aan de hardheidsclausule van artikel 25 BUB 1989 teneinde artikel 10 BUB 1989 buiten toepassing te laten, aldus de SvB.

2.4.1. Op grond van artikel 6, lid 1, letter a, van de AOW is verzekerd de ingezetene die nog niet de pensioengerechtigde leeftijd (destijds 65 jaar) heeft bereikt.

2.4.2. Artikel 6a, aanhef en letter b, van de AOW, is op 15 mei 1998, met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 1989, in werking getreden. Deze bepaling merkt niet als verzekerde aan de persoon op wie, op grond van

een verdrag of een besluit van een volkenrechtelijke organisatie, de wetgeving van een andere mogendheid van toepassing is.

2.4.3. In artikel 2, lid 1, aanhef en letter a, van het Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen 1976 (hierna: BUB 1976), zoals deze bepaling luidde vanaf 1 januari 1980 tot en met 30 juni 1989, is bepaald dat niet verzekerd is de ingezetene die buiten het Rijk in dienstbetrekking arbeid verricht en ter zake van die arbeid krachtens een buitenlandse wettelijke regeling inzake uitkering wegens onder meer ouderdom verzekerd is.

2.4.4. In artikel 10 BUB 1989, tekst geldend van 1 juli 1989 tot 1 januari 1992, is bepaald dat niet verzekerd is op grond van de volksverzekeringen: de ingezetene die uitsluitend buiten Nederland arbeid verricht.

In de tekst van deze bepaling die gold van 1 januari 1992 tot 1 januari 1997 is de aanvullende eis opgenomen dat deze arbeid gedurende een aaneengesloten periode van ten minste drie maanden uitsluitend buiten Nederland moet zijn verricht.

2.4.5. Op grond van artikel 25 BUB 1989 kan de Svb artikelen van dit besluit buiten toepassing laten of daarvan afwijken, voor zover de verzekeringsplicht of de uitsluiting daarvan krachtens dit besluit zou leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard (hierna: de hardheidsclausule).

2.4.6. Op grond van de hier toepasselijke tekst van artikel 13, lid 1, aanhef en letter a, van de AOW wordt op het bruto-ouderdomspensioen een korting toegepast van 2 percent voor elk kalenderjaar dat de pensioengerechtigde

na het bereiken van de 15-jarige, doch vóór het bereiken van de 65-jarige leeftijd niet verzekerd is geweest. Op grond van de hier toepasselijke tekst van artikel 13, lid 2, aanhef en letter a, van de AOW wordt op de bruto-toeslag een korting toegepast van 2 percent voor elk kalenderjaar dat de echtgenoot van de pensioengerechtigde na het bereiken van de 15-jarige, doch vóór het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de pensioengerechtigde niet verzekerd is geweest.

2.5.1. Het middel slaagt in zoverre het betoogt dat de Centrale Raad een onjuiste uitleg heeft gegeven aan het bepaalde in artikel 6a, aanhef en letter b, van de AOW en artikel 25 BUB 1989. Op grond van de eerstvermelde bepaling waren [REDACTED] en de echtgenote van [REDACTED] in de desbetreffende perioden, voor zover die na 1988 zijn gelegen, niet verzekerd voor de AOW omdat op hen vanwege hun werkzaamheden in Duitsland op grond van artikel 13, lid 2, letter a, van Verordening 1408/71 de Duitse sociale zekerheidswetgeving van toepassing was. Anders dan de Centrale Raad in zijn uitspraak heeft aangenomen, kan de genoemde bepaling in de AOW niet zo worden uitgelegd dat de mogelijkheid wordt opengelaten om, ondanks de aanwijzing van een toepasselijke buitenlandse wetgeving door een internationale regeling, toch op grond van het recht op vrij verkeer van werknemers verzekering voor de AOW aan te nemen. Daartegen verzet zich zowel de duidelijke tekst als de wetsgeschiedenis van deze bepaling, waaruit volgt dat haar werkingssfeer zich uitstrekt tot verdragen of besluiten van een volkenrechtelijke organisatie in het algemeen (vgl. Kamerstukken II 1997/98, 25 873, nr. 3,

blz. 3-4). Daartoe behoren ook internationale regelingen die niet hun grondslag vinden in een recht op vrij verkeer.

2.5.2. De hardheidsclausule van artikel 25 BUB 1989 biedt niet de mogelijkheid om verzekering in Nederland aan te nemen in afwijking van het bepaalde in artikel 6a, aanhef en letter b, van de AOW. Die clausule schept de mogelijkheid om bepalingen uit het BUB 1989 buiten toepassing te laten, maar niet om af te wijken van de wet (zie de toelichting in Staatsblad 1989, 164, blz. 37). Evenmin biedt de hardheidsclausule ruimte om af te wijken van een rechtstreeks uit internationaal recht voortvloeiende uitsluiting van de verplichte verzekering. Ook in zoverre slaagt het middel.

2.5.3. Hetgeen hiervoor in 2.5.1 en 2.5.2 is overwogen, brengt mee dat de Svb naar Nederlands nationaal recht over tijdvakken vanaf 1 januari 1989 niet bevoegd is om - al dan niet met toepassing van de hardheidsclausule - een (toeslag op het) ouderdomspensioen toe te kennen voor zover die uitkering betrekking heeft op de perioden dat [REDACTED] en de echtgenote van [REDACTED] in Duitsland hebben gewerkt.

2.5.4. Aanleiding om toch, in afwijking van het nationale recht, over deze perioden (een toeslag op) het ouderdomspensioen toe te kennen, zou bestaan indien het Unierecht, in het bijzonder de bepalingen inzake het recht op vrij verkeer van werknemers, in de omstandigheden van dit geding in de weg staat aan toepassing van de uitsluitingsclausule van artikel 6a, aanhef en letter b, van de AOW en deze bepaling daarom niet aan de betrokkenen kan worden tegengeworpen.

2.5.5. De vraag of het recht van de Unie in de omstandigheden van dit geding meebrengt dat artikel 6a, aanhef en letter b, van de AOW buiten toepassing moet blijven, kan niet zonder redelijke twijfel op basis van het arrest worden beantwoord.

2.5.6. De in het arrest beantwoorde tweede prejudiciële vraag stelt aan de orde of artikel 13 van Verordening 1408/71 zich verzet tegen toekenning van prestaties in de woonstaat, indien het gaat om werknemers die in een andere lidstaat dan hun woonstaat werkzaamheden uitoefenen en op wie op grond van die bepaling (uitsluitend) de socialezekerheidswetgeving van de laatstbedoelde lidstaat (de werkstaat) van toepassing is (zie punt 57 van het arrest). Het Hof van Justitie heeft de tweede prejudiciële vraag, zoals het Hof van Justitie die vraag blijkens punt 54 van het arrest heeft begrepen, ontkennend beantwoord.

2.5.7. Daarmee is echter geen antwoord gegeven op de hiervoor in 2.5.5 bedoelde vraag, die er meer specifiek op neerkomt of het Unierecht, in het bijzonder het recht op vrij verkeer van werknemers, Nederland in gevallen als de onderhavige niet alleen toestaat, maar ook verplicht om als woonstaat in afwijking van de nationale wetgeving (artikel 6a van de AOW) prestaties toe te kennen aan de betrokkenen (de derde prejudiciële vraag van de Centrale Raad).

2.5.8. Het Hof van Justitie heeft die vraag niet beantwoord, overwegende (punt 56 van het arrest) dat de Centrale Raad uiteen heeft gezet dat de uitsluitingsclausule van artikel 6a, aanhef en letter b, van de AOW buiten toepassing zou moeten worden gelaten

indien de tweede vraag ontkennend wordt beantwoord (punt 67 van het arrest).

2.5.9. Zoals hiervoor in onderdeel 2.5.1 is overwogen, kan die uitsluitingsclausule in gevallen als de onderhavige echter niet op basis van interpretatie buiten toepassing worden gelaten.

2.5.10. Verder merkt de Hoge Raad op dat de Centrale Raad in de verwijzingsuitspraak de mogelijkheid van toepassing van de hardheidsclausule heeft geplaatst in het licht van de mogelijkheid tot het bieden van rechtsherstel in het geval uit artikel 13 van Verordening 1408/71 zou voortvloeien dat de uitsluitingsclausule van artikel 6a, aanhef en letter b, van de AOW in de situatie van [REDACTED] en de echtgenote van [REDACTED] in strijd is met de exclusieve werking van Verordening 1408/71. Zijn beslissing dat de derde vraag van de Centrale Raad niet hoeft te worden beantwoord, heeft het Hof van Justitie mede gebaseerd op de omstandigheid dat de Centrale Raad bij bevestigende beantwoording van de tweede vraag voornemens zou zijn de hardheidsclausule toe te passen (punten 56 en 67 van het arrest).

2.5.11. Zoals volgt uit het hiervoor in 2.5.2 overwogene, biedt de hardheidsclausule echter geen grondslag om iemand die op grond van artikel 6a van de AOW van de verzekering is uitgesloten, toch als verzekerde aan te merken.

2.5.12. Gelet op het voorgaande dient de in 2.5.7 vermelde, door het Hof van Justitie nog niet behandelde vraag naar het oordeel van de Hoge Raad alsnog te worden beantwoord.

2.6.1. Voor een bevestigend antwoord op die vraag pleit dat de migrerende werknemer door toepassing van de regels van Verordening 1408/71 niet het recht mag verliezen op uitkeringen die enkel krachtens de wettelijke regeling van een lidstaat worden toegekend (zie onder meer HvJ 30 juni 2011, [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] C-388/09, ECLI:EU:C:2011:439, punt 75).

2.6.2. Voor een bevestigend antwoord op die vraag pleit ook dat uitsluiting van de bestaande sociale zekerheid in het woonland betrokkenen zou ontmoedigen om een geringe aanstelling in een andere lidstaat te zoeken die aldaar niet leidt tot aansluiting bij (takken van) het stelsel van sociale zekerheid. Zij zouden dan ongunstiger worden behandeld dan andere ingezetenen die eenzelfde geringe aanstelling aanvaarden in het woonland zelf, of die in dit land helemaal niet werken.

2.7.1. Voor een ontkennend antwoord op de in 2.5.7 vermelde vraag pleit dat een verplichting voor de niet-bevoegde woonstaat om uitkeringen te verstrekken in strijd komt met het aan artikel 13, lid 1, van Verordening 1408/71 neergelegde beginsel van exclusieve werking van de aanwijzing van de toepasselijke wetgeving. Afgezien van de territoriale werkingsomvang, laten de conflictregels uit deze verordening het over aan de lidstaten om de voorwaarden vast te stellen waaronder het recht op of de verplichting tot aansluiting bij een stelsel van sociale zekerheid of een bepaalde tak van een dergelijk stelsel ontstaat (HvJ 23 september 1982, [REDACTED] C-276/81, ECLI:EU:C:1982:317, punt 14). Het gevolg daarvan kan zijn dat iemand die op grond van de nationale wetgeving van zijn woonstaat verzekerd zou zijn, van die verzekering

wordt uitgesloten wegens werkzaamheden in een andere lidstaat, hoewel het in die werkstaat geldende stelsel van sociale zekerheid hem niet tot de kring der verzekerden rekent (zoals in het geval dat leidde tot het arrest HvJ 13 oktober 1993, Staatssecretaris van Financiën, [REDACTED], C-121/92, ECLI:EU:C:1993:840; zie ook HvJ 14 juni 2016, Commissie/Verenigd Koninkrijk, C-308/14, ECLI:EU:C:2016:436, punten 65, 67 en 71). Een hiervan afwijkende uitleg van het recht op vrij verkeer van werknemers zou betekenen dat artikel 13, lid 1, van Verordening 1408/71 in zoverre onverbindend is.

2.7.2. Voor een ontkennend antwoord is ook steun te ontlenen aan de rechtspraak van het Hof van Justitie waarin is beslist dat een lidstaat die op grond van Verordening 1408/71 niet bevoegd is, onder bepaalde voorwaarden wel een uitkering mag toekennen, maar dat het Unierecht de bevoegde instanties van de woonstaat daartoe niet verplicht (zie HvJ 20 mei 2008, [REDACTED], C-352/06, ECLI:EU:C:2008:290 (hierna: het arrest [REDACTED] punten 27 en 32, waarin de mogelijkheid dat de niet-bevoegde woonstaat een uitkering toekent bovendien slechts wordt aanvaard "wanneer dit naar zijn recht daadwerkelijk kan").

2.7.3. Voor ontkennende beantwoording pleit ook dat een andere opvatting ertoe zou kunnen leiden dat een werknemer tegelijkertijd voor verschillende takken van sociale verzekering te maken zou kunnen krijgen met de autoriteiten van verschillende lidstaten, hetgeen tot hogere administratieve lasten zou leiden.

2.8. Indien de in 2.5.7 vermelde vraag in beginsel bevestigend moet worden beantwoord, rijst vervolgens de vraag of voor de toepassing van artikel 6a, aanhef en

letter b, van de AOW in de onderhavige tijdvakken niettemin een rechtvaardiging gevonden kan worden in de omstandigheid dat de betrokkenen indertijd naar nationaal recht niet tot de kring der verzekerden voor de Nederlandse volksverzekeringen behoorden, en er als gevolg daarvan op grond van de Nederlandse wetgeving ook geen premie voor die verzekeringen van hen geheven kon worden. Premieheffing door Nederland van personen die op grond van Verordening 1408/71 bij uitsluiting onderworpen zijn aan de wetgeving van een andere lidstaat, zou bovendien een inbreuk vormen op de voorschriften van die verordening (zie HvJ 5 mei 1977, [REDACTED] C-102/76, ECLI:EU:C:1977:71, punt 15, en HvJ 26 februari 2015, de [REDACTED] C-623/13, ECLI:EU:C:2015:123, punt 40). De Hoge Raad betwijfelt of het recht op vrij verkeer van werknemers daarentegen wel een grondslag kan bieden aan premieheffing in afwijking van Verordening 1408/71 en de nationale wetgeving, waarbij dan nog de vraag zou rijzen tot hoever in het verleden die premieheffing zou mogen teruggaan. Zonder mogelijkheid tot premieheffing zou een recht op uitkeringen in een stelsel dat overigens op premieheffing is gebaseerd, tot een onevenwichtige financiering van de verzekering leiden.

2.9. Voor het geval artikel 6a, aanhef en letter b, van de AOW in de onderhavige gevallen op grond van het Unierecht niet mag worden toegepast, is niet voor redelijke twijfel vatbaar dat voor tijdvakken vanaf 1 juli 1989 evenmin kan worden aanvaard dat het hiervoor in 2.4.4 vermelde artikel 10 BUB 1989 de betrokkenen van de verzekering voor de AOW uitsluit vanwege door hen in het buitenland verrichte werkzaamheden. Het effect van

artikel 6a, aanhef en letter b, van de AOW en van artikel 10 BUB 1989 is in deze gevallen immers vergelijkbaar: beide bepalingen sluiten de betrokkenen van de kring der verzekerden uit wegens werkzaamheden in het buitenland.

2.10. Het is niet duidelijk of voor de beantwoording van de hiervoor in 2.5.7 en 2.8 behandelde vragen van Unierecht van belang is dat voor betrokkenen de mogelijkheid bestond een vrijwillige verzekering op grond van de AOW af te sluiten, en bovendien de mogelijkheid bestond om de Svb te verzoeken een overeenkomst als bedoeld in artikel 17 van Verordening 1408/71 tot stand te brengen (van welke mogelijkheden zij klaarblijkelijk geen gebruik hebben gemaakt).

2.11.1. Voor de echtgenote van [REDACTED] verdient de periode van 19 mei 1988 tot 1 januari 1989 afzonderlijke aandacht. Artikel 6a, aanhef en letter b, van de AOW is op die periode niet van toepassing. Naar nationaal recht was de echtgenote van [REDACTED] in die periode als ingezetene verzekerd voor de AOW. De hiervoor in 2.4.3 beschreven bepaling in het BUB 1976 sloot haar toen niet uit van de kring der verzekerden, omdat zij in Duitsland niet krachtens een wettelijke regeling inzake uitkering wegens ouderdom verzekerd was.

2.11.2. Voor die periode gaat het dus niet om de vraag of het Unierecht Nederland als woonstaat verplicht om in afwijking van de nationale wetgeving prestaties aan de betrokkene toe te kennen. Voor die periode komt het erop aan of de aanwijzing van de Duitse wetgeving door artikel 13, lid 2, letter a, van Verordening 1408/71 in dit geval een exclusief karakter heeft, en er dus aan in

de weg staat dat Nederland overeenkomstig zijn nationale wetgeving een toeslag op het ouderdomspensioen aan [REDACTED] toekent.

2.12.1. Die laatste vraag lijkt ontkennend te moeten worden beantwoord, gelet op het antwoord dat het Hof van Justitie in het arrest heeft gegeven op de tweede prejudiciële vraag.

2.12.2. Het Hof van Justitie heeft zich ter motivering van dat antwoord onder meer gebaseerd op het arrest [REDACTED]. In punt 32 van dat arrest heeft het Hof van Justitie de mogelijkheid aanvaard dat een niet-bevoegde lidstaat overeenkomstig zijn nationale recht een uitkering toekent aan een persoon die op zijn grondgebied woont. Het Hof van Justitie heeft die mogelijkheid echter in die zin geclausuleerd, dat het moet gaan om een recht op uitkering dat in de nationale wetgeving niet afhankelijk is gesteld van voorwaarden inzake werkzaamheden in loondienst of inzake verzekering.

2.12.3. Het recht op (een toeslag op) een ouderdomspensioen op grond van de AOW is daarentegen wel afhankelijk van voorwaarden inzake verzekering: voor niet-verzekerde tijdvakken wordt een korting toegepast, en als iemand nooit verzekerd is geweest wordt geen uitkering toegekend (zie 2.4.6). Bovendien is de financiering van de AOW gebaseerd op premieheffing van verzekerden. Toekenning van uitkeringen naar analogie met het arrest [REDACTED] zou daardoor tot een onevenwichtige financiering van de verzekering leiden, aangezien de hiervoor in 2.8 vermelde rechtspraak van het Hof van Justitie meebrengt dat Nederland als gevolg van de exclusieve werking van artikel 13, lid 1, van Verordening 1408/71 geen premie

voor de volksverzekeringen van ingezetenen mag heffen over de perioden waarin de betrokkene op grond van die verordening is onderworpen aan de socialezekerheidswetgeving van een andere lidstaat.

2.12.4. In het licht daarvan acht de Hoge Raad het niet buiten redelijke twijfel of de gedachtegang van het arrest [REDACTED] ook geldt voor de toepassing van de AOW (vgl. onderdeel 11.12 van de conclusie van de Advocaat-Generaal).

2.13. Aangezien het antwoord op de hiervoor in 2.5.7 2.8, 2.10, en 2.11.2 (slotzin) vermelde vragen niet buiten redelijke twijfel is, en duidelijkheid daarover noodzakelijk is voor de verdere behandeling en beslissing van deze zaken, zal de Hoge Raad het Hof van Justitie ter zake om een prejudiciële beslissing verzoeken.

3. Beslissing

De Hoge Raad verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie uitspraak te doen over de volgende vragen:

- (1a) Moeten de artikelen 45 en 48 VWEU aldus worden uitgelegd dat die bepalingen in gevallen als de onderhavige in de weg staan aan een nationale regeling als artikel 6a, aanhef en letter b, van de AOW? Die regeling brengt mee dat een ingezetene van Nederland niet verzekerd is voor de volksverzekeringen van die woonstaat, indien deze ingezetene in een andere lidstaat werkt en op grond van artikel 13 van Verordening 1408/71 is onderworpen aan de socialezekerheidswetgeving van de werkstaat. De onderhavige gevallen kenmerken

Zich erdoor dat de betrokkenen op grond van de

wettelijke regeling van de werkstaat niet voor een ouderdomspensioen in aanmerking komen vanwege de beperkte omvang van hun werkzaamheden aldaar.

- (1b) Is bij de beantwoording van vraag 1a van belang dat voor een ingezetene van een op grond van artikel 13 van Verordening 1408/71 niet-bevoegde woonstaat geen premieplicht bestaat voor de volksverzekeringen van die woonstaat? Voor de tijdvakken waarin die ingezetene in een andere lidstaat werkt valt hij immers op grond van artikel 13 van Verordening 1408/71 bij uitsluiting onder het sociale zekerheidsstelsel van de werkstaat, en ook de nationale Nederlandse wetgeving voorziet in een dergelijk geval niet in premieplicht.
- (2) Is voor de beantwoording van vraag 1 van belang dat voor betrokkenen de mogelijkheid bestond een vrijwillige verzekering op grond van de AOW af te sluiten, dan wel dat voor hen de mogelijkheid bestond de Svb te verzoeken om een overeenkomst als bedoeld in artikel 17 van Verordening 1408/71 tot stand te brengen?
- (3) Staat artikel 13 van Verordening 1408/71 er aan in de weg dat voor iemand als de echtgenote van [REDACTED] die vóór 1 januari 1989 enkel beoordeeld naar de nationale wetgeving in haar woonland Nederland verzekerd was voor de AOW, op basis van die verzekering recht op ouderdomsuitkeringen

wordt opgebouwd, voor zover het gaat om tijdvakken waarin zij op grond van die verordeningsbepaling wegens werkzaamheden in een andere lidstaat onderworpen was aan de wetgeving van die werkstaat? Of moet het recht op een uitkering op grond van de AOW worden aangemerkt als een recht op uitkering dat in de nationale wetgeving niet afhankelijk is gesteld van voorwaarden inzake werkzaamheden in loondienst of inzake verzekering zoals bedoeld in het arrest [REDACTED] zodat de gedachtegang van dat arrest in haar geval kan worden toegepast?

De Hoge Raad houdt iedere verdere beslissing aan en schorst het geding totdat het Hof van Justitie naar aanleiding van vorenstaand verzoek uitspraak heeft gedaan.

Dit arrest is gewezen door de vice-president R.J. Koopman als voorzitter, en de raadsheren M.A. Fierstra, Th. Groeneveld, J. Wortel en A.F.M.Q. Beukers-van Dooren, in tegenwoordigheid van de waarnemend griffier F. Treuren, en in het openbaar uitgesproken op 2 februari 2018.

