



Datum van inontvangstneming : 05/11/2018

C-610/18-1TF

Centrale Raad van Beroep

Meervoudige kamer

Verzoek aan het Hof van Justitie van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing als bedoeld in artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)

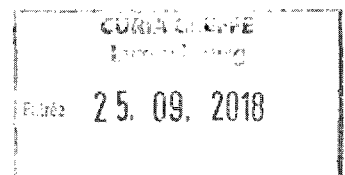
Partijen:

AFMB Ltd. te Cyprus (AFMB) en 7 van de 38 natuurlijke personen die bij dit verzoek zijn vermeld (betrokkenen)

de Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank (Svb)

Ingeschreven in het register van het Hof van Justitie onder nr. <u>1.091.986</u>		
Luxemburg	27. 09. 2018	De Griffier, voor deze
Fax/E-mail:		
Neergelegd op:	<u>25.09.2018</u>	Maria Manuela Ferreira Hoofdadministrateur

Datum verzoek: 20 september 2018



16/2910 AOW-P e.a.

HET PROCESVERLOOP BIJ DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP

Namens AFMB en 7 van de 38 betrokkenen (AFMB c.s.) heeft advocaat mr. M.J. van Dam bij de Raad 45 in de bijlage bij dit verzoek nader aangeduide hoger beroepen ingesteld tegen een uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 25 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1638. Deze hoger beroepen zijn gevoegd. De SvB heeft verweerschriften ingediend.

Op 8 december 2017 heeft onderzoek ter zitting plaatsgevonden. Daarbij is mr. Van Dam verschenen voor AFMB c.s. De SvB heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. A.P. van den Berg, H. van der Most en mr. M.M.T. Wickenhagen.

Het onderzoek ter zitting is geschorst. Daarbij is bepaald dat het vooronderzoek wordt hervat.

In verband met het voornemen om aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) een verzoek om een prejudiciële beslissing als bedoeld in artikel 267 van het VWEU te doen, is aan partijen een concept-geschilafbakening gezonden.

Hierop hebben partijen gereageerd.

Vervolgens is aan partijen een concept-vraagstelling gezonden waarop zij hebben gereageerd.

OVERWEGINGEN

1. Introductie

Betrokkenen wonen in Nederland en zijn allen als vrachtwagenchauffeur werkzaam in het internationale wegtransport. Oorspronkelijk werkten betrokkenen in loondienst van verschillende in Nederland gevestigde vervoersondernemingen (verder: vervoersondernemingen). Op 10 mei 2011 is AFMB te Cyprus opgericht. AFMB heeft zowel met de in Nederland gevestigde vervoersondernemingen waarvoor betrokkenen werkten als met betrokkenen overeenkomsten gesloten. AFMB c.s. stellen zich op het standpunt dat AFMB sindsdien is aan te merken als de werkgever van betrokkenen en dat op betrokkenen sindsdien de Cypriotische socialezekerheidswetgeving van toepassing is. De SvB betwist dat. Voor wat betreft de dagelijkse gang van zaken veranderde er na de tussenkomst van AFMB niets of weinig in de relatie tussen betrokkenen en hun in Nederland gevestigde oorspronkelijke werkgevers. Voor een nauwkeuriger weergave van de door partijen ingenomen standpunten, de geschillen en de door de Raad vastgestelde feiten wordt verwezen naar de rubrieken 4 en 5. Hierna volgt eerst een schets van de procedurele voorgeschiedenis (rubriek 2) en het materiële rechtskader (rubriek 3).

2. Procedurele voorgeschiedenis

2.1. Onder verwijzing naar artikel 16 van Verordening (EG) nr. 987/2009 (Vo 987/2009) heeft AFMB in mei 2013 aan de SvB verzocht om te bevestigen dat ingevolge artikel 13 van Verordening (EG) nr. 883/2004 (Vo 883/2004) op betrokkenen de Nederlandse socialezekerheidswetgeving niet van toepassing is over de periodes waarin zij volgens de opgave van AFMB in loondienst van AFMB in twee of meer lidstaten van de Europese Unie

16/2910 AOW-P e.a.

(EU) of de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA) hebben gewerkt als internationaal vrachtwagenchauffeur. Daarbij is te kennen gegeven dat internationaal vrachtwagenchauffeurs die in loondienst zijn van AFMB minder dan 25% van hun in aanmerking te nemen werkzaamheden verrichten in hun woonland. Verder is opgemerkt dat het bevoegde Cypriotische orgaan pas A1-verklaringen ten behoeve van betrokkenen kan afgeven nadat de Svb bevestigd heeft dat de Nederlandse socialezekerheidswetgeving niet op betrokkenen van toepassing is.

2.2. In vervolg op het verzoek van AFMB van mei 2013 heeft de Svb bij besluiten van oktober 2013 de Nederlandse socialezekerheidswetgeving op betrokkenen van toepassing verklaard over de betreffende periodes. Aan betrokkenen heeft de Svb A1-verklaringen verstrekt waarop dat is vermeld.

2.3. De Svb heeft de namens AFMB c.s. tegen de besluiten van oktober 2013 gemaakte bezwaren bij besluiten van juli 2014 ongegrond geacht.

2.4. De rechtbank Amsterdam heeft de namens AFMB c.s. tegen de besluiten van juli 2014 ingediende beroepen ongegrond verklaard bij uitspraak van 25 maart 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:1638.

2.5. Met betrekking tot de onder 2.2 genoemde A1-verklaringen is het bevoegde Cypriotische orgaan een dialoog- en bemiddelingsprocedure gestart als omschreven in het Besluit van de Administratieve Commissie voor de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels nummer A1 van 12 juni 2009, PbEU 2010, zaak C-106/1 (AC Besluit nr. A1). Deze procedure is opgeschort op grond van artikel 4 van AC Besluit nr. A1, omdat de zaak voorwerp is geworden van een gerechtelijke beroepsprocedure.

3. Materieel rechtskader

3.1.1. Ingevolge de EU- en EVA-regels inzake de coördinatie van sociale zekerheid worden werknemers die in twee of meer lidstaten van de EU/EVA plegen te werken exclusief onderworpen aan de socialezekerheidswetgeving van één lidstaat van de EU of de EVA. Welke socialezekerheidswetgeving dat is, moet worden vastgesteld overeenkomstig de aanwijzingsregels die zijn opgenomen in de toepasselijke verordeningen.

3.1.2. Tot 1 mei 2010 waren in situaties als aan de orde in de hoofdgedingen Verordening (EEG) nr. 1408/71 (Vo 1408/71) en Verordening (EEG) 574/72 (Vo 574/72) van toepassing. Per 1 mei 2010 zijn Vo 1408/71 en Vo 574/72 ingetrokken en vervangen door Vo 883/2004 (de basisverordening) en Vo 987/2009 (de uitvoeringsverordening), met dien verstande dat Vo 1408/71 en Vo 574/72 in de relatie tussen de lidstaten van de EU en de lidstaten van de EVA van toepassing gebleven zijn tot 1 april 2012 (Zwitserland) of 1 juni 2012 (IJsland, Liechtenstein en Noorwegen) en ook daarna nog in situaties die vallen onder het bereik van de in Vo 883/2004 opgenomen overgangsbepalingen. Ten tijde van belang werkte een aantal betrokkenen mede in lidstaten van de EVA. Daarom is voor de beoordeling van een aantal hoofdgedingen artikel 14, tweede lid, van Vo 1408/71 van belang. Voor de beoordeling van de overige hoofdgedingen is met name artikel 13, eerste lid, van Vo 883/2004 van belang.

16/2910 AOW-P e.a.

3.1.3. Onder het begrip Unierecht wordt in dit verzoek ook het recht van de EVA begrepen, voor zover dat in de hoofdgedingen van toepassing is.

3.2. *Vo 1408/71*

3.2.1. In artikel 14, tweede lid, van *Vo 1408/71* is bepaald:

2. Op degene die op het grondgebied van twee of meer Lid-Staten werkzaamheden in loondienst pleegt uit te oefenen, wordt de toepasselijke wetgeving als volgt vastgesteld:

a) op degene die behoort tot het rijdend, varend of vliegend personeel van een onderneming welke voor rekening van anderen of voor eigen rekening internationaal vervoer van personen of goederen per spoor, over de weg, door de lucht of over de binnenwateren verricht en op het grondgebied van een Lid-Staat haar zetel heeft, is de wetgeving van laatstbedoelde Staat van toepassing. Niettemin:

i) (...)

ii) is op degene die in hoofdzaak werkzaam is op het grondgebied van de Lid-Staat waar hij woont, de wetgeving van die Staat van toepassing, zelfs indien de onderneming waarbij hij werkzaam is, noch haar zetel, noch een filiaal, noch een vaste vertegenwoordiging op dit grondgebied heeft;

(...).

3.2.2. Artikel 90, eerste lid, aanhef en onderdeel c, van *Vo 883/2004* luidt:

1. Verordening (EEG) nr. 1408/71 wordt met ingang van de toepassingsdatum van deze verordening ingetrokken. Verordening (EEG) nr. 1408/71 blijft evenwel van kracht en de rechtsgevolgen ervan worden gehandhaafd voor:

(...)

c) de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, de Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, enerzijds, en de Zwitserse Bondsstaat, anderzijds, over het vrije verkeer van personen alsmede andere overeenkomsten die een verwijzing bevatten naar Verordening (EEG) nr. 1408/71, zulks zolang genoemde overeenkomsten niet worden gewijzigd als gevolg van deze verordening.

3.2.3. *Vo 883/2004* en *Vo 987/2009* zijn voor Zwitserland in werking getreden per 1 april 2012 en voor IJsland, Liechtenstein en Noorwegen per 1 juni 2012. Hieraan liggen wijzigingen ten grondslag van de in artikel 90, eerste lid, onderdeel c, van *Vo 883/2004* genoemde overeenkomsten.

3.2.4. Artikel 87, achtste lid, van *Vo 883/2004* luidt:

8. Indien een persoon op grond van deze verordening is onderworpen aan de wetgeving van een andere lidstaat dan die waaraan die persoon op grond van titel II van Verordening (EEG) nr. 1408/71 onderworpen is, blijft de betrokkene onderworpen aan deze wetgeving zolang de desbetreffende situatie voortduurt, maar in elk geval niet langer dan 10 jaar te rekenen vanaf de toepassingsdatum van deze verordening, tenzij hij een aanvraag indient om onderworpen te worden aan de wetgeving die op grond van deze verordening van toepassing is. Indien de aanvraag binnen een termijn

16/2910 AOW-P e.a.

van drie maanden vanaf de toepassingsdatum van deze verordening wordt ingediend bij het bevoegde orgaan van de lidstaat waarvan de wetgeving op grond van deze verordening van toepassing is, is deze wetgeving op betrokkene van toepassing vanaf de toepassingsdatum van deze verordening. Indien de aanvraag wordt ingediend nadat deze termijn verstreken is, is genoemde wetgeving op betrokkene van toepassing vanaf de eerste dag van de volgende maand.

3.3. *Vo 883/2004 en Vo 987/2009*

3.3.1. Tot 28 juni 2012 luidde artikel 13, eerste lid, van Vo 883/2004:

1. Op degene die in twee of meer lidstaten werkzaamheden in loondienst pleegt te verrichten, is van toepassing:
 - a) de wetgeving van de lidstaat waar hij woont, indien hij op dit grondgebied een substantieel gedeelte van zijn werkzaamheden verricht of indien hij werkzaam is bij verschillende ondernemingen of werkgevers die hun zetel of domicilie hebben op het grondgebied van verschillende lidstaten, of
 - b) de wetgeving van de lidstaat waar de zetel van de onderneming of het domicilie van de werkgever waarbij hij voornamelijk werkzaam is zich bevindt, indien hij geen substantieel gedeelte van zijn werkzaamheden verricht in de lidstaat waar hij woont.

3.3.2. Vanaf 28 juni 2012 luidt artikel 13, eerste lid, van Vo 883/2004:

1. Op degene die in twee of meer lidstaten werkzaamheden in loondienst pleegt te verrichten, is van toepassing:
 - a) de wetgeving van de lidstaat waar hij woont, indien hij aldaar een substantieel gedeelte van zijn werkzaamheden verricht, of
 - b) indien hij niet een substantieel gedeelte van zijn werkzaamheden verricht in de lidstaat waar hij woont:
 - i) de wetgeving van de lidstaat waar de zetel of het domicilie van de onderneming of de werkgever zich bevindt, indien hij in dienst is van één onderneming of werkgever, of
 - ii) de wetgeving van de lidstaat waar de zetel of het domicilie van de ondernemingen of de werkgevers zich bevindt, indien hij in dienst is van twee of meer ondernemingen of werkgevers die hun zetel of domicilie in slechts één lidstaat hebben, of
 - iii) de wetgeving van de lidstaat waar de zetel of het domicilie van de onderneming of de werkgever zich bevindt, niet zijnde de lidstaat waar hij woont, indien hij in dienst is van twee of meer ondernemingen of werkgevers die hun zetel of domicilie hebben in twee lidstaten, waarvan één de lidstaat is waar de betrokkene woont, of
 - iv) de wetgeving van de lidstaat waar hij woont, indien hij in dienst is van twee of meer ondernemingen of werkgevers, waarvan ten minste twee hun zetel of domicilie in verschillende lidstaten hebben, niet zijnde de lidstaat waar de betrokkene woont.

3.3.3. In artikel 14, leden 5 tot en met 11, van Vo 987/2009 is verduidelijkt hoe artikel 13 van Vo 883/2004 moet worden uitgelegd en toegepast. Tot 28 juni 2012 luidde artikel 14, leden 5 tot en met 11, van Vo 987/2009, voor zover in de hoofdingen van belang:

16/2910 AOW-P e.a.

5. Voor de toepassing van artikel 13, lid 1, van de basisverordening wordt onder degene die „in twee of meer lidstaten werkzaamheden in loondienst pleegt te verrichten” met name verstaan, iemand die

a) (...)

b) permanent in twee of meer lidstaten elkaar afwisselende werkzaamheden uitoefent, met uitzondering van marginale werkzaamheden, ongeacht de frequentie of het al dan niet regelmatige karakter van de afwisseling.

6. (...).

7. (...).

8. Voor de toepassing van artikel 13, leden 1 en 2, van de basisverordening betekent een „substantieel gedeelte van de werkzaamheden die in loondienst of anders dan in loondienst” in een lidstaat worden verricht dat een kwantitatief substantieel deel van alle werkzaamheden in loondienst of anders dan in loondienst daar wordt verricht, zonder dat het hierbij noodzakelijkerwijs om het grootste deel van deze werkzaamheden hoeft te gaan.

De beoordeling of een substantieel gedeelte van de werkzaamheden in een lidstaat wordt verricht, gebeurt mede op grond van de volgende indicatieve criteria:

a) in geval van een werkzaamheid in loondienst, de arbeidstijd en/of de bezoldiging, en

b) (...).

In het kader van een algemene beoordeling geldt een aandeel van minder dan 25 % voor de bovengenoemde criteria als indicatie dat een substantieel gedeelte van de werkzaamheden niet in de betrokken lidstaat wordt verricht.

9. (...).

10. Voor de vaststelling van de toepasselijke wetgeving op grond van de leden 8 en 9, houden de betrokken organen rekening met de verwachte situatie in de volgende twaalf kalendermaanden.

11. (...).

3.3.4. Per 28 juni 2012 is artikel 14 van Vo 987/2009 als volgt gewijzigd:

a) lid 5 is vervangen door:

"5. Voor de toepassing van artikel 13, lid 1, van de basisverordening wordt onder degene die "in twee of meer lidstaten werkzaamheden in loondienst pleegt te verrichten" verstaan, iemand die gelijktijdig of afwisselend, voor dezelfde onderneming of werkgever of voor verschillende ondernemingen of werkgevers, op het grondgebied van twee of meer lidstaten één of meer afzonderlijke werkzaamheden uitoefent.";

b) de volgende leden zijn toegevoegd:

"5 bis. Voor de toepassing van titel II van de basisverordening wordt onder "zetel of domicilie" verstaan, de zetel of domicilie waar de voornaamste beslissingen betreffende de onderneming worden genomen en waar de centrale bestuurstaken ervan worden uitgeoefend.

(...)

5 ter. Voor de vaststelling van de toepasselijke wetgeving op grond van artikel 13 van de basisverordening worden marginale werkzaamheden buiten beschouwing gelaten.

16/2910 AOW-P e.a.

Artikel 16 van de uitvoeringsverordening is op alle onder dit artikel bedoelde gevallen van toepassing."

3.3.5. Met betrekking tot de per 28 juni 2012 in de tekst van Vo 883/2004 en Vo 987/2009 aangebrachte wijzigingen is in de preambule van Verordening (EU) nr. 465/2012 vermeld:

"(5) In situaties waarin een persoon in twee of meer lidstaten werkt, moet duidelijk worden gemaakt dat de voorwaarde van het verrichten van een „substantieel gedeelte” van de werkzaamheden in de zin van artikel 13, lid 1, van Verordening (EG) nr. 883/2004 ook van toepassing is op personen die werkzaamheden verrichten voor verschillende ondernemingen of verschillende werkgevers."

4. Standpunten van partijen

4.1. De voornaamste stellingnames en argumenten van de Svb

4.1.1. De Svb stelt zich primair op het standpunt dat de in Nederland gevestigde vervoersondernemingen waaraan betrokkenen in de periodes in geding feitelijk voor onbepaalde tijd volledig ter beschikking stonden, voor de toepassing van Vo 1408/71 en Vo 883/2004 als de werkgevers van betrokkenen zijn aan te merken. Subsidiar stelt de Svb zich op het standpunt dat AFMB over de periodes in geding voor de toepassing van Vo 1408/71 en Vo 883/2004 ten aanzien van betrokkenen geacht moet worden in Nederland te zijn gevestigd en meer subsidiar dat er aan de zijde van AFMB sprake is van (een poging tot) misbruik van het Unierecht. Omdat betrokkenen hun werkzaamheden plachten te verrichten in twee of meer lidstaten van de EU/EVA en er in de optiek van de Svb hoe dan ook van moet worden uitgegaan dat de werkgever van betrokkenen gevestigd was in hun woonland Nederland, acht de Svb over de periodes in geding de Nederlandse socialezekerheidswetgeving van toepassing op betrokkenen.

4.1.2. De Svb voert aan dat AFMB relevante informatie achterhoudt en dat de door AFMB c.s. overgelegde stukken deel uitmaken van een juridische constructie die niet is gericht op een beschrijving of normering van de feiten, maar op een verhulling daarvan. Als een juridische constructie niet aansluit bij de materiële werkelijkheid, is wat de Svb betreft de materiële werkelijkheid maatgevend voor de toepassing van Vo 1408/71 en Vo 883/2004. De overeenkomsten tussen de vervoersondernemingen en AFMB strekken er volgens de Svb in feite toe dat AFMB een overeenkomst aangaat met werknemers die in Nederland door de vervoersondernemingen zijn geworven en geselecteerd, teneinde deze werknemers structureel (dus niet voornamelijk ter vervanging van andere werknemers tijdens vakantie- en ziekteperiodes) arbeid te laten verrichten voor diezelfde vervoersondernemingen. De vervoersondernemingen blijven daarbij materieel het werkgeversgezag uitoefenen. Zij beslissen feitelijk over aanstelling, essentiële arbeidsvoorwaarden en ontslag. Indien een werknemer na selectie door de onderneming waarvoor hij zal werken en op aanwijzing van deze onderneming met een andere onderneming (zoals in casu AFMB) een schriftelijk contract aangaat dat wordt aangeduid als arbeidsovereenkomst, is de onderneming waarmee het schriftelijke contract is aangegaan mogelijk wel werkgever in de zin van het Nederlandse civiele recht, maar geen werkgever in de zin van artikel 14, tweede lid, sub a, van Vo 1408/71 dan wel artikel 13 eerste lid, sub b, van Vo 883/2004. Door een dergelijk contract verbindt de werknemer zich niet tot iets anders dan arbeid te verrichten onder toezicht en leiding van de

16/2910 AOW-P e.a.

onderneming die hem heeft geselecteerd. De andere contracterende partij verbindt zich slechts, in opdracht van de onderneming die de werknemer heeft geselecteerd, om de werknemer het door de onderneming die hem heeft geselecteerd verschuldigde loon te betalen. In de Nederlandse literatuur wordt de andere contracterende partij aangeduid als een payrollbedrijf. Volgens de Svb fungeert AFMB voor zover van belang in de hoofdgedingen feitelijk louter als payrollbedrijf/salarisadministrateur en bestaat er tussen AFMB en betrokkenen geen organische band. Daar doet volgens de Svb niet aan af dat AFMB gedurende een deel van de periodes in geding (ook) een Cypriotische vergunning houdende wegvervoerondernemer was en evenmin dat de tussen AFMB en de vervoersondernemingen gesloten contracten worden aangeduid als fleetmanagementovereenkomsten en de met betrokkenen (op papier) gesloten overeenkomsten als arbeidsovereenkomsten. Van de termen fleetmanagementovereenkomst en arbeidsovereenkomst gaat de suggestie uit dat er sprake is van meer dan alleen payrolling, maar die suggestie is in de hoofdgedingen ongefundeerd.

4.2. De voornaamste stellingnames en argumenten van AFMB c.s.

4.2.1. AFMB c.s. stellen zich op het standpunt dat AFMB voor de toepassing van Vo 1408/71 en Vo 883/2004 over de periodes in geding is aan te merken als de werkgever van betrokkenen, dat AFMB voor de toepassing van Vo 1408/71 en Vo 883/2004 is gevestigd te Cyprus en dat er geen sprake is van misbruik van het Unierecht. Nu betrokkenen hun werkzaamheden in de periodes in geding plachten te verrichten in twee of meer lidstaten van de EU/EVA en zij hun in aanmerking te nemen werkzaamheden in de periodes in geding niet in hoofdzaak of voor een substantieel gedeelte hebben verricht in hun woonland Nederland, is over de periodes in geding de Cypriotische socialezekerheidswetgeving van toepassing op betrokkenen.

4.2.2. Volgens AFMB c.s. is in de hoofdgedingen geen sprake van payrolling of enige vorm van uitzendarbeid, maar van collegiale uitleen. AFMB is een vergunninghoudende wegvervoerondernemer, zou begin 2013 een eerste eigen vrachtwagen hebben aangeschaft en leent in het kader van fleetmanagementovereenkomsten niet alleen internationaal vrachtwagenchauffeurs uit maar verleent ook andere diensten waarvoor aan AFMB commissie verschuldigd is. De SvB schetst volgens AFMB c.s. een onjuist beeld van het functioneren van AFMB. In hoeverre betrokkenen voorafgaand aan de periodes in geding voor dezelfde vervoersondernemingen werkzaam waren als tijdens de periodes in geding, onttrekt zich volgens de verklaring van AFMB c.s. aan de wetenschap van AFMB. Indien een opdrachtgever een fleetmanagementovereenkomst geheel of gedeeltelijk beëindigt, tracht AFMB de betreffende werknemers te herallocceren bij een andere opdrachtgever. Alleen indien dat niet lukt volgt ontslag van deze werknemers door AFMB. Volgens AFMB c.s. is niet meer na te gaan hoe vaak dat laatste in de periodes in geding het gevolg was. Gesteld is dat de bevoegde organen van Spanje, Polen, Duitsland, België en Roemenië in soortgelijke gevallen als voorliggen in de hoofdgedingen de Cypriotische socialezekerheidswetgeving van toepassing hebben geacht op achtereenvolgens in Spanje wonende Spaanse internationaal vrachtwagenchauffeurs, in Polen wonende Poolse internationaal vrachtwagenchauffeurs, in Duitsland wonende Duitse internationaal vrachtwagenchauffeurs, in België wonende Belgische internationaal vrachtwagenchauffeurs en in Roemenië wonende Roemeense internationaal vrachtwagenchauffeurs.

16/2910 AOW-P e.a.

4.2.3. AFMB c.s. stellen dat zij in de hoofdgedingen in aanmerking komen voor schadevergoedingen wegens overschrijdingen van de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6, eerste lid, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en vragen de Raad om deze schadevergoedingen toe te kennen.

5. Geschilafbakening en vaststelling van feiten

5.1. In de hoofdgedingen is tussen partijen in geschil van welke lidstaat over de periodes in geding de socialezekerheidswetgeving van toepassing is op betrokkenen. Het geschil betreft tussen 2 oktober 2013 tot 9 juli 2014 door de Svb afgegeven A1-verklaringen. De periodes waarop deze A1-verklaringen zien (de periodes in geding) verschillen van geval tot geval, maar beginnen geen van alle voor 1 oktober 2011 en eindigen geen van alle na 26 mei 2015.

5.2.1. De Raad gaat uit van de volgende feiten en omstandigheden.

5.2.2. Betrokkenen vielen voorafgaand aan de periodes in geding niet onder de Cypriotische socialezekerheidswetgeving. Zij hebben nooit te Cyprus gewoond en/of gewerkt. Zij woonden in de periodes in geding in Nederland. Betrokkenen werkten zowel voor als tijdens de periodes in geding als internationaal vrachtwagenchauffeur in loondienst en bestuurden uitsluitend vrachtwagens die werden geëxploiteerd voor rekening en risico van in Nederland gevestigde vervoersondernemingen. Gedurende de periodes in geding stonden betrokkenen feitelijk voor onbepaalde tijd volledig ter beschikking van de in Nederland gevestigde vervoersondernemingen waarbij zij in tenminste een aanzienlijk aantal gevallen voorafgaand aan de periodes in geding in loondienst waren. Betrokkenen plachten hun werkzaamheden te verrichten in twee of meer lidstaten van de EU/EVA. Zij waren in de periodes in geding wel voor een gedeelte, maar niet in hoofdzaak werkzaam in Nederland en verrichtten niet een substantieel gedeelte van hun in aanmerking te nemen werkzaamheden in Nederland.

5.2.3. In de periodes in geding waren tussen de vervoersondernemingen waarvan betrokkenen de vrachtwagens bestuurden en AFMB overeenkomsten van kracht. Deze leidden ertoe dat door de in Nederland gevestigde vervoersondernemingen bepaalde bedragen verschuldigd waren aan AFMB terwijl AFMB aan betrokkenen een salaris betaalde en de daarover verschuldigde premies afdroeg aan de Social Insurance Services te Cyprus. Op de grond dat de Cypriotische wetgeving daartoe niet verplicht, heeft AFMB geen belastingen ingehouden op de aan betrokkenen overgemaakte bedragen.

5.2.4. AFMB c.s. hebben geschriften overgelegd die door AFMB c.s. worden aangeduid als fleetmanagementovereenkomsten en als arbeidsovereenkomsten.

5.2.5. In de als fleetmanagementovereenkomsten aangeduide overeenkomsten (bijlage 2), die soms naar aanleiding van controles met terugwerkende kracht zijn gesloten of op schrift gesteld, is bepaald dat AFMB het management verzorgt van de vrachtwagens die in de periodes in geding werden geëxploiteerd voor rekening en risico van de betrokken vervoersondernemingen. Uit de beschikbare gegevens is de Raad niet gebleken dat aan deze bepaling anders invulling is gegeven dan door activiteiten die verwant zijn aan wat onder 5.2.3 is beschreven.

16/2910 AOW-P e.a.

5.2.6. In de als arbeidsovereenkomsten aangeduide overeenkomsten zijn AFMB en betrokkenen aangeduid als werkgever en werknemers en is het Cypriotische arbeidsrecht van toepassing verklaard. Voor zover de Raad heeft kunnen vaststellen veranderde er na de tussenkost van AFMB wat betreft de dagelijkse gang van zaken niets of weinig in de relatie tussen betrokkenen en hun in Nederland gevestigde oorspronkelijke werkgevers. Verder leidde, voor zover de Raad heeft kunnen vaststellen, het feit dat een in Nederland gevestigde vervoersonderneming geen gebruik meer maakte van werknemers die op de loonlijst van AFMB stonden, in de regel tot onverwijld ontslag van deze werknemers door AFMB.

5.2.7. AFMB is 10 mei 2011 te Cyprus opgericht en is daar sindsdien statutair gevestigd. In de statuten van AFMB zijn 64 doelen van deze vennootschap opgesomd.

Daartoe behoren:

- “1. het vinden, in dienst nemen, ter beschikking stellen, tewerkstellen en belonen van chauffeurs van internationale transporten, en
2. het oprichten van een onderneming die goederenvervoer over de weg verricht voor rekening van derden.”

5.2.8. Op verzoek van AFMB is AFMB bij aanwijzingsbeschikking van 16 augustus 2011 op grond van artikel 14 van de ‘Regeling wegvervoer goederen’ namens de Nederlandse Minister van Infrastructuur en Milieu aangewezen als instelling die werknemers ter beschikking wil stellen aan in Nederland gevestigde ondernemingen die beschikken over een vergunning om het beroep van wegvervoerondernemer uit te oefenen als bedoeld in Verordening (EG) nr. 1071/2009 (Vo 1071/2009). Door de daartoe bevoegde Cypriotische instantie is op 5 november 2012 ten behoeve van AFMB een vergunning afgegeven om het beroep van wegvervoerondernemer uit te oefenen als bedoeld in Vo 1071/2009. Daarvoor beschikte AFMB niet over een communautaire vervoersvergunning.

5.2.9. Op de Nederlandstalige website van AFMB is de volgende quote geplaatst:

“Sinds wij onze chauffeurs hebben ondergebracht bij AFMB besparen wij ca. 25 % op onze loonkosten. Het voordeel op een D5 chauffeur bedraagt ruim € 18.000. Hierdoor is onze concurrentiepositie t.o.v. transporteurs die met Oost-Europese chauffeurs werken in financiële zin enorm verbeterd, terwijl onze kwaliteit gelijk is gebleven. Onze opdrachtgevers waarderen het namelijk enorm dat wij hen door goed opgeleide Nederlandse chauffeurs laten bedienen! Naast het loonvoordeel, hebben wij tevens veel gemak van het feit dat wij van AFMB slechts één factuur ontvangen voor de totale loonkosten, terwijl de loonadministratie en aanverwante zaken door hen wordt verzorgd.”

Verder stond op de Nederlandstalige website van AFMB aanvankelijk:

“Wie stuurt in de dagelijkse praktijk de medewerker aan?
U als opdrachtgever blijft het aanspreekpunt voor de werknemer. Eigenlijk verandert er dus niets in de dagelijkse aansturing.”

16/2910 AOW-P e.a.

6. De vestigingsplaats van AFMB

6.1. Subsidiair heeft de Svb het standpunt ingenomen dat AFMB over de periodes in geding voor de toepassing van artikel 14 van Vo 1408/71 en artikel 13 van Vo 883/2004 geacht moet worden in Nederland te zijn gevestigd. Hierover wordt als volgt overwogen.

6.2. Uit artikel 14, lid 5 bis, van Vo 987/2009 en de jurisprudentie waarop deze bepaling voortbouwt (herinnerd wordt aan het arrest HvJEG 28 juni 2007, C-73/06, Planzer Luxembourg, ECLI:EU:C:2007:397), is af te leiden dat bij de beantwoording van de vraag in welke lidstaat zich de zetel bevindt van een werkgever of onderneming voor de toepassing van artikel 14, tweede lid, van Vo 1408/71 dan wel artikel 13, eerste lid, van Vo 883/2004, niet mag worden volstaan met de beoordeling van een in hoofdzaak op een statutaire vestigingsplaats gebaseerde papieren werkelijkheid. Bezien moet worden waar de voornaamste beslissingen betreffende de onderneming worden genomen en waar de centrale bestuurstaken ervan worden uitgeoefend.

6.3. De Administratieve Commissie biedt in de 'Praktische gids over de toepasselijke wetgeving in de EU, de EER en Zwitserland' een aantal mede op de jurisprudentie van het HvJEU gebaseerde richtsnoeren voor de toepassing van artikel 14, lid 5 (bis), van Vo 987/2009. Aan deze gids wordt het volgende ontleend:

“Bij de toepassing van de definitie van artikel 14, lid 5, (...), van Verordening 987/2009 kan het orgaan in de lidstaat van de woonplaats, op grond van de beschikbare informatie of in nauwe samenwerking met het orgaan waar de werkgever zijn zetel of vestigingsplaats heeft, de volgende criteria in beschouwing nemen:

- de plaats waar de onderneming haar statutaire zetel en bestuur heeft;
- het aantal maanden/jaren dat de onderneming in de lidstaat is gevestigd;
- het aantal administratieve medewerkers dat in het betreffende kantoor werkzaam is;
- de plaats waar het merendeel van de contracten van de onderneming met haar klanten wordt gesloten;
- het kantoor dat het ondernemingsbeleid en operationele zaken bepaalt;
- de plaats waar de belangrijkste financiële taken, met inbegrip van bankieren, worden uitgevoerd;
- de plaats die op grond van EU-verordeningen is aangewezen als de plaats die verantwoordelijk is voor het beheer en het bijhouden van de administratie in verband met wettelijke voorschriften van de betreffende sector waar de onderneming in actief is;
- de plaats waar de werknemers worden aangeworven.

Indien organen na het overwegen van de bovenstaande criteria nog steeds niet kunnen uitsluiten dat de statutaire zetel een "brievenbusonderneming" is, dan dient de betrokkene te worden onderworpen aan de wetgeving van de lidstaat waar het kantoor is gevestigd waarmee hij, in termen van de uitvoering van zijn werkzaamheden in loondienst, de nauwste banden heeft. Voor de toepassing van de verordeningen wordt deze vestiging beschouwd als de statutaire zetel of vestigingsplaats van de onderneming die de betrokkene in loondienst heeft.”

16/2910 AOW-P e.a.

6.4. Door het bevoegde Cypriotische orgaan is onderzoek verricht naar wat aan de oprichting van AFMB is voorafgegaan, wie – naast de internationaal vrachtwagenchauffeurs die werkten ten behoeve van vervoersondernemingen buiten Cyprus – bij AFMB op de loonlijst stonden, welke werkzaamheden te Cyprus zijn verricht, over welke middelen AFMB beschikt en hoe de bedrijfsuitoefening van AFMB overigens concreet is vormgegeven. Het verslag van het onderzoek van het bevoegde Cypriotische orgaan is summier maar consistent en bevestigt dat in de periodes in geding de voornaamste beslissingen betreffende AFMB werden genomen te Cyprus en dat daar ook de centrale bestuurstaken werden uitgeoefend.

6.5. De stelling van de SvB dat de werkelijke zetel van AFMB zich in de periodes in geding voor de toepassing van Vo 1408/71 en Vo 883/2004 ten aanzien van betrokkenen heeft bevonden in Nederland, is onvoldoende onderbouwd. Tegenover het onder 6.4 genoemde Cypriotische onderzoeksverslag heeft de SvB onvoldoende aannemelijk kunnen maken dat de bedrijfsvoering van AFMB in bepalende mate verweven was met de bedrijfsvoering van andere rechtspersonen en dat het centrum van een dergelijk geheel zich in Nederland bevond.

6.6. Gelet op 6.2 tot en met 6.5 verwerpt de Raad het door de SvB subsidiair ingenomen standpunt en gaat de Raad er in de hoofdgedingen van uit dat AFMB in de periodes in geding voor de toepassing van artikel 14 van Vo 1408/71 en artikel 13 van Vo 883/2004 ook ten opzichte van betrokkenen haar zetel te Cyprus had. De Raad is dus van oordeel dat AFMB in de hoofdgedingen niet is aan te merken als een te Cyprus gevestigde zuivere brievenbusonderneming.

7. Materieelrechtelijke onderwerpen waarover prejudiciële vragen worden gesteld

7.1. Welke onderneming is aan te merken als de werkgever van betrokkenen?

7.1.1. Indien binnen de EU en EVA grensoverschrijdend wordt gewerkt, leiden de aanwijfsregels van Vo 1408/71 en Vo 883/2004 er meestal toe dat de socialezekerheidswetgeving van het actuele werkland van toepassing is. Het als hoofdregel in Vo 1408/71 en Vo 883/2004 verankerde werklandbeginsel is erop gericht dat voor werknemers die in hetzelfde land werkzaam zijn dezelfde socialezekerheidswetgeving geldt en dezelfde premies verschuldigd zijn. Dat voorkomt ongewenste vormen van loonkostenconcurrentie en een ongewenste neerwaartse druk op de nationale stelsels van socialezekerheidswetgeving als gevolg daarvan.

7.1.2. In overeenstemming met artikel 48 van het VWEU zijn de aanwijfsregels van Vo 1408/71 en Vo 883/2004 er tevens op gericht het vrije verkeer van werknemers te waarborgen, teneinde zo bij te dragen aan de verhoging van de levensstandaard en de verbetering van de arbeidsomstandigheden van personen die zich binnen de Unie verplaatsen (vergelijk het arrest HvJEU 13 juli 2017, C-89/16, Szoja, ECLI:EU:C:2017:538, punt 34). Dit veronderstelt in het bijzonder de garantie van een permanente socialezekerheidsbescherming door één socialezekerheidswetgeving. Gelet op dat doel verdient een eenvoudig en praktisch systeem de voorkeur boven een ingewikkelde cumulatie en versnippering van premies en uitkeringen. In sommige situaties van grensoverschrijdend werken, waaronder met name die in het internationale wegtransport, kan bij een onversneden toepassing van het werklandbeginsel het vrije verkeer van werknemers niet goed worden gewaarborgd. Een onversneden toepassing van het werklandbeginsel leidt dan tot verbrokkeling van

16/2910 AOW-P e.a.

werknemersrechten en tot onnodig veel administratieve rompslomp. Om dat te voorkomen, en zo het vrije verkeer van werknemers te waarborgen, zijn in artikel 14, tweede lid, sub a, van Vo 1408/71 en artikel 13, eerste lid, sub b, van Vo 883/2004 regelingen opgenomen die voorzien in uitzonderingen op het werklandbeginsel door de socialezekerheidswetgeving aan te wijzen van hetzij het zetelland van de werkgever, hetzij het woonland van de werknemer, hetzij – indien woon- en zetelland samenvallen – beide. Zie ook de conclusie van Advocaat-generaal Y. Bot van 21 mei 2015, C-189/14, Chain, ECLI:EU:C:2015:345, punt 60 en verder.

7.1.3. Betrokkenen plachten hun werkzaamheden te verrichten in twee of meer lidstaten van de EU/EVA. Zij waren in de periodes in geding wel voor een gedeelte maar niet in hoofdzaak werkzaam in hun woonland Nederland en verrichtten daar evenmin een substantieel gedeelte van hun in aanmerking te nemen werkzaamheden. In de hoofdgedingen kan de Nederlandse socialezekerheidswetgeving dus niet van toepassing worden verklaard op grond van een aanwijzing van het woonland die is voorzien in artikel 14, tweede lid, sub a, onder ii, van Vo 1408/71 dan wel artikel 13, eerste lid, sub a, van Vo 883/2004, maar alleen op grond van een aanwijzing van het zetelland van de werkgever die in die bepalingen is voorzien. Omdat, zoals is uiteengezet onder 6, AFMB in de periodes in geding voor de toepassing van artikel 14 van Vo 1408/71 en artikel 13 van Vo 883/2004 haar zetel te Cyprus had, is voor de beoordeling van de hoofdgedingen van doorslaggevend belang of AFMB al dan niet als de werkgever van betrokkenen is aan te merken.

7.1.4. Het begrip werkgever is in Vo 1408/71 en Vo 883/2004 door de Uniewetgever niet gedefinieerd. In de voor de beoordeling van de hoofdgedingen relevante bepalingen van het Unierecht wordt, anders dan ten aanzien van bepaalde andere termen, niet verwezen naar de nationale wetgeving. Voor zover AFMB ingevolge de met betrokkenen gesloten overeenkomsten op grond van nationaal (civiel) recht zou zijn aan te merken als werkgever (de Nederlandse rechtspraak over dit soort constructies is nog niet volledig uitgekristalliseerd), hoeft dat dus niet te betekenen dat AFMB ook voor de toepassing van artikel 14, tweede lid, sub a, van Vo 1408/71 en artikel 13, eerste lid, sub b, van Vo 883/2004 is aan te merken als de werkgever van betrokkenen en dat de Cypriotische socialezekerheidswetgeving op betrokkenen van toepassing is. Betrokkenen stonden in de periodes in geding voor onbepaalde tijd volledig ter beschikking van in Nederland gevestigde vervoersondernemingen, met wie zij in tenminste een aanzienlijk aantal gevallen voorheen een arbeidsovereenkomst hadden. Deze ondernemingen kunnen voor de toepassing van artikel 14, tweede lid, sub a, van Vo 1408/71 en artikel 13, eerste lid, sub b, van Vo 883/2004 mogelijk – uitsluitend of eveneens – worden aangemerkt als de werkgevers van betrokkenen. In het eerste geval is de Nederlandse socialezekerheidswetgeving op betrokkenen van toepassing. In het tweede geval is ingevolge artikel 13, eerste lid, sub b, onder iii, van Vo 883/2004 de Cypriotische wetgeving van toepassing. Bij de Raad rijzen dan vragen analoog aan die weergegeven in 7.1.5 en verder over de uitleg van het werkgeversbegrip. Zo niet reeds louter op grond van de feitelijke uitoefening van werkgeverstaken – gezag over de arbeid – de Nederlandse vervoersonderneming exclusief moet worden aangemerkt als werkgever, overweegt de Raad nog het volgende.

7.1.5. Gelet op de onder 7.1.4 aangeduide interpretatieruimte, kan de in artikel 14, tweede lid, sub a, van Vo 1408/71 en artikel 13, eerste lid, sub b, van Vo 883/2004 voorgeschreven aanwijzing van het zetelland in overeenstemming met haar doel worden uitgelegd, in die zin

16/2910 AOW-P e.a.

dat (als beide zetellanden niet samenvallen) de keuze tussen, aan de ene kant, de socialezekerheidswetgeving van het zetelland van een onderneming die (nagenoeg) alleen op papier werkgever is en, aan de andere kant, de socialezekerheidswetgeving van het zetelland van een onderneming die het werkgeversgezag feitelijk uitoefent, wordt bepaald door het antwoord op de vraag welke keuze naar redelijkerwijs mag worden verwacht leidt tot de minste verbrokkeling van werknemersrechten en administratieve rompslomp.

7.1.6. Redelijkerwijs mag worden verwacht dat een keuze voor het zetelland van een onderneming die het werkgeversgezag feitelijk uitoefent leidt tot minder verbrokkeling van werknemersrechten en administratieve rompslomp dan een keuze voor het zetelland van een onderneming die (nagenoeg) alleen op papier werkgever is, indien de werknemers hun werkzaamheden nooit hebben verricht in het zetelland van de onderneming die (nagenoeg) alleen op papier werkgever is, maar wel in het zetelland van de onderneming die het werkgeversgezag feitelijk uitoefent. Na ontslag zullen de werknemers dan immers relatief vaak nieuw werk vinden in het zetelland van de onderneming die het werkgeversgezag feitelijk uitoefent en zelden in het zetelland van de onderneming die (nagenoeg) alleen op papier hun werkgever is. Zeker als de werknemers ook wonen in het zetelland van de onderneming die het werkgeversgezag feitelijk uitoefent.

In welke lidstaten werknemers in het internationale transport hun werkzaamheden verrichten kan ook tijdens dienstbetrekkingen sterk wisselen. Indien bij de toepassing van het zetellandbeginsel is uitgegaan van een zetelland waar de werknemers niet wonen, kunnen deze wisselingen eveneens leiden tot breuken in de socialezekerheidsbescherming van werknemers, die zich niet voordoen indien bij de toepassing van het zetellandbeginsel is uitgegaan van een zetelland waar de werknemers wel wonen. Het gaat dan om de situatie dat werknemers ten gevolge van bedoelde wisselingen in de ene periode wel en in de andere periode niet een substantieel gedeelte van hun werkzaamheden verrichten in hun woonland.

7.1.7. Bij de uitleg van de aanwijsregels van artikel 14, tweede lid, sub a, van Vo 1408/71 en artikel 13, eerste lid, sub b, van Vo 883/2004 zou in aanmerking kunnen worden genomen dat er aanwijzingen zijn die erop duiden dat de EU-wetgever niet voor ogen heeft gestaan dat er onder omstandigheden als in de hoofdgedingen aan de orde alleen door de tussenkomst van een derde partij aanspraak ontstaat op een aanzienlijk loonkostenvoordeel. Zo is in de procedure voor de toepassing van artikel 13 van Vo 883/2004 die opgenomen is in artikel 16 van Vo 987/2009 dwingend voorgeschreven dat het aangewezen orgaan van de woonplaats de aangewezen organen van elke lidstaat waar werkzaamheden worden verricht op de hoogte stelt van voorlopige vaststellingen van de toepasselijke socialezekerheidswetgeving, terwijl niet uitdrukkelijk is voorgeschreven dat ook het aangewezen orgaan van het zetelland, niet zijnde een werkland, hiervan op de hoogte wordt gesteld. Dit laatste is begrijpelijk als de EU-wetgever is uitgegaan van de veronderstelling dat het zetelland van de werkgever ook een van de werklanden is van werknemers die vallen onder het toepassingsbereik van artikel 13 van Vo 883/2004. Een nadere regeling zoals in artikel 11, vierde lid, van Vo 883/2004 voor zeevarenden, ontbreekt. Volledigheidshalve herinnert de Raad nogmaals aan de conclusie van advocaat-generaal Bot van 21 mei 2015, C-189/14, Chain, ECLI:EU:C:2015:345. In deze conclusie is onder de punten 25 en 31 tot en met 35 uiteengezet dat de in artikel 14, tweede lid, sub a, van Vo 1408/71 en artikel 13, eerste lid, sub b, van Vo 883/2004 opgenomen regeling geen fundamentele wijzigingen heeft ondergaan, terwijl de economische en maatschappelijke context ervan door met name de uitbreiding van de EU in 2004 wel fundamenteel is gewijzigd. Dit kan, aldus de advocaat-generaal, leiden tot een controversieel gebruik of een onjuiste

16/2910 AOW-P e.a.

toepassing van de regeling die opgenomen is in artikel 14, tweede lid, sub a, van Vo 1408/71 en artikel 13, eerste lid, sub b, van Vo 883/2004.

7.1.8. In aanvulling op 7.1.1 tot en met 7.1.7 herinnert de Raad aan de in artikel 12 van het Europees Sociaal Handvest (ESH), punt 10 van het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden en artikel 34 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie verankerde sociale grondrechten. Niettegenstaande het indicatieve karakter van de in deze artikelen opgenomen bepalingen maken de sociale grondrechten waarop deze artikelen zien deel uit van de algemene beginselen van het Unierecht. Dit betekent dat artikel 14, tweede lid, sub a, van Vo 1408/71 en artikel 13, eerste lid, sub b, van Vo 883/2004 waar mogelijk moeten worden uitgelegd in overeenstemming met artikel 12 van het ESH, punt 10 van het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werkenden en artikel 34 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Daarmee staat op gespannen voet een uitleg van Vo 1408/71 en Vo 883/2004 die onder omstandigheden als welke zich voordoen in de hoofdgedingen kunnen leiden tot een neerwaartse druk op de socialezekerheidsbescherming van grensoverschrijdende werknemers en een afkalving van het draagvlak onder relatief dure nationale stelsels van socialezekerheidswetgeving. De Raad laat hierbij overigens in het midden hoe de bescherming onder het Cypriotische stelsel van sociale zekerheid zich verhoudt tot de bescherming onder het Nederlandse stelsel.

7.1.9. Gelet op 7.1.1 tot en met 7.1.8 lijkt er veel voor te zeggen om het Unierecht zo uit te leggen dat:

- degene die in twee of meer lidstaten van de EU/EVA pleegt werkzaamheden te verrichten als internationaal vrachtwagenchauffeur in loondienst, maar niet in de lidstaat waar zijn – beweerdelijke – werkgever gevestigd is, voor de toepassing van artikel 14, tweede lid, sub a, van Vo 1408/71 niet behoort tot het rijdend personeel van zijn – beweerdelijke – werkgever, indien en zolang betrokkene feitelijk voor onbepaalde tijd volledig ter beschikking staat aan een vergunninghoudende wegvervoersondernemer die is gevestigd in de lidstaat waar betrokkene woont en werkt, maar niet in hoofdzaak werkt, en dat
- de – beweerdelijke – werkgever van degene die in twee of meer lidstaten van de EU/EVA als internationaal vrachtwagenchauffeur werkzaamheden in loondienst pleegt te verrichten, maar niet in de lidstaat waar zijn – beweerdelijke – werkgever gevestigd is, voor de toepassing van artikel 13, eerste lid, sub b, van Vo 883/2004 niet is aan te merken als de werkgever van betrokkene, indien en zolang betrokkene feitelijk voor onbepaalde tijd volledig ter beschikking staat aan een vergunninghoudende wegvervoersonderneming die is gevestigd in de lidstaat waar betrokkene woont en werkt, maar niet een substantieel gedeelte van zijn in aanmerking te nemen werkzaamheden verricht.

Voorgaande uitleg van het Unierecht zou leiden tot de conclusie dat de Cypriotische socialezekerheidswetgeving in de hoofdgedingen niet op betrokkenen van toepassing is.

7.1.10. Er zijn aan de onder 7.1.9 bedoelde materiële uitleg van artikel 14, tweede lid, sub a, van Vo 1408/71 en artikel 13, eerste lid, sub b, van Vo 883/2004 ook duidelijke nadelen verbonden. Zo kan een stelselmatige materiële uitleg van deze bepalingen in combinatie met intensieve controles leiden tot vertragingen in de vaststelling van de toepasselijke wetgeving, terwijl de in artikel 16 van Vo 987/2009 opgenomen procedure er juist op is gericht de verzekeringspositie van werknemers zo voortvarend mogelijk vast te stellen. Een meer formele uitleg van artikel 14, tweede lid, sub a, van Vo 1408/71 en artikel 13, eerste lid, sub b,

16/2910 AOW-P e.a.

van Vo 883/2004 kan wenselijk zijn voor grensoverschrijdende werkgevers die hun administratieve verplichtingen willen beperken en voor grensoverschrijdende werknemers die snel uitsluitel willen over hun verzekeringspositie. In hun belang kan in aanmerking genomen worden dat het functioneren van de interne markt wordt belemmerd indien misbruik wordt bestreden door het Unierecht doelgericht te interpreteren en niet door in individuele gevallen incidenteel misbruik aan te tonen.

7.2. Gelden de voorwaarden waaronder intermediairs in aanmerking komen voor voordelen verbonden aan de detachingsregeling m.m. ook bij werken in twee of meer lidstaten?

7.2.1. Blijkens de jurisprudentie van het HvJEU (HvJEG 10 februari 2000, C-202/97, Fitzwilliam, ECLI:EU:C:2000:75, en de daar onder punt 21 aangehaalde arresten 35/70 Manpower en 19/67 Van der Vecht) kunnen in geval van detachering van werknemers naar één andere lidstaat de in artikel 14, eerste lid, sub a, van Vo 1408/71 en in artikel 12 van Vo 883/2004 opgenomen uitzonderingen op het werklandbeginsel slechts worden toegepast bij tussenkomst van een uitzendbureau, indien wordt voldaan aan de voorwaarden 1) dat er een organische band bestaat tussen het uitzendbureau en de gedetacheerde werknemer, en 2) dat het uitzendbureau doorgaans activiteiten van betekenis verricht op het grondgebied van de lidstaat waar het uitzendbureau gevestigd is.

7.2.2. Indien de artikelen 14, tweede lid, sub a, van Vo 1408/71 en 13, eerste lid, sub b, van Vo 883/2004 niet zo moeten worden uitgelegd als weergegeven onder 7.1.9, rijst de vraag of dan niet tenminste de onder 7.2.1 genoemde specifieke vereisten waaronder uitzendbureaus en andere intermediairs voor detachering van werknemers naar één andere lidstaat een beroep kunnen doen op de in artikel 14, eerste lid, sub a, van Vo 1408/71 en in artikel 12 van Vo 883/2004 opgenomen uitzonderingen op het werklandbeginsel, in de hoofdgedingen naar analogie hebben te gelden. Het lijkt namelijk ongerijmd als bedrijven zoals AFMB niet in aanmerking zouden kunnen komen voor toepassing van artikel 14, eerste lid, sub a, van Vo 1408/71 en artikel 12 van Vo 883/2004, maar wel voor toepassing van artikel 14, tweede lid, sub a, van Vo 1408/71 en artikel 13, eerste lid, sub b, van Vo 883/2004.

7.2.3. Niet aannemelijk is dat AFMB voldoet aan de, *mogelijke*, voorwaarde dat er een organische band bestaat tussen AFMB en betrokkenen. De Raad verwijst in dit verband naar de feiten zoals die zijn vastgesteld onder punt 5.2.6 van dit verzoek. Als toelichting daarbij merkt de Raad op dat hij het feit dat voor de beoordeling van de band tussen AFMB en betrokkenen relevante feiten onopgehelderd zijn gebleven voor risico en rekening van AFMB c.s. laat, omdat informatie over de band tussen AFMB en betrokkenen naar zijn aard primair behoort tot het bewijsdomein van AFMB c.s. en AFMB c.s. ruimschoots in de gelegenheid zijn gesteld om de situatie te verhelderen. AFMB heeft zich pas in mei 2013 tot de Svb gewend, terwijl de in aanmerking te nemen activiteiten van AFMB al in oktober 2011 zijn gestart. Indien, zoals ter zitting gesteld, feiten die van belang zijn voor de beoordeling van de band tussen AFMB en betrokkenen niet meer konden worden verhelderd door dit tijdsverloop, valt dat in de risicosfeer van AFMB c.s.

7.2.4. In aanvulling op 7.2.3 wijst de Raad ook nog op het volgende. De belangen van AFMB, de in Nederland gevestigde vervoersondernemingen en betrokkenen kunnen parallel lopen, bijvoorbeeld in die zin dat allen bij voorkeur zo min mogelijk premie betalen voor sociale zekerheid. Er kunnen zich ook belangentegenstellingen voordoen, bijvoorbeeld indien een

16/2910 AOW-P e.a.

betrokkene in Nederland verzekerd wenst te zijn en in aansluiting op zijn dienstverband waarin AFMB een rol speelt, een Nederlandse arbeidsongeschiktheids- of werkloosheidsuitkering is gevraagd en toegekend, waaraan de grondslag ontvalt indien AFMB in het betreffende hoofdingen in het gelijk wordt gesteld. Of er in de hoofdingen – voor de Raad verborgen gebleven – belangentegenstellingen bestaan, is voor de vaststelling van de toepasselijke socialezekerheidswetgeving niet van direct belang. Het feit dat niet is uitgesloten dat er belangentegenstellingen zijn, is voor de Raad wel een extra reden om in de hoofdingen hoge eisen te stellen aan het *mogelijk* vereiste bewijs van het bestaan van een organische band tussen AFMB en elk van de betrokkenen.

7.2.5. Niettegenstaande wat is overwogen onder punt 6.4 en hoewel door de Cypriotische autoriteiten ten behoeve van AFMB een vergunning is afgegeven om het beroep van wegvervoerondernemer uit te oefenen, kan uit de beschikbare gedingstukken niet worden afgeleid of AFMB al dan niet voldoet aan de, *mogelijke*, voorwaarde dat AFMB doorgaans activiteiten van betekenis verricht op het grondgebied van Cyprus. Indien AFMB aan deze voorwaarde zou moeten voldoen, ligt het wellicht in de rede dat ter zake in de hoofdingen nader feitenonderzoek wordt verricht, waarbij de bewijslast en het risico dat relevante feiten onopgehelderd blijven bij AFMB c.s. worden gelegd.

7.2.6. In aanvulling op 7.2.5 herinnert de Raad eraan dat de Europese Commissie op 13 december 2016 een voorstel heeft gepubliceerd tot wijziging van Vo 883/2004 en Vo 987/2009 (COM(2016) 815 final - 2016/0397(COD)), waarin in overweging wordt gegeven het onder 3.3.4 weergegeven artikel 14, lid 5 bis, van Vo 987/2009 te vervangen door:

"5 bis. Voor de toepassing van titel II van de basisverordening wordt onder "zetel of domicilie" de zetel of het domicilie verstaan waar de voornaamste beslissingen betreffende de onderneming worden genomen en waar de centrale bestuurstaken ervan worden uitgeoefend, *op voorwaarde dat de onderneming aanzienlijke werkzaamheden in die lidstaat verricht.*

(...)."

De Raad van Ministers heeft niet ingestemd met de in de gecursiveerde zinsnede opgenomen substantialiteitsvoorwaarde. Vervolgens is deze voorwaarde in het voorstel vervangen door een opsomming van factoren die bij het vaststellen van de plaats van de zetel of het domicilie in aanmerking zouden moeten worden genomen. De Raad weet dat er een samenhang bestaat tussen het voorstel tot wijziging van Vo 883/2004 en Vo 987/2009, het voorstel tot wijziging van Richtlijn 96/71/EG (COM(2016) 128 final - 2016/0070 (COD)), en het voornemen om voor het uitzenden van chauffeurs in de wegvervoersector specifieke regels tot stand te brengen. Ook is de Raad bekend met het bestaan van tegenstrijdige visies van aan de ene kant lidstaten die bescherming van een relatief hoge sociale standaard nastreven en aan de andere kant lidstaten die relatief meer belang hechten aan de marktwerking of het behoud van een concurrentievoordeel. Al met al acht de Raad voorstelbaar dat, bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling, van de onder 7.2.1 genoemde voorwaarden alleen de eerste voorwaarde (het vereiste van een organische band) in de hoofdingen van toepassing wordt geacht. Dat zou leiden tot de conclusie dat de Cypriotische socialezekerheidswetgeving in de hoofdingen niet op betrokkenen van toepassing is. Indien het HvJEU de eerste onder 7.2.1 genoemde voorwaarde van toepassing acht, zou het HvJEU in casu in het midden kunnen laten of de tweede onder 7.2.1 genoemde voorwaarde (het vereiste van normaliter activiteiten

16/2910 AOW-P e.a.

van betekenis verrichten in het zeteland) in de hoofdgedingen eveneens van toepassing is. Dit zou evenwel extra oponthoud tot gevolg hebben in vergelijkbare zaken waarin een en ander niet in het midden kan worden gelaten.

7.3. Misbruik van Unierecht?

7.3.1. Voor zover de Svb het standpunt inneemt dat in de hoofdgedingen sprake is van misbruik van het Unierecht, enkel en alleen omdat AFMB is opgericht en gevestigd te Cyprus terwijl AFMB wortels heeft in de Benelux, merkt de Raad het volgende op. De door het Verdrag betreffende de Europese Unie gewaarborgde vrijheid van vestiging omvat het recht om vennootschappen op te richten of om te zetten naar het recht van elke lidstaat. Dit geldt ook wanneer de vennootschap haar voornaamste economische activiteiten blijft ontplooiën in lidstaten waar haar medewerkers of rechtsvoorgangers eerder al actief waren. Voor zover een vennootschap met haar keuze voor een bepaalde statutaire zetel als wezenlijk doel heeft dat haar werknemers rechtmatig worden onderworpen aan de socialezekerheidswetgeving van een lidstaat van de EU of EVA op grond waarvan relatief weinig premie wordt geheven, lijkt naar analogie uit het arrest HvJEU 25 oktober 2017, C-106/16, Polbud – Wykonawstwo, ECLI:EU:C:2017:804, voort te vloeien dat dit op zichzelf geen misbruik oplevert. Overigens lijkt met een beroep op het arrest HvJEG 21 februari 2006, C-255/02, Halifax plc e.a., ECLI:EU:C:2006:121, en nadien gewezen jurisprudentie waaronder recent HvJEU 22 november 2017, C-251/16, Cussens e.a., ECLI:EU:C:2017:881, punt 53, evenzeer te kunnen worden verdedigd dat er in een dergelijk geval wel sprake is van misbruik van het Unierecht.

7.3.2. Los hiervan merkt de Raad het volgende op. Indien artikel 14, tweede lid, sub a, van Vo 1408/71 en artikel 13, eerste lid, sub b, van Vo 883/2004 zo dienen te worden uitgelegd dat AFMB in de hoofdgedingen is aan te merken als de werkgever van betrokkenen kan nog altijd worden verdedigd dat, niettegenstaande de formele naleving van de toepasselijke Unierechtelijke bepalingen, het met de betrokken Unieregelingen beoogde doel (waarborging van het vrije verkeer van werknemers zonder het onbedoeld faciliteren van ongewenste vormen van loonkostenconcurrentie, teneinde zo bij te dragen aan de verhoging van de levensstandaard en de verbetering van de arbeidsomstandigheden van personen die zich binnen de Unie verplaatsen) in de hoofdgedingen niet wordt bereikt. De in Nederland gevestigde vervoersondernemingen en het te Cyprus gevestigde AFMB hebben immers kennelijk als overeengekomen wezenlijk doel de Nederlandse nationale wet- en regelgeving te omzeilen door kunstmatig de voorwaarden te creëren waaronder ingevolge het Unierecht een voordeel kan worden verkregen. De Raad herinnert in dit verband aan het arrest HvJEU 6 februari 2018, C-359/16, Altun, ECLI:EU:C:2018:63, punten 48-50, en aan het arrest HvJEU 11 juli 2018, C-356/15, Europese Commissie/Koninkrijk België, ECLI:EU:C:2018:555.

8. Procedurele tekortkomingen van ondergeschikt belang

8.1. In de hoofdgedingen is gebleken dat de Svb niet alle toepasselijke Unierechtelijke procedurele voorschriften heeft nageleefd. Zo heeft de Svb de toepasselijke socialezekerheidswetgeving niet eerst voorlopig vastgesteld en niet de aangewezen organen van elke lidstaat waar betrokkenen in de periodes in geding werkzaamheden hebben verricht op de hoogte gebracht van zijn vaststellingen, terwijl dat in artikel 16, tweede lid, van

16/2910 AOW-P e.a.

Vo 987/2009 wel is voorgeschreven. De Raad acht deze procedurele tekortkomingen voor de beoordeling van de hoofdgedingen van ondergeschikt belang. Indien in de hoofdgedingen op grond van het materiële Unierecht moet worden geconcludeerd dat de Svb ten onrechte heeft vastgesteld dat de Nederlandse socialezekerheidswetgeving op betrokkenen van toepassing is, behoeft het niet-naleven van procedurele voorschriften reeds daarom geen afzonderlijke beoordeling. Indien in de hoofdgedingen op grond van het materiële Unierecht moet worden geconcludeerd dat de Svb terecht heeft vastgesteld dat de Nederlandse socialezekerheidswetgeving op betrokkenen van toepassing is, ligt het in de rede om alle procedurele tekortkomingen te passeren. AFMB c.s. hebben niet gesteld er een zelfstandig belang bij te hebben dat andere landen dan Nederland en Cyprus in de hoofdgedingen worden betrokken bij de vaststelling van de toepasselijke socialezekerheidswetgeving. Bovendien acht de Raad het van het grootste belang dat in de hoofdgedingen de geschillen op de kortst mogelijke termijn definitief worden beslecht nadat het HvJEU antwoord heeft gegeven op de in dit verzoek gestelde prejudiciële vragen.

8.2. Overigens herinnert de Raad er nog aan dat de Europese Commissie in zijn onder 7.2.6 aangehaalde voorstel van 13 december 2016 in overweging geeft om in artikel 16, derde lid, van Vo 987/2009 op te nemen dat de procedure waarbij eerst een voorlopige vaststelling wordt gedaan die pas definitief wordt als geen ander betrokken bevoegd orgaan deze beslissing binnen twee maanden betwist, wordt beperkt tot situaties waarin het bevoegde orgaan van de woonplaats bepaalt dat de wetgeving van een andere lidstaat van toepassing is.

9. Verzoek

Het onder 7.1.1 tot en met 8.2 overwogene leidt tot het verzoek aan het HvJEU de hierna geformuleerde vragen te beantwoorden.

BESLISSING

De Centrale Raad van Beroep

- verzoekt het HvJEU bij wijze van prejudiciële beslissing als bedoeld in artikel 267 van het VWEU antwoord te geven op de volgende vragen:

1A. Moet artikel 14, tweede lid, sub a, van Verordening (EEG) nr. 1408/71 zo worden uitgelegd dat onder omstandigheden als die van de hoofdgedingen de internationaal vrachtwagenchauffeur in loondienst wordt aangemerkt als behorend tot het rijdend personeel van:

- a. de vervoersonderneming die de betrokkene heeft aangeworven, waaraan de betrokkene feitelijk voor onbepaalde tijd volledig ter beschikking staat, die het feitelijke gezag over de betrokkene uitoefent en te wiens laste de loonkosten feitelijk komen, dan wel
- b. de onderneming die met de vrachtwagenchauffeur formeel een arbeidsovereenkomst heeft gesloten en die volgens afspraak met de onder a. bedoelde vervoersonderneming aan de betrokkene een salaris betaalde en daarover premies afdroeg in de lidstaat waar zich de zetel van deze onderneming bevindt en niet in de lidstaat waar zich de zetel van de onder a. bedoelde vervoersonderneming bevindt;

16/2910 AOW-P e.a.

c. zowel de onderneming onder a als de onderneming onder b?

1B. Moet artikel 13, eerste lid, sub b, van Verordening (EG) nr. 883/2004 zo worden uitgelegd dat onder omstandigheden als die van de hoofdgedingen als werkgever van de internationaal vrachtwagenchauffeur in loondienst wordt aangemerkt:

a. de vervoersonderneming die de betrokkene heeft aangeworven, waaraan de betrokkene feitelijk voor onbepaalde tijd volledig ter beschikking staat, die het feitelijke gezag over de betrokkene uitoefent en te wiens laste de loonkosten feitelijk komen, dan wel

b. de onderneming die met de vrachtwagenchauffeur formeel een arbeidsovereenkomst heeft gesloten en die volgens afspraak met de onder a. bedoelde vervoersonderneming aan de betrokkene een salaris betaalde en daarover premies afdroeg in de lidstaat waar zich de zetel van deze onderneming bevindt en niet in de lidstaat waar zich de zetel van de onder a. bedoelde vervoersonderneming bevindt;

c. zowel de onderneming onder a als de onderneming onder b?

2. Voor het geval in omstandigheden als die van de hoofdgedingen als werkgever wordt beschouwd de onderneming bedoeld in vraag 1A, onder b, en in vraag 1B, onder b:

Gelden de specifieke vereisten waaronder werkgevers, zoals uitzendbureaus en andere intermediairs, een beroep kunnen doen op de in artikel 14, eerste lid, sub a, van Verordening (EEG) nr. 1408/71 en artikel 12 van Verordening (EG) nr. 883/2004 opgenomen uitzonderingen op het werklandbeginsel, in de hoofdgedingen naar analogie ook geheel of gedeeltelijk voor de toepassing van artikel 14, tweede lid, sub a, van Verordening (EEG) nr. 1408/71 en artikel 13, eerste lid, sub b, van Verordening (EG) nr. 883/2004?

3. Voor het geval in omstandigheden als die van de hoofdgedingen als werkgever wordt beschouwd de onderneming bedoeld in vraag 1A, onder b, en in vraag 1B, onder b, en vraag 2 ontkennend wordt beantwoord:

Is er bij de in dit verzoek weergegeven feiten en omstandigheden sprake van een situatie die is te duiden als misbruik van het recht van de EU en/of misbruik van het recht van de EVA? Zo ja, wat is hiervan het gevolg?

- houdt de verdere behandeling van de gedingen aan totdat het HvJEU uitspraak zal hebben gedaan.

16/2910 AOW-P e.a.

Dit verzoek is gedaan door T.L. de Vries als voorzitter en E.E.V. Lenos en M.A.H. van Dalen-van Bekkum als leden, in tegenwoordigheid van B. Dogan als griffier.

(getekend) T.L. de Vries

(getekend) B. Dogan

JvC

BD