



## Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL  
P. PIKAMÄE  
van 26 november 2019<sup>1</sup>

**Zaak C-610/18**

**AFMB Ltd e.a.**  
**tegen**  
**Raad van bestuur van de Sociale Verzekeringsbank**

[verzoek van de Centrale Raad van Beroep (Nederland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Vaststelling van de toepasselijke wetgeving – Verordening (EEG) nr. 1408/71 – Artikel 14, punt 2, onder a) – Verordening (EG) nr. 883/2004 – Artikel 13, lid 1, onder b) – Internationaal vrachtwagenchauffeurs – Oprichting van een vennootschap in een andere lidstaat – Begrip ‚werkgever‘ – Begrip ‚misbruik van recht‘

1. In de onderhavige prejudiciële procedure krachtens artikel 267 VWEU stelt de Centrale Raad van Beroep (Nederland) (hierna: „verwijzende rechter”) het Hof drie vragen betreffende de uitlegging van artikel 14, punt 2, onder a), van verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1606/98 van de Raad van 29 juni 1998<sup>2</sup> (hierna: „verordening nr. 1408/71”), en van artikel 13, lid 1, onder b), i), van verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels<sup>3</sup>, zoals gewijzigd bij verordening (EU) nr. 465/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2012<sup>4</sup> (hierna: „verordening nr. 883/2004”).

2. Dit verzoek om een prejudiciële beslissing vindt zijn oorsprong in gedingen tussen AFMB Ltd (hierna: „AFMB”), een op Cyprus gevestigde vennootschap, en verschillende internationaal vrachtwagenchauffeurs enerzijds en de Raad van bestuur van de Sociale Verzekeringsbank (hierna: „RSVB”) anderzijds, over de besluiten waarbij de RSVB niet de Cypriotische maar de Nederlandse socialezekerheidswetgeving op die chauffeurs van toepassing heeft verklaard. Die administratieve besluiten worden aangevochten door AFMB, die, met een beroep op de met de betrokken chauffeurs gesloten arbeidsovereenkomsten waarin zij met zoveel woorden wordt aangeduid als de „werkgever”, stelt dat de Cypriotische wetgeving van toepassing is, niettegenstaande het feit dat die chauffeurs doorgaans ter beschikking worden gesteld aan de Nederlandse vervoerondernemingen waarmee AFMB zogeheten „fleetmanagementovereenkomsten” is aangegaan.

1 Oorspronkelijke taal: Frans.

2 PB 1998, L 209, blz. 1.

3 PB 2004, L 166, blz. 1.

4 PB 2012, L 149, blz. 4.

3. Opheldering van de aan de orde zijnde kwestie wie in de hoofdgedingen als „werkgever” in de zin van artikel 13, lid 1, onder b), i), van verordening nr. 883/2004 is aan te merken – AFMB of de Nederlandse ondernemingen –, is van niet te onderschatten belang, omdat daarmee de toepasselijke nationale socialezekerheidswetgeving kan worden bepaald teneinde de internationaal vrachtwagenchauffeurs hun recht op toegang tot de nationale socialezekerheidsstelsels te waarborgen, ongeacht of zij werkzaam zijn geweest in andere lidstaten dan hun lidstaat van herkomst. In dit verband mag evenwel niet uit het oog worden verloren welke gevolgen de toepassing van de nationale wetgeving van een lidstaat waar de sociale lasten mogelijk lager zijn dan in de lidstaat waar de werknemer woont of in het algemeen werkzaam is, kan hebben voor de interne markt van de Unie, met name voor de beginselen van vrij verkeer en van vrije mededinging. Aangezien het Unierecht tot dusver slechts gericht is op coördinatie en niet op harmonisatie van de nationale socialezekerheidsstelsels<sup>5</sup>, kunnen de verschillen tussen die stelsels aanzienlijk zijn. Dit betekent dat in bepaalde gevallen niet valt uit te sluiten dat wat door de ene lidstaat wordt gezien als een legitiem concurrentievoordeel dat gerelateerd is aan de zetel van de onderneming, door een andere lidstaat als misbruik van de fundamentele verdragsvrijheden wordt beschouwd. Die gevallen zijn slechts enkele voorbeelden van de buitengewoon gevoelige aspecten waarmee bij de analyse van de onderliggende rechtsvragen rekening moet worden gehouden.

## I. Toepasselijke bepalingen

### A. Verordening nr. 1408/71

4. Verordening nr. 1408/71 is vastgesteld op 14 juni 1971 en in werking getreden op 1 oktober 1972. Sindsdien is zij verschillende keren gewijzigd. Zij is ook van toepassing op de bij de Europese Vrijhandelsassociatie (hierna: „EVA”) aangesloten staten krachtens de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (hierna: „EER-Overeenkomst”)<sup>6</sup> en de met de Zwitserse Bondsstaat gesloten bilaterale overeenkomsten<sup>7-8</sup>.

5. Titel II van verordening nr. 1408/71 („Vaststelling van de toe te passen wetgeving”) omvat de artikelen 13 tot en met 17.

6. Artikel 13 van verordening nr. 1408/71 („Algemene regels”) bepaalt in lid 1:

„Onder voorbehoud van de artikelen 14 quater en 14 septies zijn degenen op wie deze verordening van toepassing is, slechts aan de wetgeving van één enkele lidstaat onderworpen. De toe te passen wetgeving wordt overeenkomstig de bepalingen van deze titel vastgesteld.”

7. In artikel 13, lid 2, van die verordening is bepaald:

„Onder voorbehoud van het bepaalde in de artikelen 14 tot en met 17:

a) is 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 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 lidstaat;

<sup>5</sup> Arrest van 14 oktober 2010, Van Delft e.a. (C-345/09, EU:C:2010:610, punt 84).

<sup>6</sup> PB 1994, L 1, blz. 3. Verordening nr. 1408/71 was onderdeel van de EER-Overeenkomst op het tijdstip van de ondertekening ervan en is met deze overeenkomst in werking getreden op 1 januari 1994.

<sup>7</sup> Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, enerzijds, en de Zwitserse Bondsstaat, anderzijds, over het vrije verkeer van personen (PB 2002, L 114, blz. 6).

<sup>8</sup> Voor het gemak moet de term „lidstaat” in de onderhavige conclusie worden geacht naast de lidstaten van de Unie, ook de staten van de EER en de Zwitserse Bondsstaat te omvatten.

[...]

8. Artikel 14 van die verordening („Bijzondere regels voor personen in loondienst, met uitzondering van zeelieden”) bepaalt in lid 1:

„Ten aanzien van de toepassing van de in artikel 13, lid 2, onder a), neergelegde regel gelden de volgende uitzonderingen en bijzonderheden:

- a) Op degene 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 op het grondgebied van een andere lidstaat teneinde aldaar voor haar rekening arbeid te verrichten, blijft de wetgeving van eerstbedoelde lidstaat van toepassing, mits de te verwachten duur van die arbeid niet meer dan twaalf maanden bedraagt en hij niet wordt uitgezonden ter vervanging van een andere persoon wiens detachering beëindigd is.

[...]

9. Artikel 14, punt 2, van dezelfde verordening bepaalt:

„Op degene die op het grondgebied van twee of meer lidstaten werkzaamheden in loondienst pleegt uit te oefenen, wordt de toepasselijke wetgeving als volgt vastgesteld:

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

[...]

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

[...]

## **B. Verordening nr. 883/2004**

10. Verordening nr. 1408/71 is ingetrokken bij verordening nr. 883/2004, die is vastgesteld op 29 april 2004 en in werking is getreden op 1 mei 2010. Verordening nr. 883/2004 is ook van toepassing op de EVA-staten krachtens de EER-Overeenkomst<sup>9</sup> en de met de Zwitserse Bondsstaat gesloten bilaterale overeenkomsten<sup>10</sup>.

11. Titel II van verordening nr. 883/2004 („Vaststelling van de toepasselijke wetgeving”) omvat de artikelen 11 tot en met 16.

<sup>9</sup> Verordening nr. 883/2004 is opgenomen in de EER-Overeenkomst ingevolge besluit van het Gemengd Comité van de EER nr. 76/2011 van 1 juli 2011 tot wijziging van bijlage VI (Sociale zekerheid) en Protocol nr. 37 bij de EER-Overeenkomst (PB 2011, L 262, blz. 33). Zij is op Noorwegen, IJsland en Liechtenstein van toepassing sinds 1 juni 2012.

<sup>10</sup> Verordening nr. 883/2004 is opgenomen in de Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, enerzijds, en de Zwitserse Bondsstaat, anderzijds, over het vrije verkeer van personen, ingevolge besluit nr. 1/2012 van het Gemengd Comité ingesteld krachtens de Overeenkomst tussen de Europese Gemeenschap en haar lidstaten, enerzijds, en de Zwitserse Bondsstaat, anderzijds, over het vrije verkeer van personen van 31 maart 2012 tot vervanging van bijlage II bij die overeenkomst betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels (PB 2012, L 103, blz. 51). Zij is op de Zwitserse Bondsstaat van toepassing sinds 1 april 2012.

12. Artikel 11 van verordening nr. 883/2004 („Algemene regels”) bepaalt in lid 1:

„Degenen op wie deze verordening van toepassing is, zijn slechts aan de wetgeving van één lidstaat onderworpen. Welke die wetgeving is, wordt overeenkomstig deze titel vastgesteld.”

13. Artikel 12 van deze verordening („Bijzondere regels”) bepaalt in lid 1:

„Degene die werkzaamheden in loondienst verricht in een lidstaat voor rekening van een werkgever die daar zijn werkzaamheden normaliter verricht, en die door deze werkgever wordt gedetacheerd om voor zijn rekening werkzaamheden in een andere lidstaat te verrichten, blijft onderworpen aan de wetgeving van de eerstbedoelde lidstaat, mits de te verwachten duur van die werkzaamheden niet meer dan vierentwintig maanden bedraagt en de betrokkene niet wordt uitgezonden om een andere gedetacheerde persoon te vervangen.”

14. In artikel 13, lid 1, van dezelfde verordening is bepaald:

„Op degene die in twee of meer lidstaten werkzaamheden in loondienst pleegt te verrichten, is van toepassing:

- a) de wetgeving van de lidstaat waar hij woont, indien hij aldaar een substantieel gedeelte van zijn werkzaamheden verricht, of
- b) indien hij niet een substantieel gedeelte van zijn werkzaamheden verricht in de lidstaat waar hij woont:
  - i) de wetgeving van de lidstaat waar de zetel of het domicilie van de onderneming of de werkgever zich bevindt, indien hij in dienst is van één onderneming of werkgever,

[...]

15. Artikel 90 van verordening nr. 883/2004 („Intrekkingen”) bepaalt in lid 1:

„Verordening [nr. 1408/71] wordt met ingang van de toepassingsdatum van deze verordening ingetrokken.

Verordening [nr. 1408/71] blijft evenwel van kracht en de rechtsgevolgen ervan worden gehandhaafd voor:

[...]

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

## II. Feiten, hoofdgedingen en prejudiciële vragen

16. Zoals gezegd, is het verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend in het kader van gedingen tussen AFMB en verschillende internationaal vrachtwagenchauffeurs enerzijds en de RSVB anderzijds, over tussen 2 oktober 2013 en 9 juli 2014 afgegeven „A1-verklaringen”<sup>11</sup> waarin de RSVB heeft meegedeeld dat de betrokken werknemers waren onderworpen aan de Nederlandse socialezekerheidswetgeving. De perioden waarop die verklaringen betrekking hebben, verschillen per geval, maar beginnen geen van alle vóór 1 oktober 2011 en eindigen geen van alle na 26 mei 2015 (hierna: „litigieuze perioden”).

17. De RSVB heeft zich op het standpunt gesteld dat de Nederlandse vervoersondernemingen die de chauffeurs hebben aangeworven, die de chauffeurs voor onbepaalde tijd volledig ter beschikking hebben, die het feitelijke gezag over hen uitoefenen en die hun loonkosten de facto dragen, moeten worden beschouwd als „werkgevers” voor de toepassing van de regels van de Unie betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels.

18. AFMB betwist dit oordeel en voert in wezen aan dat zij als de „werkgever” moet worden beschouwd wegens de met de chauffeurs gesloten arbeidsovereenkomsten, waarin de toepasselijkheid van het Cypriotische recht expliciet is overeengekomen, en dat daarom de Cypriotische socialezekerheidswetgeving van toepassing moet worden geacht.

19. Bij verschillende besluiten van juli 2014 heeft de RSVB de namens AFMB tegen de besluiten van oktober 2013 ingediende bezwaren ongegrond verklaard.

20. Bij uitspraak van 25 maart 2016 heeft de rechtbank Amsterdam (Nederland) de namens AFMB tegen de besluiten van juli 2014 ingestelde beroepen ongegrond verklaard.

21. De verwijzende rechter, bij wie de zaken thans aanhangig zijn, is van oordeel dat de oplossing van de hoofdgedingen onder meer afhangt van de uitlegging van de regels van de Unie betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels. Hij wenst opgehelderd te krijgen wie gedurende de litigieuze perioden de „werkgever” van de chauffeurs was – de in Nederland gevestigde vervoersondernemingen of AFMB –, teneinde te kunnen bepalen van welke lidstaat de socialezekerheidswetgeving moet worden toegepast.

22. In deze omstandigheden heeft de Centrale Raad van Beroep de behandeling van de bij hem aanhangige zaken geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

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

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

<sup>11</sup> De „A1-verklaring” (die onder de vigeur van verordening nr. 1408/71 „E101-verklaring” heette) is een door het bevoegde orgaan van een lidstaat op grond van verordening nr. 883/2004 afgegeven document waarin wordt verklaard dat een werknemer die zich binnen de Unie verplaatst, aangesloten is bij het socialezekerheidsstelsel van die lidstaat. Met behulp van dat document kunnen bijvoorbeeld gedetacheerde werknemers of personen die werkzaam zijn in meerdere lidstaten, aantonen dat zij in een andere lidstaat van de Unie sociale premies afdragen.

- b) de onderneming die met de vrachtwagenchauffeur formeel een arbeidsovereenkomst heeft gesloten en die volgens afspraak met de onder a. bedoelde vervoersonderneming aan de betrokkene een salaris betaalde en daarover premies afdroeg in de lidstaat waar zich de zetel van deze onderneming bevindt en niet in de lidstaat waar zich de zetel van de onder a. bedoelde vervoersonderneming bevindt;
  - c) zowel de onderneming onder a als de onderneming onder b?
- 1B) Moet artikel 13, eerste lid, sub b, van verordening (EG) nr. 883/2004 zo worden uitgelegd dat onder omstandigheden als die van de hoofdgedingen als werkgever van de internationaal vrachtwagenchauffeur in loondienst wordt aangemerkt:
- a) de vervoersonderneming die de betrokkene heeft aangeworven, waaraan de betrokkene feitelijk voor onbepaalde tijd volledig ter beschikking staat, die het feitelijke gezag over de betrokkene uitoefent en te wiens laste de loonkosten feitelijk komen, dan wel
  - b) de onderneming die met de vrachtwagenchauffeur formeel een arbeidsovereenkomst heeft gesloten en die volgens afspraak met de onder a. bedoelde vervoersonderneming aan de betrokkene een salaris betaalde en daarover premies afdroeg in de lidstaat waar zich de zetel van deze onderneming bevindt en niet in de lidstaat waar zich de zetel van de onder a. bedoelde vervoersonderneming bevindt;
  - c) zowel de onderneming onder a als de onderneming onder b?
- 2) Voor het geval in omstandigheden als die van de hoofdgedingen als werkgever wordt beschouwd de onderneming bedoeld in vraag 1A, onder b, en in vraag 1B, onder b:

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

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

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

### III. Procedure bij het Hof

23. De verwijzingsbeslissing van 20 september 2018 is op 25 september 2018 ingekomen bij de griffie van het Hof.

24. De partijen in de hoofdgedingen, de Nederlandse, de Tsjechische, de Franse, de Cypriotische, de Hongaarse en de Oostenrijkse regering alsmede de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Europese Commissie hebben binnen de termijn van artikel 23 van het Statuut van het Hof schriftelijke opmerkingen ingediend.



25. Ter terechtzitting van 17 september 2019 hebben de vertegenwoordigers van de partijen in de hoofdgedingen, de Nederlandse, de Franse, de Cypriotische en de Oostenrijkse regering alsmede de Commissie hun standpunt mondeling toegelicht.

#### IV. Juridische analyse

##### A. Voorafgaande opmerkingen

###### *1. Doelstellingen en werking van de regels van de Unie inzake coördinatie van de socialezekerheidsstelsels*

26. Voor een beter begrip van de prejudiciële vragen van de verwijzende rechter en van de uitdagingen waarvoor deze rechter zich in de hoofdgedingen gesteld ziet, moeten om te beginnen de doelstellingen en de werking van de regels van de Unie inzake coördinatie van de socialezekerheidsstelsels in herinnering worden gebracht.

27. Zoals volgt uit de overwegingen 1 en 45 van verordening nr. 883/2004 – die de regels van verordening nr. 1408/71 heeft gemoderniseerd en vereenvoudigd maar hetzelfde doel heeft – beoogt deze verordening een coördinatie te waarborgen tussen de nationale socialezekerheidsstelsels van de lidstaten, teneinde te garanderen dat het recht van vrij verkeer van personen daadwerkelijk kan worden uitgeoefend en aldus bij te dragen aan de verhoging van de levensstandaard en de verbetering van de arbeidsomstandigheden van personen die zich binnen de Unie verplaatsen.<sup>12</sup>

28. De bepalingen van titel II („Vaststelling van de toepasselijke wetgeving”) van die verordeningen, waaronder die waarvan het Hof thans om uitlegging wordt verzocht, vormen een volledig en eenvormig stelsel van aanwijsregels, die tot doel hebben werknemers die zich binnen de Unie verplaatsen onder het socialezekerheidsstelsel van één lidstaat te brengen, niet alleen om samenloop van toepasselijke nationale wettelijke regelingen en de mogelijke complicaties daarvan te voorkomen, maar ook om te beletten dat binnen de werkingssfeer van die verordeningen vallende personen wegens het ontbreken van een toepasselijke wettelijke regeling geen enkele socialezekerheidsbescherming genieten.<sup>13</sup>

29. De Uniewetgeving betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels voorziet dus in objectieve criteria aan de hand waarvan kan worden bepaald welke nationale wettelijke bepalingen van toepassing zijn op een werknemer in een grensoverschrijdende situatie. In artikel 11, lid 3, onder a), van verordening nr. 883/2004 is het algemene *lex-loci-laboris* beginsel neergelegd: de werknemer is onderworpen aan de wetgeving van de lidstaat waar hij werkzaamheden in loondienst verricht. Dit algemene beginsel moet ervoor zorgen dat alle in een bepaald land werkzame werknemers onder dezelfde socialezekerheidswetgeving vallen en dezelfde sociale uitkeringen verkrijgen.<sup>14</sup> Dit is de enige manier om ongewenste concurrentie op loonkosten en daarmee druk op de nationale socialezekerheidsstelsels tegen te gaan.

30. Er gelden echter verschillende uitzonderingen op dat beginsel in specifieke gevallen die worden genoemd in de op artikel 11 volgende bepalingen van verordening nr. 883/2004, onder meer in artikel 13, lid 1, onder a), waaruit volgt dat op degene die in twee of meer lidstaten werkzaamheden in loondienst pleegt te verrichten, de wetgeving van toepassing is van de lidstaat waar hij woont, indien hij een substantieel gedeelte van zijn werkzaamheden in die lidstaat verricht. Indien die persoon

12 Arrest van 13 juli 2017, Szoja (C-89/16, EU:C:2017:538, punt 34).

13 Zie in die zin arrest van 9 maart 2006, Piatkowski (C-493/04, EU:C:2006:167, punt 21).

14 Arrest van 6 september 2018, Alpenrind e.a. (C-527/16, EU:C:2018:669, punten 97 en 98).

daarentegen niet een substantieel gedeelte van zijn werkzaamheden verricht in zijn woonstaat, is volgens artikel 13, lid 1, onder b), van verordening nr. 883/2004 de wetgeving van toepassing van de lidstaat waar de zetel of het domicilie van de onderneming of de werkgever zich bevindt, indien de betrokkene in dienst is van één onderneming of werkgever.

31. Blijkens de verwijzingsbeslissing<sup>15</sup> is de nationale rechter van mening dat artikel 13, lid 1, onder b), van verordening nr. 883/2004 van toepassing is op de hoofdgedingen, omdat de chauffeurs hun werkzaamheden plachten te verrichten in twee of meer lidstaten van de Unie of de EVA. Zoals de verwijzende rechter opmerkt, waren de chauffeurs wel voor een deel maar niet in hoofdzaak werkzaam in hun woonstaat Nederland en verrichtten zij daar niet een substantieel gedeelte van hun in aanmerking te nemen werkzaamheden. De verwijzende rechter leidt daaruit af dat de Nederlandse wetgeving niet van toepassing kan worden verklaard op grond van een aanwijzing van het woonland conform artikel 13, lid 1, onder a), van verordening nr. 883/2004, maar alleen op grond van een aanwijzing van het zetelland van de werkgever conform artikel 13, lid 1, onder b), van deze verordening. Daar AFMB haar zetel op Cyprus heeft, is volgens de verwijzende rechter voor de beslissing in de hoofdgedingen van doorslaggevend belang of zij al dan niet de hoedanigheid van werkgever heeft. Dit oordeel kan naar mijn mening niet ter discussie wordt gesteld, daar het aan de nationale rechter staat om de feiten van de hoofdgedingen vast te stellen en de relevante Unierechtelijke bepalingen daarop toe te passen.

32. Aangezien het in de hoofdgedingen draait om de eventuele toepassing van artikel 13, lid 1, onder b), van verordening nr. 883/2004, is het zaak deze bepaling nader onder de loep te nemen. Volgens deze bepaling is de zetel van de werkgever het aanknopingspunt voor de vaststelling van de toepasselijke nationale wetgeving. Ik stel in dit verband vast dat de werkgever niet de tekst heeft overgenomen van het voormalige artikel 14, punt 2, onder a), van verordening nr. 1408/71, dat een specifieke bepaling bevatte voor rijdend personeel van een onderneming die voor rekening van anderen internationaal vervoer van personen of goederen over de weg verricht, waarin eveneens de nationale wetgeving van de lidstaat waar zich de zetel van de werkgever bevond, als toepasselijk werd aangewezen. Ik wijs er echter op dat de twee bepalingen ondanks dat verschil in formulering exact hetzelfde beogen.<sup>16</sup> De werkgever lijkt namelijk slechts ervoor te hebben gekozen de gedetailleerdere tekst van de vroegere bepaling, die zag op het specifieke geval van het internationale vervoer over de weg, te vervangen door een algemener geformuleerde bepaling. De nieuwe bepaling is thans ruim genoeg geformuleerd om niet alleen het internationale wegvervoer te omvatten, maar ook andere werkzaamheden in loondienst die in twee of meer lidstaten worden verricht. De verwijzende rechter is zich kennelijk daarvan bewust geweest en heeft daarom in zijn eerste prejudiciële vraag aan beide bepalingen gerefereerd. De feiten van de hoofdgedingen kunnen dus binnen de werkingssfeer van zowel de ene als de andere bepaling vallen. Naar mijn mening kan dan ook in beginsel een gemeenschappelijke uitlegging worden gegeven aan artikel 14, punt 2, onder a), van verordening nr. 1408/71 en artikel 13, lid 1, onder b), van verordening nr. 883/2004.

## *2. Toepasselijkheid ratione loci en ratione temporis van verordening nr. 1408/71 en verordening nr. 883/2004 op het onderhavige geval*

33. Verordening nr. 1408/71 en verordening nr. 883/2004 mogen dan hetzelfde beogen, dit neemt niet weg dat de toepasselijkheid ratione loci en ratione temporis van deze twee verordeningen moet worden onderzocht, daar enkele lidstaten die opmerkingen hebben ingediend, hebben aangegeven te twijfelen aan de ontvankelijkheid van prejudiciële vraag 1A, die de uitlegging van verordening nr. 1408/71 betreft.

<sup>15</sup> Zie punt 7.1.3 van de verwijzingsbeslissing.

<sup>16</sup> Zoals advocaat-generaal Bot heeft opgemerkt in zijn conclusie in de zaak Chain (C-189/14, EU:C:2015:345, punt 25), heeft de tekst van artikel 13, lid 1, onder b), van verordening nr. 883/2004 geen fundamentele wijzigingen ondergaan.



34. Zoals ik in mijn beschrijving van de aan de hoofdgedingen ten grondslag liggende feiten heb opgemerkt, is AFMB opgericht op 10 mei 2011 en lagen de voor de hoofdgedingen relevante perioden waarin de chauffeurs hun beroepswerkzaamheden hebben uitgeoefend, tussen 1 oktober 2011 en 26 mei 2015. Al die gebeurtenissen dateren met andere woorden van na 1 mei 2010, de datum waarop verordening nr. 883/2004 van kracht is geworden in de Unie. Op het eerste gezicht lijkt dan ook uitsluitend deze verordening te moeten worden toegepast op de hoofdgedingen.

35. Ik meen evenwel dat de aan verordening nr. 883/2004 te geven uitlegging ook kan bijdragen tot een beter begrip van verordening nr. 1408/71, temeer daar deze laatste verordening enige tijd van kracht is gebleven in de EVA-staten<sup>17</sup>, waar de chauffeurs worden geacht eveneens werkzaam te zijn geweest in de litigieuze perioden. De door het Hof aan de bepalingen van de twee verordeningen gegeven gemeenschappelijke uitlegging zou een nuttig richtsnoer kunnen zijn in andere, soortgelijke zaken die binnen de werkingssfeer van een van de twee verordeningen vallen, en daarmee ervoor kunnen zorgen dat die verordeningen in de lidstaten van de Unie en in de EVA-staten op dezelfde wijze worden toegepast.<sup>18</sup> Tegen deze achtergrond moet prejudiciële vraag 1A, waarmee het Hof wordt verzocht zich tevens uit te spreken over de uitlegging van verordening nr. 1408/71, ontvankelijk worden geacht.

36. Gelet op bovenstaande overwegingen zal mijn analyse zich toespitsen op de bepalingen van verordening nr. 883/2004, waarbij ik tevens naar de overeenkomstige bepalingen van verordening nr. 1408/71 zal verwijzen wanneer dat in mijn ogen noodzakelijk is. Onderstaande opmerkingen zijn relevant voor zowel de bepalingen van verordening nr. 883/2004 als de overeenkomstige bepalingen van verordening nr. 1408/71.<sup>19</sup>

## **B. Eerste prejudiciële vraag**

### *1. Noodzaak om criteria te ontwikkelen ter bepaling van de toepasselijke nationale wetgeving*

37. Met zijn eerste prejudiciële vraag – bij de beantwoording waarvan om de hierboven aangegeven redenen geen onderscheid moet worden gemaakt tussen de twee verordeningen waarop de vraag betrekking heeft – wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen wie voor de toepassing van artikel 13, lid 1, onder b), van verordening nr. 883/2004<sup>20</sup> de hoedanigheid van werkgever van een internationaal vrachtwagenchauffeur in loondienst heeft wanneer die chauffeur volledig ter beschikking staat van een vervoersonderneming die zijn loonkosten de facto draagt en die het feitelijke gezag over hem uitoefent, maar hij zijn arbeidsovereenkomst heeft gesloten met een andere onderneming die volgens afspraak met de vervoersonderneming zijn salaris betaalt.

<sup>17</sup> Tot en met 31 mei 2012 in Noorwegen, IJsland en Liechtenstein, en tot en met 31 maart 2012 in Zwitserland.

<sup>18</sup> Met betrekking tot Noorwegen, IJsland en Liechtenstein heeft het Hof in zijn rechtspraak duidelijk gemaakt dat zijn bevoegdheid tot uitlegging van de EER-overeenkomst krachtens artikel 267 VWEU alleen geldt wat de Unie betreft, terwijl het EVA-Hof krachtens artikel 108, lid 2, van de EER-Overeenkomst en artikel 34 van de EVA-toezichtovereenkomst bevoegd is om zich uit te spreken over de uitlegging van de EER-overeenkomst in de EVA-staten (zie arrest van 15 juni 1999, Andersson en Wåkerås-Andersson, C-321/97, EU:C:1999:307, punten 28 en 29). Niettegenstaande deze verdeling van de rechterlijke bevoegdheid, die de institutionele structuur van de „twee pijlers” van de EER – de Unie en de EVA – weerspiegelt, heeft zich een gerechtelijke dialoog ontwikkeld, wat een homogene uitlegging en toepassing van de gemeenschappelijke rechtshandelingen bevordert (zie de conclusie van advocaat-generaal Trstenjak in de zaak Marques Almeida, C-300/10, EU:C:2012:414, voetnoot 25). Wat Zwitserland betreft, is er eveneens sprake van parallelle instituties in die zin dat de bevoegdheid van het Hof tot uitlegging van de bilaterale overeenkomsten krachtens artikel 267 VWEU alleen geldt voor de Unie, terwijl de gerechten van de Zwitserse Bondsstaat en, in laatste instantie, het Bondsgerecht, bevoegd blijven voor deze staat (zie arrest van 6 oktober 2011, Graf en Engel, C-506/10, EU:C:2011:643). Met name op het gebied van het vrije personenverkeer houdt het Bondsgerecht echter rekening met de relevante rechtspraak van het Hof. Het valt dan ook niet uit te sluiten dat het EVA-Hof en de Zwitserse gerechten in de toekomst zullen overwegen de uit de onderhavige zaken voortvloeiende rechtspraak van het Hof toe te passen op de in de EER-Overeenkomst en in de bilaterale overeenkomst over het vrije verkeer van personen opgenomen verordeningen betreffende de coördinatie van de sociale zekerheid.

<sup>19</sup> Zie met betrekking tot de praktijk van het Hof om prejudiciële vragen afhankelijk van de toepasselijkheid *ratione temporis* van het Unierecht te herformuleren teneinde de nationale rechter een bruikbaar antwoord te verschaffen, arresten van 14 september 2017, Delgado Mendes (C-503/16, EU:C:2017:681, punten 31 en 32), en 25 oktober 2018, Roche Lietuva (C-413/17, EU:C:2018:865, punten 17-20).

<sup>20</sup> Bepaling die voor de juridische analyse kan worden gelijkgesteld met artikel 14, punt 2, onder a), van verordening nr. 1408/71.

38. Er bestaat geen Unierechtelijke definitie van het begrip „werkgever”, noch verwijzen de verordeningen betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten voor de vaststelling van de betekenis en de draagwijdte van dat begrip. Volgens vaste rechtspraak van het Hof volgt in een dergelijke situatie uit de vereisten van eenvormige toepassing van het recht van de Unie en van het gelijkheidsbeginsel dat het betrokken begrip in de gehele Unie autonoom en op eenvormige wijze moet worden uitgelegd<sup>21</sup>, rekening houdend met de context van de bepaling waarin dat begrip wordt gebruikt, alsmede met het doel van de coördinatieverordeningen.<sup>22</sup>

39. Een autonome uitlegging lijkt mij des te belangrijker omdat het begrip „werkgever” het aanknopingspunt vormt voor de toepassing van de regel die de socialezekerheidswetgeving van één staat als toepasselijk beoogt aan te wijzen. Dat doel wordt duidelijk niet bereikt wanneer verschillen tussen de wettelijke regelingen van de lidstaten tot verschillende juridische regelingen leiden.

40. De verwijzende rechter vraagt zich af hoe moet worden bepaald wie in omstandigheden als die van de hoofdgedingen de hoedanigheid van „werkgever” heeft: moet daarvoor uitsluitend worden gekeken naar de arbeidsovereenkomst of moet die vraag worden beantwoord aan de hand van verschillende objectieve criteria, of beide? Het zou naar mijn mening al te formalistisch zijn om zich uitsluitend te baseren op het bestaan van een contractuele relatie. Er zijn legitieme redenen om een dergelijke benadering van de hand te wijzen, met name het risico dat de door de coördinatieverordeningen geboden bescherming door middel van kunstmatige juridische constructies wordt omzeild. Het lijkt dus beter om te kiezen voor een benadering waarbij naar behoren rekening wordt gehouden met de realiteit van de werknemers in de interne markt en met de complexiteit van de hedendaagse arbeidsverhoudingen. De diversiteit van de privaatrechtelijke juridische constructies die denkbaar zijn als het gaat om de relatie tussen de afnemer van een dienst en de dienstverrichter, die op zijn beurt de keuze heeft om zelf de dienst te verrichten, daarvoor een subcontractant of een gedetacheerd werknemer in te schakelen, dan wel andere middelen in te zetten om aan zijn contractuele verplichtingen te voldoen, noopt tot een flexibeler benadering bij de analyse. De meest aangewezen benadering lijkt mij dan ook om op basis van een onderzoek per geval van alle relevante omstandigheden en aan de hand van objectieve criteria vast te stellen wie als de „werkgever” is aan te merken, dit om te vermijden dat de fundamentele vrijheden van de interne markt worden geïnstrumentaliseerd of gaan bijdragen tot ontwijking.

## *2. Analyse van de rechtspraak van het Hof*

41. De rechtspraak van het Hof op het gebied van sociale zekerheid, arbeidsverhoudingen en internationaal privaatrecht biedt in mijn ogen tal van aanknopingspunten voor een gedifferentieerde benadering. Ik zal hierna trachten enkele criteria vast te stellen die voor het genoemde onderzoek per geval van nut kunnen zijn.

### *a) Kenmerken van een arbeidsverhouding*

42. Ik wil benadrukken dat de rechtspraak meer aandacht lijkt te hebben besteed aan de rol van de „werknemer” dan aan die van de „werkgever”. In de rechtspraak zijn namelijk vrij weinig aanwijzingen te vinden waaruit kan worden afgeleid wat als kenmerkend voor de rol van de werkgever moet worden beschouwd. Uiteraard is het zonder meer onmogelijk om de rechten en plichten van een werknemer te onderzoeken zonder daarbij rekening te houden met die van de werkgever, daar die twee partijen per slot van rekening door een arbeidsverhouding met elkaar verbonden zijn.

<sup>21</sup> Zie onder meer arrest van 18 oktober 2016, Nikiforidis (C-135/15, EU:C:2016:774, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

<sup>22</sup> Zie arrest van 6 september 2018, Alpenrind e.a. (C-527/16, EU:C:2018:669, punten 88-98).

43. Ter verduidelijking van de rol van de „werkgever” moet dus om te beginnen worden herinnerd aan de algemene definitie van de arbeidsverhouding in de rechtspraak. Volgens vaste rechtspraak is het hoofdkenmerk van een arbeidsverhouding gelegen in de omstandigheid dat een persoon gedurende bepaalde tijd voor een ander onder diens gezag prestaties verricht tegen beloning.<sup>23</sup> Vervolgens moet worden nagegaan welke criteria het Hof heeft ontwikkeld om te bepalen of er tussen de werknemer en de werkgever een ondergeschiktheidsverhouding bestaat, hetgeen op de drie genoemde terreinen van het Unierecht het kenmerkende element van een arbeidsverhouding is.

*b) Criteria ontleend aan de rechtspraak op het gebied van sociale zekerheid*

44. Uit de rechtspraak op het gebied van sociale zekerheid volgt dat niet alleen de contractuele betrekkingen doorslaggevend zijn, maar ook de werkelijke arbeidssituatie van de werknemer. Alle relevante objectieve omstandigheden van de zaak moeten in aanmerking worden genomen teneinde te bepalen of de voor een arbeidsverhouding kenmerkende ondergeschiktheidsverhouding aanwezig is.

45. Volgens vaste rechtspraak hangt de toepassing van het systeem van aanwijfsregels van de coördinatieverordeningen alleen af van de objectieve situatie waarin de werknemer zich bevindt, gelet op alle relevante elementen in het dossier.<sup>24</sup> Meer specifiek heeft het Hof in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 4 oktober 2012, *Format*<sup>25</sup>, aangegeven hoe moet worden bepaald welke nationale socialezekerheidswetgeving van toepassing is ingeval de werknemer in twee of meer lidstaten werkzaam is geweest. In die zaak heeft het Hof verklaard dat, in voorkomend geval, „behalve met de bewoordingen van de contractdocumenten”, rekening dient te worden gehouden met diverse andere „factoren, zoals de wijze waarop overeenkomsten tussen de betrokken werkgever en werknemer voorheen werden uitgevoerd, de omstandigheden waarin deze overeenkomsten zijn gesloten en, meer algemeen, de kenmerken en uitvoeringswijzen van de door de betrokken onderneming verrichte werkzaamheden, voor zover die factoren licht kunnen werpen op de werkelijke aard van de werkzaamheden in kwestie”. Het Hof heeft daaraan toegevoegd dat het nationale orgaan dat een en ander moet beoordelen, „zijn bevindingen, niettegenstaande de bewoordingen van de contractdocumenten, moet baseren op de werkelijke situatie van de werknemer”.<sup>26</sup>

46. De zaak die heeft geleid tot het arrest van 17 december 1970, *Manpower*<sup>27</sup>, betreffende de detachering van werknemers door een uitzendbureau, lijkt mij in de onderhavige context van bijzonder belang, aangezien het Hof daarin nuttige criteria heeft geformuleerd. Uit dat arrest valt af te leiden dat als een „werkgever” in de zin van de coördinatieverordeningen kan worden beschouwd de partij die verantwoordelijk is voor de aanwerving van de werknemer en voor de betaling van het salaris, en die de mogelijkheid heeft de werknemer een sanctie op te leggen en te ontslaan.<sup>28</sup> Dit laat zien dat het Hof rekening houdt met de werkelijke arbeidssituatie en zich niet uitsluitend baseert op de arbeidsovereenkomst.

*c) Criteria ontleend aan de rechtspraak op het gebied van arbeidsverhoudingen*

47. Ook op basis van een analyse van de rechtspraak inzake arbeidsverhoudingen kan worden geconcludeerd dat aan de hand van alle relevante objectieve omstandigheden moet worden bepaald wie de werkgever is. Vanuit dit oogpunt is de partij waarmee de werknemer formeel een arbeidsovereenkomst is aangegaan, niet per se de „werkgever”.

<sup>23</sup> Arrest van 4 december 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media* (C-413/13, EU:C:2014:2411, punt 34).

<sup>24</sup> Zie arresten van 14 oktober 2010, *Van Delft e.a.* (C-345/09, EU:C:2010:2010, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak), en 16 mei 2013, *Wencel* (C-589/10, EU:C:2013:303, punt 52).

<sup>25</sup> C-115/11, EU:C:2012:606.

<sup>26</sup> Arrest van 4 oktober 2012, *Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe* (C-115/11, EU:C:2012:606, punten 45 en 46).

<sup>27</sup> 35/70, EU:C:1970:120.

<sup>28</sup> Arrest van 17 december 1970, *Manpower* (35/70, EU:C:1970:120, punten 17 en 18).

48. In zijn arrest *Danosa*<sup>29</sup>, betreffende de uitlegging van richtlijn 92/85/EEG<sup>30</sup>, heeft het Hof om te beginnen herinnerd aan het hierboven reeds genoemde<sup>31</sup> hoofdkenmerk van de arbeidsverhouding, namelijk de ondergeschiktheidsverhouding in het kader waarvan toezicht wordt uitgeoefend op de werknemer<sup>32</sup>, waarna het heeft gepreciseerd dat „de juridische kwalificatie naar nationaal recht en de vorm van deze verhouding, evenals de aard van de rechtsbetrekking tussen [de] twee personen in dit opzicht niet doorslaggevend zijn”<sup>33</sup>.

49. Ik vermeld hier ook het arrest *Albron Catering*<sup>34</sup>, betreffende de uitlegging van richtlijn 2001/23/EG<sup>35</sup>, waarin het Hof heeft geoordeeld dat de werkgever ook de onderneming kan zijn waarbij de werknemers effectief zijn tewerkgesteld, „niettegenstaande het ontbreken van contractuele relaties met die werknemers”.<sup>36</sup>

50. Wat ten slotte de voor elke arbeidsverhouding kenmerkende ondergeschiktheidsverhouding betreft, moet worden gerefereerd aan het arrest *Haralambidis*<sup>37</sup>, dat betrekking had op de vraag of de voorzitter van een havenautoriteit de hoedanigheid van werknemer in de zin van artikel 45, lid 1, VWEU had. Deze vraag moest volgens het Hof bevestigend worden beantwoord, aangezien de Italiaanse minister van Infrastructuur en Transport ten aanzien van die voorzitter over leidinggevende en controlebevoegdheden beschikte, en in voorkomend geval over sanctiebevoegdheden.<sup>38</sup> Wat het rechtskarakter van de tussen die personen bestaande band betreft, heeft het Hof herinnerd aan zijn vaste rechtspraak volgens welke „de vraag of de juridische band van de arbeidsverhouding publiekrechtelijk dan wel privaatrechtelijk van aard is, [...] niet bepalend [is]”.<sup>39</sup>

#### *d) Criteria ontleend aan de rechtspraak op het gebied van internationaal privaatrecht*

51. Het Hof heeft zich ook bij de uitlegging van de conflictregels op het gebied van het privaatrecht voorstander getoond van een beoordeling van alle omstandigheden van het geval. Volgens de betrokken rechtspraak dient de nationale rechter ter bepaling van de plaats waar de werknemer zijn verplichtingen jegens de werkgever vervult, een aantal aanwijzingen in aanmerking te nemen.

52. In het arrest *Voogsgeerd*<sup>40</sup>, dat betrekking had op de uitlegging van de bepalingen van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, ter ondertekening opengesteld te Rome op 19 juni 1980<sup>41</sup>, heeft het Hof geoordeeld dat de nationale rechter, teneinde te beoordelen of een onderneming daadwerkelijk de hoedanigheid van werkgever heeft, rekening moet houden met „alle objectieve elementen die erop kunnen wijzen dat de werkelijke situatie verschilt van die welke blijkt uit de bewoordingen van de overeenkomst”.<sup>42</sup>

29 Arrest van 11 november 2010, *Danosa* (C-232/09, EU:C:2010:674).

30 Richtlijn van de Raad van 19 oktober 1992 inzake de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid op het werk van werkneemsters tijdens de zwangerschap, na de bevalling en tijdens de lactatie (tiende bijzondere richtlijn in de zin van artikel 16, lid 1, van richtlijn 89/391/EEG) (PB 1992, L 348, blz. 1).

31 Zie punt 43 van de onderhavige conclusie.

32 Arrest van 11 november 2010, *Danosa* (C-232/09, EU:C:2010:674, punten 46 en 47).

33 Arrest van 11 november 2010, *Danosa* (C-232/09, EU:C:2010:674, punten 39 en 40).

34 Arrest van 21 oktober 2010, *Albron Catering* (C-242/09, EU:C:2010:625).

35 Richtlijn van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PB 2001, L 82, blz. 16).

36 Arrest van 21 oktober 2010, *Albron Catering* (C-242/09, EU:C:2010:625, punten 21 en 31).

37 Arrest van 10 september 2014, *Haralambidis* (C-270/13, EU:C:2014:2185).

38 Arrest van 10 september 2014, *Haralambidis* (C-270/13, EU:C:2014:2185, punt 30).

39 Arrest van 10 september 2014, *Haralambidis* (C-270/13, EU:C:2014:2185, punt 40).

40 Arrest van 15 december 2011, *Voogsgeerd* (C-384/10, EU:C:2011:842).

41 PB 1980, L 266, blz. 1.

42 Arrest van 15 december 2011, *Voogsgeerd* (C-384/10, EU:C:2011:842, punt 62).



53. In het arrest Koelzsch<sup>43</sup>, dat eveneens betrekking had op de uitlegging van de bepalingen van genoemd verdrag en waarin het, net zoals in de onderhavige zaak, om arbeid in de transportsector ging, heeft het Hof geoordeeld dat de nationale rechter rekening moet houden met alle elementen die de werkzaamheid van de werknemer kenmerken, en met name moet vaststellen „in welke staat zich de plaats bevindt van waaruit de werknemer zijn transportopdrachten verricht, instructies voor zijn opdrachten ontvangt en zijn werk organiseert, alsmede de plaats waar zich de arbeidsinstrumenten bevinden”.<sup>44</sup> De nationale rechter „moet tevens nagaan in welke plaatsen het vervoer hoofdzakelijk wordt verricht, in welke plaatsen de goederen worden gelost en naar welke plaats de werknemer na zijn opdrachten terugkeert”.<sup>45</sup>

54. Voor de bepaling van de plaats waar de werknemer zijn verplichtingen jegens zijn werkgever vervult, is tevens van belang het arrest van 14 september 2017, Nogueira e.a.<sup>46</sup>, over de uitlegging van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken<sup>47</sup> in de sector van het passagiersluchtvervoer. In dat arrest heeft het Hof opnieuw gewezen op de hierboven genoemde aanwijzingen die gelden voor de arbeidsverhoudingen in de transportsector en door de nationale rechter in aanmerking moeten worden genomen.<sup>48</sup> Volgens het Hof kan door die methode „de realiteit van de rechtsverhoudingen beter worden weergegeven doordat rekening moet worden gehouden met alle factoren die kenmerkend zijn voor de werkzaamheden van de werknemer”.<sup>49</sup> In dit verband moet worden benadrukt dat het Hof heeft gewaarschuwd voor het gevaar dat het aanknopingspunt voor de toepassing van het Unierecht „wordt geïnstrumentaliseerd of gaat bijdragen tot het ontstaan van ontwijkingsstrategieën”.<sup>50</sup>

55. Recenter heeft het Hof zich in zijn arrest van 11 april 2019, Bosworth en Hurley<sup>51</sup>, moeten bezighouden met de uitlegging van het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken<sup>52</sup>, en dan met name van het begrip „werknemer”. Na te hebben herinnerd aan de ondergeschiktheidsverhouding waardoor elke arbeidsverhouding wordt gekenmerkt, alsmede aan de noodzaak om van geval tot geval aan de hand van alle gegevens en alle omstandigheden die de verhoudingen tussen partijen kenmerken, na te gaan of van een dergelijke band sprake is, heeft het Hof geoordeeld dat „het ontbreken van een formele arbeidsovereenkomst [...] niet [uitsluit] dat er een arbeidsverhouding bestaat” in de zin van de relevante bepalingen van genoemd verdrag.<sup>53</sup>

### *3. Toepassing van bovengenoemde criteria op de omstandigheden van de hoofdgedingen*

56. Nu enkele nuttige criteria zijn vastgesteld aan de hand waarvan kan worden bepaald wie in een arbeidsverhouding de hoedanigheid van werkgever heeft, moeten deze criteria thans worden toegepast op de omstandigheden van de hoofdgedingen. Hoewel het aan de verwijzende rechter is om het noodzakelijke feitenonderzoek uit te voeren en om, in voorkomend geval, artikel 13, lid 1, onder b),

43 Arrest van 15 maart 2011, Koelzsch (C-29/10, EU:C:2011:151).

44 Arrest van 15 maart 2011, Koelzsch (C-29/10, EU:C:2011:151, punt 49).

45 Arrest van 15 maart 2011, Koelzsch (C-29/10, EU:C:2011:151, punt 49).

46 C-168/16 en C-169/16, EU:C:2017:688.

47 PB 2001, L 12, blz. 1.

48 Arrest van 14 september 2017, Nogueira e.a. (C-168/16 en C-169/16, EU:C:2017:688, punten 59 en 60).

49 Arrest van 14 september 2017, Nogueira e.a. (C-168/16 en C-169/16, EU:C:2017:688, punt 62).

50 Arrest van 14 september 2017, Nogueira e.a. (C-168/16 en C-169/16, EU:C:2017:688, punt 62).

51 C-603/17, EU:C:2019:310.

52 Op 30 oktober 2007 te Lugano ondertekend verdrag, waarvan de sluiting namens de Gemeenschap is goedgekeurd bij besluit 2009/430/EG van de Raad van 27 november 2008 (PB 2009, L 147, blz. 1).

53 Arrest van 11 april 2019, Bosworth en Hurley (C-603/17, EU:C:2019:310, punt 27).



van verordening nr. 883/2004<sup>54</sup> toe te passen op de bij hem aanhangige gedingen, is het de taak van het Hof om het Unierecht uit te leggen tegen de achtergrond van de feitelijke en rechtssituatie zoals deze door de verwijzende rechter is beschreven, teneinde deze laatste de elementen aan de hand te doen die nuttig zijn voor de beslechting van het bij hem aanhangige geding.<sup>55</sup>

57. Ik merk om te beginnen op dat de contractuele verhouding, volgens welke AFMB formeel de werkgever van de chauffeurs zou zijn, slechts indicatieve waarde heeft. Het lijkt dan ook legitiem om de hoedanigheid van werkgever die AFMB stelt te bezitten – althans wat betreft de coördinatieregels inzake sociale zekerheid – in twijfel te trekken, ingeval deze de realiteit van de arbeidsverhouding niet zou weergeven, wat hierna op basis van de feiten van het dossier moet worden onderzocht.

58. Zoals de verwijzende rechter aangeeft<sup>56</sup>, werkten de betrokkenen zowel voor als tijdens de litigieuze perioden als internationaal vrachtwagenchauffeur in loondienst en bestuurden zij uitsluitend vrachtwagens die werden geëxploiteerd voor rekening en risico van in Nederland gevestigde vervoersondernemingen. Gedurende de betrokken perioden stonden die chauffeurs feitelijk voor onbepaalde tijd volledig ter beschikking van die vervoersondernemingen, waarbij zij in de meeste gevallen voorafgaand aan die perioden in loondienst waren geweest.

59. Zoals de verwijzende rechter opmerkt<sup>57</sup>, veranderde er na de formele tussenkomst van AFMB, in oktober 2011, wat betreft de dagelijkse gang van zaken niets of weinig in de relatie tussen de werknemers en hun in Nederland gevestigde oorspronkelijke werkgevers. Die oorspronkelijke werkgevers bleven namelijk feitelijk beslissen over de aanstelling, de essentiële arbeidsvoorwaarden, de werkzaamheden en het ontslag van de werknemers. Het lijkt erop dat AFMB de chauffeurs niet zelf in dienst heeft genomen, maar dat de in Nederland gevestigde vervoersondernemingen hun werknemers hebben ondergebracht bij AFMB. De verwijzende rechter wijst er voorts op<sup>58</sup> dat de controle die de in Nederland gevestigde vervoersondernemingen uitoefenden over de essentiële arbeidsvoorwaarden, bijvoorbeeld blijkt uit het feit dat de chauffeurs die deze ondernemingen niet langer nodig hadden, in de regel onmiddellijk door AFMB werden ontslagen.

60. Met betrekking tot de loonkosten moet worden vastgesteld dat AFMB weliswaar rechtstreeks een salaris uitbetaalde aan de chauffeurs, maar dat dit salaris kennelijk werd gefinancierd door de in Nederland gevestigde ondernemingen, die volgens de door de verwijzende rechter verstrekte informatie<sup>59</sup> bepaalde bedragen verschuldigd waren aan AFMB op grond van de overeenkomsten die zij met AFMB hadden gesloten. AFMB kan weliswaar niet als een zuivere „brievenbusfirma” worden aangemerkt, maar zij kan wel als een soort salarisadministrateur worden beschouwd en niet als een echte werkgever. In zijn feitenrelaas<sup>60</sup> merkt de verwijzende rechter zelfs op dat AFMB „nagenoeg alleen op papier” werkgever was. Samen met de bewoordingen van de eerste prejudiciële vraag wijst deze informatie erop dat de leidinggevende en controlebevoegdheden ten aanzien van de chauffeurs berustten bij de in Nederland gevestigde ondernemingen.

61. Gelet op het voorgaande, en onder voorbehoud van de door de verwijzende rechter te verrichten feitelijke beoordeling, ben ik van mening dat uitsluitend de in Nederland gevestigde vervoersondernemingen moeten worden beschouwd als de „werkgevers” van de betrokken chauffeurs in de zin van artikel 13, lid 1, onder b), van verordening nr. 883/2004.

54 Of, in voorkomend geval, artikel 14, punt 2, onder a), van verordening nr. 1408/71, afhankelijk van de vraag welke coördinatieregels inzake sociale zekerheid *ratione loci* en *ratione temporis* van toepassing zijn.

55 Arrest van 9 november 2006, Chateignier (C-346/05, EU:C:2006:711, punt 22).

56 Zie punt 5.2.2 van de verwijzingsbeslissing.

57 Zie punt 5.2.6 van de verwijzingsbeslissing.

58 Zie punt 5.2.6 van de verwijzingsbeslissing.

59 Zie punt 5.2.3 van de verwijzingsbeslissing.

60 Zie punt 7.1.5 van de verwijzingsbeslissing.

62. Hieruit volgt dat in een situatie als in de hoofdgedingen de socialezekerheidswetgeving van toepassing is van de staat van de vervoersonderneming die de betrokkene heeft aangeworven, die hem feitelijk voor onbepaalde tijd volledig ter beschikking heeft, die het feitelijke gezag over hem uitoefent en die zijn loonkosten de facto draagt, dat wil zeggen, in casu, de Nederlandse socialezekerheidswetgeving.

#### *4. Antwoord op de eerste prejudiciële vraag*

63. Gelet op een en ander moet op de eerste prejudiciële vraag worden geantwoord dat artikel 13, lid 1, onder b), i), van verordening nr. 883/2004 aldus moet worden uitgelegd dat, onder voorbehoud van het door de verwijzende rechter uit te voeren feitenonderzoek, in omstandigheden als die van de hoofdgedingen, als de werkgever van internationaal vrachtwagenchauffeurs in loondienst wordt aangemerkt de vervoersonderneming die de betrokkenen heeft aangeworven, die hen feitelijk voor onbepaalde tijd volledig ter beschikking heeft, die het feitelijke gezag over hen uitoefent en die de facto hun loonkosten draagt.

#### *C. Tweede prejudiciële vraag*

64. Met zijn tweede, subsidiair gestelde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of, voor het geval dat AFMB als de „werkgever” moet worden beschouwd, de specifieke voorwaarden waaronder in geval van detachering van werknemers artikel 14, punt 1, onder a), van verordening nr. 1408/71 en artikel 12 van verordening nr. 883/2004 kunnen worden toegepast, naar analogie ook geheel of gedeeltelijk gelden in de hoofdgedingen. De verwijzing naar een mogelijke analogie vindt haar verklaring in het feit dat door de partijen in de hoofdgedingen niet wordt betwist dat die bepalingen niet van toepassing zijn in de hoofdgedingen.

65. Aangezien ik in overweging geef de eerste vraag aldus te beantwoorden dat uitsluitend de in Nederland gevestigde ondernemingen als „werkgever” zijn te beschouwen, behoeft de tweede vraag geen beantwoording. Voor het geval dat het Hof tot een andere conclusie zou komen, ben ik om de redenen die ik hierna zal uiteenzetten van mening dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord.

66. Net zoals bij mijn analyse aangaande de eerste vraag zal ik mij concentreren op de uitlegging van artikel 12 van verordening nr. 883/2004, daar hierin in wezen hetzelfde is bepaald als in artikel 14, punt 1, onder a), van verordening nr. 1408/71, ondanks de minieme verschillen in formulering.<sup>61</sup>

67. Naar mijn mening kan artikel 12 van verordening nr. 883/2004 niet worden toegepast, aangezien er in de hoofdgedingen geen sprake is van „detachering” in eigenlijke zin, maar veeleer van het voor onbepaalde tijd „ter beschikking stellen” van werknemers aan de in Nederland gevestigde ondernemingen door AFMB.

68. Dat die twee begrippen duidelijk van elkaar moeten worden onderscheiden, volgt uit de wijze waarop het begrip „detachering” in de rechtspraak is uitgelegd. In het arrest FTS<sup>62</sup> heeft het Hof geoordeeld dat de in de genoemde bepalingen neergelegde uitzonderingen op het werklandbeginsel slechts kunnen worden toegepast bij tussenkomst van een uitzendbureau, indien aan twee voorwaarden wordt voldaan. Volgens de eerste voorwaarde is het noodzakelijk dat er tussen de onderneming die een werknemer detachert in een andere lidstaat dan de staat waar zij is gevestigd

<sup>61</sup> Zie punt 36 van de onderhavige conclusie.

<sup>62</sup> Arrest van 10 februari 2000, FTS (C-202/97, EU:C:2000:75).

en de aldus gedetacheerde werknemer een organische band blijft bestaan gedurende de detachingsperiode van de werknemer. Volgens de tweede voorwaarde, die betrekking heeft op de relatie tussen de genoemde onderneming en de lidstaat waar zij is gevestigd, dient die onderneming doorgaans activiteiten van betekenis te verrichten op het grondgebied van deze lidstaat.<sup>63</sup>

69. Voor de vaststelling van het bestaan van een dergelijke organische band moet volgens de rechtspraak<sup>64</sup> uit alle omstandigheden van de tewerkstelling blijken dat de werknemer gedurende de detachingsperiode onder het gezag van de genoemde onderneming staat. Deze voorwaarde impliceert noodzakelijkerwijs dat het uitzendbureau ten aanzien van de werknemer over leidinggevende en controlebevoegdheden moet beschikken, en in voorkomend geval over sanctiebevoegdheden. Het uitzendbureau moet met andere woorden de bevoegdheden uitoefenen die bij uitstek zijn voorbehouden aan de „werkgever”. In het kader van de beantwoording van de eerste vraag is reeds vastgesteld dat in de omstandigheden van de hoofdgedingen die werkgeversbevoegdheden berustten bij de in Nederland gevestigde vervoersondernemingen.<sup>65</sup> Bovendien blijkt uit het dossier dat de band tussen de chauffeurs en AFMB zich in wezen beperkte tot de salarisbetaling en de afdracht van sociale premies aan de Cypriotische autoriteit. Een en ander is overigens door AFMB in haar opmerkingen niet betwist. Aan de eerste voorwaarde lijkt in casu dan ook niet te zijn voldaan.

70. Wat de tweede voorwaarde betreft, moet om te beginnen worden vastgesteld dat deze niet wordt genoemd in artikel 13, lid 1, onder b), i), van verordening nr. 883/2004<sup>66</sup>, zoals ook verschillende deelnemers aan de procedure hebben opgemerkt. Het in die bepaling bedoelde aanknopingspunt is simpelweg de plaats van vestiging van de werkgever. Het lijkt mij problematisch om via uitlegging een bijkomende voorwaarde in te voeren, namelijk dat „activiteiten van betekenis worden verricht op het grondgebied van de lidstaat waar [de onderneming] is gevestigd”, in weerwil van de ondubbelzinnige bewoordingen van de genoemde bepaling. Bedacht moet worden dat de betrokken voorwaarde oorspronkelijk in de rechtspraak is ontwikkeld in verband met een andere bepaling, te weten artikel 14, punt 1, onder a), van verordening nr. 1408/71<sup>67</sup>, dat correspondeert met het huidige artikel 12, lid 1, van verordening nr. 883/2004. Door die voorwaarde toe te passen op een andere bepaling zonder rekening te houden met het specifieke karakter ervan, zouden de grenzen van de werkingssfeer van de in artikel 13, lid 1, onder b), i), van verordening nr. 883/2004 opgenomen bepaling worden veronachtzaamd. Daarbij komt dat een voorstel voor een wetswijziging van die strekking recent door de Raad is verworpen, waarop de Commissie in haar opmerkingen heeft gewezen.<sup>68</sup> Los van de twijfel die het volgen van die benadering in de praktijk oproept, merk ik op dat de verwijzende rechter zelf moeite heeft om de voorgestelde voorwaarde inzake „activiteiten van betekenis” toe te passen wegens het ontbreken van informatie op dit punt. Volgens de verwijzingsbeslissing kan de verwijzende rechter namelijk uit het dossier niet opmaken of AFMB al dan niet aan die voorwaarde voldoet.<sup>69</sup> Ik zie dan ook niet in hoe die benadering relevant zou kunnen zijn voor de oplossing van de bij de verwijzende rechter aanhangige gedingen.

71. Om de hierboven uiteengezette redenen geef ik in overweging de tweede prejudiciële vraag ontkennend te beantwoorden.

63 Arresten van 10 februari 2000, FTS (C-202/97, EU:C:2000:75, punten 21-24), en 6 februari 2018, Altun e.a. (C-359/16, EU:C:2018:63, punt 34).

64 Arrest van 10 februari 2000, FTS (C-202/97, EU:C:2000:75, punt 24).

65 Zie punt 61 van de onderhavige conclusie.

66 Noch in het met die bepaling corresponderende artikel 14, punt 2, onder a), van verordening nr. 1408/71.

67 Arrest van 10 februari 2000, FTS (C-202/97, EU:C:2000:75, punt 40).

68 In 2016 heeft de Commissie in haar voorstel voor een verordening tot wijziging van verordening (EG) nr. 883/2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels en verordening (EG) nr. 987/2009 tot vaststelling van de wijze van toepassing van verordening (EG) nr. 883/2004 [document COM(2016) 815], voorgesteld om het bestaande lid 5 bis van artikel 14 van verordening (EG) nr. 987/2009 te vervangen door het hierna volgende lid: „5 bis. Voor de toepassing van titel II van de basisverordening wordt onder ‚zetel of domicilie’ de zetel of het domicilie verstaan waar de voornaamste beslissingen betreffende de onderneming worden genomen en waar de centrale bestuursstaken ervan worden uitgeoefend, op voorwaarde dat de onderneming aanzienlijke werkzaamheden in die lidstaat verricht.” De Raad heeft echter niet ingestemd met de invoering van het criterium van de „aanzienlijke werkzaamheden”.

69 Zie punt 7.2.5 van de verwijzingsbeslissing.

## ***D. Derde prejudiciële vraag***

### *1. Begrip misbruik van recht volgens de rechtspraak*

72. Met zijn derde, meer subsidiair gestelde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of er – voor het geval dat AFMB als de „werkgever” moet worden beschouwd en indien de specifieke voorwaarden inzake de detachering van werknemers niet van toepassing zijn – in omstandigheden als die van de hoofdgedingen sprake is van een situatie die als misbruik van het Unierecht valt te kwalificeren.<sup>70</sup>

73. Gelet op de door mij voorgestelde beantwoording van de eerste en de tweede vraag, zal ik alleen voor de volledigheid op deze derde vraag ingaan, voor het geval dat het Hof de eerste twee vragen anders zou beantwoorden.

74. Volgens vaste rechtspraak kunnen justitiabelen zich in geval van fraude of misbruik niet beroepen op het Unierecht.<sup>71</sup> Dit geldt ook voor de rechtshandelingen van de Unie die zijn opgenomen in de EER-Overeenkomst<sup>72</sup> en in de met de Zwitserse Bondsstaat gesloten bilaterale overeenkomsten. De vaststelling dat sprake is van misbruik, vereist zowel een objectief als een subjectief element.<sup>73</sup> Wat ten eerste het objectieve element betreft, moet voor deze vaststelling uit een geheel van objectieve omstandigheden blijken dat in weerwil van de formele naleving van de door de Unieregeling opgelegde voorwaarden, het door deze regeling beoogde doel niet is bereikt.<sup>74</sup> Ten tweede vereist een dergelijke vaststelling ook een subjectief element, in die zin dat uit een geheel van objectieve factoren moet blijken dat het wezenlijke doel van de betrokken handelingen erin bestaat een ongerechtvaardigd voordeel te verkrijgen.<sup>75</sup> Het verbod van misbruik geldt immers niet wanneer er voor de betrokken handelingen een andere verklaring kan bestaan dan de loutere verkrijging van een voordeel.

### *2. Toepassing van de in de rechtspraak ontwikkelde criteria op het onderhavige geval*

75. Afgaande op de informatie in de verwijzingsbeslissing<sup>76</sup> moet met een kritische blik worden gekeken naar de juridische constructie die is opgezet door AFMB en haar contractpartners, de buiten Cyprus gevestigde vervoersondernemingen. Concreter gezegd plaatst de verwijzende rechter vraagtekens bij de verenigbaarheid met het Unierecht van een juridische constructie die een vennootschap de mogelijkheid biedt te kiezen voor een bepaalde statutaire zetel met als wezenlijk doel dat haar personeel rechtmatig wordt onderworpen aan de socialezekerheidswetgeving van een lidstaat van de EU of de EVA waar de socialepremedruk relatief laag is.

70 De verwijzende rechter noemt in zijn vraag het „recht van de EVA”. Het is echter waarschijnlijk dat hij in werkelijkheid het recht van de EER en de associatieovereenkomst met de Zwitserse Bondsstaat bedoelt. Deze vraag moet dus worden geherformuleerd.

71 Zie arresten van 21 februari 2006, Halifax e.a. (C-255/02, EU:C:2006:121, punt 68), en 28 juli 2016, Kratzer (C-423/15, EU:C:2016:604, punt 37).

72 Zie arresten van het EVA-Hof van 13 september 2017, Yara International ASA (E-15/16, EFTA Court Report 2017, 434, punt 49), waaruit volgt dat het verbod van misbruik van recht een „wezenskenmerk is van het recht van de EER”, en 3 oktober 2012, Arcade Drilling (E-15/11, EFTA Court Report 2012, 676, punten 88 en 89), waarin het EVA-Hof zich baseert op de rechtspraak van het Hof.

73 Zie arrest van 28 juli 2016, Kratzer (C-423/15, EU:C:2016:604, punt 38).

74 Zie arrest van 28 juli 2016, Kratzer (C-423/15, EU:C:2016:604, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

75 Zie arrest van 28 juli 2016, Kratzer (C-423/15, EU:C:2016:604, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

76 Zie punt 7.3 van de verwijzingsbeslissing.

76. Alvorens de vraag te beantwoorden, moet in herinnering worden gebracht dat het Hof niet zelf kan beoordelen of een bepaalde handelwijze als misbruik moet worden aangemerkt. Het is aan de nationale rechter om conform de bewijsregels van het nationale recht na te gaan of in de hoofdgedingen de bestanddelen van misbruik aanwezig zijn.<sup>77</sup> Het Hof kan echter in zijn prejudiciële beslissing preciseringen geven die voor de nationale rechter als leidraad kunnen dienen bij de toepassing van het Unierecht.<sup>78</sup>

*a) Is het objectieve element aanwezig?*

77. Na een grondig onderzoek van de feiten komt het mij voor dat, wat het objectieve element betreft, voor de toepassing van artikel 13, lid 1, onder b), i), van verordening nr. 883/2004 in de hoofdgedingen slechts formeel is voldaan aan de voorwaarden om aan AFMB de hoedanigheid van „werkgever” toe te kennen. Zoals gezegd<sup>79</sup>, heeft AFMB die hoedanigheid slechts toegekend gekregen door middel van een gekunstelde privaatrechtelijke juridische constructie, terwijl haar contractpartners de feitelijke controle uitoefenden over de werknemers, wat in het kader van een arbeidsverhouding normaliter de bevoegdheid van de werkgever is.<sup>80</sup> Daarbij komt dat AFMB zich heeft kunnen beroepen op de fundamentele vrijheden van de interne markt om zich op Cyprus te vestigen en van daaruit diensten – betreffende loonadministratie en premieafdracht – te leveren aan in Nederland gevestigde ondernemingen. Dankzij al die factoren is AFMB erin geslaagd zich ten overstaan van de bevoegde socialezekerheidsinstanties officieel als de „werkgever” te presenteren en om kennelijk in sommige lidstaten als zodanig te worden erkend.<sup>81</sup>

78. Het feit dat de nationale bevoegde instanties AFMB in voorkomend geval als „werkgever” erkennen en bijgevolg de A1-verklaringen afgeven op basis van de informatie in de dossiers van de hoofdgedingen, zou naar mijn mening wat hen betreft een onjuiste toepassing van artikel 13, lid 1, onder b), i), van verordening nr. 883/2004 opleveren, aangezien dit ertoe zou leiden dat op de chauffeurs de Cypriotische en niet de Nederlandse socialezekerheidswetgeving wordt toegepast, ook al zijn de werkelijke werkgevers gevestigd in Nederland.<sup>82</sup> Een dergelijke uitkomst zou niet stroken met de doelstelling van de aanwijzregels, namelijk de nationale instanties in staat stellen om op eenvoudige wijze, dat wil zeggen aan de hand van objectieve, duidelijke en vooraf bepaalde criteria, vast te stellen wie de echte werkgever van de werknemer is en waar de zetel of het domicilie van die werkgever zich bevindt, en daarmee uiteindelijk te bepalen welk socialezekerheidsstelsel in een bepaald geval van toepassing is. Ik merk overigens op dat, ook al zijn de aanwijzregels relatief eenvoudig, het verschil tussen schijn en werkelijkheid in casu verwarring kan doen ontstaan bij de nationale bevoegde instanties en dus moet worden geacht de goede werking van het door de Uniewetgever ingestelde mechanisme voor de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels te ondermijnen.

<sup>77</sup> Zie arrest van 28 juli 2016, Kratzer (C-423/15, EU:C:2016:604, punten 41 en 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

<sup>78</sup> Zie arresten van 17 december 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punt 34), en 22 november 2017, Cussens e.a. (C-251/16, EU:C:2017:881, punt 59).

<sup>79</sup> Zie de punten 57-61 van de onderhavige conclusie.

<sup>80</sup> Zie in dit verband arrest van 17 december 2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, punt 50), waarin het Hof de misbruikpraktijken verwerpt, waarbij het als voorbeeld noemt de sluiting van overeenkomsten die een zuiver kunstmatige constructie vormen, bedoeld om de identiteit van de dienstverrichter te verhullen.

<sup>81</sup> Volgens de door AFMB verstrekte informatie zouden lidstaten als Spanje, Polen, Duitsland, België en Roemenië AFMB als werkgever hebben beschouwd en op basis van haar statutaire zetel de Cypriotische socialezekerheidswetgeving op hun respectieve ingezetenen van toepassing hebben geacht.

<sup>82</sup> Zoals het Hof heeft opgemerkt in het arrest van 6 februari 2018, Altun e.a. (C-359/16, EU:C:2018:63, punt 51), bestaat het objectieve element erin dat niet is voldaan aan de voorwaarden om een E101-verklaring te kunnen verkrijgen en zich daarop te kunnen beroepen.



*b) Is het subjectieve element aanwezig?*

79. Met betrekking tot het subjectieve element heeft het Hof geoordeeld dat, om het bestaan van dit tweede element, dat samenhangt met de wil van de handelende personen, aan te tonen, met name rekening kan worden gehouden met het louter kunstmatige karakter van de betrokken handelingen.<sup>83</sup> Het subjectieve element lijkt mij in casu voorhanden te zijn wegens de kennelijke intentie van AFMB en haar contractpartners om de Nederlandse socialezekerheidswetgeving te omzeilen met het oog op de optimalisering van hun economische activiteiten.<sup>84</sup> Zoals gezegd<sup>85</sup>, werkte het merendeel van de betrokken chauffeurs in Nederland in loondienst alvorens door AFMB te worden tewerkgesteld. Het doel van de formele indienstneming door AFMB lijkt te zijn geweest om de toepassing van de Nederlandse wetgeving, die normaal gesproken op grond van artikel 13, lid 1, onder b), i), van verordening nr. 883/2004 van toepassing zou zijn geweest op de betrokken chauffeurs, te ontgaan.

80. Zoals het Hof in zijn rechtspraak heeft benadrukt<sup>86</sup>, gelden de aanwijsregels van de coördinatieverordeningen dwingend voor de lidstaten en is het uitgesloten dat de sociaal verzekerden op wie die regels van toepassing zijn, de gevolgen ervan kunnen tenietdoen doordat zij ervoor kunnen kiezen zich eraan te onttrekken. Het dwingende karakter van de genoemde regels waarborgt de goede werking van het ingestelde coördinatiemechanisme. Het lijkt echter essentieel dat andere actoren, inclusief de werkgevers, die in de regel verplicht zijn socialezekerheidsbijdragen te betalen, de toepassing van die regels eveneens eerbiedigen.

81. Onder voorbehoud van de door de verwijzende rechter te verrichten beoordeling, lijkt de toepassing van de opgezette juridische constructie ertoe te hebben geleid dat de chauffeurs aan sociale bescherming hebben ingeboet, terwijl de voormalige werkgevers van die constructie lijken te hebben geprofiteerd in termen van loonkosten. Dit lijkt ook precies het oogmerk van AFMB te zijn geweest, afgaande op diverse door de verwijzende rechter aangehaalde uitspraken van opdrachtgevers van AFMB<sup>87</sup>, die op de website van AFMB zijn geplaatst en waarin die opdrachtgevers prat gaan op de genoemde voordelen, namelijk dat zij hebben bespaard op loonkosten terwijl zij tegelijkertijd de feitelijke controle over de chauffeurs hebben behouden.

82. Op basis van de beschikbare informatie ben ik dan ook geneigd te concluderen dat er sprake is van misbruik van recht.

83. Indien de verwijzende rechter vaststelt dat de twee elementen van misbruik van recht aanwezig zijn, is hij verplicht daaraan consequenties te verbinden door te weigeren artikel 13, lid 1, onder b), i), van verordening nr. 883/2004<sup>88</sup> toe te passen op de hoofdgedingen. AFMB kan dan dus niet met een beroep op haar vermeende werkgeversstatus van de RSVB een verklaring verlangen dat de Cypriotische wetgeving van toepassing is op de betrokken chauffeurs.<sup>89</sup>

83 Zie arrest van 28 juli 2016, Kratzer (C-423/15, EU:C:2016:604, punten 41 en 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

84 Zie arrest van 6 februari 2018, Altun e.a. (C-359/16, EU:C:2018:63, punt 52), waaruit volgt dat het subjectieve element normaal gesproken aanwezig is wanneer de betrokkene de intentie heeft om de voorwaarden voor afgifte van de E101-verklaring te omzeilen of te ontduiken teneinde op die manier het eraan verbonden voordeel te verkrijgen.

85 Zie punt 58 van de onderhavige conclusie.

86 Zie arresten van 14 oktober 2010, Van Delft e.a. (C-345/09, EU:C:2010:610), en 13 juli 2017, Szoja (C-89/16, EU:C:2017:538, punt 42).

87 Zie punt 5.2.9 van de verwijzingsbeslissing.

88 Hetzelfde geldt voor artikel 14, punt 2, onder a), van verordening nr. 1408/71, afhankelijk van de vraag welke coördinatieregels inzake sociale zekerheid *ratione loci* en *ratione temporis* van toepassing zijn.

89 Dit gevolg vloeit naar mijn mening voort uit de redenering van advocaat-generaal Poiares Maduro in diens conclusie in de zaak Halifax e.a. (C-255/02, EU:C:2005:200, punten 68, 71 en 97), erop neerkomend dat een bepaling waarbij een bepaald recht wordt toegekend, niet mag worden ingeroepen om onrechtmatige voordelen te verkrijgen die kennelijk niets van doen hebben met de doelstelling van die bepaling. Dit betekent in de praktijk dat de betrokken bepaling, in afwijking van haar letterlijke betekenis, zo moet worden uitgelegd dat zij dat recht in feite niet verleent.

### 3. *Antwoord op de derde prejudiciële vraag*

84. Gelet op een en ander moet de derde prejudiciële vraag aldus worden beantwoord dat uit de in de verwijzingsbeslissing weergegeven feiten en omstandigheden blijkt dat er sprake is van een situatie waarin misbruik van recht wordt gemaakt. Bijgevolg kan AFMB zich niet op artikel 13, lid 1, onder b), van verordening nr. 883/2004 beroepen teneinde een band met het Cypriotische socialezekerheidsrecht aan te tonen.

### V. **Conclusie**

85. In het licht van de voorgaande overwegingen geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van de Centrale Raad van Beroep te beantwoorden als volgt:

- „1) Artikel 14, punt 2, onder a), van verordening (EEG) nr. 1408/71 van de Raad van 14 juni 1971 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen op werknemers en zelfstandigen, alsmede op hun gezinsleden, die zich binnen de Gemeenschap verplaatsen, zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 1606/98 van de Raad van 29 juni 1998, en artikel 13, lid 1, onder b), van verordening (EG) nr. 883/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, zoals gewijzigd bij verordening (EU) nr. 465/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2012, moeten aldus worden uitgelegd dat, onder voorbehoud van het door de verwijzende rechter uit te voeren feitenonderzoek, in omstandigheden als die van de hoofdgedingen, als de werkgever van internationaal vrachtwagenchauffeurs in loondienst wordt aangemerkt de vervoersonderneming die de betrokkenen heeft aangeworven, die hen feitelijk voor onbepaalde tijd volledig ter beschikking heeft, die het feitelijke gezag over hen uitoefent en die de facto hun loonkosten draagt.
- 2) De specifieke voorwaarden waaronder werkgevers, zoals uitzendbureaus en andere intermediairs, zich kunnen beroepen op de in artikel 14, punt 1, onder a), van verordening nr. 1408/71 en artikel 12 van verordening nr. 883/2004 opgenomen uitzonderingen op het werklandbeginsel, gelden niet naar analogie voor de toepassing van artikel 14, punt 2, onder a), van verordening nr. 1408/71 en artikel 13, lid 1, onder b), van verordening nr. 883/2004.
- 3) Uit de in de verwijzingsbeslissing weergegeven feiten en omstandigheden blijkt dat er sprake is van een situatie waarin misbruik van recht wordt gemaakt. Bijgevolg kan AFMB zich niet op artikel 14, punt 2, onder a), van verordening nr. 1408/71 of artikel 13, lid 1, onder b), van verordening nr. 883/2004 beroepen teneinde een band met het Cypriotische socialezekerheidsrecht aan te tonen.”