Premieheffing in internationale situaties

Prof.mr. F.J.L. Pennings[1]

1 Hoogleraar internationale sociale zekerheid aan de Universiteiten van Tilburg en Utrecht.

1. Algemeen

Als iemand in een ander land gaat werken heeft hij of zij te maken met vele voor hem of haar nieuwe regels die ieder tot aparte rechtsgebieden behoren. Dat maakt het vrij verkeer of personen niet altijd eenvoudig. Voor de netto-inkomensgevolgen van grensoverschrijdend verkeer zijn de regels op het terrein van premieheffing van groot belang. De socialezekerheidsregels bij grensoverschrijdend verkeer zijn al vanaf de oprichting van de Europese Gemeenschap zeer gedetailleerd uitgewerkt en verschillen in belangrijke mate van de fiscale coördinatieregels.[2] Aangezien voor het nettoloon zowel de premieheffing als de belastingheffing zeer belangrijk zijn, is het ongelukkig dat de coördinatieregels voor het socialezekerheidsrecht en het belastingrecht zo van elkaar verschillen en niet op elkaar zijn afgestemd.

2 Voor een inleiding tot de coördinatieregels, zie F.J.L. Pennings, Grondslagen van het Europese socialezekerheidsrecht, Deventer, 2005.

Bij de vaststelling in welk stelsel premies in internationale situaties dienen te worden afgedragen is de het EU-recht van primair belang, met name Vo. 1408/71. Net zoals de fiscale afstemmingsregels, beogen de socialezekerheidsregels enkel coördinatie. Ze laten derhalve de verschillen tussen de stelsels in stand. Een belangrijk verschil is wel dat coördinatieregels op het terrein van de sociale zekerheid een sluitend multilateraal stelsel vormen, waar het HvJ EG uitspraken over kan doen. Daardoor is het bereik veel dwingender en groter dan van de fiscale regels. Een tweede belangrijk verschil is dat de socialezekerheidscoördinatieregels ook betrekking hebben op uitkeringen. Daarom alleen al is een uitgebreider stelsel nodig dan bij de fiscale afstemmingsregels. Een derde verschil is dat de socialezekerheidsregels gebaseerd zijn op art. 39 en 42 EG-Verdrag. Hieruit heeft het HvJ EG in vaste jurisprudentie afgeleid dat ze bij interpretatievragen steeds zo geïnterpreteerd dienen te worden dat ze het vrije verkeer van personen stimuleren.[3] Daarnaast betekent de verwijzing naar art. 39 van het verdrag dat elke discriminatie op grond van nationaliteit tussen werknemers van de lidstaten bij de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden verboden is.

3 Dit wordt door het Hof nadrukkelijk onderstreept bij eventuele interpretatievragen over de verordening; zie bijvoorbeeld hvJ EG 9 juni 1964, zaak 92/63, Nonnenmacher, Jur. 1964, 1261 en HvJ EG 21 oktober 1975, zaak 24/75, Petroni, Jur. 1975, 1149.

Art. 42 EG luidt als volgt:
‘De Raad stelt volgens de procedure van art. 251 de maatregelen vast welke op het gebied van de sociale zekerheid noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van het vrije verkeer van werknemers met name door een stelsel in te voeren waardoor het mogelijk is voor migrerende werknemers en hun rechthebbenden te waarborgen:

a. dat, met het oog op het verkrijgen en het behoud van het recht op uitkeringen, alsmede voor de berekening daarvan, al die tijdvakken bijeen worden geteld welke door de verschillende nationale wetgevingen in aanmerking worden genomen;

b. dat de uitkeringen aan personen die op het grondgebied van de lidstaten verblijven zullen worden betaald.’

De maatregelen die de Raad moet nemen op basis van art. 42 zijn neergelegd in de reeds genoemde coördinatieverordening, Vo. 1408/71. De volledige naam is: verordening betreffende de toepassing van de socialezekerheidsstelsels op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen. Daarnaast heeft de Raad een verordening vastgesteld met diverse voorschriften ter uitvoering van Vo. 1408/71, namelijk Vo. 574/72.[4]
Vo. 1408/71 heeft niet alleen betrekking op het grondgebied van de eu, maar ook op dat van de Europese Economische Ruimte (EER). De EER bestaat uit de lidstaten van de EG en de lidstaten van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA) die niet toegetreden zijn tot de EU, te weten Noorwegen, Liechtenstein en IJsland.
In Bijlage VI bij het EER-verdrag staan de EU-coördinatiebepalingen, i.c. Vo. 1408/71 en Vo. 574/72. Deze verordeningen gelden daarom ook voor de EER-staten. In de bijlage zijn speciale regelingen opgenomen die nodig zijn om rekening te houden met de stelsels van deze landen. De coördinatieverordening is ingevolge de overeenkomst van de Europese Gemeenschap en Zwitserland voorts ook van toepassing op Zwitserland.

4 Vo. 1408/71 is gepubliceerd in Pb L 149 van 5 juli 1971 en is sindsdien regelmatig geamendeerd. In Pb L 28 van 30 januari 1997 is een geconsolideerde versie van Vo. 1408/71 opgenomen. Voor een (niet-officiële) actuele geconsolideerde versie: europa.eu.int/eur_lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992Y1210(01):NL:HTML.

2. De personele en materiële werkingssfeer van de coördinatieverordening

De personele werkingssfeer van Vo.1408/71 is beperkt tot werknemers en zelfstandigen. Voor de bepaling van wie werknemer of zelfstandige is, zijn op de eerste plaats de definities van art. 1 van de verordening van belang.

Onder *werknemer en zelfstandige* verstaat art. 1, sub a 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 of zelfstandigen of tot een bijzonder stelsel van ambtenaren;

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 een of meer gebeurtenissen behorende tot de takken van sociale zekerheid waar deze verordening op van toepassing is:
   (a) wanneer hij door de wijze van beheer of van financiering van dit stelsel als werknemer of zelfstandige kan worden onderkend, dan wel
   (b) 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 of zelfstandigen ingesteld stelsel of sub (iii) bedoeld stelsel, dan wel, bij gebreke van zulk een stelsel in de betrokken lidstaat, wanneer hij beantwoordt aan de in Bijlage I gegeven definitie;

iii. *niet opgenomen:* betreft stelsels voor de plattelandsbevolking);

iv. die, in het kader van een stelsel van sociale zekerheid van een lidstaat, ingesteld voor werknemers of voor zelfstandigen of voor alle ingezetenen of voor bepaalde categorieën ingezetenen, vrijwillig verzekerd is tegen een of meer gebeurtenissen behorende tot de takken van sociale zekerheid waarop deze verordening van toepassing is:
   (a) indien hij al dan niet in loondienst werkzaam is, of
   (b) indien hij tevoren in het kader van een voor werknemers of zelfstandigen ingesteld stelsel van dezelfde lidstaat verplicht verzekerd is geweest tegen dezelfde gebeurtenis.

Art. 1, sub a-i wijst personen die onder een nationale werknemersverzekering vallen aan als werknemers in de zin van de verordening. Een persoon die onder de Nederlandse WW is verzekerd, is dus werknemer in de zin van de verordening. Ditzelfde geldt mutatis mutandis voor zelfstandigen en ambtenaren.
Sommige nationale socialezekerheidsstelsels stellen categorieën personen zonder arbeidsovereenkomst gelijk met werknemers. Voorbeelden uit het Nederlandse stelsel zijn (onder bepaalde voorwaarden) thuiswerkers en musici.[5] Zij vallen volgens boven genoemde definitie van werknemer dus onder de verordening.[6]
In april 2004 is een nieuwe verordening tot stand gekomen, die op termijn Vo. 1408/71 zal vervangen, Vo. 883/2004.[7] Deze verordening is het resultaat van het project van vereenvoudiging en modernisering van de coördinatieverordening, in het kader waarvan op 21 december 1998 de Europese Commissie een voorstel indiende. Er bleek namelijk behoefte aan een eenvoudiger verordening dan Vo. 1408/71.[8] Vo. 1408/71 was erg ingewikkeld geworden, onder andere vanwege de amenderingsverordeningen. De verschillen tussen de nieuwe en oude verordening zijn overigens niet zo groot. De nieuwe verordening is nog niet in werking getreden, want daarvoor is een toepassingsverordening nodig, de opvolger van de Vo. 574/72. Momenteel zijnde onderhandelingen hierover gaande; deze zullen nog geruime tijd in beslag nemen. Verwacht wordt dat Vo. 883/2004 pas in 2007 in werking zal treden.

Nadat Vo. 883/2004 in werking zal zijn getreden, zal de personenkring niet meer beperkt zijn tot werknemers en zelfstandigen; maar tot eenieder op wie de wetgeving van één of meer lidstaten van toepassing is of geweest is.
Onderdeel van de definiëring van de personenkring is en blijft dat men de nationaliteit moet hebben van één van de lidstaten. Dat geldt dus zowel voor Vo. 1408/71 als Vo. 883/2004. Onderdanen van de staten van het EER-verdrag zijn voor de verordening gelijkgesteld met onderdanen van EU-staten.[9]

5 KB 24 december 1986, Stb. 655.

6 Vo. 307/99 heeft per 1 mei 1999 ook studenten onder de personele werkingssfeer van de verordening gebracht. Dit heeft overigens slechts beperkte betekenis: zo gelden voor hen niet de aanwijsregels.

7 PB L 2004, 2001/1.

8 Com (1998) 779. Zie voor een bespreking F.J.L Pennings en G. Essers, 'Het voorstel van de Europese Commissie tot vereenvoudiging van Vo. 1408/71', SMA 2000, p. 512 e.v.

9 De verordening is echter ook van toepassing op staatlozen en vluchtelingen.

Wel is in 2003 Vo. 859/2003[10] tot stand gekomen, die bepaalt dat de bepalingen van Vo. 1408/71 van toepassing zijn op de onderdanen van derde landen die enkel door hun nationaliteit nog niet onder deze bepalingen vallen, mits ze legaal op het grondgebied van een lidstaat verblijven en zich rechtmatig binnen de Gemeenschap verplaatsen. De nieuwe verordening breidt derhalve – onder voorwaarden – de werkingssfeer van Vo. 1408/71 uit, zij het dat de verordening geen wijziging van Vo. 1408/71 behelst, maar een zelfstandige verordening is. Een belangrijke beperking op de toepasselijkheid van Vo. 859/2003 is het gevolg van een zinsnede die tijdens de onderhandelingen over de aan de tekst van art. 1 is toegevoegd: deze verordening kan niet ingeroepen worden door personen die zich in een situatie bevinden die in alle opzichten geheel in de interne sfeer van een enkele lidstaat ligt. Dit zal ook gelden in relatie van deze verordening met Vo. 883/2004. Dit betekent dat Vo. 859/2003 alleen kan worden ingeroepen in een situatie waarin de feiten in ten minste twee EU-lidstaten liggen, bijvoorbeeld als een Marokkaanse werknemer achtereenvolgens in Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk werkt. Als de kinderen van de Marokkaan (legaal) in Frankrijk wonen en hijzelf in Nederland woont en werkt, dan is Vo. 859/2003 ook van toepassing. De feiten die liggen buiten de EU, zoals in het land van herkomst, zijn voor deze bepaling niet van belang.

Vo. 859/2003 is niet van toepassing op Denemarken.[11] In de Beleidsregels van de SVB, het Nederlandse bevoegde orgaan voor detacheringsverklaringen, is opgenomen dat geen toepassing aan de nieuwe verordening wordt gegeven ten behoeve van derdelandonderdanen die in Denemarken verblijven.[12] Als bijvoorbeeld een Amerikaan eerst in Denemarken en dan Nederland verzekerd is, past de bank de verordening niet toe. Tijdvakken vervuld in Denemarken worden derhalve niet opgeteld bij Nederlandse. Ook problemen met detacheringsverklaringen kunnen zich zo voordoen. Het is sterk de vraag of deze interpretatie correct is. De mogelijkheid om zich niet te binden aan Vo. 859/2003 was gegeven aan Denemarken, gelet op de problemen die dit land kent met derdelandonderdanen. Nederland heeft dit voorbehoud niet gemaakt. Waarom zouden dan Deense tijdvakken niet meetellen bij aanspraak op een Nederlandse uitkering of voor aanvraag van een detacheringsverklaring? Ligt het niet meer voor de hand dat de uitzondering met betrekking tot Denemarken beperkt is tot toepassing door Denemarken van Vo. 859/2003?

Vo. 1408/71 is van toepassing op alle wettelijke regelingen betreffende de takken van sociale zekerheid vermeld in art. 4, lid 1. De beperking tot wettelijke regelingen blijft ook bestaan in Vo. 883/2004. Dat betekent dus dat onder andere socialezekerheidsregelingen in CAO's en aanvullende pensioenen buiten het bereik van de coördinatiebepalingen blijven.

Een andere vraag is echter of alle bepalingen van een wet die binnen de werkingssfeer van de verordening valt, onder de verordening vallen. Deze vraag kwam aan de orde in het *Rheinhold en Mahla*-arrest.[13] De

10 PB L 2003, 241/1. Voorbereid in Com 2002, 59.

11 De verordening is namelijk gebaseerd op art. 63, lid 4, EG, welk artikel voor o.a. Denemarken een opting out biedt. De andere lidstaten die hierdoor niet gebonden waren hebben zich alsnog aangesloten.

12 SVB, Beleidsregels 2004, www.svb.nl/nl/kennisbank/beleidsregels/index.jsp.

13 HvJ EG 18 mei 1995, zaak 327/92, Jurispr. 1995, I-1223.

zaak betrof de kwestie of de verordening ook van nut is, als een buitenlandse werkgever in gebreke blijft om premies te betalen voor de sociale zekerheid en nationale aansprakelijkheidsbepalingen ingeroepen worden. Werken die nu met behulp van de verordening ook grensoverschrijdend?[14] Het HVJ EG antwoordde dat voorwaarde om onder de verordening te vallen, is dat de betreffende bepaling rechtstreeks en voldoende relevant samenhangt met de wetten die volgens art. 4 onder de verordening vallen. De bepaling uit de csv die hier in het geding is, betreft niet de verplichting van een werkgever die in een andere lidstaat gevestigd is om de door hem ingevolge de Nederlandse wetgeving verschuldigde socialezekerheidspremies te betalen. Het gaat daarentegen om de verplichting van een derde die in een andere lidstaat gevestigd is, om de uitvoeringsinstelling een bedrag te betalen, omdat een in Nederland gevestigde werkgever zijn premies niet heeft betaald. Er is wel een zekere samenhang tussen de socialezekerheidsverplichtingen van de werkgever en de aansprakelijkheid van de hoofdaannemer, maar dit is slechts een indirecte samenhang. De aansprakelijkheid van de hoofdaannemer berust namelijk niet op een verhouding als die van werkgever-werknemer tussen hoofdaannemer en werknemer. Ze volgt uit het feit, dat de hoofdaannemer gebruik heeft gemaakt van de diensten van een onderaannemer, die de socialezekerheidspremies niet heeft betaald. In deze omstandigheden kan, aldus het Hof, deze aansprakelijkheid van derden niet worden geacht een rechtstreekse en voldoende relevante samenhang te vertonen met de werkingssfeer van de verordening zoals deze in art. 4 is gedefinieerd. Dit zou anders kunnen zijn wanneer voor de toepassing van de betrokken bepalingen fraude van de hoofdaannemer kan worden aangetoond. Van fraude zou sprake kunnen zijn, indien werd bewezen dat hij in feite de echte werkgever van de arbeiders is voor wie geen socialezekerheidspremies zijn betaald. Daarvan is hier echter geen sprake. In deze verhaalsprocedure kon dus geen beroep op de verordening worden gedaan.

14 Een in Nederland gevestigde onderneming verrichtte in België isolatiewerkzaamheden als onderaannemer van Rheinhold, een Belgische onderneming. In 1985 ging de onderaannemer failliet. Het bleek dat zij verschillende premies niet betaald had aan de bedrijfsvereniging. Aangezien de onderaannemer niet over voldoende middelen beschikte, sprak de bedrijfsvereniging Rheinhold tot betaling van die premies aan. Dit is mogelijk op basis van de Nederlandse Coördinatiewet Sociale Verzekeringen (CSV), welke bepaalt dat de aannemer hoofdelijk aansprakelijk is voor de premie die de onderaannemer verschuldigd is.

Ook heeft de verordening betrekking op de regelingen betreffende de verplichtingen van de werkgever of de reder met betrekking tot de in het eerste lid bedoelde prestaties. Deze bepaling is bijvoorbeeld relevant voor stelsels waarin de wet bepaalt dat de werkgever aan de zieke werknemer het loon gedurende een bepaalde periode moet doorbetalen. Nederland en Duitsland kennen bijvoorbeeld dergelijke wetgeving. In het *Paletta*-arrest[15] oordeelde het HvJ EG dat de Duitse wettelijk verplichte loondoorbetalingen bij ziekte onder de verordening valt. We kunnen er, gelet op dit arrest, veilig vanuit gaan dat ook de Nederlandse verplichting tot loondoorbetaling onder de verordening valt.[16]

15 HvJ EG 3 juni 1992, zaak 45/90, Jurispr. 1992, I-3423.

16 In de Memorie van Toelichting bij de Wet uitbreiding loondoorbetaling bij ziekte wordt dit ook door het kabinet erkend, Kamerstukken II 1995/96 24 439, nr. 3, p. 50.

3. De aanwijsregels

3.1. De algemene regeling

Een essentiële taak van een coördinatieregeling is om aan te geven welk socialezekerheidsstelsel van toepassing is. Dit geschiedt door de aanwijsregels; deze dienen te voorkomen dat er als gevolg van grensoverschrijdend verkeer tussen de lidstaten geen enkele wetgeving van toepassing is. Anderzijds moeten ze voorkomen dat er meerdere wetgevingen tegelijkertijd van toepassing zijn.
De aanwijsregels bepalen welke nationale socialezekerheidswetgeving van toepassing is. Ze zijn dwingend van aard en laten voor betrokkenen geen keuze tussen 'betere' of 'slechtere' stelsels. Aanwijsregels kunnen dus ook meebrengen dat een werknemer onder een ongunstiger stelsel verzekerd is dan dat van zijn land van herkomst of het land waar hij woont.
De meeste aanwijsregels van de verordening bepalen dat het socialezekerheidsstelsel van het werkland van toepassing is; met andere woorden: ze gaan uit van het werklandbeginsel. Dit is voor de hand liggend. Deze regel bewerkstelligt immers dat personen die bij een bepaalde werkgever werkzaam zijn dezelfde socialezekerheidspremies moeten betalen als de andere werknemers die in dat land werkzaam zijn. Dit voorkomt oneerlijke concurrentie. Oneerlijke concurrentie kan optreden als verschillen in premies toegestaan zouden worden en dat zou al heel snel leiden tot algemene verslechteringen van uitkeringsstelsels. Zo'n neerwaartse spiraal wordt ook vanuit het Gemeenschapsrecht zeer onwenselijk geacht, zie bijvoorbeeld art. 2 EG-Verdrag.[17]
De aanwijsregels houden dus in dat voor de betreffende werknemer of zelfstandige het stelsel van toepassing is waar hij of zij werkt. Hierbij is van belang de feitelijke situatie, waar betrokkene dus werkzaamheden verricht. Niet van belang is de plaats of de nationaliteit van de werkgever of de plaats waar het arbeidscontract is getekend.

Aanwijzing van het stelsel van de werkstaat betekent dat de werknemer of zelfstandige niet slechter behandeld mag worden dat de werknemers in die staat. Als referentiegroep treden alleen werknemers op in de werkstaat; de werknemer wordt dus niet vergeleken met de werknemers in de woonstaat. Deze duidelijke beperking van de referentiegroep kennen we niet in het internationale fiscale recht; in het fiscale recht kan men zich soms vergelijken met werknemers of ingezetenen in meerdere landen, zie de *Blanckaert*-zaak[18]. en *D*-zaak.[19] Dat wil niet zeggen dat een dergelijk beroep steeds succesvol is, maar soms is het voor het Hof moeilijk om precies te beargumenteren waarom dat beroep niet slaagt. In de sociale zekerheid is dit eenvoudiger.
Het voorgaande hangt ook samen met het kenmerk van de aanwijsregels dat ze exclusieve werking hebben. Hiermee wordt bedoeld dat slechts één socialezekerheidsstelsel van één lidstaat tegelijkertijd op een werknemer of zelfstandige van kracht is.

17 Zie ook F.J.L. Pennings, Heeft het werklandbeginsel zijn langste tijd gehad?, Deventer, 2003.Voor een andere benadering, zie Anna Christensen and Mattias Malmstedt, 'Lex Loci Laboris versus Lex Loci Domicilii - an inquiry into the normative Foundations of European Social Security Law', European Journal of Social Security 2000, p. 69.

18 HvJ EG 8 september 2005, zaak 512/03.

19 HvJ EG 5 juli 2005, zaak 376/03.

De aanwijsregels bepalen welk nationaal socialezekerheidsstelsel van toepassing is. In dat stelsel is men verzekerd en moet men premie betalen. In zijn algemeenheid is men als het verzekerdrisico intreedt ook aangewezen op uitkering uit dat stelsel.[20] De staat waarvan het stelsel aangewezen wordt, wordt de *bevoegde staat* genoemd. Meestal is dat dus de werkstaat.

Uit de exclusieve werking volgt dat op een Nederlander die alleen in België werkt uitsluitend het Belgische socialezekerheidsrecht van toepassing is. België wordt in dit geval de bevoegde staat genoemd. Tijdens de periode dat het Belgische recht van toepassing is moet de Nederlander premies betalen aan de Belgische socialezekerheidsinstanties. Als hij ziek wordt, moet hij een beroep doen op een Belgische ziekte-uitkering. Ook al woont hij in Nederland, hij is niet verzekerd onder de Nederlandse sociale zekerheid, dus ook niet onder de AOW of AWBZ (behalve eventueel vrijwillig).

Het is mogelijk dat een werknemer ook met behulp van de samentellingsregels niet kan voldoen aan de uitkeringsvoorwaarden van de aangewezen regeling. Hij heeft dan geen recht op uitkering in het land dat door de verordening aangewezen is (meestal dus het werkland). Dit is zuur voor de betrokkene, vooral als hij in het land van herkomst wèl recht op een uitkering zou hebben gehad. Ook is denkbaar dat hij in het land van herkomst een hogere uitkering zou hebben gehad. Toch kan deze werknemer uitsluitend een beroep doen op het aangewezen stelsel; met andere woorden, deze ongunstige effecten van het grensoverschrijdende verkeer worden door de coördinatieverordening niet weggenomen. De bedoelde nadelen volgen immers uit het ontbreken van harmonisatie van nationale stelsels en de verordening kan slechts coördineren.

Als aanwijsregels een bepaald nationaal stelsel aanwijzen, is het van essentieel belang dat het aangewezen stelsel werknemers niet alsnog door zijn grensnormen uitsluit. Stel dat een Belg als zelfstandige werkzaam is in Nederland, terwijl hij in België woont. Het stelsel dat op hem van toepassing is, is het Nederlandse. Om verzekerd te zijn voor de AOW of Anw is echter vereist, dat hij in Nederland ingezetene is of aan de loonbelasting onderworpen is. Daar voldoet deze persoon niet aan. De Nederlandse grensnormen zouden dus meebrengen dat deze persoon niet onder het Nederlandse stelsel valt.

Art. 13, lid 2, sub a bepaalt dat op degene die op het grondgebied van een lidstaat werkzaamheden in loondienst uitoefent de wetgeving van toepassing is van die staat, *zelfs* indien hij op het grondgebied van een andere lidstaat woont. Art. 13, lid 2, sub b geeft een vergelijkbare regeling voor zelfstandigen. Het woord *zelfs* moet bewerkstelligen dat in het voorbeeld de Belg toch aangesloten is bij het Nederlandse stelsel, ook al voldoet hij niet aan aansluitingsvoorwaarden die verwijzen naar het grondgebied van de betreffende staat (woonplaatseisen).

Dit wordt de *sterke werking* van aanwijsregels genoemd. Met sterke werking van de aanwijsregels wordt bedoeld, dat als op grond van de

20 Hierop gelden wel bepaalde uitzonderingen die in titel iii van de verordening zijn opgenomen. Ze bepalen voor de daar genoemde uitkeringen dat de uitkering of aanvulling daarop door een bepaalde lidstaat betaald moet worden. Grensarbeiders zijn bijvoorbeeld aangewezen op een werkloosheidsuitkering uit de woonstaat.

in de nationale wetgeving neergelegde territoriale criteria het eigen rechtsstelsel niet toepasselijk is, het betreffende stelsel op grond van de verordeningsbepaling wèl toepasselijk is. Dit geschiedt doordat de aanwijsregel woonplaatseisen uitschakelt, voorzover deze de betreffende persoon hadden willen buitensluiten. De sterke werking heeft derhalve als effect, dat men verzekerd is tegen de territorialiteitsregels van de nationale wetgeving in. Dat art. 13, lid 2, sterke werking heeft, is door het HvJ EG bevestigd in het *Kuijpers*-arrest.[21]

In het *Commissie tegen Frankrijk*-arrest[22] ging het om de vraag of een bepaalde heffing, die *belasting* werd genoemd, onder het bereik van Vo. 1408/71 viel. De regeling trof met name migrerende en grensarbeiders, die in de werkstaat sociale premies moeten betalen en in de woonstaat (Frankrijk) de bedoelde belasting. De belasting diende namelijk voor de financiering van de sociale zekerheid van Frankrijk. Als gevolg hiervan moesten grensarbeiders in twee landen bijdragen aan de financiering van de sociale zekerheid. De exclusieve aanwijzing van de socialezekerheidsregels van de werkstaat werd door de Franse regeling doorkruist.

Het HvJ EG oordeelde dat een werknemer die over hetzelfde inkomen wordt belast met sociale lasten ingevolge de toepassing van meerdere nationale wetgevingen, terwijl hij slechts voor één van die wetgevingen als verzekerde kan gelden, blootstaat aan een dubbele premieheffing die onverenigbaar is met art. 13. Het Hof was het niet met het standpunt van de Franse regering eens dat de heffing buiten de werkingssfeer van Vo. 1408/71 valt. Het doorslaggevende element voor de toepassing van Vo. 1408/71 is, aldus het Hof, dat er een rechtstreekse en voldoende relevante samenhang is van de betrokken bepaling met de wetten die de in art. 4 genoemde takken van sociale zekerheid regelen. Bij een andere opvatting zou het verbod van cumulatie van de toepasselijke wetgevingen elke nuttige werking verliezen. De Europese Commissie kreeg dus gelijk in haar stelling dat de Franse regeling in strijd was met het Gemeenschapsrecht.

Indien een bepaald socialezekerheidsstelsel is aangewezen, kan men zich hieraan niet onttrekken door te beargumenteren dat men geen voordeel daarvan heeft. Dit uitgangspunt, dat volledig past binnen de hierboven gegeven systematiek van de aanwijsregels, werd door het Hof bevestigd in het *Molenaar*-arrest.[23]

3.2. Werken in meer dan één lidstaat

Er zijn situaties die gecompliceerder zijn dan die van een werknemer die in één lidstaat werkt. Zo kan iemand twintig uur per week in België en twintig uur per week in Nederland werken. De verordening regelt met het oog hierop dat op personen die op het grondgebied van twee of meer lidstaten werkzaamheden in loondienst plegen uit te oefenen, de wetgeving van de *woonstaat* van toepassing is indien ze ook in die staat werken (art. 14, lid 2, sub b-i). Als personen in meer dan één lidstaat in loondienst plegen te werken en in geen van die staten

21 HvJ EG 23 september 1982, zaak 276/81, Jurispr. 1982, 3027.

22 HvJ EG 15 februari 2000, zaak 34/98, Jurispr. 2000, I-995.

23 HvJ EG 5 maart 1998, zaak 160/96, Jurispr. 1998, I-880.

wonen, dan is de wetgeving van toepassing van de lidstaat op het grondgebied waarvan de zetel van de werkgever gevestigd is bij wie zij werkzaam zijn (art. 14, lid 2, sub b-ii).
De regel dat iemand die gelijktijdig beroepswerkzaamheden in twee lidstaten uitoefent, onderworpen is aan het stelsel van het land waarin hij woont (indien hij daar ook werkt), kan opmerkelijke effecten hebben, met name als iemand in het woonland werkzaamheden van ondergeschikte aard aanneemt. Stel dat iemand docent is in Leuven en in Nederland woont. Als hij het huiswerk van zijn leerlingen nakijkt, zijn lessen voorbereidt of de administratie van school doet, is hij strikt genomen aan het werk en dan zou het Nederlandse stelsel van toepassing zijn. De verordening kent geen nadere regeling voor dergelijke situaties. In de Beleidsregels van de SVB is een regeling getroffen voor werkzaamheden van louter ondergeschikte aard (par. 1.2.5, Deel ii).[24] Dergelijke werkzaamheden worden voor de toepassing van de aanwijsregels in ieder geval buiten beschouwing gelaten als aan de volgende criteria is voldaan:

- de werkzaamheden hebben een ondersteunend karakter en ontberen zelfstandigheid;
- in het algemeen worden de werkzaamheden thuis verricht;
- de verrichte werkzaamheden staan in dienst van de hoofdactiviteit die in de andere lidstaat wordt uitgeoefend;
- de duur van de werkzaamheden is in relatieve en absolute zin beperkt; indien minder dan twee uur per week wordt gewerkt, worden de werkzaamheden altijd buiten beschouwing gelaten.

Deze criteria zijn niet in de verordening of in de jurisprudentie van het HvJ EG terug te vinden. Het is echter aannemelijk dat ze wel geaccepteerd zullen worden door het HvJ EG, aangezien anders de toepassing van de regels vrijwel onmogelijk gecontroleerd kan worden. Vo. 883/2004 kent wel een aanknopingspunt voor deze benadering, zie hierna.
Merk op dat de criteria voor de uitsluiting slechts werk van louter ondergeschikte aard uitsluiten: werk voor een andere werkgever dan die in de andere lidstaat of werk op een werkplaats heeft wel invloed op de aanwijsregels, ook al is dit van marginale aard (ook al heeft het ongewenste gevolgen).
Vo. 883/2004 hanteert hetzelfde principe bij het werken in twee lidstaten, maar verlangt tevens dat betrokkene een substantieel gedeelte van zijn werkzaamheden verricht in de woonstaat, wil het stelsel daarvan van toepassing zijn. Deze regeling is een belangrijke verbetering ten opzichte van de huidige regeling van Vo. 1408/71.
In de uitvoeringsverordening – die nog moet worden vastgesteld – zal worden bepaald hoe het begrip ‘substantieel’ moet worden geïnterpreteerd.

Bij iemand die gewoonlijk op het grondgebied van twee of meer lidstaten werkzaamheden als *zelfstandige* (‘anders dan in loondienst’)

24 SVB, Beleidsregels 2004, www.svb.nl/nl/kennisbank/beleidsregels/index.jsp.

uitoefent, geldt ingevolge Vo. 1408/71 hetzelfde principe: de wetgeving is van toepassing van de staat waar hij woont, als hij in die staat ook als zelfstandige werkt (art. 14 bis, lid 2).
Niet nader is geregeld binnen welk tijdvak bekeken dient te worden of iemand gewoonlijk in twee lidstaten werkzaam is. Volgens de beleidsregels van de SVB (par.1.2.8, Deel II) houdt de bank rekening met in een lidstaat verrichte werkzaamheden, indien de werkzaamheden met een regelmaat van ten minste een dag per drie maanden worden verricht. Deze bepaling is wat willekeurig, maar noch de regelgeving noch de jurisprudentie van het Hof geven aanknopingspunten voor een andere benadering.

3.3. Werken in de ene lidstaat in loondienst en in de andere lidstaat als zelfstandige

Als iemand gelijktijdig werkzaamheden in loondienst en werkzaamheden anders dan in loondienst in verschillende lidstaten verricht, dan is de wetgeving van de lidstaat van toepassing waar hij werkzaamheden in loondienst verricht (art. 14 quater, sub a). We zien hier weer een ander principe dat de doorslag geeft bij de keuze tussen twee stelsels, namelijk werknemerschap heeft voorrang op zelfstandige arbeid. Dit geldt ongeacht de omvang van de respectievelijke werkzaamheden.
Het effect van deze aanwijsregel is dat premie wordt geheven volgens de regels van het land waar men als werknemer werkzaam is over alle inkomsten, dus ook in de andere lidstaat over de inkomsten uit werkzaamheden als zelfstandigen. De premieheffing geschiedt derhalve volgens de regels van het aangewezen land; naar dit land gaan de premies en hier is betrokkene verzekerd. Als een verzekerdrisico intreedt, is hij hier aangewezen op uitkering.
Probleem is nu dat er lidstaten zijn met een goede bescherming voor zelfstandigen en daarmee corresponderende hoge premies; andere landen kennen geen zelfstandigenregelingen of slechts regelingen met lage premies. Het kan dan ook aantrekkelijk zijn voor zelfstandigen die aan de hoge premies willen ontkomen om een baantje als werknemer in een lidstaat met lage zelfstandigenpremies aan te nemen.
Art. 14 quater, sub b kent met het oog hierop een merkwaardige uitzondering op het beginsel van exclusieve werking van de aanwijsregels: een persoon kan aan de wetgeving van twee lidstaten onderworpen zijn wanneer hij gelijktijdig in de ene lidstaat als werknemer en in een andere lidstaat als zelfstandige werkt. Met de uitzondering wordt beoogd te voorkomen dat zelfstandigen de (hoge) socialezekerheidspremies voor zelfstandigen ontwijken. Systematisch gezien is de uitzondering echter zeer bedenkelijk.
Van de mogelijkheid van zulke gelijktijdige toepassing van nationale wetgevingen moet de betreffende lidstaat melding maken. Deze mededeling wordt opgenomen Bijlage VII. België heeft van deze regeling gebruik gemaakt: als iemand werkzaamheden anders dan in loondienst in België uitoefent, en werkzaamheden in loondienst in een andere lidstaat, behalve Luxemburg, uitoefent, dan is deze regeling van

toepassing. Dit betekent dat iemand die in België als zelfstandige werkt en in Nederland als werknemer, over zijn inkomsten als zelfstandige premies in België betaalt en over zijn loon als werknemer premies in Nederland. De toepassing van deze bepaling was aan de orde in het De *Jaeck*-arrest.[25]

25 HvJ EG 30 januari 1997, zaak 340/94, Jurispr. 1997, I-461. I-461. Zie ook Van der Steen in Tijdschrift voor Europees recht, 1996.

Het HvJ EG overwoog dat de begrippen 'werknemer' en 'zelfstandige' in de verordening verwijzen naar de definities van deze begrippen in de socialezekerheidswetgevingen in betreffende de lidstaten
Vo. 883/2004 kent een belangrijke vereenvoudiging, en wel door versterking van het beginsel van de exclusieve werking van de aanwijsregels. De nieuwe verordening kent derhalve enkel de huidige hoofdregel. Daarmee ligt overigens het probleem waarvoor de uitzondering was bedoeld weer op tafel: de mogelijkheid dat zelfstandigen hogere premieheffingen voor zelfstandigenstelsels proberen te ontlopen.

3.4. Werking aanwijsregels buiten grondgebied EU

Voor sommige situaties bleek de verordening niet in aanwijsregels te voorzien. Een voorbeeld is te vinden in het *Aldewereld*-arrest.[26] Het ging om een Nederlander die in dienst trad van een in Duitsland gevestigde onderneming, die hem onmiddellijk na indienstneming uitzond naar Thailand. Hij kreeg op gegeven moment een aanslag voor de premies Nederlandse volksverzekeringen. Als hij in Duitsland werkte, zou dit niet kunnen in verband met de werking van de aanwijsregels. Hoe was echter de situatie nu hij buiten het grondgebied van de EU werkte?

26 HvJ EG 29 juni 1994, zaak 60/93, Jurispr. 1994, I-2991.

Het HvJ EG oordeelde dat alleen het feit dat een werknemer buiten het grondgebied van de Gemeenschap werkt, niet verhindert dat de Gemeenschapsregels inzake het vrije verkeer van werknemers van toepassing zijn. Voorwaarde is wel dat de arbeidsverhouding een voldoende nauwe aanknoping met dat grondgebied behoudt. Bij Aldewereld bestond een dergelijke aanknoping, omdat deze werknemer uit de Gemeenschap in dienst was van een onderneming uit een andere lidstaat. Daardoor was hij aangesloten bij de socialezekerheidsregeling van die staat. Maar onder welk stelsel viel hij nu? In het algemeen zijn, aldus het HvJ EG, de woonplaats van de werknemer en de plaats waar de werkgever is gevestigd de enige aanknopingsfactoren met de wetgeving van een lidstaat. Deze aanknopingspunten moesten ook nu gebruikt worden, nu er niets geregeld was in de verordening met betrekking tot deze situatie, aldus het Hof. De woonstaat van de werknemer is in het stelsel van de verordening een ondergeschikte regel. Dit criterium wordt slechts toegepast wanneer de wetgeving van de woonstaat een relatie heeft met de arbeidsverhouding. Wanneer de werknemer dus niet woont in één van de lidstaten waar hij werkt, wordt gewoonlijk de wetgeving van de staat van de zetel van de werkgever toegepast. In de zaak van Aldewereld kon de wetgeving van de woonstaat van de werknemer niet worden toegepast, want die wetgeving had geen enkel aanknopingspunt met de arbeidsverhouding.

Dit was wel het geval met de wetgeving van de staat waar de werkgever is gevestigd. Deze laatste moest derhalve worden toegepast. Dit betekende dus dat de Duitse wetgeving van toepassing was, en dat de Nederlandse premie-aanslagvolksverzekeringen niet opgelegd mocht worden.

4 Detachering

4.1. Detachering van werknemers

Indien het stelsel van het werkland van toepassing zou zijn in elke situatie dat een werknemer in het buitenland gaat werken, dan zou het vrije verkeer van werknemers ernstig belemmerd kunnen worden. Neem als voorbeeld een hoogleraar sociaal recht, verbonden aan een Nederlandse universiteit, die een college arbeidsrecht geeft aan de Universiteit van Gent. Het zou voor hem en zijn werkgever onaantrekkelijk zijn voor deze ene dag al premies te moeten betalen in België. Het levert administratieve rompslomp op en geen mogelijke voordelen in de uitkeringssfeer. Vandaar dat de verordening een uitzondering maakt op de hoofdregel, dat het stelsel van het werkland van toepassing is. Dit heet detachering.

Detachering is een politiek gevoelig onderwerp, aangezien het soms oneerlijke concurrentie op kan leveren. Het gevolg van detachering is immers dat de betreffende werknemers onderworpen blijven aan de premies in de uitzendende staat. De premies in de uitzendende staat kunnen lager zijn dan in de staat waar de werkzaamheden worden verricht. Het uitzendende bedrijf heeft dan een concurrentievoordeel ten opzichte van werkgevers die premies moeten betalen volgens de nationale regels. Dit effect van de detacheringsbepalingen is geoorloofd, het volgt immers uit de toepassing van de verordening. Het zal echter duidelijk zijn dat de (ontvangende) lidstaten hier erg kritisch naar kijken. Dit is te meer het geval aangezien de voorwaarden voor detachering soms moeilijk te controleren zijn.

De verordening geeft geen definitie van de term detachering.[27] Uit de voorwaarden die art. 14 stelt blijkt echter dat het gaat om een situatie waarin een werkgever een werknemer naar een andere lidstaat stuurt om daar voor hem tijdelijk werkzaamheden uit te voeren, terwijl dit voor rekening van die werkgever geschiedt. Philips kan bijvoorbeeld een monteur sturen naar Duitsland om een geluidsinstallatie in het nieuwe parlementskantoor te controleren, waarbij de rekening voor de werknemer naar Philips gaat en de werknemer ook zijn loon van Philips krijgt.

De detacheringsbepaling is te vinden in art. 14, lid 1. Deze bepaling houdt in dat een werknemer die op het grondgebied van een lidstaat werkzaamheden in loondienst verricht voor een onderneming waaraan hij normaal verbonden is, en door deze onderneming *gedetacheerd* wordt om in een andere lidstaat voor rekening van deze onderneming arbeid te verrichten, onderworpen blijft aan de sociale wetgeving van eerstbedoelde lidstaat. Voorwaarde voor toepassing van deze bepaling

27 Zie voor literatuur over arbeidsrechtelijke aspecten van detachering, M. Houwerzijl, De Detacheringsrichtlijn, Deventer, 2004; en J. Cremers en P. Donders (red.), The Free Movement of Workers in the European Union, Brussel, 2004.

is dat de werknemer niet mag worden uitgezonden ter vervanging van een andere persoon wiens detachering beëindigd is. Ook geldt dat een beroep op art. 14 slechts voor een beperkte periode mogelijk is, namelijk voor maximaal twaalf maanden. Als de te verrichten arbeid door onvoorziene omstandigheden langer duurt dan de oorspronkelijk voorziene termijn, kan de detachering[28] eenmaal verlengd worden met twaalf maanden; in dit geval is echter vereist dat toestemming gegeven wordt door de lidstaat waar betrokkene naar gedetacheerd is.[29] Uit de Beleidsregels van de SVB (par. 1.2.8.5, Deel II) blijkt dat de bank geen stringent beleid voert bij het geven van toestemming: een aanvraag voor verlenging volstaat.[30] Deze praktijk past niet helemaal bij de strikte bewoordingen van art. 14.
In Besluit 181 heeft de Administratieve Commissie nadere criteria vastgelegd voor de toepassing van de detacheringsbepalingen van Vo. 1408/71.[31] Deze zijn de volgende. Er dient tussen de uitzendende onderneming en de werknemer een organische band te bestaan. Onder organische band wordt verstaan dat de werknemer onder gezag staat van de detacherende onderneming; de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de detacherende onderneming moet dus blijven bestaan. Ook dient de uitzendende onderneming het salaris direct of indirect te blijven doorbetalen. De detacherende onderneming is onder andere verantwoordelijk voor aanwerving, arbeidsovereenkomst, ontslag en het vaststellen van de aard van de werkzaamheden van de betreffende werknemer.
Ten tweede is van belang dat er banden bestaan tussen de onderneming en de staat waar deze is gevestigd. Om hieraan te voldoen, moet de onderneming op het grondgebied van de lidstaat van vestiging doorgaans activiteiten van betekenis verrichten.
Denkbaar is dat de onderneming bij wie een werknemer gedetacheerd is, deze werknemer 'doordetacheert' aan een andere onderneming in de ontvangende staat of zelfs weer aan een derde lidstaat. Besluit 181 stelt dat de detacheringsbepalingen dan niet van toepassing zijn (art. 4).
Besluit 181 kent voorts een aantal controlebepalingen. Zo moet het bevoegde orgaan van het uitzendende land (in Nederland de SVB) de inlener en de werknemer passend informeren over de voorwaarden waaraan ze moeten voldoen. Onderdeel daarvan is dat de werkgever ervan op de hoogte wordt gesteld dat er, gedurende de gehele detacheringsperiode, controles mogelijk zijn om na te gaan of de detacheringsperiode is beëindigd. De controles hebben met name betrekking op de vraag of premies betaald zijn en op het voortbestaan van de organische band. De gedetacheerde werknemer en zijn werkgever moeten het bevoegde orgaan van het uitzendende land bovendien informeren over een aantal aspecten van de detachering.

In Vo. 883/2004 heeft art. 12 betrekking op detachering. Art. 12, lid 1, betreft de situatie van iemand die werkzaamheden in loondienst verricht in een lidstaat voor rekening van een werkgever die daar zijn werkzaamheden normaliter verricht en die door die werkgever wordt

28 Met 'detachering' bedoelen we hier: een beroep op art. 14, lid 1. Detachering in arbeidsrechtelijke zin is niet aan deze termijnen gebonden. Na de termijn van art. 14 dient men bij voortgezette uitzending premies te betalen in het werkland.

29 Art. 14, eerste lid, sub b.

30 SVB, Beleidsregels 2004, www.svb.nl/nl/kennisbank/beleidsregels/index.jsp.

31 Pb L 329/73 van 14 december 2001.

gedetacheerd om voor zijn rekening werkzaamheden te verrichten. Deze persoon blijft onderworpen aan de wetgeving van de eerstbedoelde lidstaat, mits de te verwachten duur van de werkzaamheden niet meer dan 24 maanden bedraagt en de betrokkene niet wordt uitgezonden om een ander te vervangen. Deze bepaling staat derhalve een detacheringsperiode toe van 24 maanden. Dit is langer dan onder de huidige verordening, die slechts detachering voor een maximum van 12 maanden toestaat, zij het dat een verlenging van 12 maanden in onvoorziene omstandigheden mogelijk is. De nieuwe tekst laat geen verlenging meer toe.

4.2. Detachering van zelfstandigen

Ook zelfstandigen kunnen gedetacheerd worden, en wel op basis van art. 14 bis Vo. 1408/71. Dit artikel luidt dat op degene die op het grondgebied van een lidstaat gewoonlijk werkzaamheden anders dan in loondienst uitoefent en op het grondgebied van een andere lidstaat arbeid verricht, de wetgeving van de eerstbedoelde lidstaat van toepassing is, mits de te verwachten duur van de arbeid niet meer dan twaalf maanden bedraagt. Het tweede lid van dit artikel kent, net als bij werknemers, de mogelijkheid om in onvoorziene gevallen de detacheringsperiode met maximaal twaalf maanden te verlengen.
In de vorige paragraaf is al gesproken over mogelijke oneerlijke concurrentie. Deze speelt bij detachering van zelfstandigen nog sterker dan bij werknemers. Denk aan iemand die gaat werken als timmerman op een bouwproject in een andere lidstaat, terwijl hij een detacheringsverklaring *als zelfstandige* heeft. Er doet zich dan met name een probleem voor als de nationale werknemers in het gastland dit werk verrichten als werknemer. De gedetacheerde betaalt dan in de regel aanmerkelijk lagere premies (te betalen aan de uitzendende staat) dan de nationale werknemers en hun werkgevers. Soms rijst in deze gevallen de vraag of betrokkene wel terecht een detacheringsverklaring als zelfstandige heeft ontvangen. Sommige lidstaten hebben er belang bij zo veel mogelijk mensen te detacheren. Er bestaat dan het risico dat ze te royaal detacheringsverklaringen afgeven. Dat scheelt in het aantal werklozen en is gunstig voor de betreffende bedrijven. In het *Banks*-arrest[32] kwam deze problematiek aan de orde.

> Banks was een Britse operazanger, die in het Verenigd Koninkrijk woonde, waar hij gewoonlijk werkzaam is. Hij was daar als zelfstandige aan de Britse socialezekerheidsregeling onderworpen. Hij en zijn collega's werden voor minder dan drie maanden per jaar geëngageerd in België. De Belgische schouwburg hield op hun gages de premies in voor de werknemersverzekeringen. Banks had echter een E-101-verklaring, afgegeven door de Britse minister van Sociale Zaken, overlegd. Hierin werd verklaard dat betrokkene als zelfstandige werkzaam was en dat hij conform art. 14 bis onderworpen bleef aan de Britse sociale zekerheid.

32 HvJ EG 30 maart 2000, zaak 178/97, Jurispr. 2000, I-2005.

Banks meende dus dat de Belgische werknemerspremies niet op zijn gage mochten worden ingehouden en vorderde deze bedragen terug. In deze zaak was de interpretatie van de detacheringsbepaling, art. 14 bis punt 1, sub a, van belang: op degene die op het grondgebied van een lidstaat gewoonlijk werkzaamheden anders dan in loondienst uitoefent en op het grondgebied van een andere lidstaat *arbeid verricht*, blijft de wetgeving van de eerstbedoelde lidstaat van toepassing. Hoe moet het begrip arbeid worden uitgelegd? De Duitse, Nederlandse en Franse regering hadden betoogd dat hieronder moest worden verstaan: arbeid anders dan in loondienst. Volgens hen moest de aard van de arbeid worden beoordeeld aan de hand van de criteria van de werkstaat. In dit geval was dat België, hetgeen zou inhouden dat er sprake was van arbeid in loondienst. Art. 14 bis zou daarom niet toegepast kunnen worden.
Het Hof sloot zich echter aan bij Banks, die stelde dat de term arbeid betrekking heeft op elke arbeidsprestatie, al dan niet in loondienst. Dat betekent dat ook iemand die werkzaamheden als werknemer gaat verrichten gedetacheerd kan worden als zelfstandige. De Duitse en Nederlandse regering hadden opgemerkt dat als het begrip arbeid niet beperkt zou zijn tot uitsluitend werkzaamheden anders dan in loondienst, dit ernstige gevolgen zou hebben. Die interpretatie zou er toe leiden dat een ieder zich kan aansluiten bij de socialezekerheidsregeling voor zelfstandigen van een lidstaat waar de premies gering zijn, en wel uitsluitend om zich naar een andere lidstaat te gaan om daar gedurende een jaar werkzaamheden in loondienst te verrichten, zonder in laatstgenoemde staat de veel hogere premies te betalen. Het HvJ EG relativeerde deze vrees; betrokkene moet immers wel gewoonlijk werkzaamheden anders dan in loondienst op het grondgebied van een lidstaat hebben uitgeoefend, om een beroep te kunnen op art. 14 bis. Dit betekent dat betrokkene doorgaans activiteiten van betekenis in de lidstaat van vestiging heeft vervuld. Hij moet dat een bepaalde tijd hebben gedaan voordat hij gebruik kan maken van de detacheringsbepaling. Hij moet ook de middelen aanhouden voor uitoefening van zijn activiteiten na zijn terugkeer. Bovendien moet het gaan om werkzaamheden op het grondgebied van een andere lidstaat waarvan de inhoud en de duur vooraf zijn bepaald en waarvan de echtheid door middel van overlegging van contracten moet kunnen worden aangetoond.
Dit is inmiddels in Besluit 181 vastgelegd. Besluit 181 noemt de volgende elementen die betrokkene als de infrastructuur moet aanhouden in de detacherende staat: het gebruik van een kantoor, betaling van socialezekerheidspremies, betaling van belastingen, bezit van de beroepskaart en een btw-nummer of de inschrijving bij handelskamers of beroepsorganisaties (afhankelijk van de wettelijke bepalingen in de betreffende staat).
Het Hof geeft in het *Banks*-arrest aan het begrip ‘arbeid’ in art. 14 bis een erg ruime betekenis. In de onderhavige zaak ging het om een enigszins uitzonderlijk beroep, operazanger. De gevolgen worden

echter groter als het gaat om bouwvakkers: als deze met detacheringsverklaringen als zelfstandige naar bouwplaatsen in een andere lidstaat worden gestuurd, waar de werkzaamheden onder het nationale recht als werkzaamheden in loondienst worden beschouwd, dan dreigt wel concurrentievervalsing.
Als gevolg van het *Banks*-arrest kan de ontvangende lidstaat alleen nog betwisten, in het geval iemand een detacheringsverklaring als zelfstandige toont, dat betrokkene al werkzaam was als zelfstandige in het land van herkomst en zijn infrastructuur heeft aangehouden (conform de criteria van Besluit 181). Als aan de gevoerde voorwaarden wel is voldaan dan is de detachering geldig, mits – net als bij werknemers – het werk dat hij gaat doen naar verwachting niet langer dan twaalf maanden gaat duren. Als de ontvangende lidstaat van mening is dat de detacheringsverklaring ten onrechte is verstrekt, moet hij dit formeel aankaarten, eerst bij de andere lidstaat, dan bij de Administratieve Commissie en daarna eventueel bij het Hof.

In Vo. 883/2004 heeft art. 12, lid 2 betrekking op de zelfstandige: op degene die in een lidstaat werkzaamheden anders dan in loondienst pleegt te verrichten en werkzaamheden van gelijke aard in een andere lidstaat gaat verrichten. In dit artikel blijft de wetgeving van eerstbedoelde lidstaat van toepassing, mits de te verwachten duur van die werkzaamheden niet meer dan vierentwintig maanden bedraagt. Deze tekst verlangt derhalve ‘werkzaamheden van gelijke aard’. Vo. 1408/71 spreekt enkel van ‘werkzaamheden’, hetgeen ook andere werk kan betreffen dan het werk dat men eerst deed. Het kan bijvoorbeeld ook werk als werknemer betreffen voordat men als zelfstandige gedetacheerd wordt. Het is niet duidelijk of de term ‘werkzaamheden van gelijke aard’ betekent dat in geval van detachering als zelfstandige het eerder verrichte werk in de zendende staat ook werk als zelfstandige moet betreffen, of dat dit enkel de inhoud van de werkzaamheden (‘zingen in de opera’) betreft.
De nieuwe bepalingen laten voorts vragen open die al onder Vo. 1408/71 bestonden, zoals wat bedoeld wordt met ‘normaliter werkzaamheden verrichten’. Op de jurisprudentie onder de oude verordening zal derhalve nog regelmatig een beroep moeten worden gedaan.

4.3. Afbakeningsproblemen

Als iemand in een bepaald tijdvak in twee lidstaten werkzaamheden in loondienst pleegt uit te oefenen, is art. 14, lid 2 lid, sub b van toepassing. Dit artikel luidt dat op iemand die in twee lidstaten werkzaamheden in loondienst pleegt uit te oefenen, de wetgeving van toepassing is van de woonstaat, indien hij een deel van zijn werkzaamheden op dit grondgebied uitoefent.
Nu kan het zo zijn dat iemand drie maanden in een andere lidstaat gaat werken voor zijn werkgever of als zelfstandige. Vervolgens werkt hij drie maanden in zijn woonland en vervolgens gaat hij weer drie

maanden in de andere lidstaat werken. De vraag is dan of hier sprake is van perioden van detachering of van gewoonlijk uitoefenen van werkzaamheden in twee lidstaten. Dit is niet scherp bepaald en zal afhangen van de feitelijke omstandigheden. We kunnen uit het *Banks*-arrest echter wel een hoofdregel afleiden.
In dit arrest moest namelijk ook een afbakeningsprobleem worden opgelost, namelijk tussen art. 14 quater (als iemand gelijktijdig als werknemer en als zelfstandige werkt, is het stelsel van toepassing van de lidstaat waar betrokkene als werknemer werkt) en detachering. België stelde dat in de *Banks*-zaak art. 14 quater, sub a van toepassing was. Banks stelde dat er sprake was van detachering. De verwijzende rechter overwoog dat de vraag wat het begrip 'gelijktijdig' inhoudt, pas aan de orde komt als vastgesteld is dat er geen sprake van detachering. Het HvJ EG sloot zich daar impliciet bij aan. Hieruit mag worden afgeleid dat bij mogelijke samenloop van art. 14 quater en de detacheringsbepaling, toetsing aan de laatste bepaling voorrang heeft. Dat geldt ook bij samenloop van detachering en de bepaling betreffende werkzaamheden die betrokkene gelijktijdig pleegt uit te oefenen in twee lidstaten.

4.4. Detachering door uitzendbureaus

We hebben in par. 4.1 gesproken over problemen met detachering en de mogelijke concurrentievoordelen die uit detachering naar een andere lidstaat in verband met verschillen in de hoogte van premies voortvloeien. Een van de vragen die rees was, of ook uitzendbureaus gebruik konden maken van de detacheringsbepalingen. Ze kunnen daarmee uitzendkrachten tegen goedkoper tarief tewerkstellen dan de nationale werkgevers, als het uitzendbureau hen detacheert naar een lidstaat met hogere premies dan de staat waarin het uitzendbureau gevestigd is.
Volgens het HvJ EG kan er inderdaad sprake zijn van detachering als het gaat om een werknemer die niet gewerkt heeft in het land waar de onderneming is gevestigd, maar die uitsluitend is aangenomen om naar het buitenland te worden uitgezonden. Voorwaarde is dat gedurende zijn detachering een organische band tussen de onderneming en de werknemer bestaat én dat de onderneming haar activiteiten gewoonlijk uitoefent op het grondgebied van de eerste lidstaat.[33] Op deze basis kunnen ook uitzendbureaus gebruik maken van art. 14.
In Besluit 181 van de Administratieve Commissie zijn nadere eisen gesteld aan detachering door uitzendbureaus. Het besluit bepaalt dat uit de voorwaarde van de organische band voortvloeit, dat de uitzendende onderneming onder andere de verantwoordelijkheid moet hebben inzake aanwerving, arbeidsovereenkomst, ontslag en vaststelling van de aard van de werkzaamheden. Deze opsomming is niet limitatief.
Een uitzendbureau kan alleen gebruik maken van de detacheringsbepalingen van de verordening, als deze onderneming gewoonlijk personeel ter beschikking stelt in de eigen (uitzendende)

33 HvJ EG 17 december 1970, zaak 35/70, Manpower, Jurispr. 1970, 1251.

staat. Een uitzendbureau mag zich dus niet toeleggen op het voornamelijk of uitsluitend uitzenden van werknemers naar het buitenland. Ook bij andere intermediairs dan uitzendbureaus en ook bij uitlening binnen concernverband is het noodzakelijk dat de uitzendende onderneming substantiële activiteiten uitoefent op het grondgebied van de uitzendende lidstaat en daar gewoonlijk haar personeel tewerkstelt.
Een onderneming die bijvoorbeeld in Nederland werkzaam is en Portugezen wil inhuren, en daarvoor een kantoortje (brievenbusmaatschappij) in Portugal opent, met als enige doel de Portugezen via dit kantoortje in Nederland te werk te stellen, kan derhalve geen gebruik maken van de detacheringsbepalingen van de verordening.

In het *Fitzwilliam*-arrest[34] heeft het HvJ EG enige duidelijkheid geschapen over de eis dat het uitzendbureau substantiële activiteiten moet uitoefenen in de uitzendende staat.

34 HvJ EG 10 februari 2000, zaak 202/97, Jurispr. 2000, I-883.

> Fitzwilliam is een Iers uitzendbureau, dat werknemers in Nederland in de agrarische sector en in Ierland in andere sectoren tewerkstelt. De werknemers worden geworven op basis van arbeidsovereenkomsten naar het Iers recht en zijn bij de Ierse socialezekerheidsregeling aangesloten. Fitzwilliam behaalde in de jaren 1993-1996 in Nederland meer omzet dan in Ierland. Gelet op de omvang van de activiteiten van Fitzwilliam in Nederland, stelde het Nederlandse bevoegde orgaan zich op het standpunt dat de door Fitzwilliam naar Nederland uitgezonden werknemers ten onrechte bij de Ierse socialezekerheidsregeling waren aangesloten.

Het Nederlandse uitvoeringsorgaan was van oordeel dat de meerderheid van de activiteiten in Ierland moesten plaatsvinden, wilde deze onderneming kunnen voldoen aan de voorwaarde dat ze substantiële activiteiten uitoefent in het land van vestiging. Hierbij moeten volgens dit orgaan gelijksoortige activiteiten worden vergeleken, dus de omzet in de agrarische sector in Nederland moet worden vergeleken met de omzet in de agrarische sector in Ierland.
Het HvJ EG overwoog dat alleen een onderneming die op het grondgebied van de lidstaat van vestiging doorgaans activiteiten van betekenis verricht, de detacheringsbepalingen kan gebruiken. Voor dit doel moet het bevoegde orgaan van die lidstaat de activiteiten van de onderneming onderzoeken. Relevant zijn onder meer de plaats waar de onderneming is gevestigd en waar zij haar hoofdkantoor heeft. Voorts is het aantal administratieve personeelsleden dat in de lidstaat van vestiging respectievelijk de andere lidstaat werkzaam is en de plaats waar de gedetacheerde werknemers worden aangetrokken van belang. Ook de plaats waar het merendeel van de contracten met de klanten

wordt gesloten, het recht dat op de arbeidscontracten van de onderneming met haar werknemers enerzijds en de contracten met haar klanten anderzijds van toepassing is moeten in aanmerking worden genomen. Voorts moet de omzet die, gedurende een voldoende representatieve periode in elk van de betrokken lidstaten, is behaald in beschouwing worden genomen. Deze lijst is niet uitputtend, aangezien de keuze van de criteria aan elk specifiek geval moet worden aangepast. De aard van de werkzaamheden behoort echter niet tot die criteria. Het was dus niet van belang dat de werknemers in Nederland vooral in de agrarische sector werkten en in Ierland vooral in andere sectoren. Evenmin mocht worden volgehouden dat de meerderheid van de omzet in Ierland behaald moest worden, wil er sprake kunnen zijn van detachering. Wel moet er sprake zijn van substantiële activiteiten (activiteiten van betekenis) in Ierland. Daarvan was in dit geval duidelijk sprake.
Een speciale regeling geldt voor uitzendbureaus met betrekking tot de berekening van de detacheringsperiode. Zoals we hebben gezien is detachering mogelijk voor maximaal twaalf maanden. Indien de werknemer gedurende deze periode weer voor een korte tijd teruggaat naar het uitzendende land om daar te werken en vervolgens weer terugkeert, dan ligt het voor de hand om de periode van twaalf kalendermaanden met de onderbrekingsperiode te verlengen. In het geval van tewerkstelling door een uitzendbureau, waarbij perioden van onderbreking zeer vaak kunnen voorkomen, zou een wel erg onoverzichtelijke en moeilijk controleerbare situatie ontstaan als deze verlengingsregeling onverkort zou gelden. Daarom wordt met betrekking tot werknemers die speciaal voor detachering zijn geworven in Besluit 181 bepaald, dat de tijdelijke onderbreking van de werkzaamheden van de werknemer bij de onderneming in de staat van tewerkstelling niet wordt beschouwd als een tijdelijke onderbreking met het oog op de detacheringsbepalingen.

4.5. De betekenis van de detacheringsverklaring

Het komt vaak voor dat personen die aan de materiele voorwaarden van detachering voldoen zonder detacheringsverklaring werken. Als ze aan de voorwaarden van art. 14 voldoen, is deze bepaling van toepassing en is er dus sprake van detachering. Een detacheringsverklaring is derhalve geen constitutieve voorwaarde voor detachering, maar de feitelijke situatie is beslissend.
Hiermee stemt overeen dat het Hof er in de *Banks*-zaak geen bezwaar tegen had, dat detacheringsverklaringen met terugwerkende kracht werden verleend. De verklaringen dienen immers als bewijs van detachering, maar zijn geen constitutief vereiste.
In het *Fitzwilliam*-arrest kwam de vraag aan de orde wat de betekenis is van een detacheringsverklaring. Is een dergelijk verklaring bindend en voor hoe lang? Mogen lidstaten zich op het standpunt plaatsen dat een verklaring niet geldt als die is afgegeven op grond van onjuiste feiten? Het Hof overwoog dat de detacheringsverklaring ertoe strekt het vrije

verkeer van werknemers en het vrij verrichten van diensten te vergemakkelijken. Het bevoegde orgaan van het uitzendende land is verplicht de feiten te beoordelen die voor de toepassing van de regels betreffende de vaststelling van de geldende socialezekerheidsregeling relevant zijn. Het moet derhalve de juistheid van de gegevens in de E-101-verklaring garanderen. Dit volgt uit het beginsel van loyale samenwerking, neergelegd in art. 10 EG-Verdrag. De E-101-verklaring creëert een vermoeden, dat de gedetacheerde werknemers regelmatig zijn aangesloten bij de socialezekerheidsregeling van de lidstaat waarin het uitzendbureau is gevestigd. Ze is dus bindend voor het bevoegde orgaan van de lidstaat waarnaar die werknemers zijn gedetacheerd. Bij een andere opvatting zou inbreuk worden gemaakt op het beginsel, dat werknemers slechts bij één socialezekerheidsregeling zijn aangesloten. Ook zou de voorzienbaarheid van de toepasselijke regeling in geding zijn, en, dientengevolge, de rechtszekerheid, aldus het Hof. Indien moeilijk te bepalen was welke de toepasselijke regeling is, zou elk van de bevoegde organen van de twee betrokken lidstaten immers geneigd zijn aan te nemen, dat zijn eigen socialezekerheidsregeling van toepassing is. Zolang de E-101-verklaring niet is ingetrokken of ongeldig verklaard, dient het bevoegde orgaan van de lidstaat waarin de werknemers zijn gedetacheerd er dus rekening mee te houden, dat de werknemers reeds zijn aangesloten bij de socialezekerheidsregeling van de lidstaat waar de onderneming die hen te werk stelt is gevestigd, zodat het hen niet aan zijn eigen socialezekerheidsregeling mag onderwerpen. Wanneer het bevoegde orgaan van de lidstaat waarin de werknemers zijn gedetacheerd twijfels uit over de juistheid van de feiten die aan die verklaring ten grondslag liggen en dus van de daarin opgenomen gegevens, dient het bevoegde orgaan van de lidstaat die de E-101-verklaring heeft afgegeven de juistheid van die afgifte opnieuw te onderzoeken en de verklaring zo nodig in te trekken.
Het Hof beschrijft vervolgens de weg die gevolgd moet worden als de betrokken organen het niet eens worden over de beoordeling van de concrete feiten van een specifieke situatie. Het gaat dan met name over de vraag of die situatie onder art. 14 valt. Deze lidstaten kunnen de zaak voorleggen aan de Administratieve Commissie. Slaagt de Administratieve Commissie er niet in de standpunten van de bevoegde organen over de in het betrokken geval toepasselijke wettelijke regeling met elkaar te verzoenen, dan kan de gaststaat een niet-nakomingsprocedure in de zin van art. 227 van het verdrag inleiden en de zaak aan het Hof voorleggen.

5 Artikel 17-overeenkomsten

Een andere belangrijke mogelijkheid om af te wijken van het werklandbeginsel vormt art. 17 Vo. 1408/71. Dit artikel bepaalt dat twee of meer lidstaten in onderlinge overeenstemming in het belang van bepaalde personen of groepen personen uitzonderingen op art. 13 tot en met 16 kunnen vaststellen. Zij kunnen daarmee onder het socialezekerheidsstelsel blijven vallen waaronder ze eerst verzekerd

waren. Bij art. 17 overeenkomsten geldt geen termijn van twaalf maanden, zoals bij detachering. De Sociale Verzekeringsbank, die voor Nederland deze overeenkomsten sluit, heeft als beleid om een maximumtermijn van vijf jaar aan te houden voor deze overeenkomsten. Dit geldt ook voor de Belgische RSZ. De SVB verlengt de periode slechts in zeer bijzondere omstandigheden (Beleidsregels par. 1.2.9.1, Deel II geeft nadere criteria. Een voorbeeld is dat geen premie is afgedragen in het land van tewerkstelling aangezien de wetgeving van dat land ten onrechte niet is toegepast). Na een periode van vijf jaar dient een wachttijd van drie maanden te worden aangehouden voor een nieuwe periode van vijf jaar of een nieuwe periode van detachering.
Art. 17 is niet beperkt tot werknemers of zelfstandigen. De uitzonderingen op de algemene aanwijsregels kunnen daarom gemaakt worden in het belang van betrokkenen, ongeacht of zij als werknemer werkzaam zijn.
Kan een overeenkomst op grond van art. 17 nu ook afgesloten worden om situaties met terugwerkende kracht te repareren? Dat kan nodig zijn bijvoorbeeld als op iemand een verkeerde of geen wetgeving was toegepast en dit met terugwerkende kracht hersteld moet worden. Deze vraag kwam aan de orde in het *Brusse*-arrest.[35]
Het HvJ EG antwoordde hierop dat art. 17 de mogelijkheid geeft om af te wijken van art. 13 tot en met 16. Het is aan de lidstaten om die bepaling toe te passen, mits die in het belang van de werknemers is. Hieruit volgt dat het belang van de werknemer bepalend is voor de mogelijkheid om art. 17 toe te passen. Ook als de ongewenste situatie die gecorrigeerd moet worden door de werkgever, werknemer of de overheid zelf veroorzaakt is, kan dit artikel gebruikt worden om een artikel-17-overeenkomst terzake af te sluiten.
Volgens de Beleidsregels van de SVB (par. 1.2.9, Deel II) past de bank dit artikel uitsluitend toe voor het sluiten van een overeenkomst voor individuen en dus niet voor groepen. Daarmee geeft de bank een beperkte toepassing aan dit artikel dan mogelijk en wellicht zelfs wenselijk. Lidstaten hebben evenwel een discretionaire bevoegdheid bij de toepassing van art. 17, zo lang maar aan de criteria uit het *Brusse*-arrest is voldaan.
De bank sluit uitsluitend een overeenkomst ex art. 17 met terugwerkende kracht af indien – uitgaande van de toepasselijke aanwijsregels – de wetgeving van een bepaalde lidstaat ten onrechte is toegepast.

35 HvJ EG 17 mei 1984, zaak 101/83, Jurispr. 1984, 1285.

6. Conclusies

Het coördinatierecht op het terrein van de sociale zekerheid is ver ontwikkeld en kent voor vele verschillende situaties regelingen. Bovendien is het zo opgezet dat het het vrije verkeer van werknemers wil bevorderen. Dit verklaart voor een groot gedeelte de verschillen tussen de fiscale en sociale afstemmingsregels.
Daarnaast zijn er ook verschillen die kunnen worden weggenomen, zoals de verschillen in duur van detachering en bepaling van de

aanwijsregels bij werken in twee landen. Of men hier convergentie wil, is echter sterk afhankelijk van politieke keuzes. Voor bevordering van het vrije verkeer en de rechtszekerheid van de werknemers zou dergelijke convergentie gewenst zijn. Doorslaggevend in de vormgeving van een dergelijke convergentie zal echter het vrije verkeer van werknemers moeten zijn, aangezien dit ten grondslag ligt aan de coördinatieregels voor de sociale zekerheid.

Door de strikte werkingssfeer van de regels, met een sterk communautaire inslag, bieden de socialezekerheidsregels een vorm van bescherming die in het belastingrecht minder gemakkelijk te realiseren is. In geval van detachering geldt bijvoorbeeld een relatief grote mate van rechtszekerheid, aangezien men uit mag gaan van detacheringsverklaringen. Wel moet men uiteraard voorzover mogelijk wel nagaan of er geen zake is van fraude. In geval van aperte fraude kan men zich uiteraard niet verschuilen achter de regels.
Indien het UWV of de Belastingdienst de detacheringsverklaringen uit bijvoorbeeld Polen niet accepteert, dan zal ze deze bij de Polen moeten aanvechten. Als de Poolse autoriteiten ze dan intrekken, dan heeft deze situatie slechts betekenis voor de toekomst (behalve bij aperte fraude). Het is duidelijk dat mensen kunnen proberen gebruik te maken van de regels en dat is dan een nadeel. Het is echter zeer de moeite waard om te bekijken of het voordeel van de rechtszekerheid – en de rechtsonzekerheid kan groot zijn als in internationale situaties de andere partij verplichtingen niet nakomt – niet groter is dan het mogelijke nadeel, dat immers bij loyale samenwerking van de lidstaten wel tegen te gaan is.