

ANNOTATIE

De aanwijsregels van de Europese socialezekerheidscoördinatie

A. Zwanenburg

Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 20-05-2021, ECLI:EU:C:2021:409 (AR-2021-0643)

Annotatie bij Hof van Justitie 20 mei 2021, C-879/19 (Format II)

Inleiding

Een in Polen woonachtige werknemer met de Poolse nationaliteit heeft in het kader van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur in de periode van 20 oktober 2006 t/m 31 december 2009 gewerkt voor het Poolse bedrijf Format. Format is een in Warschau gevestigde onderaannemer die bouwwerkzaamheden uitvoert in diverse lidstaten. De bij deze zaak betrokken werknemer heeft in de uitoefening van zijn dienstverband voor Format gewerkt in twee verschillende lidstaten: hij werkte achtereenvolgens in Frankrijk (vanaf 23 oktober 2006), het Verenigd Koninkrijk (vanaf 5 november 2007) en nogmaals in Frankrijk (vanaf 7 januari 2008).

Deze zaak draait om de vraag welk sociaalzekerheidsrecht van toepassing is op deze internationale arbeidsrelatie. Daarbij gaat het om de interpretatie van en de onderlinge verhouding tussen de verschillende aanwijsregels van het EU-coördinatiestelsel. In deze zaak passeren de hoofdregel (het werklandbeginsel) en de uitzonderingen van detachering en werkzaamheden in meerdere lidstaten (in welke gevallen de werknemer onder het socialezekerheidsrecht van respectievelijk de zendstaat van de werknemer dan wel de woonstaat van de werknemer of de vestigingslidstaat van de werkgever valt) de revue. Het *Format II*-arrest vormt hiermee een mooie aanleiding voor een bespreking van en een toelichting op de aanwijsregels van het Europese socialezekerheidsrecht.

Het toepasselijk wettelijk kader

De EU-socialezekerheidsregels zijn gericht op coördinatie. Nu niet is gekozen voor harmonisatie zijn de verschillen tussen de nationale stelsels intact gelaten. Doordat deze verschillen tussen sommige lidstaten aanzienlijk zijn, kan de toepasselijkheid van het ene of het andere stelsel nogal uitmaken. Zowel de betrokken partijen hebben hierbij een belang (onder meer omdat de vraag waar premies moeten worden afgedragen bepalend is voor de hoogte van de kosten voor arbeid) alsook de lidstaten (onder meer om premies te innen). Een van de belangrijkste taken van het stelsel is dan ook het bepalen van de toepasselijke wetgeving in een grensoverschrijdende situatie.

De regels hiertoe zijn neergelegd in een stelsel van verschillende EU-instrumenten. De belangrijkste instrumenten waren lange tijd Verordening 1408/71 – ook wel de Basisverordening genoemd – en Verordening 574/72 – die de administratief-technische uitvoeringsvoorschriften bevatte voor de toepassing van de Basisverordening en daarom ook wel bekend staat als de Toepassingsverordening. Die verordeningen zijn vele malen gewijzigd en ook het Hof van Justitie heeft met zijn jurisprudentie voor nieuwe inzichten gezorgd, waardoor de toepasselijke regels niet meer inzichtelijk werden geacht. De EU-wetgever heeft er daarom in het begin van deze eeuw voor gekozen het stelsel te moderniseren en te vereenvoudigen. In dat licht zijn de oude verordeningen per 1 mei 2010 vervangen door de nieuwe Basisverordening 883/2004 en Toepassingsverordening 987/2009. Ook deze nieuwe verordeningen zijn inmiddels alweer gewijzigd en bijgewerkt door andere verordeningen. Momenteel wordt in Europa onderhandeld over een herziening van de thans geldende verordeningen, maar dit overleg heeft tot op heden niet in nieuwe regelgeving geresulteerd.[1]

De socialezekerheidscoördinatie is gebaseerd op artikel 48 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), dat voorziet in een verplichting dit thema te regelen ten behoeve van de migrerende werknemer en zijn rechthebbenden. Dit artikel is onderdeel van de regels over de vrijheid van werknemers en heeft ten doel arbeidsmigratie te vereenvoudigen.

Op de arbeidsrelatie die aanleiding gaf tot het *Format II*-arrest zijn temporeel de oude Basisverordening (1408/71)[2] en Toepassingsverordening (574/72)[3] van toepassing. Ik zal evenwel in de bespreking van de aanwijsregels zowel de oude als de nieuwe verordeningen behandelen.[4]

De aanwijsregels onder het coördinatiestelsel

De aanwijsregels zijn terug te vinden in titel II van (zowel de oude als de nieuwe) Basisverordening.

Allereerst is het van belang om op te merken dat het systeem zo is ingericht dat een werknemer slechts onderworpen kan zijn aan de wetgeving van één lidstaat (art. 13 Verordening 1408/71 thans art. 11 onder 1 Verordening 883/2004). Zowel gelijktijdige toepassing van verschillende nationale wettelijke regelingen (en de mogelijke complicaties daarvan) als het ontberen van enige socialezekerheidsbescherming wordt met deze aanwijfsregels voorkomen. Het stelsel laat geen keuzemogelijkheid voor de lidstaten of de betrokken partijen toe.

De hoofdregel onder beide verordeningen is de *lex loci laboris*, oftewel het werklandbeginsel. Dit houdt in dat een werknemer verzekerd is in het land waar hij zijn werkzaamheden uitoefent, zelfs indien de werknemer in een andere lidstaat woont of zijn werkgever in een andere lidstaat gevestigd is (art. 13 lid 2 onder a Verordening 1408/71 thans art. 11 lid 3 onder a Verordening 883/2004). Deze hoofdregel is ingegeven vanuit het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende gedachte dat alle in een bepaald land werkzame personen onder dezelfde socialezekerheidswetgeving vallen en dezelfde sociale uitkeringen verkrijgen.[5]

Op deze hoofdregel bestaat een aantal uitzonderingen. De meest bediscussieerde uitzonderingen zijn het geval waarin een werknemer wordt gedetacheerd naar een andere lidstaat en het geval waarin een werknemer werkzaamheden verricht in meerdere lidstaten. In deze uitzonderingsgevallen zou een strikte toepassing van het werklandbeginsel kunnen leiden tot het creëren in plaats van het vermijden van administratieve complicaties, zowel voor de werknemer (die nadeel kan ondervinden van verzekeringsbreuken) als voor de werkgever en de socialezekerheidsorganen, waardoor de beoogde uitoefening van het vrije verkeer van werknemers en dienstverrichting zou kunnen worden belemmerd.[6]

De eerste uitzondering heeft betrekking op de situatie van detachering (art. 14 lid 1 onder a Verordening 1408/71 thans art. 12 Verordening 883/2004). Voor een bepaalde periode – onder Verordening 1408/71 betrof dit in beginsel een periode van twaalf maanden;[7] onder Verordening 883/2004 is deze termijn tot 24 maanden verlengd – kan een gedetacheerde werknemer onderworpen blijven aan de socialezekerheidswetgeving van de lidstaat waaraan hij vóór de detachering onderworpen was.

Aan de toepassing van deze uitzonderingsregel – die volgens het Hof van Justitie strikt moet worden uitgelegd[8] – is een aantal voorwaarden verbonden. Deze volgen uit de rechtspraak van het Hof van Justitie maar zijn (inmiddels) ook deels gecodificeerd (zie met name art. 14 lid 1 en 2 Toepassingsverordening 987/2009).[9] Behalve de zojuist al genoemde tijdelijkheid (waarbij een werknemer evenmin mag worden uitgezonden om een andere werknemer te vervangen), vereist toepassing van deze uitzondering ook het voortbestaan van een organische band tussen de werknemer en de uitzendende onderneming. Bovendien mag de

gedetacheerde werknemer weliswaar zijn aangeworven met het oog op detachering naar een andere lidstaat, maar moet deze voordat hij gedetacheerd wordt wel reeds onderworpen zijn geweest aan de wetgeving van de uitzendende lidstaat.[10] Tot slot dient de detacherende onderneming gewoonlijk actief te zijn in de uitzendende staat, in welk verband artikel 14 lid 2 Verordening 987/2009 preciseert dat het moet gaan om substantiële werkzaamheden die verder gaan dan louter intern beheer (ter voorkoming van postbusconstructies).[11]

De andere uitzondering heeft betrekking op het geval waarin werkzaamheden worden verricht in meerdere lidstaten (art. 14 lid 2 Verordening 1408/71 thans art. 13 Verordening 883/2004). Ik merk hier al op dat deze uitzondering vaak interessanter wordt bevonden, omdat deze uitzondering anders dan de eerste uitzondering (in geval van detachering) niet allerlei beperkingen bevat, althans lijkt te bevatten, bijvoorbeeld in duur van de werkzaamheden. Hierop kom ik terug.

Verordening 1408/71 maakt voor situatie waarin werkzaamheden worden verricht in meerdere lidstaten onderscheid tussen twee groepen werknemers. Werknemers die behoren tot het rijdend, varend of vliegend personeel van een onderneming die internationaal vervoer van personen of goederen per spoor, over de weg, door de lucht of over binnenwateren verricht, zijn in beginsel sociaal verzekerd in de lidstaat waar de werkgever gevestigd is (art. 14 lid 2 onder a).[12] Overige werknemers vallen (blijkens art. 14 lid 2 onder b) onder het socialezekerheidsrecht van hun woonland indien zij hier een deel van hun werkzaamheden uitoefenen of als zij verbonden zijn aan meerdere ondernemingen of werkgevers die hun zetel of domicilie in verschillende lidstaten hebben (sub i) of onder het vestigingsland van de werkgever, indien zij niet wonen op het grondgebied van een van de staten waar zij hun werkzaamheden uitoefenen (sub ii).

Onder Verordening 883/2004 heeft de wetgever ervoor gekozen de gedetailleerde tekst van de vroegere bepaling te vervangen door een algemener geformuleerde bepaling. In de tekst is het onderscheid naar type werknemer niet meer terug te lezen. Gekeken moet worden of de werknemer een *substantieel gedeelte* van zijn werkzaamheden in zijn woonland verricht. [13] Indien dat het geval is, valt de werknemer onder het sociaalzekerheidsrecht van zijn woonland (art. 13 lid 1 onder a Vo 883/2004). Indien dat niet het geval is, dan wijst onderdeel b van lid 1 van artikel 13 het toepasselijk socialezekerheidsstelsel aan. Als de werknemer die geen substantieel gedeelte van zijn werkzaamheden in zijn woonland verricht slechts voor één werkgever werkzaam is, dan is volgens artikel 13 lid 1 onder b sub i de wetgeving van het land waar die werkgever[14] is gevestigd van toepassing. Indien diezelfde werknemer werkzaam is voor meerdere werkgevers wordt sub ii t/m iv in verdere aanwijzingsregels voorzien.

In de Toepassingsverordening 987/2009 is in artikel 14 lid 5 en 7 (als afspiegeling van

verschillende arresten van het Hof van Justitie) nadere invulling gegeven aan artikel 13 Verordening 883/2004, door toe te lichten wat (met name) moet worden verstaan onder degene die 'in twee of meer lidstaten werkzaamheden in loondienst pleegt te verrichten'. [15]

Het controlesysteem en de A1-verklaring

Wat ten slotte nog relevant is, voordat kan worden overgegaan op de bespreking van de *Format II*-casus, is dat in het kader van de controle op de naleving van de socialezekerheidsregels in de EU wordt gewerkt met documenten waarin staat aangegeven welke wetgeving op een bepaalde persoon van toepassing is en op welke grond (hetgeen eveneens de rechtszekerheid dient). Hiervoor is de Toepassingsverordening relevant. Onder de oude Verordening 574/72 stonden deze documenten bekend als E101-verklaringen. Onder de nieuwe verordening wordt gesproken van A1-verklaringen. De verklaringen worden afgegeven door het socialezekerheidsorgaan van een lidstaat. In Nederland is de Sociale Verzekeringsbank (SVB) de bevoegde instantie.

Het feitencomplex dat aanleiding gaf tot het Format II-arrest

Een Poolse werknemer verricht op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van 20 oktober 2006 t/m 31 december 2009 bouwwerkzaamheden voor de Poolse onderaannemer Format. Op de derde dag na ingang van zijn dienstverband vangt hij zijn werkzaamheden voor Format aan in Frankrijk. Hij werkt onafgebroken in Frankrijk gedurende iets meer dan een jaar. Vervolgens werkt hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor Format twee maanden in Engeland, om daarna opnieuw (gedurende bijna twee jaar) in Frankrijk werkzaamheden voor Format te verrichten.

Format heeft bij de hiertoe bevoegde instantie in Polen ('de Poolse SVB') een E101-formulier (vergelijk een A1-verklaring onder het huidige recht) aangevraagd ter bevestiging van het feit dat de werknemer onder het Poolse socialezekerheidsstelsel viel uit hoofde van de arbeid die hij voor Format heeft verricht in periodes waarin deze in Engeland en Frankrijk werkzaamheden uitvoerde. Format had hiertoe aangevoerd dat de zojuist besproken uitzonderingssituaties (van detachering en werkzaamheden in meerdere lidstaten) van toepassing zijn. In het geval van detachering (art. 14 lid 1 onder a) zou het Poolse recht van toepassing blijven, en ook ingeval de uitzondering voor werkzaamheden in meerdere landen zou opgaan zou dit leiden tot de toepasselijkheid van het Poolse socialezekerheidsrecht (art. 14 lid 2 onder b sub ii wijst immers naar de lidstaat waar de zetel of het domicilie van de werkgever (Format) zich bevindt). De Poolse SVB weigerde echter de E101-verklaring af te geven, nu volgens haar geen sprake was van een van deze uitzonderingen (detachering en werkzaamheden in meerdere lidstaten). Daardoor zou de werknemer terugvallen op de

hoofdregel (het werklandbeginsel), waardoor deze onder het socialezekerheidsrecht van het land waar is gewerkt – Frankrijk respectievelijk Engeland – zou vallen, alwaar ook de sociale premies moesten worden betaald.

Format en de werknemer zijn tegen het besluit van de Poolse instantie om geen E101-verklaring af te geven in beroep gegaan bij de Poolse rechter. De rechter in eerste aanleg heeft dat beroep verworpen, omdat het met de Poolse SVB van mening was dat de werknemer niet onder de werkingssfeer van de uitzonderingsbepaling voor werkzaamheden in meerdere lidstaten (art. 14 lid 2 onder b) viel maar onder de hoofdregel (het werklandbeginsel; art. 13 lid 2 onder a). Vervolgens is tegen dat oordeel hoger beroep ingesteld, welk beroep is verworpen door de Poolse rechter in tweede aanleg. De Poolse rechter in tweede aanleg heeft zijn besluit (om het beroep te verwerpen) gebaseerd op het arrest *Format* van het Hof van Justitie uit 2012.[16]

Een uitstapje naar Format I

Het betrof in het *Format*-arrest uit 2012 hetzelfde bedrijf (en nagenoeg hetzelfde tijdvak) als in de onderhavige zaak. Wel ging het om een andere werknemer: Kita. Format had Kita – anders dan de werknemer in de *Format II*-zaak met wie slechts één contract voor een langere periode was gesloten – tewerkgesteld op basis van drie tijdelijke arbeidscontracten.

In de arbeidscontracten tussen Format en Kita werd de plaats van arbeid telkens omschreven als: ‘bedrijven en bouwlocaties in Polen en op het grondgebied van de EU (Ierland, Frankrijk, Groot-Brittannië, Duitsland, Finland) volgens de instructies van de werkgever’. In de praktijk had Kita in het kader van zijn eerste en tweede contract uitsluitend in Frankrijk gewerkt en in het kader van zijn derde contract in Finland. Ook hier weigerde de Poolse SVB op enig moment een E101-verklaring af te geven, omdat Kita volgens die instantie geen ‘persoon was die op het grondgebied van twee of meer lidstaten werkzaamheden in loondienst pleegt uit te oefenen’ in de zin van artikel 14 lid 2 Vo. 1408/71, maar een werknemer die – afhankelijk van de situatie van de werkgever – opeenvolgend op een bouwplaats wordt tewerkgesteld.

Het Hof van Justitie heeft in dit eerste *Format*-arrest verduidelijkt dat het begrip ‘degene die op het grondgebied van twee of meer lidstaten werkzaamheden in loondienst pleegt uit te oefenen’ in artikel 14 lid 2 onder b sub ii Vo 1408/71 *niet* ziet op situaties waarin het verrichten van werkzaamheden in loondienst op het grondgebied van één enkele lidstaat de gebruikelijke situatie van de betrokkene vormt. Nu de werkzaamheden voor Format in elke lidstaat meerdere maanden hadden geduurd, gelet op de aard van het werk – te weten bouwwerkzaamheden – en gelet op het activiteitenprofiel van Format – te weten de uitvoering van bouwwerkzaamheden in verschillende lidstaten – verrichtte Kita in

werkelijkheid werkzaamheden op het grondgebied van één enkele lidstaat. Het Hof ging er hierbij van uit dat het telkens om verschillende arbeidsovereenkomsten ging en dat Kita in de context van alledrie de overeenkomsten na beëindiging van de werkzaamheden onbetaald verlof kreeg.

Evenmin viel Kita onder de detachingsregel. Een van de vereisten voor de toepassing van deze regel is immers dat de werkgever zijn activiteiten voornamelijk uitoefent in de staat waar hij is gevestigd. Format oefende haar activiteiten echter niet voornamelijk uit in Polen, waardoor de vlieger van artikel 14 lid 1 onder a Vo. 1408/71 evenmin op ging.

Nu geen sprake was van een van de uitzonderingsgevallen viel Kita daarmee dus binnen de werkingssfeer van de hoofdregel (het werklandbeginsel, art. 13 lid 2 onder a Verordening 1408/71).

De prejudiciële vraag in Format II

De Poolse rechter in tweede aanleg in de *Format II*-zaak had dus in gelijke zin als *Format I* geoordeeld dat de Poolse werknemer onder de hoofdregel viel en dus onderworpen was aan de wetgeving van de lidstaat waar hij zijn werkzaamheden uitoefende. Format stelde tegen dit oordeel cassatie in.

De cassatierechter in Polen had ondanks het zojuist besproken *Format I*-arrest nog twijfels over de juiste uitleg van de bepaling over werkzaamheden in meerdere lidstaten van artikel 14 lid 2 Vo 1408/71 op onderhavige casus. Deze twijfel is ingegeven door een verschil in de feiten tussen *Format I* en *Format II*. Kita – de werknemer uit *Format I* – had in meerdere lidstaten gewerkt op basis van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten en had gedurende elk van deze overeenkomsten uitsluitend op het grondgebied van een van die lidstaten werkzaamheden verricht (onder contract 1 en 2 in Frankrijk, onder contract 3 in Finland). De werknemer in de *Format II*-zaak had op basis van één enkele arbeidsovereenkomst gedurende onmiddellijk op elkaar volgende tijdvakken werkzaamheden in loondienst verricht op het grondgebied van twee verschillende lidstaten (in Frankrijk en Engeland).

De Poolse cassatierechter stelt de volgende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie: ‘Is art. 14 lid 2 Vo 1408/71 van toepassing op een werknemer die in het kader van één enkele arbeidsovereenkomst die is gesloten met één enkele werkgever en die in de uitoefening van een beroepsactiviteit in meerdere lidstaten voorziet, gedurende meerdere opeenvolgende maanden uitsluitend op het grondgebied van elk van deze lidstaten werkzaamheden verricht?’

Hof van Justitie in Format II

Het Hof van Justitie toetst het feitenrelaas van de *Format II*-zaak (voor zover deze uit de verwijzingsbeslissing blijkt) aan het stelsel van aanwijsregels, met name aan de uitzondering van werkzaamheden in meerdere lidstaten.

Werkzaamheden in meerdere lidstaten

Om te beoordelen of een persoon dient te worden beschouwd als een persoon die werkzaamheden in loondienst op het grondgebied van twee of meer lidstaten pleegt uit te oefenen, of het daarentegen 'slechts' gaat om werkzaamheden die af en toe zijn verdeeld over het grondgebied van meerdere lidstaten, moeten blijkens eerdere rechtspraak van het Hof in het bijzonder de volgende elementen worden betrokken:

(1) de duur van de tijdvakken en de aard van de werkzaamheden in loondienst zoals die zijn vastgelegd in de contractsdocumenten, alsook:

(2) in voorkomend geval, de daadwerkelijk uitgeoefende werkzaamheden, met name:

a. de wijze waarop de tussen werkgever en de betrokken werknemer gesloten arbeidsovereenkomsten in de praktijk in het verleden zijn uitgevoerd;

b. de omstandigheden waaronder deze overeenkomsten zijn gesloten en;

c. meer in het algemeen, de kenmerken en wijzen van uitvoering van de door de betrokken onderneming verrichte werkzaamheden.

De Poolse cassatierechter had niet gepreciseerd welke gegevens de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en *Format* bevat, met name wat betreft de plaatsen waar de door betrokkene uitgeoefende werkzaamheden worden verricht en de duur van die werkzaamheden. Over de feitelijke uitvoering kon wel een en ander uit het dossier worden opgemaakt.

Uit het dossier lijkt volgens het Hof van Justitie te volgen dat de werknemer zijn werkzaamheden achtereenvolgens in twee lidstaten heeft uitgeoefend (in Frankrijk en in Engeland) maar dat de ononderbroken tijdvakken van werkzaamheden in de eerste lidstaat (Frankrijk) respectievelijk ongeveer dertien maanden en bijna twee jaar bedroegen, met een tussenliggend tijdvak van ongeveer twee maanden in de tweede lidstaat (Engeland). Volgens het Hof heeft de werknemer in het kader van zijn arbeidsovereenkomst met *Format* nagenoeg al zijn werkzaamheden in één enkele lidstaat verricht (namelijk in Frankrijk). In *Format I* had het Hof van Justitie al vastgesteld dat wanneer iemand *gewoonlijk* werkzaamheden in loondienst verricht op het grondgebied van één lidstaat, deze persoon niet onder de werkingssfeer van artikel 14 lid 2 Vo. 1408/71 valt. De werknemer in de *Format II*-zaak kan dan

ook niet onder artikel 14 lid 2 vallen.

Het Hof onderbouwt deze keuze verder aan de hand van het stelsel van de aanwijsregels – waarbij het werklandbeginsel de *hoofdregel* is en de aanwijsregels in het geval van detachering en werkzaamheden in meerdere lidstaten een *afwijking* (de *lex specialis*). De afwijkingen moeten volgens het Hof strikt worden uitgelegd.

Het Hof benadrukt in dat kader dat de wetgever in het geval van detachering heeft verduidelijkt dat een tijdelijke en kortstondige detachering van een werknemer in een andere lidstaat *gedurende maximaal twaalf maanden* een uitzondering rechtvaardigt op de hoofdregel. Ten behoeve van een coherente uitleg van artikel 14 lid 1 onder a (de detachering uitzondering) en artikel 14 lid 2 (werkzaamheden in meerdere lidstaten) legt het Hof van Justitie artikel 14 lid 2 zo uit dat een werknemer wordt geacht op het grondgebied van twee of meer lidstaten werkzaamheden in loondienst te verrichten voor zover de duur van de ononderbroken tijdvakken van werkzaamheden in elk van deze lidstaten *niet meer dan twaalf maanden bedraagt*. Volgens het Hof van Justitie kan alleen met een dergelijke uitlegging worden voorkomen dat het werklandbeginsel wordt omzeild.

In de casuspositie die aanleiding gaf tot *Format II* had de betreffende werknemer meer dan twaalf maanden ononderbroken in Frankrijk gewerkt. Artikel 14 lid 2 onder b Vo. 1408/71 is op die werknemer dan ook niet van toepassing.

Is dan de detachering uitzondering van toepassing?

Het Hof van Justitie gaat ook nog in op de vraag of dan eventueel de detachering uitzondering (art. 14 lid 1 onder a Vo 1408/71) van toepassing is op de werknemer in *Format II*. Het Hof van Justitie acht dit op het eerste gezicht evenmin het geval. Alleen een onderneming die op het grondgebied van de lidstaat van vestiging doorgaans activiteiten van betekenis verricht, komt immers in aanmerking voor het voordeel van de in die bepaling voorziene uitzondering. In casu preciseert de verwijzingsbeslissing niet of *Format* hieraan voldoet, maar aangezien uit het *Format I*-arrest al volgde dat *Format* in dezelfde tijdsperiode geen werkzaamheden van betekenis verrichtte in Polen zal deze uitzondering met betrekking tot de werknemer in *Format II* naar verwachting evenmin soelaas bieden.

Conclusie: hoofdregel van het werklandbeginsel is van toepassing

Nu de uitzonderingen (werkzaamheden in meerdere lidstaten en detachering) niet op (lijken te) gaan, wordt teruggevallen op de hoofdregel (het werklandbeginsel).

Commentaar

Het arrest illustreert hoe het stelsel van aanwijsregels in de EU-socialezekerheidscoördinatie werkt. De hoofdregel is dat de werknemer sociaal verzekerd is in de lidstaat waar de werkzaamheden worden uitgevoerd. Van deze hoofdregel kan in bepaalde bijzondere situaties worden afgeweken. Zo zijn er speciale aanwijsregels voor detachering en het verrichten van werkzaamheden in meerdere lidstaten. Een situatie moet dan wel onder de reikwijdte van die speciale regels vallen. In het *Format II*-arrest gaat het Hof van Justitie in op de regeling ingeval werkzaamheden in meerdere lidstaten worden verricht. Het resultaat van deze specifieke zaak (Format mag geen socialezekerheidspremies afdragen in Polen omdat de werknemer niet onder de uitzondering van werkzaamheden in meerdere lidstaten valt) is gelet op het *Format I*-arrest en andere rechtspraak niet heel verrassend.

Wel opmerkelijk aan dit arrest is dat het Hof van Justitie in het geval van werkzaamheden in meerdere lidstaten een termijn van twaalf maanden hanteert. Daarbij wordt aansluiting gezocht bij de detacheringsregeling waar (onder de oude Verordening) eveneens een temporele bovengrens van twaalf maanden wordt aangehouden. Advocaat-generaal Mazák had dit in zijn conclusie voor *Format I* reeds geopperd (zie punten 55 en 56), maar het Hof had dit in zijn arrest in 2012 niet expliciet overgenomen. In *Format II* merkt het Hof dus wel nadrukkelijk op dat een werknemer die opeenvolgende tijdvakken werkzaam is in verschillende lidstaten moet worden geacht onder de uitzondering van artikel 14 lid 2 Vo. 1408/71 te vallen voor zover de duur van een periode van ononderbroken arbeid in elk van de lidstaten niet meer dan twaalf maanden bedraagt.

Dit betekent dat de regeling niet meer van toepassing wordt geacht in gevallen waarin meer dan twaalf maanden onafgebroken in één lidstaat wordt gewerkt, zoals in dit geval de werknemer voor Format meer dan een jaar onafgebroken in Frankrijk had gewerkt. Omgekeerd lijkt dit te impliceren dat de regeling voor werkzaamheden in meerdere lidstaten wel van toepassing is wanneer er korter dan twaalf maanden (bijvoorbeeld elf maanden of precies twaalf maanden) achtereenvolgens in verschillende lidstaten wordt gewerkt. Indien de werknemer in de *Format*-zaak bijvoorbeeld elf maanden in Frankrijk had gewerkt, vervolgens elf maanden in Engeland en daarna weer elf maanden in Frankrijk, kan worden geredeneerd dat de werknemer wel onder de regeling voor werkzaamheden in meerdere lidstaten valt. Daarmee zou het voor een bedrijf als Format lonen om op de temporele bovengrens in te spelen. Door de toepasselijkheid van de regeling van werkzaamheden in meerdere lidstaten wordt de vestigingsplaats van de werkgever (of de woonstaat van de werknemer indien in die staat werkzaamheden worden verricht) immers leidend. Betaling van sociale premies in die lidstaat (in het geval van Format: Polen) kan tot een (groot) kostenvoordeel leiden ten opzichte van de toepasselijkheid van de hoofdregel als gevolg waarvan premies moeten worden betaald in de lidstaat waar de werkzaamheden worden uitgevoerd (in de *Format II*

-zaak: Frankrijk en Engeland). Als de werkgever dit met een maximale tewerkstelling van twaalf maanden in verschillende lidstaten kan bewerkstelligen, dan loont het om het roulatiesysteem hierop af te stemmen. Indien de temporele bovengrens de enige voorwaardelijke factor is voor de toepasselijkheid van de werkzaamheden in meerdere lidstaten-regeling, lijkt dit dus mogelijkheden te bieden voor een bedrijf als Format.

In dit arrest kan wellicht ook ruimte worden gezien om anders te redeneren. Ik licht dit toe. De termijn van twaalf maanden is niet terug te vinden in de uitzonderingsbepaling van werkzaamheden in meerdere lidstaten zelf. Artikel 14 lid 2 Vo. 1408/71 zelf legt immers geen beperkingen in de tijd op. Dit is anders bij de detachingsregeling. Daar is de periode van twaalf maanden door de wetgever opgenomen in de tekst van artikel 14 lid 1 onder a Vo. 1408/71. Het Hof redeneert dat de wetgever daarmee kennelijk van mening was dat een tijdelijke en kortstondige detachering van een werknemer in een andere lidstaat gedurende maximaal twaalf maanden een uitzondering op de hoofdregel rechtvaardigt. Onder het mom van 'een coherente uitlegging' van beide uitzonderingen, zoekt het Hof voor een nadere bepaling van de werkingssfeer van de uitzondering voor werkzaamheden in meerdere lidstaten dus aansluiting bij de tijdelijkheid van de detachingsregeling. Dit roept de vraag op of de 'coherente uitleg' kan worden doorgetrokken naar andere vereisten die wel gelden voor de detachingsregeling, maar waarvan (in ieder geval nog) niet is uitgemaakt dat zij ook gelden ingeval werkzaamheden in meerdere lidstaten worden verricht.

Zo is de toepasselijkheid van de Detachingsrichtlijn onder meer verbonden aan de voorwaarde dat de detachende onderneming doorgaans activiteiten van betekenis dient te verrichten in de lidstaat waar zij gevestigd is. Kan met een beroep op de 'coherente uitleg' dan wellicht worden bepleit dat van een onderneming die een beroep doet op de uitzonderingsbepaling voor een werknemer die werkzaamheden verricht in meerdere lidstaten zoals Format, tevens wordt vereist dat deze doorgaans activiteiten van betekenis dient te verrichten in de vestigingslidstaat? Indien dat zo is, dan zou Format, ook indien het werknemers telkens elf maanden opeenvolgend tewerkstelt in verschillende lidstaten (waarmee de temporele bovengrens niet wordt overschreden) alsnog geen premies mogen afdragen in Polen. Format verrichtte immers geen werkzaamheden van betekenis in Polen, zo heeft het Hof van Justitie reeds vastgesteld in zijn arrest in het kader van de toepasselijkheid van de detachingsregeling.

In de Nederlandse politiek is al eens voorgesteld om de eisen voor werken in meerdere landen in lijn te brengen met de (strengere) eisen voor detachering.[17] Het zou interessant zijn als het Hof van Justitie zich hierover nader zou uitlaten. In een recente Nederlandse zaak (rondom transportonderneming AFMB die de zogenoemde Cyprusroute hanteerde) had de Centrale Raad van Beroep het Hof hiertoe uitgenodigd (zie prejudiciële vraag 2: 'Kunnen de

vereisten in geval van detachering naar analogie worden toegepast op de onderhavige kwestie waar transportwerkzaamheden worden verricht in meerdere lidstaten?').[18] Omdat het Hof van Justitie de zaak uiteindelijk op de eerste prejudiciële vraag afdeed, is het niet aan de beantwoording van de tweede vraag toegekomen.[19] Advocaat-generaal Pikmaë ging op deze vraag in zijn conclusie bij dit arrest echter wel in en concludeerde nog dat de voorwaarden voor detachering niet naar analogie konden worden toegepast.[20] Niet uit te sluiten valt dat over deze kwestie nog nader geprocedeerd zal worden.

Al met al bevestigt het Hof van Justitie in dit arrest dus de verhouding tussen de hoofdregel (inhoudende het werklandbeginsel) van het coördinatiestelsel enerzijds en de uitzonderingen van detachering en werkzaamheden in meerdere lidstaten anderzijds, maar geeft het nog genoeg ruimte voor debat over de onderlinge verhouding van de uitzonderingen van detachering en werkzaamheden in meerdere lidstaten. Opmerking verdient tot slot ook nog dat waar artikel 14 lid 1 onder a Verordening 1408/71 nog uitging van een detacheringperiode van twaalf maanden, de huidige Verordening (die geldt vanaf 1 mei 2010) uitgaat van een periode van 24 maanden. Dit roept de vraag op welke periode moet worden aangehouden indien de nieuwe verordening temporeel van toepassing is.

Amber Zwanenburg

Amber Zwanenburg is promovenda aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Zij is sinds 2016 werkzaam voor deze universiteit als wetenschappelijk docent. Momenteel verricht zij promotieonderzoek naar schijnconstructies in het nationale en grensoverschrijdende arbeidsrecht. Daarnaast is Amber research editor van het Tijdschrift Arbeidsrecht in Context.

[1] De meest recente tekst is een voorlopig akkoord tussen de Commissie, het voorzitterschap en het Europees Parlement. De onderhandelingen zijn in het voorjaar van 2019 gestrand doordat een blokkerende minderheid van lidstaten (waaronder Nederland) tegen het in de trilogie bereikte voorlopig akkoord stemde. De trilogie zijn daarna hervat, maar het is nog niet gelukt om een akkoord over de herziening van de verordening te bereiken. Zie voor een recente update over de voortgang van de onderhandelingen en de Nederlandse inzet hierbij de Brief van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 1 juli 2021, *Kamerstukken II 2020/21*, 21501-31, nr. 622.

[2] 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, zoals gewijzigd en bijgewerkt bij verordening (EG) nr. 118/97 van de Raad van 2 december 1996 (*PbEG* 1997, L 28/1) zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1606/98 van de Raad van 29 juni 1998 (*PbEG* 1998, L 209/1), hierna: Verordening 1408/71.

[3] Verordening 574/72 van de Raad van 21 maart 1972 tot vaststelling van de wijze van toepassing van verordening (EEG) nr. 1408/71 (*PbEG* 1972, L 74/1), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 647/2005 van het Europees Parlement en de Raad van 13 april 2005 (*PbEU* 2005, L 117/1), hierna: Verordening 574/72.

[4] Voor de Basisverordening heb ik hierbij Verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, *PbEU* 2004, L 166, zoals laatstelijk gewijzigd op 20 juni 2019, *PbEU* 2019, L 186 (i.w.tr. 31 juli 2019), hierna Verordening 883/2004, voor ogen. Voor de Toepassingsverordening betreft dit: Verordening (EG) nr. 987/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 tot vaststelling van de wijze van toepassing van Verordening (EG) nr. 883/2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, zoals laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EU) 2017/492 van de Commissie van 21 maart 2017 (*PbEU* 2017, L 76/13), hierna: Verordening 987/2009.

[5] Preambule 17 Verordening 883/2004 en HvJ EU 6 september 2018, C-527/16, ECLI:EU:C:2018:669 (*Alpenrind*), r.o. 97 en 98.

[6] Zie bijvoorbeeld HvJ EU 4 oktober 2012, C-115/11, ECLI:EU:C:2012:606 (*Format*), r.o. 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak en HvJ EG 25 oktober 2018, zaak C-451/17, ECLI:EU:C:2018:861 (*Walltopia*), r.o. 38-39.

[7] Deze periode was wel verlengbaar met nogmaals twaalf maanden na toestemming van het bevoegde orgaan van de lidstaat van ontvangst.

[8] HvJ EU 6 september 2018, C-527/16, ECLI:EU:C:2018:669 (*Alpenrind*), r.o. 95.

[9] Zie verder nog Besluit nr. A2 van 12 juni 2009 van de Administratieve Commissie, *PbEU* 2010, C 106/5 (hierna: Besluit A2). Voor verdere toelichting en ter illustratie kan verder nog worden gewezen op de Praktische Gids over de toepasselijke wetgeving van de Administratieve Commissie van december 2013, te raadplegen via: <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=11366&langId=nl> (hierna: Praktische Gids) (meer specifiek p. 7-21). Besluit A2 en de Praktische Gids hebben geen bindende rechtskracht.

[10] Besluit A2 geeft (in punt 1, vierde alinea) bij wijze van indicatie aan dat een werknemer

die gedurende ten minste een maand onderworpen is geweest aan de wettelijke regelingen van de lidstaat waar zijn werkgever gevestigd is, geacht kan worden te hebben voldaan aan de voorwaarde dat hij reeds onderworpen dient te zijn geweest aan de wetgeving van de uitzendende lidstaat.

[11] Zie hierover recent nog HvJ 3 juni 2021, C-784/19, ECLI:EU:C:2021:427 (*Team Power Europe*). In dit arrest heeft het Hof van Justitie verduidelijkt dat een uitzendbureau slechts kan worden geacht 'zijn werkzaamheden normaliter in een lidstaat te verrichten' als het een aanzienlijk deel van zijn werkzaamheden bestaande in de terbeschikkingstelling van uitzendkrachten verricht voor inlenende ondernemingen die in diezelfde lidstaat zijn gevestigd en aldaar hun activiteiten uitoefenen. Het volstaat niet dat een uitzendbureau zich in zijn lidstaat van vestiging bezighoudt met de werving en selectie van uitzendkrachten om het te kunnen beschouwen als een uitzendbureau dat daar 'substantiële werkzaamheden' verricht.

[12] Er wordt wel in een aantal uitzonderingen voorzien (zie art. 14), maar deze laat ik hier buiten beschouwing nu deze niet relevant waren in de hier te bespreken zaak en ondertussen ook niet meer van toepassing zijn.

[13] Zie art. 14 lid 8 Vo. 987/2009 en Praktische Gids p. 30 e.v. Een *substantieel gedeelte* van de werkzaamheden verricht in een lidstaat betekent dat een kwantitatief substantieel deel van alle werkzaamheden daar wordt verricht, welke beoordeling mede gebeurt op grond van de criteria arbeidstijd en/of het loon. Indien 25% van de arbeidstijd van een werknemer in de lidstaat van de woonplaats wordt besteed en/of ten minste 25% van zijn loon in de lidstaat van de woonplaats wordt verdiend, dan geldt dit als indicatie dat een substantieel gedeelte van alle werkzaamheden van de werknemer in die lidstaat wordt verricht.

[14] In zijn arrest van 16 juli 2020, C-610/18, ECLI:EU:C:2020:565 (*AFMB*) heeft het Hof van Justitie verduidelijkt hoe het begrip 'werkgever' in de zin van deze bepaling (en overigens ook in de zin van art. 14 Vo. 1408/71) dient te worden uitgelegd. Zie voor een bespreking van dit arrest: A. Zwanenburg en F. van Overbeeke, 'Legitimiteit van kostenbesparende bedrijfsmodellen in het internationale wegtransport', *Tijdschrift Arbeidsrecht in Context* 2021, afl. 1.

[15] Zie in dit verband ook de voorbeelden die ter illustratie zijn opgenomen in de Praktische Gids (p. 26-30). Voorbeeld 1 op p. 28 van de voornoemde Praktische gids toont gelijkenissen met de situatie die aanleiding gaf tot het hierna nog te bespreken *Format I*-arrest.

[16] HvJ EU 4 oktober 2012, C-115/11, ECLI:EU:C:2012:606 (*Format*).

[17] Actieplan bestrijden van schijnconstructies, bijlage bij brief van minister L.F. Asscher aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 11 april 2013, met referentie 2013-0000044872, p. 8.

[18] CRvB 20 september 2018, nr. 16/2910 AOW-P, ECLI:NL:CRVB:2018:2878.

[19] HvJ EU 16 juli 2020, C-610/18, ECLI:EU:C:2020:565 (*AFMB*).

[20] Conclusie A-G Pikmäe, ECLI:EU:C:2019:1010 (*AFMB*), punt 64-71.