



Datum van inontvangstneming : 02/09/2013

7801

C-382/13 - 1 ⁹⁹

08/5412 AKW-P, 08/6650 AOW-P, 09/6430 AOW-P

Luxemburg
Entrée 04 JUL. 2013

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:

C.E. Franzen te Vaals, H.D. Giesen te Swalmen en F. van den Berg te Kerkrade

de Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank (Svb)

Datum verzoek: 1 juli 2013

Ingeschreven in het register van het Hof van Justitie onder nr. <u>939.144</u>	
Luxemburg, <u>08-07-2013</u>	De Griffier, voor deze
Fax / E-mail: _____	
Neergelegd op: <u>04.07.13</u>	Maria Manuela Ferreira Hoofdadministrateur

08/5412 AKW-P e.v.

PROCESVERLOOP

Namens Franzen heeft mr. R.C.C.M. Nadaud, advocaat, hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Maastricht van 5 augustus 2008, 07/2210.

Namens Giesen heeft mr. A.P.A. Sniijders, advocaat, hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Roermond van 13 oktober 2008, 08/1016.

Namens Van den Berg heeft mr. drs. E.C. Spiering, advocaat, hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Maastricht van 19 oktober 2009, 09/19.

De Svb heeft verweerschriften ingediend.

In het geding van Giesen heeft op 2 juni 2010 onderzoek ter zitting plaatsgevonden. Giesen heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. Sniijders. De Svb heeft zich laten vertegenwoordigen door J.A.J. Groenendaal. Na de behandeling van het geding ter zitting heeft de Raad besloten het onderzoek te heropenen.

De gedingen zijn (opnieuw) ter zitting behandeld op 2 maart 2012. Franzen is verschenen, bijgestaan door haar gemachtigde. Giesen is niet verschenen. Van den Berg is verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde. De Svb heeft zich laten vertegenwoordigen door H. van der Most, A.F.L.B. Metz en J.A.J. Groenendaal.

De Raad heeft het onderzoek heropend. In verband met het voornemen om in deze zaken aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof) een verzoek om een prejudiciële beslissing als bedoeld in artikel 267 van het VWEU te doen, is aan partijen een concept-vraagstelling gezonden.

De Svb heeft daarop gereageerd.

OVERWEGINGEN

De Raad gaat uit van de volgende feiten en omstandigheden.

1.1. Franzen, geboren 9 januari 1965, woont in Nederland en heeft de Nederlandse nationaliteit. Zij is een alleenstaande moeder. Omdat haar inkomsten uit arbeid niet toereikend waren, kreeg zij een aanvullende uitkering krachtens de Algemene bijstandswet respectievelijk de Wet Werk en Bijstand (WWB). Zij heeft ingevolge de Algemene Kinderbijslagwet (AKW) kinderbijslag ontvangen voor haar dochter Nora, geboren op 8 augustus 1995. Franzen heeft in november 2002 aan de Svb meegedeeld dat zij vanaf 1 januari 2001 in Duitsland werkzaamheden heeft verricht. Zij is aldaar werkzaam geweest als kapster voor twintig uur per week. Bij besluit van 25 februari 2003 heeft de Svb de kinderbijslag ingetrokken met ingang van 1 oktober 2002. Op 30 januari 2006 heeft Franzen (opnieuw) kinderbijslag aangevraagd. De Svb heeft bij besluit van 27 maart 2006 kinderbijslag toegekend met ingang van het eerste kwartaal van 2006. Bij brief van 5 juni 2007 is namens Franzen verzocht om toekenning van kinderbijslag vanaf het vierde kwartaal van

2002. Bij besluit van 5 juli 2007 is vastgesteld dat met ingang van het eerste kwartaal van 2006 geen recht bestaat op kinderbijslag. Door de Svb is aangegeven dat het ten onrechte uitbetaalde bedrag niet wordt teruggevorderd.

1.2. Bij besluit van 16 november 2007 is het bezwaar van Franzen tegen dit besluit ongegrond verklaard. Daarbij is tevens bepaald dat het verzoek om herziening van 5 juni 2007 wordt afgewezen. Hangende het beroep tegen dit besluit heeft de Svb op 6 februari 2008 een nieuw besluit genomen waarbij de motivering van het besluit van 16 november 2007 is gewijzigd. De aanvraag om kinderbijslag van 30 januari 2006 en het verzoek om alsnog kinderbijslag toe te kennen met ingang van het eerste kwartaal van 2003 worden afgewezen onder de overweging dat op Franzen ingevolge artikel 13, tweede lid, van Verordening 1408/71 (Vo 1408/71) alleen de wetgeving van Duitsland van toepassing is.

1.3. De rechtbank Maastricht heeft bij de hiervoor genoemde uitspraak het beroep tegen de besluiten van 16 november 2007 en 6 februari 2008 ongegrond verklaard. Geoordeeld is dat bij het besluit van 16 november 2007 terecht is geweigerd alsnog met ingang van 1 oktober 2002 kinderbijslag toe te kennen, omdat geen sprake is van nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden. Voorts heeft de Svb naar het oordeel van de rechtbank terecht vastgesteld dat Franzen met ingang van 1 januari 2003 geen recht op kinderbijslag heeft, omdat zij onderworpen is geweest aan de wetgeving van Duitsland.

1.4. Franzen heeft het standpunt ingenomen dat de Nederlandse wetgeving van toepassing is. Zij komt in Duitsland niet in aanmerking voor "Kindergeld".

1.5. Tussen Franzen en de Svb is in geschil of Franzen vanaf 1 oktober 2002 verzekerd is geweest voor de AKW.

2.1. De echtgenote van Giesen, geboren op 3 september 1947, woont in Nederland en heeft Nederlandse nationaliteit. In 1970 is zij in een tweetal periodes in de Bondsrepubliek Duitsland werkzaam geweest. In de periode van 19 mei 1988 tot en met 12 mei 1993 is zij opnieuw in Duitsland werkzaam geweest als zogeheten "geringfügig Beschäftigte". Op 22 september 2006 heeft Giesen een aanvraag ingediend voor een ouderdomspensioen ingevolge de Algemene Ouderdomswet (AOW). Bij besluit van 3 oktober 2007 heeft de Svb aan Giesen een AOW-pensioen en een partnertoeslag toegekend. Op het pensioen is een korting van 88% toegepast, omdat Giesen gedurende meer dan 44 jaar niet verzekerd is geweest. Op de toeslag is een korting van 16% toegepast omdat zijn echtgenote gedurende meer dan acht jaar niet verzekerd is geweest.

2.2. Giesen heeft bezwaar gemaakt tegen het besluit van 3 oktober 2007, voor zover het de korting op de toeslag betreft. Bij besluit van 20 mei 2008 is het bezwaar ongegrond verklaard.

2.3. De rechtbank Roermond heeft bij de hiervoor genoemde uitspraak het beroep tegen het besluit van 20 mei 2008 ongegrond verklaard. Naar het oordeel van de rechtbank is op grond van artikel 13, tweede lid, aanhef en onder a, van de AOW terecht een korting op de toeslag toegepast. Op grond van artikel 13, tweede lid, aanhef en onder a, van Vo 1408/71 is op degene

08/5412 AKW-P e.v.

die op het grondgebied van een andere lidstaat werkzaamheden in loondienst uitoefent, de wetgeving van die lidstaat van toepassing zelfs indien hij op het grondgebied van een andere lidstaat woont. Overwogen is dat de echtgenote van Giesen niet onder de Nederlandse wetgeving viel, nu niet aannemelijk is geworden dat zij gedurende meer dan drie maanden niet in Duitsland heeft gewerkt.

2.4. Giesen heeft het standpunt ingenomen dat op zijn echtgenote de Nederlandse wetgeving van toepassing is. Ten onrechte wordt volgens Giesen de bewijslast van de gewerkte periodes bij hem gelegd en wordt voorbijgegaan aan de verklaring van de werkgever van zijn echtgenote.

2.5. Tussen Giesen en de Svb is in geschil of de echtgenote van Giesen in de periode van 19 mei 1988 tot en met 31 december 1992 verzekerd is geweest voor de AOW.

3.1. Van den Berg, geboren 28 juli 1943, woont in Nederland en heeft de Nederlandse nationaliteit. Hij is volgens de Svb in de periode van 25 juni 1972 tot en met 24 juli 1972 en van 1 januari 1990 tot en met 31 december 1994 in Duitsland werkzaam geweest. Op 17 januari 2008 heeft Van den Berg een aanvraag ingediend voor een ouderdomspensioen ingevolge AOW. Bij besluit van 1 augustus 2008 heeft de Svb hem een AOW-pensioen toegekend. Op het pensioen is een korting van 14% toegepast, omdat Van den Berg gedurende meer dan 7 jaar niet verzekerd is geweest.

3.2. Van den Berg heeft bezwaar gemaakt tegen het besluit van 1 augustus 2008. Bij besluit van 25 november 2008 is het bezwaar gedeeltelijk gegrond verklaard en de korting alsnog vastgesteld op 10%.

3.3. De rechtbank Maastricht heeft bij de hiervoor genoemde uitspraak het beroep tegen het besluit van 25 november 2008 ongegrond verklaard.

3.4. Van den Berg heeft het standpunt ingenomen dat de Nederlandse wetgeving van toepassing is. Hij heeft als parttimer/oproepkracht slechts korte periodes gewerkt. Zijn inkomsten waren te laag om in Duitsland als premieplichtig te worden aangemerkt.

3.5. Tussen Van den Berg en de Svb is in geschil of Van den Berg in de periode van 1 januari 1990 tot en met 31 december 1994 verzekerd is geweest voor de AOW.

Nationale regelgeving

4.1. In artikel 2 van de AOW en artikel 2 van de AKW is bepaald dat ingezetene in de zin van deze wet degene is die in Nederland woont.

4.2. In artikel 3, eerste lid, van de AOW en artikel 3, eerste lid, van de AKW is - voor zover hier van belang - bepaald dat waar iemand woont naar de omstandigheden wordt beoordeeld.

08/5412 AKW-P e.v.

4.3. Ingevolge artikel 6, eerste lid, onder a, van de AOW, is verzekerd overeenkomstig de bepalingen van deze wet degene die nog niet de leeftijd van 65 jaar heeft bereikt en ingezetene is.

4.4. Bij wet van 29 april 1998, Stb. 1998, 267, is artikel 6a ingevoerd in de AOW, welke bepaling terugwerkt tot 1 januari 1989. In artikel 6a, aanhef en onder a en b, is bepaald dat zo nodig in afwijking van artikel 6 van de AOW en de daarop berustende bepalingen

a. als verzekerde wordt aangemerkt de persoon van wie de verzekering op grond van deze wet voortvloeit uit de toepassing van bepalingen van een verdrag of van een besluit van een volkenrechtelijke organisatie;

b. niet als verzekerde wordt aangemerkt de persoon van wie op grond van een verdrag of een besluit van een volkenrechtelijke organisatie de wetgeving van een andere mogendheid van toepassing is.

4.5. In artikel 13, eerste lid, aanhef en onder a, van de AOW is bepaald dat op de bedragen van het pensioen een korting wordt toegepast van 2% voor elk kalenderjaar dat de pensioengerechtigde na het bereiken van de 15-jarige, doch vóór het bereiken van de 65-jarige leeftijd niet verzekerd is geweest.

4.6. In artikel 13, tweede lid, aanhef en onder a, van de AOW is bepaald dat op de bruto-toeslag een korting wordt toegepast van 2% voor elk kalenderjaar dat de echtgenoot van de pensioengerechtigde na het bereiken van de 15-jarige, doch vóór het bereiken van de 65-jarige leeftijd van de pensioengerechtigde niet verzekerd is geweest.

4.7. Ingevolge artikel 45, eerste lid, eerste volzin, van de AOW, zoals dit artikel luidde met ingang van 1 april 1985, - voor zover hier van belang - zijn de verzekerden en gewezen verzekerden, in de gevallen, onder de voorwaarden en overeenkomstig het tarief, bij algemene maatregel van bestuur te bepalen, bevoegd tot premiebetaling over tijdvakken gelegen na het bereiken van de leeftijd van 15 jaar, doch vóór het bereiken van de leeftijd van 65 jaar, waarover zij niet verzekerd zijn of geweest zijn.

4.8. Ingevolge artikel 45, eerste lid, eerste volzin, van de AOW, zoals dit artikel luidde met ingang van 1 januari 1990, - voor zover hier van belang - kunnen de verzekerden en gewezen verzekerden, in de gevallen, onder de voorwaarden en overeenkomstig het tarief, bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te bepalen, zich vrijwillig verzekeren over tijdvakken gelegen na het bereiken van de leeftijd van 15 jaar, doch vóór het bereiken van de leeftijd van 65 jaar, waarover zij niet verzekerd zijn of geweest zijn.

4.9. Ingevolge artikel 6, eerste lid, onder a, van de AKW is verzekerd overeenkomstig de bepalingen van deze wet degene die ingezetene is.

4.10. In artikel 6a, aanhef en onder b, van de AKW, is bepaald dat zo nodig in afwijking van artikel 6 van de AKW en de daarop berustende bepalingen niet als verzekerde wordt aangemerkt een persoon op wie ingevolge een verdrag of een besluit van een volkenrechtelijke organisatie de wetgeving van een andere mogendheid van toepassing is.

08/5412 AKW-P e.v.

4.11. In artikel 2, eerste lid, aanhef en onder a, van het Besluit uitbreiding en beperking kring verzekerden volksverzekeringen (BUB) (KB 575), zoals deze bepaling luidde vanaf 1 januari 1968 tot en met 30 september 1976, en in artikel 2, eerste lid, aanhef en onder a, van het BUB (KB 557), zoals deze bepaling luidde vanaf 1 oktober 1976 tot en met 31 december 1979 is bepaald, dat niet verzekerd is de ingezetene, die buiten het Rijk in dienstbetrekking arbeid verricht en ter zake van die arbeid, krachtens een in het land, waar hij werkt, geldende wettelijke regeling inzake uitkering wegens ouderdom en overlijden alsmede inzake kinderbijslag verzekerd is.

4.12. In artikel 2, eerste lid, aanhef en onder a, van het BUB (KB 557), zoals deze bepaling luidde vanaf 1 januari 1980 tot en met 30 juni 1989, is bepaald, dat niet verzekerd is de ingezetene die buiten het Rijk in dienstbetrekking arbeid verricht en ter zake van die arbeid, krachtens een buitenlandse wettelijke regeling inzake uitkering wegens ouderdom, overlijden en langdurige arbeidsongeschiktheid, alsmede inzake kinderbijslag verzekerd is.

4.13. In artikel 10, eerste lid, van het BUB 1989 (KB 164), zoals dit luidde van 1 juli 1989 tot 1 januari 1992, is bepaald dat niet verzekerd is ingevolge de volksverzekeringen, de ingezetene die uitsluitend buiten Nederland arbeid verricht.

4.14. In artikel 10, eerste lid, van KB 164, zoals dit luidde van 1 januari 1992 tot 1 januari 1997, is bepaald dat niet verzekerd is ingevolge de volksverzekeringen, de ingezetene die gedurende een aaneengesloten periode van ten minste drie maanden uitsluitend buiten Nederland arbeid verricht.

4.15. In artikel 10, eerste lid, van KB 164, zoals dit luidde van 1 januari 1997 tot 1 januari 1999, is bepaald dat niet verzekerd is ingevolge de volksverzekeringen de ingezetene die gedurende een aaneengesloten periode van ten minste drie maanden uitsluitend buiten Nederland arbeid verricht, tenzij die arbeid wordt verricht uit hoofde van een dienstbetrekking met een in Nederland wonende of gevestigde werkgever.

4.16. In artikel 12 van het BUB 1999 (KB 746), zoals dit geldt vanaf 1 januari 1999, is bepaald dat niet verzekerd is op grond van de volksverzekeringen, de persoon die in Nederland woont en die gedurende een aaneengesloten periode van ten minste drie maanden uitsluitend buiten Nederland arbeid verricht, tenzij die arbeid uitsluitend wordt verricht uit hoofde van een dienstbetrekking met een in Nederland wonende of gevestigde werkgever.

4.17. In artikel 1, aanhef en onder a, van KB 164, evenals in artikel 1, aanhef en onder a, van KB 746, is - voor zover hier van belang - bepaald dat in deze besluiten wordt verstaan onder de volksverzekeringen: de Algemene Ouderdomswet en de Algemene Kinderbijslagwet.

4.18. Zowel KB 164 als KB 746 kennen een hardheidsclausule, respectievelijk de artikelen 25 en 24, op grond waarvan de Svb de bevoegdheid toekomt om voor bepaalde gevallen tegemoet te komen aan onbillijkheden van overwegende aard die uit de verzekeringsplicht of de uitsluiting daarvan krachtens dit besluit kunnen voortvloeien (tekst tot 21 oktober 1998) dan wel om (tekst vanaf 21 oktober 1998) artikelen van dit besluit buiten toepassing te laten of daarvan af te wijken

08/5412 AKW-P e.v.

voor zover toepassing gelet op het belang van de uitbreiding en beperking van verzekerden zal leiden tot een onbillijkheid van overwegende aard, die uitsluitend voortvloeit uit de verzekeringsplicht of de uitsluiting daarvan krachtens dit besluit (vgl. CRvB 8 december 2006, LJN AZ4059).

Europese regelgeving

5.1. In artikel 1, aanhef en onder a, van Vo 1408/71 is - voor zover hier van belang - bepaald:

“Voor de toepassing van deze verordening:

a) wordt onder ‘werknemer’ ... verstaan ieder:

i) die verplicht of vrijwillig voortgezet verzekerd is tegen een of meer gebeurtenissen, behorende tot de takken van een stelsel van sociale zekerheid voor werknemers ...;

ii) die in het kader van een stelsel van sociale zekerheid dat voor alle ingezetenen of voor de gehele beroepsbevolking geldt, verplicht verzekerd is tegen één of meer gebeurtenissen behorende tot de takken van sociale zekerheid waarop deze verordening van toepassing is:

- wanneer hij door de wijze van beheer of van financiering van dit stelsel als werknemer ... kan worden onderkend, dan wel,

- indien dergelijke criteria niet aanwezig zijn, wanneer hij verplicht of vrijwillig voortgezet verzekerd is tegen een andere in bijlage I omschreven gebeurtenis, in het kader van een voor werknemers ... ingesteld stelsel ..., dan wel, bij gebreke van zulk een stelsel in de betrokken Lid-Staat, wanneer hij beantwoordt aan de in Bijlage I gegeven definitie;

...”

5.2. In artikel 2, eerste lid, van Vo 1408/71, betreffende de personele werkingssfeer, is - voor zover hier van belang - bepaald dat Vo 1408/71 van toepassing is op werknemers op wie de wetgeving van één of meer lidstaten van toepassing is of geweest is, en die onderdanen van één der lidstaten zijn.

5.3. In artikel 13, eerste lid, van Vo 1408/71 is bepaald dat onder voorbehoud van de artikelen 14 quater en 14 septies degenen op wie Vo 1408/71 van toepassing is, slechts aan de wetgeving van één enkele lidstaat zijn onderworpen.

5.4. Ingevolge artikel 13, tweede lid, aanhef en onder a, van Vo 1408/71 is, onder voorbehoud van de artikelen 14 tot en met 17, - voor zover hier van belang - op degene die op het grondgebied van een lidstaat werkzaamheden in loondienst uitoefent, de wetgeving van die staat van toepassing, zelfs indien hij op het grondgebied van een andere lidstaat woont.

5.5. Vanaf 29 juli 1991 is in Vo 1408/71 een aparte conflictregel opgenomen, artikel 13, tweede lid, onder f, voor personen die definitief, of tijdelijk, hun werkzaamheden hebben gestaakt. Volgens deze bepaling is op degene die ophoudt onderworpen te zijn aan de wettelijke regeling van een lidstaat, zonder dat hij wordt onderworpen aan de wettelijke regeling van een andere lidstaat, de wettelijke regeling van toepassing van de lidstaat op het grondgebied waarvan hij woont overeenkomstig de wettelijke bepalingen van deze lidstaat alleen.

08/5412 AKW-P e.v.

5.6. Volgens artikel 17 van Vo 1408/71 kunnen twee of meer lidstaten, de bevoegde autoriteiten van deze staten of door deze autoriteiten aangewezen instellingen, in onderlinge overeenstemming, in het belang van bepaalde personen of groepen personen, uitzonderingen op de artikelen 13 tot en met 16 vaststellen.

5.7. In Bijlage I, onder I, punt E, is ten aanzien van Duitsland bepaald dat wanneer een Duits orgaan bevoegd is voor de toekenning van gezinsbijslagen, overeenkomstig hoofdstuk 7 van titel III van Vo 1408/71, in de zin van artikel 1, aanhef en onder a, onderdeel ii, van Vo 1408/71 als werknemer wordt aangemerkt: degene die verplicht verzekerd is tegen werkloosheid of degene die, aansluitend op deze verzekering, uitkeringen van de ziekteverzekering of soortgelijke uitkeringen verkrijgt, of elke gevestigde ambtenaar die een salaris ontvangt in verhouding tot zijn/haar ambtenarenstatus dat ten minste gelijk is aan het salaris dat, in het geval van een werknemer, zou leiden tot een verplichte werkloosheidsverzekering.

Punt van geschil

6. In de onderhavige geschillen dient de Raad te beoordelen of de Svb terecht voor Franzen en Van den Berg en voor de echtgenote van Giesen (betrokkenen) geen verzekering voor de AKW respectievelijk de AOW heeft aangenomen over de hiervoor vermelde periodes in geding. In dit verband is de vraag gerezen of betrokkenen vallen binnen de personele werkingssfeer van Vo 1408/71.

Personele werkingssfeer

7.1. Allereerst dient te worden gezien of betrokkenen in de periodes in geding kunnen worden aangemerkt als werknemer in de zin van artikel 2 van Vo 1408/71. Dit is het geval indien betrokkenen, die allen de Nederlandse nationaliteit hebben, in de periodes in geding verzekerd waren of verzekerd zijn geweest voor ten minste één gebeurtenis behorende tot de takken van een stelsel voor sociale zekerheid als bedoeld in artikel 1, aanhef en onder a, van Vo 1408/71.

7.2. Niet in geschil is dat betrokkenen in deze periodes in Duitsland werkzaamheden hebben verricht. De Svb heeft betoogd dat betrokkenen in die periodes in Duitsland verzekerd zijn geweest. Dit geldt volgens de Svb ook voor zover zij gewerkt hebben in een zogeheten "geringfügige Beschäftigung", aangezien de werknemer op grond van zo'n dienstverband ten minste verzekerd is voor de Unfallversicherung. De premieplicht voor deze verzekering rust op de werkgevers (vgl. HvJ EG 5 maart 2009, C-350/07, Kattner Stahlbau GmbH). Naar het de Raad voorkomt, moet dit betoog vooralsnog voor juist worden gehouden. In artikel 539 van het Derde Boek van de Reichsversicherungsordnung (RVO), zoals deze luidde in de periode in geding, is het volgende bepaald. "In der Unfallversicherung sind unbeschadet der par. 541 und 542, gegen Arbeitsunfall versichert die auf Grund eines Arbeits-, Dienst- oder Lehrverhältnisses Beschäftigten". Niet gebleken is dat "geringfügig Beschäftigten" van deze verzekering zijn uitgezonderd. De Raad wijst in dit verband verder op de uitspraak van het Bundessozialgericht van 19 augustus 2003, B 2 U 46/02 R. Vanaf 1997 is de Unfallversicherung opgenomen in het

08/5412 AKW-P e.v.

zevende boek van het "Sozialgesetzbuches" (SGB VII). De inhoud van de regeling is daarbij, voor zover hier van belang, niet wezenlijk gewijzigd. De Raad merkt verder op dat in de verklaring die de Bondsrepubliek Duitsland overeenkomstig artikel 5 van Vo 1408/71 heeft afgelegd, onder 4, het SGB VII als wettelijke regeling in de zin van artikel 4, eerste lid, onder e, van Vo 1408/71, is vermeld (C 210/1).

7.3. De Raad gaat er daarom van uit dat betrokkenen werknemers zijn in de zin van artikel 2, juncto artikel 1, aanhef en onder a, van Vo 1408/71.

Materiële werkingssfeer

8. Niet in geschil is dat de AOW en de AKW, waar het in deze gedingen om gaat, vallen binnen de materiële werkingssfeer van Vo 1408/71.

De aanwijsregels

9.1. Voor de beoordeling, bedoeld onder 6, is van belang of betrokkenen in de periodes in geding ingevolge artikel 13, tweede lid, aanhef en onder a, van Vo 1408/71, onderworpen zijn geweest aan de Duitse wetgeving en, zo ja, of de exclusieve werking van deze bepaling meebrengt dat de Nederlandse wetgeving niet van toepassing is.

9.2. De Raad ziet zich in dit verband gesteld voor de vraag of de door betrokkenen in Duitsland verrichte werkzaamheden meebrengen dat deze lidstaat, conform artikel 13, tweede lid, onder a, van Vo 1408/71, als de bevoegde lidstaat moet worden aangemerkt, en, zo ja, of de onderworpenheid aan de socialeverzekeringswetgeving van de werkstaat dan geldt zowel gedurende de dagen waarop de werkzaamheden worden verricht als gedurende de dagen waarop deze werkzaamheden niet worden verricht.

9.3. In het arrest van 3 mei 1990, C-2/89, punt 10 en 11 (Kits van Heijningen) is geoordeeld dat iemand die twee dagen per week, telkens gedurende twee uren, werkzaamheden in loondienst verricht, binnen de werkingssfeer van Vo 1408/71 valt indien hij voldoet aan de voorwaarden van artikel 1, aanhef en onder a, juncto artikel 2, eerste lid, van Vo 1408/71, ongeacht de hoeveelheid tijd die hij aan de uitoefening van zijn werkzaamheden besteedt. Vervolgens wijdt het Hof een aantal overwegingen aan de bepalingen van Titel II van Vo 1408/71, waartoe artikel 13 behoort:

"12 Gelijk het Hof herhaaldelijk heeft overwogen, vormen de bepalingen van titel II van verordening nr. 1408/71, waartoe artikel 13 behoort, een volledig en eenvormig stelsel van conflictregels (zie met name het arrest van 10 juli 1986, zaak 60/85, Luijten, Jurispr. 1986, blz. 2365). Deze bepalingen hebben niet alleen tot doel de gelijktijdige toepassing van verschillende nationale wettelijke regelingen en de mogelijke complicaties daarvan te voorkomen, maar ook te beletten dat binnen de werkingssfeer van verordening nr. 1408/71 vallende personen wegens het ontbreken van een toepasselijke wettelijke regeling geen enkele sociale-zekerheidsbescherming genieten.

13 Daartoe bepaalt artikel 13, tweede lid, aanhef en onder a, van verordening nr. 1408/71, dat onder voorbehoud van de artikelen 14 tot en met 17, "op degene die op het grondgebied van een Lid-Staat werkzaamheden in loondienst uitoefent, de wetgeving van die staat van toepassing is, zelfs indien hij op het grondgebied van een andere Lid-Staat woont of indien de zetel van de onderneming of het domicilie van de werkgever waarbij hij werkzaam is, zich bevindt op het grondgebied van een andere Lid-Staat".

14 Deze bepaling maakt geen enkel onderscheid naargelang de werkzaamheden in loondienst voor de volle werktijd dan wel voor een gedeelte daarvan worden uitgeoefend. Bovendien zou deze bepaling haar doel missen, indien moest worden aangenomen, dat de wettelijke regeling van bedoelde Lid-Staat slechts van toepassing is in de tijdvakken waarin de werkzaamheden in loondienst worden uitgeoefend, met uitsluiting van de tijdvakken waarin de betrokkene zijn werkzaamheden niet uitoefent.

15 Mitsdien moet op de tweede vraag worden geantwoord, dat artikel 13, tweede lid, aanhef en onder a, van verordening nr. 1408/71 aldus moet worden uitgelegd, dat iemand die binnen de werkingssfeer van deze verordening valt en voor een gedeelte van de volle werktijd op het grondgebied van een Lid-Staat werkzaamheden in loondienst uitoefent, zowel gedurende de dagen waarop hij deze werkzaamheden uitoefent, als gedurende die waarop hij dat niet doet, aan de wettelijke regeling van die staat is onderworpen."

9.4. Ten aanzien van Franzen neemt de Raad voorsnog aan dat zij in de periode in geding onderworpen is geweest aan de Duitse wetgeving. Franzen heeft gedurende twintig uur per week gewerkt als kapster. Het loon van Franzen bedroeg niet meer dan € 400,- per maand. In het arrest Kits van Heijningen (zie onder 9.3), dat betrekking had op een situatie waarin gedurende twee dagen per week, twee uur per dag, werkzaamheden zijn verricht, heeft het Hof geoordeeld dat de betrokkene onderworpen was aan de wetgeving van de lidstaat op het grondgebied waarvan hij werkte, ook op de dagen waarop hij geen werkzaamheden verrichtte. De Raad is er hierbij van uitgegaan dat Bijlage I van Vo 1408/71, waarin voor Duitsland voor de toekenning van gezinsbijslagen een beperking van de definitie van het begrip werknemer is opgenomen, slechts ziet op de vaststelling van het recht op gezinsbijslagen ingevolge de bepalingen van titel III en niet (mede) de toepassing van de aanwijsregels in Titel II betreft.

9.5. Ook ten aanzien van Van den Berg heeft de Svb op basis van mededelingen van de Nederlandse belastingdienst over de betreffende kalenderjaren vastgesteld dat hij in de gehele periode in geding in het buitenland werkzaamheden in dienstbetrekking heeft verricht. Van den Berg heeft gesteld dat de werkzaamheden slechts gedurende korte periodes zijn verricht en zijn inkomsten te laag waren om in Duitsland als premieplichtig te worden beschouwd. Hij werkte niet op alle dagen en ontving een loon van (gemiddeld) minder dan € 400,- per maand. De Raad gaat er voorsnog van uit dat Van den Berg in de periode in geding voortdurend onderworpen was aan de Duitse wetgeving.

9.6. De echtgenote van Giesen evenwel heeft in de periode in geding werkzaamheden verricht op oproepbasis ("Aushilfe") als verkoopster in een kledingwinkel. De voorwaarden waaronder een

“Beschäftigung” als “geringfügig” kan worden aangemerkt zijn in de loop der tijden gewijzigd, maar steeds ging het erom dat de werkzaamheden een bepaalde tijdsduur en/of beloning niet te boven gingen. Niet in geschil is dat de echtgenote van Giesen over de periode in geding als “geringfügig beschäftigt” moet worden aangemerkt. Als gevolg van deze kwalificatie van haar werkzaamheden is de echtgenote van Giesen in de periode in geding in Duitsland geheel uitgesloten van de sociale verzekering (met uitzondering, als gezegd, van de Unfallversicherung).

9.7. Wat betreft de duur en de regelmaat van de werkzaamheden gaat de Raad er voorsnog van uit dat de echtgenote van Giesen als oproepkracht gedurende de gehele periode in geding een aantal uren per maand heeft gewerkt, maar niet meer dan twee of drie dagen per maand. De Raad ziet voorsnog onvoldoende aanknopingspunten om niet uit te gaan van de eerste verklaringen hierover van Giesen en zijn echtgenote. De echtgenote van Giesen heeft in een verklaring van 28 september 2007 aangegeven dat zij gedurende de gehele periode een aantal uren per maand heeft gewerkt en dat zij zich de gevolgen daarvan niet heeft gerealiseerd. In het aanvullend bezwaarschrift van 27 november 2007 is namens Giesen aangevoerd dat zijn echtgenote niet meer dan twee of drie dagen per maand werkzaam is geweest op oproepbasis.

9.8. De Raad meent dat - gelet op de omstandigheden van de echtgenote van Giesen - in het genoemde arrest Kits van Heijningen en de daarin vermelde eerdere jurisprudentie van het Hof - onvoldoende aanknopingspunten zijn te vinden om op de voor te leggen vragen zelf te beslissen. In Kits van Heijningen ging het om een regelmatige dienstbetrekking (“een gedeelte van de volle werktijd”), terwijl in het geval van de echtgenote van Giesen de werkzaamheden gedurende een beperkt aantal uren per maand op basis van een oproepovereenkomst zijn verricht, waarbij de echtgenote van Giesen niet gehouden was aan de oproep gehoor te geven. De Raad wijst verder op de overweging in Kits van Heijningen dat de aanwijsregels onder meer ten doel hebben te beletten dat onder Vo 1408/71 vallende personen geen enkele sociale zekerheidsbescherming genieten. In een geval als het onderhavige zou dat echter juist het effect zijn van de kwalificatie van Duitsland als de werkstaat - en daarmee als de bevoegde lidstaat - en van de uitsluiting door Duitsland van een groot aantal sociale verzekeringen.

9.9. Vanaf 1 januari 1992 bepaalt artikel 10 van KB 164 dat niet verzekerd is ingevolge de volksverzekeringen de ingezetene die gedurende een aaneengesloten periode van ten minste drie maanden uitsluitend buiten Nederland arbeid verricht. De Svb hanteert beleid om te bepalen of betrokkene uitsluitend is onderworpen aan de wetgeving van de werkstaat. Daarvan wordt uitgegaan indien betrokkene in de werkstaat op regelmatige basis ten minste éénmaal per drie maanden werkzaam is (en hij niet werkzaam is in Nederland). Ter zitting van de Raad van 2 juni 2010 heeft de Svb aangegeven dat dit beleid een ‘verzachting’ inhoudt van het arrest Kits van Heijningen.

9.10. Denkbaar is dat met de aanwijsregels te verenigen is dat een ondergrens wordt gehanteerd ten aanzien van de duur, regelmaat en/of omvang van de feitelijk verrichte werkzaamheden. De Raad wijst in dat verband ook op artikel 13, tweede lid, aanhef en onder f, van Vo 1408/71, waarin, kort gezegd, is neergelegd dat werknemers die, definitief of tijdelijk, hun werkzaamheden in de werkstaat hebben gestaakt, zijn onderworpen aan de socialeverzekeringswetgeving van de woonstaat (vgl. Hof 4 oktober 2012, C-115/11, Format, punt 50).

08/5412 AKW-P e.v.

9.11. Het onder 9.1 tot en met 9.10 overwogene leidt ertoe het Hof in verband met de zaak Giesen te verzoeken de hieronder geformuleerde vragen 1a en 1b te beantwoorden.

Artikel 13, tweede lid, aanhef en onder a, van Vo 1408/71

10.1. In de onderhavige gedingen is niet in geschil dat betrokkenen in Duitsland op grond van hun werkzaamheden niet verzekerd zijn geweest voor de Duitse wetgeving op grond waarvan aanspraak kan ontstaan op "Altersrente" respectievelijk "Kindergeld".

10.2. Vervolgens rijst de vraag of op grond van de exclusieve werking van artikel 13, tweede lid, aanhef en onder a, juncto artikel 13, eerste lid, van Vo 1408/71, is uitgesloten dat toepassing wordt gegeven aan de Nederlandse wetgeving.

10.3.1. De Raad stelt vast dat de echtgenote van Giesen tot 1 januari 1989 - enkel gezien naar het nationale recht - als verzekerd voor de AOW moet worden aangemerkt, omdat zij in deze periode ingezetene is geweest in de zin van artikel 6, eerste lid, aanhef en onder a, van de AOW. Tussen partijen is niet in geschil dat KB 557 aan de verzekering van de echtgenote van Giesen niet in de weg stond.

10.3.2. De Raad stelt vast dat voor deze periode de zaak van Giesen grote gelijkenis vertoont met de zaak Bosmann (HvJ EG 20 mei 2008, C-352/06). Een verschil is dat het in de zaak Bosmann ging om het recht op kinderbijslag, terwijl het in de onderhavige zaak gaat om de verzekering voor een ouderdomspensioen. Daarbij verdient aantekening dat zowel voor de AKW als de AOW in gevallen als de onderhavige enkel als voorwaarde voor de verzekeringsplicht ingezetenschap wordt gesteld (vgl. wat betreft de AKW, HvJ 4 juli 1985, C-104/84, zaak Kromhout).

10.3.3. Het onder 10.1 tot en met 10.3.2 overwogene leidt tot het verzoek aan het Hof de hieronder geformuleerde vraag 2 te beantwoorden.

10.4.1. In de periode van 1 januari 1989 tot 1 juli 1989 dient de echtgenote van Giesen naar nationaal recht als niet-verzekerd voor de AOW te worden aangemerkt, echter uitsluitend op grond van artikel 6a, aanhef en onder b, van de AOW. Deze bepaling verbindt aan de omstandigheid - onder meer - dat ingevolge artikel 13, tweede lid, van Vo 1408/71, ten aanzien van een persoon de wetgeving van een andere lidstaat van toepassing is, het nationaalrechtelijke rechtsgevolg dat deze persoon niet verplicht verzekerd is voor de AOW.

10.4.2. Voorts stelt de Raad vast dat de echtgenote van Giesen in de periode van 1 juli 1989 tot 31 december 1992 en Van den Berg en Franzen in de respectievelijke periodes in geding naar nationaal recht als niet-verzekerd voor de AOW dienen te worden aangemerkt, ten eerste, op grond van artikel 6a, aanhef onder b, van de AOW en de AKW, en ten tweede, op grond van artikel 10 van KB 164, zoals deze bepaling achtereenvolgens luidde tot 1 januari 1999, en nadien op grond van artikel 12 van KB 746.

08/5412 AKW-P e.v.

10.4.3. Om te kunnen beoordelen of het Unierecht zich hiertegen verzet, is primair van belang of betrokkenen kunnen worden aangemerkt als werknemer in de zin van (nu) artikel 45 van het VWEU.

10.4.4. Het Hof heeft in het arrest van 26 februari 1992, C-357/89, punt 10 en 11 (Raulin) beslist dat het begrip werknemer een communautaire reikwijdte heeft en niet te eng moet worden uitgelegd. De arbeidsvoorwaarden van een werknemer met een oproepcontract beletten niet dat hij als werknemer in de zin van artikel 48 van het EEG-Verdrag wordt aangemerkt. Noch het geringe niveau van het belang noch de herkomst van de middelen waaruit deze worden betaald, kunnen gevolgen hebben voor de hoedanigheid van werknemer, aldus het Hof in punt 27 van zijn arrest van 4 juni 2009, C-22/08 en C-23/08, Vatsouras en Koupatantze. Voorts is in het arrest Raulin beslist dat de duur van de door de betrokkene verrichte werkzaamheden een factor is waarmee de nationale rechter rekening kan houden wanneer hij moet beoordelen of die werkzaamheden een reëel en daadwerkelijk karakter hebben dan wel zo gering zijn dat zij slechts marginaal en bijkomstig zijn.

10.4.5. Voor de Raad staat vast dat de werkzaamheden van Franzen een reëel en daadwerkelijk karakter niet kan worden ontzegd. Ten aanzien van de echtgenote van Giesen en van Van den Berg gaat de Raad er vooralsnog van uit dat ook zij als werknemer in de hier bedoelde zin kunnen worden aangemerkt, maar op basis van de nu ter beschikking staande gegevens is daarover twijfel mogelijk. De Raad acht het voor de beslissing van de onderhavige gedingen dan ook nuttig bij de toetsing van de vraag of het gemeenschapsrecht zich verzet tegen de uitsluiting van de verzekering ingevolge de AOW respectievelijk de AKW van betrokkenen, ook de bepalingen inzake het vrij verkeer van personen (thans: unieburgers) te betrekken (nu de artikelen 20 en 21 van het VWEU).

10.5.1. Volgens vaste rechtspraak van het Hof hebben de bepalingen van titel II van Vo 1408/71 die aanwijzen welke wettelijke regeling toepasselijk is op werknemers die zich binnen de Europese Unie verplaatsen, met name tot doel die werknemers in beginsel slechts aan de socialeverzekeringswetgeving van één enkele lidstaat te onderwerpen, dit om de samenloop van toepasbare nationale wettelijke regelingen en de verwickelingen die daaruit kunnen ontstaan te vermijden (Hof 14 oktober 2010, C-16/09, arrest Schwemmer, punt 40). Het primaire recht van de Unie kan niet waarborgen dat verplaatsing naar een andere lidstaat uit het oogpunt van de sociale zekerheid neutraal zal zijn. Een nationale regeling die wat betreft socialezekerheidsprestaties minder gunstig is, is slechts verenigbaar met het recht van de Unie wanneer met name deze nationale regeling de betrokken werknemer niet benadeelt ten opzichte van personen die al hun werkzaamheden uitoefenen in de lidstaat waar deze regeling van toepassing is, en wanneer zij niet zonder meer inhoudt dat sociale bijdragen worden betaald zonder dat daar een recht op prestaties tegenover staat (Hof 30 juni 2011, C-388/09, Da Silva, punten 72 en 73). De toepassing, in voorkomende gevallen krachtens de bepalingen van Vo 1408/71, van een nationale regeling die wat betreft socialezekerheidsprestaties minder gunstig is, kan in beginsel verenigbaar zijn met de vereisten van het primaire recht van de Unie inzake het vrije verkeer van personen (Hof 12 juni 2012, C-611/10 en C-612/10, Hudzinski en Wawrzyniak, punt 43).

10.5.2. De bepalingen van Vo 1408/71 moeten worden uitgelegd in het licht van artikel 48 van het VWEU. Aan Vo 1408/71 ligt ten grondslag de bevordering van het vrij verkeer van werknemers. In het arrest Bosmann (Hof 20 mei 2008, C-352/06, punten 29 en 30) heeft het Hof verwezen naar de eerste overweging van de considerans van Vo 1408/71 die stelt dat de in Vo 1408/71 opgenomen voorschriften ter coördinatie van de nationale wetgevingen inzake sociale zekerheid behoren tot de regelingen inzake het vrije verkeer van personen, en dat deze voorschriften derhalve moeten bijdragen tot de verhoging van de levensstandaard en de verbetering van de arbeidsomstandigheden. Hoewel krachtens artikel 13, tweede lid, onder a, van Vo 1408/71 op degene die op het grondgebied van een lidstaat werkzaamheden in loondienst uitoefent, de wetgeving van die staat van toepassing is, zelfs indien hij op het grondgebied van een andere lidstaat woont, neemt dit niet weg dat deze verordening er niet toe strekt de woonstaat te beletten deze persoon krachtens zijn wetgeving kinderbijslag toe te kennen. Op basis van het beginsel van exclusieve toepasselijkheid van de krachtens de bepalingen van titel II van Vo 1408/71 aangewezen wetgeving kan niet worden uitgesloten dat een lidstaat die niet de bevoegde staat is en die het recht op een gezinsbijslag niet afhankelijk stelt van voorwaarden inzake werkzaamheden in loondienst of inzake verzekering, aan een persoon die op zijn grondgebied woont een dergelijke bijslag moet toekennen, wanneer dit naar zijn recht daadwerkelijk kan (Hudzinski en Wawrzyniak, punten 48 en 49). Onder verwijzing naar het arrest van 16 juli 2009, C-208/07, Von Chamier-Glisczinsky, punt 56, heeft het Hof in het arrest Hudzinski en Wawrzyniak, geoordeeld dat men het doel van Vo 1408/71 zou miskennen en zich buiten de doelstelling en het kader van artikel 48 van het VWEU zou plaatsen, indien men Vo 1408/71 in die zin zou willen uitleggen dat een lidstaat de werknemers en hun gezinsleden geen ruimere sociale bescherming mag bieden dan uit de toepassing van Vo 1408/71 voortvloeit. Immers, de regeling van de Unie ter coördinatie van de nationale wettelijke regelingen inzake sociale zekerheid kan, behoudens uitdrukkelijke uitzonderingen in overeenstemming met de onderliggende doelstellingen ervan, niet op zodanige wijze worden toegepast dat de migrerende werknemer of zijn rechtverkrijgenden het recht verliezen op uitkeringen die enkel krachtens de wettelijke regeling van een lidstaat worden toegekend (Hudzinski en Wawrzyniak, punten 55 en 56).

10.5.3. De Raad acht het niet uitgesloten dat in de voorliggende geschillen het beginsel van de exclusieve werking van de aanwijsregels niet lijkt te zijn toegepast in overeenstemming met het doel van de aanwijsregels van Vo 1408/71 en van artikel 45 van het VWEU, inzake het vrije verkeer van werknemers. In de onderhavige gevallen biedt uitsluitend de Nederlandse nationale wetgeving betrokkenen verzekering voor de sociale risico's waarin de AOW en de AKW voorzien. Er kan dan ook worden betwijfeld of ook in de onderhavige gevallen een situatie moet worden aanvaard waarin de aanspraken ingevolge de Nederlandse regelingen als aanvullend op die ingevolge de Duitse regeling moeten gelden. Bezwaarlijk kan immers worden volgehouden dat de - door de SvB voorgestane - uitsluiting van toepassing van de Nederlandse wetgeving bijdraagt aan de doelstelling van de onderhavige bepalingen van Vo 1408/71, te weten de verhoging van de levensstandaard en de verbetering van de arbeidsomstandigheden. Immers, aan de Duitse wetgeving ligt de uitdrukkelijke keuze ten grondslag om de "geringfügig Beschäftigten" van nagenoeg het gehele socialeverzekeringsstelsel uit te sluiten. Anderzijds is hier van belang dat het Hof in het arrest van 18 juli 2007, C-213/05 (Geven) heeft geoordeeld dat de uitsluiting van de Duitse ouderschapsuitkering ten opzichte van een buiten de werkstaat

woonachtige (migrerend) werknemer niet in strijd is met Verordening (EEG) nr. 1612/68. De Duitse wetgever had met deze uitsluiting tot doel ouderschapsuitkering toe te kennen aan personen die een voldoende nauwe band hebben met de Duitse samenleving. Het Hof overwoog dat de wetgever er redelijkerwijze van heeft kunnen uitgaan dat de uitsluiting van niet-ingezetenen werknemers die in Duitsland een beroepswerkzaamheid uitoefenen in niet meer dan een beperkt dienstverband in de zin van het Duitse recht, een passende en evenredige maatregel is in het licht van het genoemde doel.

10.5.4. De Raad overweegt dat betrokkenen doordat zij gebruik hebben gemaakt van hun recht op vrij verkeer in een ongunstiger positie lijken te zijn geraakt ten opzichte van Nederlandse onderdanen die van dat recht geen gebruik hebben gemaakt. Betrokkenen zijn immers over de periodes in geding als niet-verzekerd aangemerkt, waardoor zij geen of minder aanspraken konden doen gelden. De Svb heeft betoogd dat deze aanspraken betrokkenen terecht zijn ontzegd, mede omdat Nederland niet bevoegd is premies of bijdragen van de betrokkenen te heffen, dan wel omdat deze heffing zeer moeilijk zal zijn te realiseren. De Raad merkt hierbij op dat de AKW is gefiscaliseerd, zodat premieheffing niet aan de orde is. In meer algemene zin verdient opmerking dat het hierbij gaat om een uitzonderlijke situatie: de migrerende werknemer die geheel wordt uitgesloten van de sociale verzekering. In die situatie is mogelijk aanvaardbaar dat naast de bevoegdheid tot verzekering naar nationaal recht ook een bevoegdheid tot premieheffing bestaat (vgl. artikel 6a, onder a, van de AOW).

10.5.5. De Raad vraagt zich af of het gemeenschapsrecht zich verzet tegen de toepassing in gevallen als de onderhavige van in het nationale recht opgenomen bepalingen als artikel 6a van de AOW en AKW en artikel 10 van KB 164 en artikel 12 van KB 746. In zijn rechtspraak lijkt het Hof immers niet uit te sluiten dat een lidstaat in zijn nationale regelgeving de werknemers en hun gezinsleden uitdrukkelijk een ruimere sociale bescherming biedt dan uit de toepassing van Vo 1408/71 voortvloeit, terwijl bij het (al dan niet) gebruikmaken van die bevoegdheid het gemeenschapsrecht gerespecteerd dient te worden.

10.6. De Svb heeft nog gewezen op de mogelijkheid van vrijwillige verzekering voor de AOW van de echtgenote van Giesen en van Van den Berg in aansluiting op de beëindiging van de verplichte verzekering. In het arrest van 7 juli 2005, C-227/03 (Van Pommeren-Bourgondiën) heeft het Hof met betrekking tot een wooneis, die door de Nederlandse wetgever is gesteld om verplicht verzekerd te blijven voor bepaalde takken van sociale zekerheid, geoordeeld dat deze slechts verenigbaar zal zijn met artikel 39 van het EG-Verdrag indien de voorwaarden voor vrijwillige verzekering van niet-ingezetenen niet ongunstiger zijn dan de voorwaarden die voor de verplichte verzekering voor dezelfde takken van sociale zekerheid voor ingezetenen gelden. In het arrest van 17 januari 2012, C-347/10 (Salemink), heeft het Hof onder verwijzing naar het arrest Van Pommeren-Bourgondiën beslist dat de mogelijkheid om zich vrijwillig te verzekeren in dat geval niet kon afdoen aan de inbreuk op artikel 39 van het EG-Verdrag. Het Hof overwoog dat de stappen die niet-ingezetenen werknemers die zich vrijwillig wensen te verzekeren, op eigen initiatief moeten ondernemen, alsmede de aan een dergelijke verzekering verbonden verplichtingen, zoals de inachtneming van een termijn voor het indienen van een verzekeringsaanvraag, elementen vormen die niet-ingezetenen werknemers in een minder gunstige positie plaatsen dan ingezetenen, die onder de verplichte verzekering vallen. De Raad overweegt

08/5412 AKW-P e.v.

dat ten aanzien van de echtgenote van Giesen en ten aanzien van Van den Berg dezelfde ongunstiger voorwaarden voor de vrijwillige verzekeringen gelden als genoemd in het arrest Salemink. De mogelijkheid van een vrijwillige verzekering van betrokkenen lijkt dus niet af te kunnen doen aan eventuele strijdigheid met het Unierecht van de uitsluiting van de verplichte verzekering. Daar staat tegenover dat de situatie van deze betrokkenen niet geheel overeenkomt met die in de genoemde arresten.

10.7. De vraag is ook of in gevallen als de onderhavige artikel 17 van Vo 1408/71 soelaas biedt. Deze bepaling opent de mogelijkheid voor de bevoegde autoriteiten van de lidstaten tot het - in onderlinge overeenstemming - vaststellen van uitzonderingen op de artikelen 13 tot en met 16. Daarbij geldt als voorwaarde dat zo'n vaststelling in het belang van bepaalde personen of groepen van personen dient te zijn. Zoals de Svb in haar brief aan de Raad van 7 mei 2010 in de zaak van Franzen aangeeft, brengt de toepassing van artikel 17 van Vo 1408/71 mee dat betrokkene wordt onderworpen aan de gehele socialeverzekeringswetgeving van Nederland. Alleen al de kosten van de nominale premie Zorgverzekeringswet bedragen meer dan de uitkering op grond van de AKW waar het in het geval van Franzen om gaat. Daar komt bij dat betrokkenen de toepassing van deze bepaling niet in de hand hebben, nu deze afhankelijk is van het bereiken van overeenstemming tussen de bevoegde autoriteiten. Franzen heeft een aanbod van de Svb om een poging te doen een dergelijke overeenkomst tot stand te brengen, afgewezen.

10.8. De Svb heeft betoogd dat geen toepassing kan worden gegeven aan de bij de hardheidsclausule op grond van de onderscheiden KB's verleende bevoegdheid, omdat het eventuele onbillijke karakter van de situatie niet is ontstaan door een bepaling van KB 164 dan wel KB 746, maar voortvloeit uit de exclusieve werking van artikel 13 van Vo 1408/71. De Raad overweegt dat voor zover op basis van het Unierecht geconcludeerd zou moeten worden dat (de exclusieve werking van) artikel 13 van Vo 1408/71 niet in de weg staat aan het aannemen van verzekering op grond van het nationale recht en voor zover artikel 6a van de AOW en de AKW in verband in zoverre daarmee buiten toepassing zouden moeten blijven, de Svb bevoegd moet worden geacht toepassing te geven aan de hardheidsclausule. De uitsluiting volgt dan immers nog slechts uit artikel 10 van KB 164 dan wel artikel 12 van KB 746. Voorts wijst de Raad op het arrest van 11 september 2007, C-287/05, Hendrix, punten 56 en 57, waarbij is overwogen dat ook indien een woonplaatsvoorwaarde ingevolge nationale bepalingen op zichzelf objectief gerechtvaardigd zou moeten worden geacht, op grond van het Unierecht de voorwaarde geldt dat aan de rechten die iemand in de situatie van Hendrix ontleent aan het vrije verkeer van werknemers niet méér afbreuk mag worden gedaan dan nodig is voor het rechtmatige doel dat met de nationale wettelijke regeling wordt nagestreefd. In dit verband is gewezen op vaste rechtspraak van het Hof volgens welke de nationale rechter aan het nationale recht een uitleg dient te geven die zoveel mogelijk verenigbaar is met het gemeenschapsrecht. Het voorgaande kan naar het inzicht van de Raad mogelijk ook ten aanzien van betrokkenen ertoe leiden dat de Svb zich ervan zal moeten vergewissen of het stellen van de eis dat betrokkenen niet in het buitenland werken, leidt tot een onbillijkheid van overwegende aard, gelet op het feit dat betrokkenen gebruik hebben gemaakt van het recht van vrij verkeer van werknemers.

11. Het onder 10.4.1 tot en met 10.8 overwogene leidt tot het verzoek aan het Hof de hierna geformuleerde vragen 3a en 3b te beantwoorden.

BESLISSING

De Centrale Raad van Beroep

- verzoekt het Hof bij wijze van prejudiciële beslissing als bedoeld in artikel 267 van het VWEU uitspraak te doen over de volgende vragen:

1a. Moet artikel 13, tweede lid, aanhef en onder a, van Vo 1408/71 aldus worden uitgelegd dat de ingezetene van een lidstaat die binnen de werkingssfeer van deze verordening valt en die gedurende niet meer dan twee of drie dagen per maand op basis van een oproepcontract werkzaamheden in loondienst verricht op het grondgebied van een andere lidstaat, aldaar op die grond onderworpen is aan de socialeverzekeringswetgeving van de werkstaat?

1b. Indien vraag 1a bevestigend wordt beantwoord, geldt de onderworpenheid aan de socialeverzekeringswetgeving van de werkstaat dan zowel gedurende de dagen waarop de werkzaamheden worden verricht als gedurende de dagen waarop deze werkzaamheden niet worden verricht en, zo ja, hoe lang duurt die onderworpenheid dan voort na de laatstelijk feitelijk verrichte werkzaamheden?

2. Staat artikel 13, tweede lid, aanhef en onder a, juncto artikel 13, eerste lid, van Vo 1408/71 eraan in de weg dat een migrerende werknemer op wie de socialeverzekeringswetgeving van de werkstaat van toepassing is, krachtens een nationale regeling van de woonstaat in deze laatste staat als verzekerde ingevolge de AOW wordt aangemerkt?

3a. Moet het Unierecht, in het bijzonder de bepalingen inzake het vrij verkeer van werknemers en/of het vrij verkeer van unieburgers, aldus worden uitgelegd, dat het, in de omstandigheden van de onderhavige gedingen, in de weg staat aan de toepassing van een nationale bepaling als artikel 6a van de AOW en/of AKW, inhoudende dat een in Nederland wonende migrerende werknemer aldaar wordt uitgesloten van de verzekering ingevolge de AOW en/of de AKW op de grond dat hij uitsluitend onderworpen is aan de socialeverzekeringswetgeving van Duitsland, ook in de situatie waarin deze werknemer in Duitsland als "geringfügig Beschäftigte" is uitgesloten van de verzekering voor de "Altersrente" en geen recht heeft op "Kindergeld"?

3b. Is voor de beantwoording van vraag 3a nog van belang dat de mogelijkheid bestond een vrijwillige verzekering ingevolge de AOW af te sluiten, dan wel dat de mogelijkheid bestond om de Svb te verzoeken om een overeenkomst als bedoeld in artikel 17 van Vo 1408/71 tot stand te brengen?

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

08/5412 AKW-P e.v.

Dit verzoek is gedaan door M.M. van der Kade als voorzitter en H.J. Simon en E.E.V. Lenos als leden, in tegenwoordigheid van P. Boer als griffier.

(getekend) M.M. van der Kade

(getekend) P. Boer

