

Martijn Snikkenburg¹

Format 2, wat moet je ermee!

2022-0017

Als Peter Kavelaars in zijn BNB-annotatie bij het arrest Format 2² dezelfde conclusie trekt als mijn dochter van twaalf op zondagochtend aan de ontbijttafel, dan roept dat bij u als lezer waarschijnlijk twee vragen op. Allereerst, of ik niks beters te bespreken heb met mijn puberdochter op de schaarse momenten dat ze niet op social media zit. Maar daarna, wat is er zo bijzonder aan dat arrest Format 2³? En omdat beantwoording van de eerste vraag meer thuishoort in “Ouders van nu” of iets dergelijks, zal ik mij in dit artikel beperken tot de beantwoording van de tweede.

Om te beginnen even de casus

De firma Format⁴ is een Pools uitzendbureau voor de bouw dat met name, zo niet alleen, personeel uitleent buiten Polen. In het onderhavige geval ging het, net als in Format 1⁵ overigens, om een inwoner van Polen die een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd had met de firma Format, meer specifiek voor de periode 20 oktober 2006 tot en met 31 december 2009. Dat laatste was ook meteen het grote verschil met Format 1, waar het om verschillende elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten van bepaalde tijd ging.

In het kader van deze dienstbetrekking werkte de werknemer gedurende volgende perioden in Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk:

- 23 oktober 2006 tot en met 4 november 2007 (een jaar en dertien dagen) in Frankrijk;
- 5 november 2007 tot en met 6 januari 2008 (63 dagen) in het Verenigd Koninkrijk;
- 7 januari 2008 tot en met 31 december 2009 (op zes dagen na twee jaren) in Frankrijk;

Een arbeidspatroon dat redelijk vergelijkbaar was met dat in Format I. Feitelijke dus eigenlijk dezelfde situatie, maar papier is geduldige.

Format vraagt blijkens de beschrijving van het hoofdgeding eind 2007 een E101-verklaring aan bij de Poolse socialezekerheidsautoriteiten, de Zakład Ubezpieczeń Społecznych (hierna: de ZUS) voor de periode 23 december 2007 tot en met 31 december 2009, ter bevestiging van het feit dat de betreffende werknemer gedurende die periode onder het Poolse sociaalzekerheidsstelsel zou blijven vallen. Op 13 februari 2008 wijst de ZUS dit verzoek af en ook het beroep tegen deze afwijzing wordt verworpen “aangezien de betrokkene gedurende meerdere maanden achtereenvolgens op het grondgebied van twee lidstaten voor Format had gewerkt.”⁶ Let wel, op dat moment van afwijzing door de ZUS had betrokkene, de werknemer, net iets meer dan twee maanden in het Verenigd Koninkrijk gewerkt en,

voor zover het de periode van de aanvraag betrof, net iets meer dan een maand in Frankrijk.

Vervolgens gaat er “wat” tijd overheen, wordt onder-tussen het arrest Format 1 geweest, en oordeelt de Poolse rechter ook in hoger beroep op 23 januari 2018, een slordige tien jaren na de oorspronkelijke afwijzing, dat “de werkzaamheden die de betrokkene in elke lidstaat heeft verricht meerdere maanden hebben geduurd, gelet op de aard van zijn werk, te weten bouwwerkzaamheden, en gelet op het activiteitenprofiel van Format, te weten de uitvoering van bouwwerkzaamheden in verschillende lidstaten, de betrokkene in werkelijkheid werkzaamheden verrichtte op het grondgebied van één enkele lidstaat”⁷, en dat dat niet kwalificeert als het op het grondgebied van twee of meer lidstaten plegen uitoefenen van werkzaamheden in loondienst in de zin van artikel 14, lid 2, onder b), ii), van verordening nr. 1408/71 waardoor de hoofdregel van artikel 13, lid 2, onder a, van diezelfde verordening van toepassing is en de werknemer dus sociaal verzekerd was in het land waar hij zijn werkzaamheden daadwerkelijk uitoefende, in casu het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk.

Het is vervolgens de cassatierechter in Polen die op 19 september 2019 het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) de volgende vraag voorlegt: “Moet het begrip, degene die op het grondgebied van twee of meer lidstaten werkzaamheden in loondienst pleegt uit te oefenen van artikel 14, lid 2, eerste volzin, van verordening [nr. 1408/71] aldus worden uitgelegd dat het tevens betrekking heeft op een persoon die in het kader van een en dezelfde arbeidsovereenkomst die is gesloten met een en dezelfde werkgever gedurende de looptijd van deze overeenkomst werkzaamheden uitoefent op het grondgebied van minstens twee lidstaten en deze werkzaamheden niet gelijktijdig of parallel maar in onmiddellijk op elkaar volgende perioden van meerdere maanden uitoefent?”⁸

Spoiler alert

Om u op dit punt niet al te lang in spanning te laten, het Hof oordeelt geparafraseerd: inderdaad als de elkaar opvolgende perioden maar niet langer duren dan één jaar.

Tevens geeft het Hof aan dat het aan de verwijzende Poolse rechter is om na te gaan of de duur van de ononderbroken tijdvakken van werkzaamheden van de werknemer in elk van de lidstaten meer dan twaalf maanden bedraagt.

Of dat dan vervolgens de cassatierechter in Polen gaat zijn, of dat die ook weer terugverwijst naar de rechter in hoger beroep, doet hier niet zo ter zake. Op zich wel interessant is de vraag of dit dan moet worden beoordeeld met de kennis van nu of op basis van wat er daadwerkelijk bekend was op 13 februari 2008. Maar ook dat is een Poolse aangelegenheid waar ik hier (of elders) niet verder op in ga. Terug dus naar wat het Hof ervan heeft gemaakt en vooral ook waarom.

Twaalf maanden OMG!

Om te beginnen met iets positiefs; de rechtsregel is duidelijk. Twee of meer opvolgende perioden van werkzaamheden in twee of meer verschillende landen, die ieder maximaal twaalf maanden duren, gelden voor de toepassing van artikel 14 van verordening 1408/71 als het op het grondgebied van twee of meer lidstaten uitoefenen van werkzaamheden.

Maar, het feit dat de zaak redelijk overzichtelijk was en het inmiddels de tweede keer was dat Format en de ZUS samen naar Luxemburg reisden kan natuurlijk een sentiment hebben opgeroepen in de trant van "daar gaan we weer", als het Hof de zaak dan toch in behandeling neemt omdat er ogenschijnlijk belangrijk verschil is met de vorige keer nu het hier om "*één enkele arbeidsovereenkomst (gaat) die is gesloten met één enkele werkgever en die in de uitoefening van een beroepsactiviteit in meerdere lidstaten voorziet.*"⁹, doe het dan ook goed.

Mijn bezwaar tegen het oordeel van het Hof is tweeledig. Om te beginnen veroorzaakt het beduidend meer onduidelijkheid dan dat het duidelijkheid creëert en ten tweede is twaalf maanden (OMG!) gewoon te veel.

Onduidelijkheid

Waar een eendimensionale termijn van twaalf maanden op zich de charme van eenvoudige duidelijkheid heeft, staat het het Hof natuurlijk niet vrij zomaar een termijn te noemen. En dat doet het Hof ook niet, er is uiteraard iets van een onderbouwing.

In de eerste plaats de specifieke feiten van deze casus. Deze op een rijtje zettende concludeert het Hof dat "*Aldus moet worden vastgesteld dat betrokkene in het*

kader van zijn voor het tijdvak van ... [de] ... gesloten arbeidsovereenkomst nagenoeg al zijn werkzaamheden in loondienst op het grondgebied van één enkele lidstaat heeft verricht."¹⁰ Een terechte conclusie, ook als in aanmerking wordt genomen dat de periode waarvoor een E101-verklaring werd aangevraagd pas op 23 december 2007 begint en niet voor meer dan een jaar daarvoor, er was immers een patroon zichtbaar in de manier van werken van Format.

Dat artikel 14, lid 2, van verordening nr. 1408/71 op zich geen beperking in de tijd voor de eventuele elkaar opvolgende tijdvakken verwoordt, betekent volgens het Hof echter niet dat een dergelijke beperking er niet is. Uit Format 1 volgt namelijk dat "*wanneer de betrokken persoon gewoonlijk werkzaamheden in loondienst verricht op het grondgebied van één lidstaat, hij niet onder de werkingssfeer van artikel 14, lid 2, van verordening nr. 1408/71 kan vallen*"¹¹.

Het Hof vervolgt dat "*derhalve*" niet kan worden "*aanvaard dat een persoon die werkzaamheden in loondienst verricht in omstandigheden als die in het hoofdgeding (...) onder het begrip „degene die op het grondgebied van twee of meer lidstaten werkzaamheden in loondienst pleegt uit te oefenen ... valt.*"¹²

Het gebruik van het woord "*derhalve*" op deze plaats komt mij echter wat vreemd voor. Alsof al vaststaat dat het in deze casus wel duidelijk is dat hier sprake is van het gewoonlijk werkzaamheden in loondienst verrichten op het grondgebied van één lidstaat. Nog voordat geformuleerd is waar de grens ligt, staat al vast dat dit er in ieder geval overheen is. En begrijp me niet verkeerd, bijna twee jaren is wat mij, Peter Kavelaars en mijn dochter betreft volstrekt te lang, maar de volgorde klopt niet.

Voorals niet als het Hof verder gaat met zijn onderbouwing "*Een dergelijke uitlegging zou immers tot gevolg hebben dat de werkingssfeer van deze bepaling wordt uitgebreid tot situaties waarin de betrokken persoon gedurende zo lange tijd op het grondgebied van één enkele lidstaat werkzaam is in loondienst, dat deze werkzaamheid als de normale arbeidsregeling van de betrokkene moet worden beschouwd.*"¹³ Helemaal mee eens, maar "het-kan-toch-zo-zijn-dat" is niet wat ik van het Hof verwacht als een verordening uitleg behoeft.

Het Hof buigt daarna af naar het benadrukken van een rangorde tussen artikel 13 lid 2 onder a en artikel 14, lid 2 van verordening nr. 1408/71. De eerste bevat de hoofdregel, een werknemer is sociaal verzekerd in zijn werkland, en de tweede een uitzondering daarop voor de gevallen waarin een werknemer in twee of meer lidstaten werkzaamheden pleegt te verrichten.

Op die manier wordt immers samenloop van verschillende nationale regelingen en de mogelijke complicaties daarvan voorkomen welke de uitoefening van het vrije verkeer door werknemers zou kunnen belemmeren. Dit alles onder verwijzing naar de nodige jurisprudentie. Tot zover niets nieuws en men zou zich bijna gaan afvragen waarom dit nog herhaald zou moeten worden, als het Hof met een voor mij verrassende stelling komt.

Volgens het Hof moet artikel 14, lid 2 van verordening nr. 1408/71 namelijk strikt worden uitgelegd omdat het een uitzondering vormt op de algemene beginselen zoals neergelegd in artikel 13, lid 2 onder a. Deze verplichting tot strikte uitleg, welke dat dan ook zou moeten zijn, zou blijken uit het arrest Perez Naranjo¹⁴.

En eerlijk is eerlijk, ik kende dat arrest niet, de verplichting tot strikte uitleg van artikel 14, lid 2 overigens ook niet en bestudering leerde mij het volgende: *“Volgens vaste rechtspraak van het Hof dienen de van de exporteerbaarheid van de socialezekerheidsuitkeringen afwijkende bepalingen van artikel 10 bis van verordening nr. 1408/71 restrictief te worden uitgelegd. Dit artikel ziet slechts op de prestaties die voldoen aan de voorwaarden van artikel 4, lid 2 bis, van deze verordening, namelijk prestaties die zowel bijzonder zijn als niet op premie- of bijdragebetaling berusten, en die in bijlage II bis bij deze verordening staan vermeld (zie in die zin arresten van 29 april 2004, Skalka, C-160/02, Jurispr. blz. I-5613, punt 19, en 6 juli 2006, Kersbergen-Lap en Dams-Schipper, C-154/05, Jurispr. blz. I-6249, punt 25).”*¹⁵ Op zich interessant, maar geen woord over artikel 14, lid 2 van verordening nr. 1408/71, ook niet in de in het citaat aangehaalde andere jurisprudentie overigens.

En dan moet er volgens het Hof ook nog rekening mee *“worden gehouden dat de Uniewetgever inzake de toepassing van de uitzondering van artikel 14, lid 1, onder a), van verordening nr. 1408/71 kennelijk van mening was dat de tijdelijke en kortstondige detachering van een werknemer in een andere lidstaat gedurende maximaal twaalf maanden een uitzondering rechtvaardigt op de regel van de lidstaat waar de werkzaamheden worden uitgeoefend, als bedoeld in artikel 13, lid 2, onder a)”*.

Een en ander, naar eigen zeggen coherent, uitleggende, dient volgens het Hof *“bijgevolg te worden geoordeeld dat een persoon die gedurende opeenvolgende tijdvakken in loondienst werkzaam is in verschillende lidstaten, moet worden geacht op het grondgebied van twee of meer lidstaten werkzaamheden in loondienst te verrichten in de zin van artikel 14, lid 2, van verordening nr. 1408/71, voor zover de duur van de ononderbroken tijdvakken van werkzaamheden in elk van deze lidstaten niet meer dan twaalf maanden bedraagt. Alleen met een dergelijke*

uitlegging kan worden voorkomen dat het in artikel 13, lid 2, onder a), van deze verordening neergelegde beginsel wordt omzeild.”

Op een bepaalde manier is dit zeker coherent te noemen, maar wat hier restrictief aan is ontgaat mij volledig. Het gebruik van het woord “Alleen” in de laatste volzin lijkt me ook iets te stellig. Zoals ook al door Peter Kavelaars in zijn annotatie in BNB is opgemerkt, zou een meetperiode van één maand moeten volstaan om te beoordelen of sprake is van het in twee lidstaten plegen te verrichten van werkzaamheden. Detacheren is namelijk iets heel anders dan het in twee of meer lidstaten plegen uitoefenen van werkzaamheden en ik zie dan ook geen enkele reden om de maximale initiële detacheringstermijn van twaalf maanden hierop toe te passen.

Eén maand is lang genoeg, waarbij het wat mij betreft ook nog passend zou zijn alleen substantiële werkzaamheden (meer dan 25% bijvoorbeeld) in de tweede lidstaat in aanmerking te nemen om te voorkomen dat het in artikel 13, lid 2, onder a), van deze verordening neergelegde beginsel wordt omzeild. Want het Hof heeft dan wel een maximale termijn genoemd, maar geen indicatie gegeven omtrent een minimale termijn.

Twaalf maanden it is!

Wat daar ook van zij, het Hof heeft beslist en die twaalf maanden staan zwart-op-wit. Wat is daarvan op dit moment echter nog het effect? Verordening 1408/71 is immers al meer dan tien jaar geleden vervangen?

Onder de nieuwe verordening 883/2004 die sinds 1 mei 2020 van toepassing is, is op het punt van de werkzaamheden in twee lidstaten niet veel veranderd dat zou rechtvaardigen Format 2 ook niet gewoon toe te passen bij de uitleg van wat nu is artikel 13, lid 1. En wat betekent deze uitleg dan?

Een werkgever, uitzendbureau, zal zich in ieder geval kunnen beroepen op de termijn van twaalf maanden wat voor veel bouwprojecten een werkbare oplossing zal zijn in de gevallen waar detachering niet mogelijk is omdat het uitzendbureau in het land van vestiging geen activiteiten van betekenis heeft.¹⁶

En daarbij is het tenslotte ook nog maar de vraag of het bij die twaalf maanden moet blijven. Wat namelijk wel veranderd is in verordening 883/2004 ten opzichte van verordening 1408/71, is immers de duur van de detachering, 24 maanden in plaats van 12. Wat betekent een coherente, maar restrictieve, uitleg nu voor een Poolse werknemer in dienst van de firma Format als hij bijvoorbeeld onderstaand arbeidspatroon heeft?

- 23 oktober 2016 tot en met 4 november 2017 (een jaar en dertien dagen) in Frankrijk;
- 5 november 2017 tot en met 6 januari 2018 (63 dagen) in het Verenigd Koninkrijk;
- 7 januari 2018 tot en met 31 december 2019 (op zes dagen na twee jaren) in Frankrijk;

Op zich fijn, deze duidelijkheid omtrent de toepassing van een verordening die inmiddels tien jaar geleden is vervangen en waarvan zelfs de overgangsregeling al bijna twee jaar niet meer van toepassing is, maar voor toepassing van de huidige verordening roept het alleen maar vragen op die er volgens mij, Peter Kavelaars en, niet in de laatste plaats, mijn dochter niet hadden hoeven zijn.

Noten:

1. Mr. Martijn Snikkenburg is eigenaar en partner van Bource-Snikkenburg.
2. Zie BNB 2021/119.

3. Hof van Justitie van de Europese Unie, 20 mei 2021, ECLI:EU:C:2021:409.
4. Volledig: Format Urządzenia i Montaż Przemysłowe sp. z o.o.
5. Hof van Justitie van de Europese Unie, 4 oktober 2012, ECLI:EU:C:2012:606.
6. Althans volgens de Poolse rechter in eerste aanleg in het beroep tegen de beslissing van de ZUS.
7. Zie r.o. 14.
8. Zie r.o. 19.
9. Zie r.o. 20.
10. Zie r.o. 25.
11. Zie r.o. 27.
12. Zie r.o. 28.
13. Zie r.o. 29.
14. Zie r.o. 33.
15. Hof van Justitie van de Europese Unie, 16 januari 2007 ECLI:EU:C:2007:26 punt 29, waarbij nog het volgende moet worden opgemerkt. In de Nederlandse vertaling van het arrest Format 2 luidt de verwijzing naar het arrest Perez Naranjo: 16 januari 2007, Perez Naranjo, C-342/05, EU:C:2007:26, punt 29. Het zaaknummer C-342/05 is echter niet correct. Dit dient C-265/05 te zijn. In de oorspronkelijke Poolse tekst staat wel het correcte zaaknummer vermeld. Grappig detail is dan weer wel dat zaak C-342/05 punt 29 gaat over het bij wijze van uitzondering toekennen van afwijkingen, lees: restrictief, maar dan wel ten aanzien van het toestaan van de wolvenjacht. Ook een actueel onderwerp nu hier in de buurt afgelopen weken een Canis lupus is gesignaleerd.
16. Team Power, HvJ EU 3 juni 2021. Zie in dit verband ook Over de Grens 2021-0088: 'EU-Hof verduidelijkt wanneer uitzendbureau werkgever is'.