

Conclusie van advocaat-generaal Vanderlinden:

1. Eiser tot cassatie komt op tegen een arrest van het Arbeidshof Antwerpen, afdeling Antwerpen, gewezen op 28 juli 2020. Door eiser wordt er één middel aangevoerd.

2. Het eerste onderdeel.

a. Probleemstelling.

De problematiek die aan de orde is in het onderdeel betreft de vraag of het criterium “marginale werkzaamheden” dat gehanteerd wordt in artikel 14.5^{ter} van Verordening 987/2009 een algemene gelding heeft en dus van toepassing is op de diverse situaties die gevat worden in artikel 13 van de verordening 883/2004 dan wel dat dit criterium niet geldt voor hetgeen te lezen is in artikel 13.4 van laatst genoemde verordening, zijnde voor diegenen die werkzaam zijn als ambtenaar in een lidstaat en al dan niet in loondienst een werkzaamheid verrichten in één of meer andere lidstaten.

De appelrechters waren van oordeel dat de situatie van “marginale activiteiten” niet speelt bij de toepassing van het voormelde artikel 13.4.

b. Beoordeling.

Ik deel deze visie niet.

Ten einde een standpunt in te nemen betreffende de vraag die voor Uw Hof is gebracht is het aangewezen om de voorganger van de verordening 883/04 in ogenschouw te nemen. Dit betreft de verordening 1408/71. Relevant zijn de artikelen 4.4¹ en 14^{sexies}².

Tot de wijziging door Verordening 1606/98 voorzag artikel 4.4 van de Verordening 1408/71 dat deze verordening, onder andere, niet van toepassing was op “de bijzondere stelsels voor ambtenaren of met hun gelijkgestelden”. Zij werden dus uitgesloten van het materiële toepassingsgebied.

Deze uitsluiting had verregaande gevolgen. Immers uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie komt naar voor dat de “ambtenaren” in artikel 4.4 niet enkel deze zijn die bedoeld worden in artikel 48 EG-verdrag, in de strikte uitlegging die het Hof van Justitie aan deze laatste bepaling gaf³, maar dat de “ambtenaren” van artikel 4.4 Verordening 1408/71 betrekking hadden op alle “ambtenaren”⁴.

Naar aanleiding van de overwegingen van het Hof van Justitie in het arrest C-443/93 van 22 november 1995 betreffende de verzoenbaarheid van de uitsluitingsbepaling van artikel 4.4 van de Verordening 1408/71 met de artikelen 48 en 51 EG-verdrag⁵ werd door de Verordening 1606/98 de uitsluitingsbepaling, met betrekking tot “de ambtenaren of de met

¹ Voor de wijziging door verordening 1606/98.

² Ingevoerd door de verordening 1606/98.

³ Dit betreft het voorbehouden van een reeks van betrekkingen, die verband houden met de uitoefening van openbaar gezag, aan eigen onderdanen.

⁴ HvJ, 22 november 1995, *Ioannis Vougioukas t. Idrima Koinonikon Asphalisseon*, C-443/93, RO 19 en 21 en M. MORSA, Sécurité Sociale, libre circulation et citoyenneté Européennes, Anthemis, Limal 2012, p. 161.

⁵ HvJ, 22 november 1995, C-443/93, RO 28 e.v.

hun gelijkgestelden” geschrapt en werden de artikelen 14sexies en 14septies ingevoerd. Bij de totstandkoming van deze laatste bepalingen werd gewezen op het bijzonder karakter van de specifieke stelsels betreffende de ambtenaren. Bij de overwegingen van de verordening 1606/98 staat dan ook te lezen:

“(8) Overwegende derhalve dat, om rekening te houden met het specifieke karakter van deze bijzondere pensioenstelsels en tegelijk het algemene evenwicht van de coördinatieregeling niet te verstoren, een beperkte afwijking van het algemene beginsel van bijtelling verantwoord is, zodat in deze stelsels niet de verplichting geldt om rekening te houden met tijdvakken die in een andere lidstaat in het kader van een bijzonder stelsel zijn vervuld; dat het verlies van deze tijdvakken evenwel wordt voorkomen door de verplichting om hiermee rekening te houden in het algemene stelsel van de eerste lidstaat, ook al heeft de betrokkene in dit stelsel geen tijdvak vervuld;

(9) Overwegende dat ook met de specifieke kenmerken van deze bijzondere stelsels rekening moet worden gehouden, door te voorzien in een beperkte uitzondering op de gebruikelijke regelingen voor de bepaling van de toepasselijke wetgeving, in die zin dat het in bepaalde omstandigheden wenselijk is dat personen die onder bijzondere stelsels voor ambtenaren vallen onder de wetgeving van meer dan één lidstaat worden gebracht”;

Het artikel 14sexies luidde als volgt:

“Personen die in de ene lidstaat ambtenaar of met hen gelijkgestelden zijn en in een bijzonder stelsel voor ambtenaren verzekerd zijn, en gelijktijdig werknemer en/of zelfstandige zijn op het grondgebied van een of meer andere lidstaten, vallen onder de wetgeving van de lidstaat waar zij verzekerd zijn in een bijzonder stelsel voor ambtenaren”.

Artikel 14septies luidde als volgt:

Bijzondere regels voor ambtenaren die gelijktijdig in meer dan een lidstaat werken en in een van deze lidstaten verzekerd zijn in een bijzonder stelsel. Personen die gelijktijdig in twee of meer lidstaten als ambtenaar of met hen gelijkgestelden werkzaam zijn en die in ten minste een van deze lidstaten in een bijzonder stelsel voor ambtenaren verzekerd zijn, vallen onder de wetgeving van elk van deze lidstaten”.

Er werd met de verordening 1606/98 dus, inzake ambtenaren, meerdere aspecten geregeld. Enerzijds het onderwerpen van de ambtenaren aan de coördinatierichtlijn 1408/71 met het bepalen van de toewijsregel en anderzijds een regeling betreffende de specifieke situatie van het uitoefenen van de functie van ambtenaar in twee lidstaten. Met dit laatste gaat het dan ook om een afwijking op de principes van coördinering van de diverse sociale zekerheidsstelsel dat als opzet heeft dat, in de regel, slechts de wetgeving van één lidstaat van toepassing is⁶.

Artikel 14sexies heeft dezelfde strekking als wat thans te lezen is in artikel 13.4 van Verordening 883/04, zij het met een belangrijke nuance. Artikel 13.4 luidt als volgt:

“Op degene die werkzaam is als ambtenaar in een lidstaat en al dan niet in loondienst een werkzaamheid verricht in een of meer andere lidstaten is de wetgeving van toepassing van de lidstaat waaronder de dienst ressorteert waarbij hij werkzaam is”.

⁶ M. MORSA, o.c., p. 162.

Daar waar 14sexies het heeft over de bijzondere stelsels, maakt 13.4 dit onderscheid niet meer. De toepassing van artikel 13.4 wordt dus niet afhankelijk gesteld van de vraag of er in de lidstaat bijzondere stelsels gelden voor ambtenaren⁷. De afwijkende regeling die aan te treffen was in Verordening 1408/71 werd niet hernomen in Verordening 883/04. De basisregel is thans dat ingeval van werkzaamheden als ambtenaar in één lidstaat en al dan niet in loondienst in één of meerdere andere lidstaten dat de regelgeving geldt van de lidstaat waar hij ambtenaar is. De hoedanigheid van ambtenaar primeert, in principe, derhalve op de andere hoedanigheden van in loondienst of zelfstandige⁸.

Tussen de gedingspartijen is er geen discussie dat de activiteiten van verweerder, als ambtenaar, “marginale werkzaamheden” zijn in de zin van de verordeningen.

Blijft thans de vraag over de mogelijke impact van artikel 14, 5ter van de Toepassingsverordening 987/09. Te weten of de marginale activiteiten als ambtenaar implicaties hebben op de toewijsregels.

In de oorspronkelijke versie van artikel 14 kwam het aspect “marginale werkzaamheden” enkel voor, in artikel 14, 5b van de Verordening 987/09, wanneer het ging over artikel 13, lid 1 van de Verordening 883/04. Het betrof de activiteiten in loondienst, meer specifiek deze met betrekking tot afwisselende activiteiten, doch niet de gelijktijdige activiteiten.

Artikel 14, werd fundamenteel herzien door de verordening 465/12.

In het oorspronkelijke voorstel van de Commissie⁹, tot wijziging van verordening 987/09, werd de uitsluiting van marginale activiteiten van toepassing gemaakt voor zowel afwisselende als gelijktijdige activiteiten in loondienst.

De Commissie verantwoordde dit als volgt:

“De wijziging verduidelijkt dat werkzaamheden van geringe omvang en bijkomstige werkzaamheden, die in termen van tijd en economisch voordeel verwaarloosbaar zijn, bij de vaststelling van de toepasselijke wetgeving op basis van titel II van Verordening (EG) nr. 883/2004 buiten beschouwing blijven. De werkzaamheden als zodanig blijven relevant voor de toepassing van nationale socialezekerheidswetgeving; indien de werkzaamheden van geringe omvang aansluiting bij de sociale zekerheid tot gevolg hebben, worden de bijdragen betaald in de bevoegde lidstaat voor het totale inkomen uit alle werkzaamheden”.

Echter een tweede overweging van de Commissie betreffende de uitsluiting van marginale activiteiten is zeker zo belangrijk, namelijk:

“Voorkoming van mogelijk misbruik van de bepalingen inzake de toepasselijke wetgeving van Verordening (EG) nr. 883/2004”.

Dit laatste om te vermijden dat er aan “shopping” wordt gedaan teneinde met marginale activiteiten toch het meest gunstige sociale zekerheidsstelsel te verwerven.

⁷ F. Pennings European Social Security Law, Intersentia, Antwerpen, 2015, p.107.

⁸ E. VAN OOI, Highly mobile workers challenging Regulation 883/2004: Pushing borders or opening Pandora's box?, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2020, Vol. 27(5), p. 592

⁹ Document 52010PC0794.

Het voorstel van de Commissie met betrekking tot artikel 14 van de Verordening 987/09 maakte het voorwerp uit van twee amendementen¹⁰ tijdens de werkzaamheden in het Europese parlement. Deze amendementen leiden uiteindelijk tot het huidige artikel 14, 5ter, van de Verordening.

Artikel 14, 5ter luidt als volgt:

“Voor de vaststelling van de toepasselijke wetgeving op grond van artikel 13 van de basisverordening worden marginale werkzaamheden buiten beschouwing gelaten. Artikel 16 van de uitvoeringsverordening is op alle onder dit artikel bedoelde gevallen van toepassing”.

Bij de lezing van deze bepaling springt onmiddellijk het onderscheid naar voor met de oorspronkelijke tekst van de verordening en het wijzigingsvoorstel van de Commissie. Het aspect “marginale werkzaamheden” is thans niet meer beperkt tot activiteiten in loondienst, maar heeft een algemene strekking.

Deze algemene strekking blijkt tevens uit de recente rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Dit is de zaak C-89/16¹¹. Dit betrof een toepassing van artikel 13.3 Verordening 883/04. In deze zaak oordeelde het Hof van Justitie van de Europese Unie dat artikel 14, lid 5ter Verordening 987/09 van toepassing is op de situatie die weerhouden is in artikel 13.3 Verordening 883/04¹².

Ik meen dan ook dat artikel 14, lid 5ter van toepassing is voor de situatie die thans weerhouden is voor Uw Hof inzake artikel 13.4 Verordening 883/04¹³. Immers de eerst vernoemde bepaling heeft een algemene gelding gelet op de gehanteerde bewoordingen. Daar waar de wet geen onderscheid maakt, mag geen onderscheid worden gemaakt¹⁴.

Tevens, in het licht van de tweede overweging van de Commissie, voorkomen van misbruik, is het voor de hand liggend dat artikel 14, lid 5ter een algemene draagwijdte heeft. Gebruikelijk misbruik geldt immers niet enkel voor activiteiten in loondienst maar tevens voor deze als ambtenaar.

Bovendien, indien de marginale werkzaamheden een onderworpenheid aan een sociale zekerheidsstelsel tot gevolg heeft dan zullen de bijdragen betaald worden in de lidstaat die ingevolge de toewijsregels bevoegd is voor het totale inkomen uit alle werkzaamheden.

De appelrechters die oordelen dat de activiteiten van verweerder als ambtenaar, niet tegenstaande deze marginaal zijn, tot gevolg hebben dat ingevolge de toewijsregel van artikel 13.4 de Belgische socialezekerheidswetgeving van toepassing is, verantwoordt niet naar recht hun beslissing.

Het onderdeel is gegrond.

3. Tweede onderdeel.

a. Ontvankelijkheid.

¹⁰ Europees Parlement, Verslag, document A7-0043/2012, p. 15 en 16.

¹¹ HvJ 13 juli 2017, *Radosław Szoja t. Sociálna poisťovňa*, C-89/16.

¹² HvJ 13 juli 2017, C-89/16, RO 40 en 41.

¹³ E. VAN OOIJ, o.c., p. 592.

¹⁴ Cass. 18 juni 2020, AR C.19.0299.N, AC 2020, nr. 419 en Cass. 30 juni 2006, AR C.05.0117.F, AC, 2006, nr. 371.

(...)

b. Gegrondheid.

Het tweede onderdeel is gegrond.

Met de ten overvloede gegeven overwegingen oordelen de appelrechters dat om uit maken of er sprake is van een marginale activiteit niet enkel rekening dient gehouden te worden met de activiteiten als ambtenaar, maar tevens met de andere activiteiten die eiser als loontrekkende of zelfstandige in België heeft verricht. Waardoor het overzicht van prestaties als ambtenaar onvoldoende is om te oordelen dat er sprake is van een marginale activiteit.

Zij geven hierdoor te kennen dat om te beoordelen of een activiteit als ambtenaar marginaal is, rekening dient gehouden te worden met alle activiteiten die de betrokkene in loondienst of als zelfstandige verricht heeft in de betrokken lidstaat.

Hierdoor maken de appelrechters een mix van de toewijsregels die weerhouden zijn in artikel 13 Verordening 883/04. Inzonderheid artikel 13.1 door verwijzing naar de Dimona aangiftes van de werkgevers betreffende de prestaties in loondienst en 13.4 zijnde de prestaties als ambtenaar. Hierdoor schenden zij de beide bepalingen daar de toewijsregels exclusief zijn. Indien zoals gesteld, en door partijen niet betwist, dat de activiteiten als ambtenaar marginaal zijn dan moet de beantwoording van de vraag of er een onderwerping aan de Belgische sociale zekerheid beantwoord worden op grond van de overige verwijsregels in artikel 13.

4. Overige grieven.

De overige grieven kunnen niet tot een ruimere cassatie leiden.

Conclusie: Cassatie.