

## **Grenswerkers in Europa**

**een onderzoek naar fiscale, sociaalverzekerings- en pensioenaspecten van grensoverschrijdend werken**

**Rapport van de Commissie grenswerkers concept februari 2017**

Uit bovenstaande publicatie vindt u in de bijlage de volgende hoofdstukken

### **5.6. Uitkeringen bij invaliditeit/arbeidsongeschiktheid**

**5.6.1. Problemen met betrekking tot de mate van arbeidsongeschiktheid (invaliditeitsgraad)**

**5.6.2. Gebrek aan afstemming tussen arbeidsrechtelijke loondoorbetalingen bij ziekte en sociale ziekteuitkeringen**

### 5.5.2. Gebrek aan afstemming tussen arbeidsrechtelijke loondoorbetalingen bij ziekte en sociale ziektewetuitkeringen

Bij kortdurende ziekte hebben grenswerkers aanspraak op loondoorbetaling bij ziekte en/of een ziektewetuitkering. In Nederland is de periode van loondoorbetaling 24 maanden, in België 30 dagen (bedienden) en in Duitsland zes weken. In België volgt na de periode van 'gewaarborgd loon bij ziekte' een periode van elf maanden ziekteged. In Duitsland heeft een werknemer na zes weken 'Entgeltfortzahlung' aanspraak op 72 weken ziektegeduitkering (*Krankengeld*).

Er doet zich een aantal specifieke afstemmingsproblemen voor tussen het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht.<sup>1</sup> Deze doen zich voor wanneer het Nederlands arbeidsrecht (inclusief CAO) in combinatie met bijvoorbeeld het Duitse of Belgische socialezekerheidsrecht van toepassing is.<sup>2</sup> Het komt voor dat een Nederlandse werkgever zijn Duitse grenswerker in Duitsland moet verzekeren. Wordt deze grenswerker ziek dan ontstaat er een *positief* rechtsconflict tussen de Nederlandse loondoorbetaling bij ziekte en het Duitse *Krankengeld*. Een Belgische werkgever, die zijn Nederlandse grenswerker in Nederland moet verzekeren, wordt geconfronteerd met een *negatief* rechtsconflict tussen de Belgische loondoorbetaling bij ziekte en het ontbreken van een Nederlandse ziektewetuitkering.

Sedert de uitspraak in de zaak Palletta I is duidelijk dat (wettelijke) werkgeversbetalingen bij ziekte - net als loonvervangende sociale uitkeringen bij ziekte - binnen de werkingssfeer van Verordening nr. 883/2004 vallen.<sup>3</sup> Naast Verordening nr. 883/2004 is ook de internationaal privaatrechtelijke Verordening (EG) nr. 593/2008 (Rome I) van toepassing. Artikel 8 Verordening (EG) nr. 593/2008 bepaalt daarnaast dat de rechtskeuze er niet toe mag leiden dat de werknemer de bescherming verliest van de 'bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken' (zogenoemde dwingende bepalingen). De Belgische en Duitse bepalingen inzake het gewaarborgd loon bij ziekte behoren net als de Nederlandse loondoorbetalingsplicht tijdens ziekte (art. 7:629 BW) tot de dwingende bepalingen.

Indien een inwoner van Nederland voor een Belgische werkgever in België werkt, is het vanzelfsprekend dat het Belgische arbeidsrecht c.q. de Belgische arbeidsvoorwaarden van toepassing zijn. Er kunnen zich echter situaties voordoen waarbij de grenswerker op grond van de aanwijzeregels in Titel II van Verordening nr. 883/2004 sociaal verzekerd is in Nederland.<sup>4</sup> Wanneer deze grenswerker ziek wordt dan doet zich een conflict voor tussen de coördinatie van de sociale zekerheid door middel

---

<sup>1</sup> Saskia Montebovi, *Activering en privatisering in de Nederlandse ziekte- en arbeidsongeschiktheidsregeling in grensoverschrijdende situaties*, Maklu Uitgevers N.V. 2016.

<sup>2</sup> De omgekeerde situatie, Belgisch respectievelijk Duits arbeidsrecht in combinatie met Nederlands sociaalzekerheidsrecht, is ook problematisch.

<sup>3</sup> Arrest Palletta I, HvJ EU 3 juni 1992, zaak C-45/90, ECLI:EU:C:1992:236, RSV 1993/227, m.nt. S. Feenstra, punt 18: 'de omstandigheid dat de uitkeringen financieel ten laste van de werkgever komen, kan niet verhinderen dat zij binnen de werkingssfeer van Verordening nr. 1408/71 vallen'.

<sup>4</sup> Dit is bijvoorbeeld het geval indien deze grenswerker voor zijn Belgische werkgever meer dan 25% op het Nederlands grondgebied werkt. Dit is ook het geval indien de werknemer bijvoorbeeld voor 50% voor een Nederlandse werkgever én 50% voor een Belgische werkgever werkt.

van Verordening nr. 883/2004 en het internationale privaatrecht van Verordening nr. 593/2008 (Rome I).

Het gaat dan om de vraag of deze in Nederland sociaal verzekerde grenswerker op grond van artikel 7:629 BW recht heeft op (maximaal) 104 weken loondoorbetaling ter hoogte van 70% van zijn loon en/of dat de Belgische werkgever op grond van het Belgische arbeidsrecht gedurende 30 dagen - eventueel aanvullend of wellicht zelfs prioritair - 100% loon (gewaarborgd loon bij ziekte) moet uitbetalen. De vraag die beantwoord moet worden is: kan de Belgische werkgever, die op grond van Verordening nr. 883/2004 zijn grenswerker in Nederland moet verzekeren, ook verplicht worden tot de Nederlandse loondoorbetaling bij ziekte gedurende 104 weken als die verplichting niet bestaat in het Belgisch arbeidsrecht. Deze vraag is relevant, omdat de grenswerker na 30 dagen geen recht heeft op een Nederlandse of Belgische ziekteuitkering.

Houwerzijl en Pennings gaan ervan uit dat de loondoorbetalingsplicht weliswaar onder de Verordening nr. 883/2004 valt, maar slechts voor zover deze verplichting onder het Belgische respectievelijk het Duitse recht bestaat.<sup>5</sup> Het is de vraag of deze bewering wel juist is. Er wordt gesteld dat in ieder geval de Belgische loondoorbetaling bij ziekte (gewaarborgd loon bij ziekte 30 dagen) toegepast moet worden. Wanneer de Belgische werkgever na 30 dagen de loondoorbetaling naar Belgisch recht beëindigt, heeft de grenswerker een probleem. Hij heeft namelijk geen aanspraak op een Nederlandse Ziekteuitkering. De verplichting van de Belgische werkgever om het loon 104 weken door te betalen zou dus niet gelden voor die gevallen waarin het Nederlandse arbeidsrecht niet van toepassing is, omdat anders nieuwe verplichtingen voor de Belgische werkgever zouden worden gecreëerd. De uitbreiding van 30 dagen naar 104 weken loondoorbetalingsplicht zou in strijd zijn met het gegeven dat Verordening nr. 883/2004 geen rechten of verplichtingen creëert maar enkel coördineert.

De vraag is of de dwingende voorschriften van Verordening nr. 883/2004 voor de toepasselijke wetgeving (Titel II) ook gelden voor de andere bepalingen (waaronder uitkeringen bij ziekte) van deze verordening? Men kan stellen dat een Belgische werkgever die op grond van Vo 883/2004 verplicht wordt om zijn grenswerker in Nederland in plaats van in België te verzekeren ook de Nederlandse wettelijke loondoorbetalingsverplichtingen moet naleven.

De samenloop van Verordening nr. 883/2004 en Verordening nr. 593/2008 leidt tot de volgende scenario's:

a. Exclusieve toepassing van Verordening nr. 883/2004. Dit betekent dat de Belgische werkgever enkel en alleen de Nederlandse wetgeving toepast. Dus 24 maanden 70% loondoorbetaling bij ziekte.<sup>6</sup> De Nederlandse aanvullingen tot 100% zoals geregeld in cao worden dan niet toegepast.

b. Exclusieve toepassing van Verordening nr. 593/2008. Dit betekent dat de Belgische werkgever enkel en alleen de Belgische regeling gewaarborgd loon bij ziekte hoeft toe te passen (dus vier weken 100% gewaarborgd loon). Er bestaat geen aanspraak op Belgisch ziektegeld (elf maanden), omdat de

---

<sup>5</sup> M.S. Houwerzijl en F. Pennings, Conflict(erende) regels in het socialezekerheids- en het arbeidsrecht, in: A. Van Regenmortel, H. Verschuere & V. Vervliet (red.), Sociale zekerheid in het Europa van de markt en de burgers: enkele actuele thema's, Brugge: Die Keure 2007, p. 481-554.

<sup>6</sup> Er bestaat geen aanspraak aanvulling tot 100%, omdat er geen Nederlandse cao van toepassing is.

werknemer niet sociaal verzekerd is in België. Er bestaat ook geen recht op een Nederlandse Ziektewetuitkering.

c. Voorrangrecht Verordening nr. 833/2004 plus aanvullend recht op grond van Verordening nr. 593/2008. Dit betekent dat de Belgische werkgever prioritair de Nederlandse wetgeving toepast en aanvullend de Belgische arbeidsrechtelijke bepalingen (dus vier weken 100% gewaarborgd loon gevolgd door 23 maanden 70% loondoorbetaling bij ziekte).

d. Voorrangrecht Verordening nr. 593/2008 plus aanvullend recht op grond van Verordening nr. 833/2004. Dit betekent dat de Belgische werkgever prioritair de Belgische arbeidsrechtelijke bepalingen wetgeving toepast en aanvullend de Nederlandse wet loonbetaling bij ziekte (dus vier weken 100% gewaarborgd loon gevolgd door 23 maanden 70% loondoorbetaling bij ziekte).

In het geval van scenario b) ontstaat er een groot probleem, omdat de zieke werknemer na vier weken geen inkomen<sup>7</sup> meer ontvangt. De vraag rijst of er dan een beroep gedaan kan worden op de vangnetbepaling in de Nederlandse Ziektewet zodat betrokkene na de Belgische periode van 100% gewaarborgd loon (30 dagen) nog recht zou hebben op 23 maanden Nederlandse ziektewetuitkering.<sup>8</sup> Naar de opvatting van de Nederlandse overheid zou dit wel het geval zijn.<sup>9</sup> In Kamervragen over dit onderwerp antwoorde de toenmalige Minister Donner van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) in 2009 'indien een werknemer echter geen arbeidsovereenkomst heeft waarop het Nederlands BW van toepassing is, terwijl de aanwijsregels van de Verordening nr. 883/04 de Nederlandse socialezekerheidswetgeving aanwijzen als toepasselijke wetgeving, wordt deze werknemer voor de bepalingen van de Ziektewet aangemerkt als werknemer. Het UWV zal deze werknemer een ZW-uitkering toekennen indien aan de overige voorwaarden is voldaan'. Deze opvatting wordt evenwel bestreden door een groot aantal wetenschappers.<sup>10</sup> Het 'naar voren halen' van de Inkomensvoorziening Volledig Arbeidsongeschikten (IVA uitkering) in geval van op voorhand vaststaande duurzame en blijvende arbeidsongeschiktheid is geen oplossing, omdat het meestal om kortdurende ziekte gaat.

In de bovenstaande situatie valt de grenswerker tussen schip en wal (inkomenshaat). De vraag is of dit altijd het geval is. In bovenstaande casus was sprake van een inwoner van Nederland die voor een Belgische werkgever in België werkt - een 'uitgaande' grenswerker - die op grond van de aanwijsregels van Verordening nr. 883/2004 in Nederland sociaal verzekerd is.

In het geval een 'inkomende' grenswerker kan sprake zijn van cumulatie van rechten. Wanneer een inwoner van Duitsland voor een Nederlandse werkgever in Nederland werkt – een 'inkomende' grenswerker - dan wordt meestal gekozen voor het Nederlandse arbeidsrecht c.q. de Nederlandse arbeidsvoorwaarden (CAO). Wordt deze werknemer ziek wordt dan heeft deze in Nederland sociaal verzekerde werknemer op grond van artikel 7:629 BW recht op (maximaal) 104 weken loondoorbetaling ter hoogte van 70% van zijn loon. Wellicht wordt er op grond van een cao-bepaling

---

<sup>7</sup> Geen Belgisch loon en geen Nederlandse ziektewetuitkering.

<sup>8</sup> Op grond van artikel 19, lid 1, ZW jo. artikel 29, lid 1, onderdeel a, ZW heeft een zieke werknemer recht op een ZW-wetuitkering tenzij hij recht heeft op loon als bedoeld in artikel 7:629 BW.

<sup>9</sup> Kamerstukken II 2009/10, 21501-31, 194, p. 19 (vraag 23).

<sup>10</sup> S. Klosse en W. Rauws, Arbeidsrechtelijke aspecten van grensoverschrijdend werken, in: H. Verschuere (red.), Werken over de grens België-Nederland, Sociaal- en fiscaalrechtelijke grensconflicten, Antwerpen-Cambridge; Intersentia 2011, p. 81-89.

de eerste twaalf maanden 100% uitbetaald. Er kunnen zich echter ook situaties voordoen waarin de Nederlandse werkgever een grenswerker sociaal verzekeren moet in Duitsland.<sup>11</sup>

De samenloop van Verordening nr. 833/2004 en Verordening nr. 593/2008 leidt bij deze 'inkomende' grenswerker, die Duits sociaal verzekerd is, tot de volgende scenario's:

Exclusieve toepassing van Verordening nr. 888/2004. De Nederlandse werkgever kan gedurende zes weken 100% loon (*Entgeltfortzahlung*) doorbetalen en daarna kan hij de grenswerker naar zijn *Krankenkasse* verwijzen, die vervolgens gedurende maximaal 72 weken Duits *Krankengeld* zal uitbetalen. De werkgever betaalt wellicht geen aanvullende bedragen. De grenswerker vraagt zich af waarom het Duitse *Krankengeld* niet wordt aangevuld op grond van het dwingend Nederlands arbeidsrecht respectievelijk arbeidsvoorwaarden.

Exclusieve toepassing van Verordening nr. 593/2008. Indien de Nederlandse werkgever besluit om op grond van artikel 7:629 BW respectievelijk de Nederlandse cao-bepalingen, in plaats van een beroep te doen op de Duitse ziekteverzekering, het loon gedurende 104 weken voor 100% door te betalen, dan is er sprake van een 'overbodige' verzekering. De door de Nederlandse werkgever en zijn werknemer verplicht afgedragen premie voor de Duitse *Krankenversicherung* leidt niet tot een Ziekteverzekering. Indien de werkgever het Nederlands loon 'gewoonweg' doorbetaalt, dan is hij een dief van eigen beurs.<sup>12</sup>

Voorrangrecht Verordening nr. 833/2004 plus een aanvullend recht op grond van Verordening nr. 593/2008. Indien de Nederlandse werkgever zijn grenswerker doorverwijst naar zijn Duitse *Krankenkasse* dan heeft deze werknemer aanspraak op Duits *Krankengeld*. Dit bedraagt 70 % van het bruto loon beperkt tot maximaal 90% van het netto loon. De duur van het *Krankengeld* is beperkt tot slechts 72 weken. In dit soort geval valt de grenswerker tussen wal en schip. Het Duitse *Krankengeld* is veelal lager dan de Nederlandse loondoorbetaling bij ziekte.<sup>13</sup> Ook is de duur van het *Krankengeld* (72 weken) korter dan de duur van de Nederlandse loondoorbetaling bij ziekte (104 weken). Naast de wettelijke loondoorbetalingsverplichtingen zijn er ook nog aanvullende cao-bepalingen.

Voorrangrecht Verordening nr. 593/2008 plus aanvullend recht op grond van Verordening nr. 833/2004. In dit geval besluit de Nederlandse werkgever om op grond van artikel 7:629 BW respectievelijk de Nederlandse cao-bepalingen het loon gedurende 104 weken door te betalen. Het aanvullend recht op grond van Duitse *Entgeltfortzahlung* (zes weken 100%) gevolgd door 72 weken Duits *Krankengeld* is zeer minimaal. De Nederlandse werkgever betaalt immers premie voor de Duitse *Krankenversicherung*. Een deel hiervan dient ter dekking van het *Krankengeld*. Indien de werkgever het Nederlands loon bij ziekte 'gewoonweg' doorbetaalt, zonder aanrekening van het Duitse *Krankengeld*, dan is hij een dief van eigen beurs.<sup>14</sup>

In bovenstaand geval gaat het om een 'inkomende' grenswerker, die voor een Nederlandse werkgever werkt en waarop het Nederlandse arbeidsrecht (incl. cao) én het Duitse socialezekerheidsrecht op van

---

<sup>11</sup> Dit is bijvoorbeeld het geval indien de grenswerker voor zijn Nederlandse meer dan 25% op het Duitse grondgebied werkt. Dit is ook het geval indien de werknemer bijvoorbeeld 50% voor een Nederlandse werkgever en 50% voor een Duitse werkgever werkt.

<sup>12</sup> In de praktijk komt het sporadisch ook nog voor dat de werknemer *Krankengeld* én 100% loon ontvangt.

<sup>13</sup> Dit is vaak vooral het geval indien er gedurende het eerste jaar 100% loondoorbetaling plaats vindt.

<sup>14</sup> De Duitse *Krankenkasse* betaalt niet uit indien de werkgever het loon 'gewoon' doorbetaalt en er nog recht bestaat op loondoorbetaling.

toepassing is. In dit soort gevallen is het vaak de werkgever, die verantwoordelijk is voor het feit dat hij zijn eigen grenswerker in Duitsland moet verzekeren. Hij geeft de grenswerker bijvoorbeeld de opdracht om structureel twee dagen per week in Duitsland te werken.

Er kunnen zich nog ingewikkelder casussen voordoen. In de literatuur wordt een interessante casus beschreven waarbij een inwoner van Duitsland door een Duitse onderneming ter beschikking wordt gesteld aan een Nederlandse onderneming. Deze werknemer is sociaal verzekerd in Nederland.<sup>15</sup> De werknemer heeft een Duits arbeidscontract voor onbepaalde tijd. De werknemer wordt ziek. De Duitse werkgever weigert het loon door te betalen, het UWV weigert een ziektebewaakuitkering en de Duitse *Krankenkasse* weigert *Krankengeld* uit te betalen.

### *Conclusie*

In de beide verordeningen is niet expliciet aangegeven hoe de onderlinge positieve dan wel negatieve rechtsconflicten tussen de met elkaar conflicterende Verordeningen nr. 833/2004 respectievelijk nr. 593/2008 kunnen worden opgelost. Een aanknopingspunt voor een oplossing vindt men in de rechtsoverwegingen van beide verordeningen, te weten:

Rechtsoverweging 6 in Verordening nr. 833/2004 luidt:

‘6. De nauwe band tussen de socialezekerheidswetgeving en de contractuele bepalingen die deze wetgeving aanvullen of vervangen, en die door een besluit van de overheid verplicht zijn gemaakt dan wel een ruimere werkingssfeer hebben gekregen, kan ten aanzien van de toepassing van die contractuele bepalingen een soortgelijke bescherming noodzakelijk maken als die welke door de verordening wordt geboden. Als eerste stap in die richting zouden de ervaringen kunnen worden geëvalueerd van de lidstaten die van dergelijke regelingen kennis hebben gegeven.’

Rechtsoverwegingen 23 respectievelijk 35 in Verordening nr. 593/2008 luiden:

‘23. Wat overeenkomsten met als zwakker beschouwde partijen betreft, moeten deze partijen worden beschermd door collisieregels die gunstiger zijn voor hun belangen dan de algemene regels.

35. De werknemer mag de bescherming die hem wordt geboden door bepalingen waarvan niet, of slechts in zijn voordeel, bij overeenkomst kan worden afgeweken, niet worden ontnomen’.

In de Nederlandse wetgeving - artikel 7:629, lid 5, BW - is een bepaling opgenomen, die voorkomt dat ongewenste cumulatie van loondoorbetaling en buitenlandse ziektebewaakuitkeringen plaatsvindt, te weten: het loon wordt verminderd met het bedrag van enige geldelijke uitkering die de werknemer toekomt krachtens enige wettelijke voorgeschreven verzekering of krachtens enige verzekering of uit enig fonds waarin de werknemer niet deelneemt, voorzover deze uitkering betrekking heeft op de bedongen arbeid waaruit het loon wordt genoten. Het loon wordt voorts verminderd met het bedrag van de inkomsten, door de werknemer in of buiten dienstbetrekking genoten voor werkzaamheden die hij heeft verricht gedurende de tijd dat hij, zo hij daartoe niet verhinderd was geweest, de bedongen arbeid had kunnen verrichten.

---

<sup>15</sup> T. Dijkhoff en S. Montebovi. Grensarbeider tussen wal en schip: over de weerbarstige praktijk van de Europese conflictregels in het arbeids- en socialezekerheidsrecht. TRA 2015/12, afl. februari 2015.

Op grond van deze rechtsoverwegingen kan men tot de conclusie komen, dat Verordening nr. 593/2008 *prioritair* toegepast moet worden gedurende de periode van loondoorbetaling bij ziekte. Vanaf het moment dat de grenswerker op grond van Verordening nr. 883/2004 aanspraak heeft op een ziekte-uitkering uit zijn woonstaat, wordt deze uitkering in mindering gebracht op de loondoorbetaling bij ziekte. Indien er geen aanspraak (meer) bestaat op een Ziekte-uitkering dan moet de werkgever alsnog voldoen aan de buitenlandse wettelijke loondoorbetalingsverplichting bij ziekte. Op deze wijze wordt gewaarborgd dat de vloeiende overgang van de loondoorbetaling bij ziekte door de werkgever, de loonvervangende uitkering bij ziekte en de eventueel daaropvolgende uitkeringen bij invaliditeit/arbeidsongeschiktheid blijft behouden. Ook blijft de samenhang tussen de premieplicht én het uitkeringsrecht voor de loonvervangende uitkering bij ziekte gehandhaafd.

In bovenstaande voorbeelden is sprake van één werkgever gevestigd in lidstaat a, die zijn werknemer in lidstaat b - de woonstaat van de werknemer - moet verzekeren. Vaak is dit ook het geval indien de werknemer voor twee verschillende werkgevers werkt. Er kunnen zich de volgende casussen voordoen:

*Casus: een in Duitsland wonende werknemer, die voor een Nederlandse én Duitse werkgever werkt*

Het gaat dan bijvoorbeeld om een inwoner van Duitsland, die drie dagen als grenswerker voor een Nederlandse werkgever in Nederland werkt én twee dagen voor een Duitse werkgever in Duitsland werkt. Deze werknemer is dan Duits sociaal verzekerd. Bij prioritaire toepassing van Verordening nr. 593/2008 en aanvullende toepassing van Verordening nr. 883/2003 doorloopt deze werknemer bij ziekte het volgende traject:

Nederlandse werkgever (drie dagen): 104 maanden Nederlandse loondoorbetaling bij ziekte minus 72 weken Duits *Krankengeld*. Bij blijvende arbeidsongeschiktheid bestaat er na 78 weken recht op een Duitse *Erwerbsminderungsrente* voor vijf dagen per week. De uit te betalen Nederlandse bedragen mogen verminderd worden met de Duitse uitkeringen respectievelijk betalingen (anticumulatie).

Duitse werkgever (twee dagen): zes weken 100% loon en daarna 72 weken *Krankengeld*. Bij blijvende arbeidsongeschiktheid bestaat er aanspraak op een Duitse *Erwerbsminderungsrente* voor twee dagen per week.

*Casus: een in Nederland wonende werknemer, die voor een Belgische én een Nederlandse werkgever werkt*

- Een inwoner van Nederland die drie dagen als grenswerker voor een Belgische werkgever in België werkt én twee dagen voor een Nederlandse werkgever in Nederland is op grond van Verordening nr. 883/2004 sociaal verzekerd in Nederland. Bij prioritaire toepassing van Verordening nr. 593/2008 en aanvullende toepassing van Verordening nr. 883/2003 doorloopt deze werknemer bij ziekte het volgende traject: Nederlandse werkgever (drie dagen): 104 weken 70% loondoorbetaling bij ziekte (eventueel aangevuld tot 100%). Bij blijvende arbeidsongeschiktheid bestaat er recht op een Nederlandse WIA-uitkering voor vijf dagen per week.
- Belgische werkgever (twee dagen): 30 dagen het Belgisch gewaarborgd loon bij ziekte gevolgd door 104 weken - minus 30 dagen de Nederlandse wettelijke loondoorbetaling bij ziekte. Bij blijvende arbeidsongeschiktheid bestaat er recht op een Nederlandse WIA-uitkering voor vijf dagen per week.

Ook in dit soort casussen is het logisch en praktisch indien Verordening nr. 593/2008<sup>16</sup> prioritair en Verordening nr. 883/2004 aanvullend wordt toegepast.

De Europese Commissie dient voor de samenloop van een loondoorbetalingsverplichting uit lidstaat A en een ziekte-uitkering uit lidstaat B een oplossing te vinden voor de problemen die ontstaan door het gebrek aan afstemming tussen Verordening nr. 883/2004 en Verordening nr. 593/2008.<sup>17</sup>

## **5.6. Uitkeringen bij invaliditeit/arbeidsongeschiktheid**

### **5.6.1. Problemen met betrekking tot de mate van arbeidsongeschiktheid (invaliditeitsgraad)**

De coördinatiebepalingen voor langlopende uitkeringen bij arbeidsongeschiktheid (invaliditeitspensioenen) knopen aan bij het nationale recht van de lidstaten maar schrijven tevens voor dat elke lidstaat een pensioen berekend voor zijn aandeel in de totale verzekering van de betrokkene binnen de EU. Deze laatste methode wordt wel deelpensioenmethode genoemd maar wordt ook wel met de Latijnse term *pro rata temporis* aangeduid. Als gevolg van de deelpensioenmethode ontvangt een grenswerker die in meerdere lidstaten verzekerd is geweest een aantal *pro-rata* uitkeringen, die gebaseerd zijn op de verzekeringstijdvakken in die lidstaten.

Er wordt in Verordening nr. 883/2004 een onderscheid gemaakt tussen opbouwstelsels en risicostelsels. In een opbouwstelsel stelsel - bijvoorbeeld Duitsland - is er een relatie tussen de perioden die men verzekerd is geweest en de hoogte van de uitkering. Hoe langer men verzekerd is, hoe hoger de arbeidsongeschiktheidsuitkering zal zijn. Het andere type is het risicostelsel (bijvoorbeeld Nederland en België). Hierin hangt de hoogte van de uitkering niet af van de duur van perioden die men verzekerd is geweest. Naast dit fundamenteel en structureel verschil - opbouwstelsel respectievelijk risicostelsel - zijn er ook grote verschillen in de definitie van arbeidsongeschiktheid, het aantal arbeidsongeschiktheidsklassen en wachttijden.<sup>18</sup> Daarbij komt dat elke lidstaat - behalve Nederland! - een verzekering voor wettelijke arbeidsongevallen en beroepsziekten kent.

Wanneer een grenswerker laatstelijk verzekerd is in een risicostelsel en volledig arbeidsongeschikt wordt, zijn de coördinatieproblemen gering. Wanneer een grenswerker laatstelijk sociaal verzekerd was in Nederland en volledig en duurzaam arbeidsongeschikt wordt verklaard, heeft hij aanspraak op een Nederlandse WIA-uitkering. De Nederlandse WIA-verzekering is een immers risicoverzekering. Indien deze grenswerker voorheen in een of meerdere lidstaten sociaal verzekerd is geweest, dan zullen deze lidstaten ook moeten vaststellen of er sprake is van arbeidsongeschiktheid. Indien dit het geval is dan worden de buitenlandse arbeidsongeschiktheidsuitkeringen in mindering gebracht op de Nederlandse WIA-uitkering.<sup>19</sup> Zo niet, dan behoudt de arbeidsongeschikte grenswerker zijn volledige Nederlandse WIA-uitkering.

---

<sup>16</sup> Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), Pb L 177, p. 6.

<sup>17</sup> Zie rechtsoverweging 6 in Verordening nr. 883/2004. Na twaalf jaar is er nog steeds geen evaluatie beschikbaar.

<sup>18</sup> Voor overzicht van de sociale stelsels: [www.missoc.org](http://www.missoc.org) en [www.sozialkompass.eu](http://www.sozialkompass.eu).

<sup>19</sup> Er is dan wel sprake van een administratieve lastendruk. Ook zal de grenswerker geconfronteerd worden met discoördinatie tussen belasting- en premieheffing.



Problemen kunnen zich voordoen wanneer een grenswerker sociaal verzekerd was in Nederland en daarna sociaal verzekerd was in een lidstaat met een arbeidsongeschiktheidsverzekering van het 'type opbouwstelsel'. Dit is het geval wanneer een grenswerker laatstelijk sociaal verzekerd is Duitsland (opbouwstelsel) en voorheen sociaal verzekerd was in Nederland.<sup>20</sup>

#### *Voorbeeld*

Een in Duitsland werkende grenswerker wordt na vijf jaar werken arbeidsongeschikt. Voordat hij in Duitsland werkte was hij vijftien jaar sociaal verzekerd in Nederland. Na een loondoorbetalingsperiode (zes weken) gevolgd door Duits ziekengeld (72 weken) - totale wachttijd 78 weken - heeft deze grenswerker aanspraak op een Duitse *Erwerbsminderungsrente*. Gezien de relatief korte verzekeringsperiode in Duitsland (opbouwstelsel) bestaat er slechts aanspraak op een opgebouwde *Erwerbsminderungsrente* voor vijftien jaar verzekering.<sup>21</sup> Indien betrokkene naar Nederlands ook volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is, dan heeft hij aanspraak op een pro-rata WIA-uitkering oftewel 15/30 van de volledige WIA-uitkering. Wanneer dit het geval is, dan leidt de coördinatie tot een acceptabel resultaat (twee pro-rata uitkeringen).

In de praktijk komt het voor dat een grenswerker door een van beide lidstaten - Duitsland of Nederland - niet of 'minder' arbeidsongeschikt wordt verklaard.<sup>22</sup> Deze situatie leidt dan slechts tot één (lage) pro-rata uitkering.<sup>23</sup> Verordening nr. 883/2004 bepaalt niet dat Nederland bij de beoordeling en de toekenning van het recht op een WIA-uitkering moet aansluiten bij de beoordeling die door Duitsland is gemaakt. Het omgekeerde geldt uiteraard evenzeer. De coördinatieverordening beoogt immers één harmonisatie. Artikel 46, derde lid, Verordening nr. 883/2004 biedt wel de mogelijkheid een door een lidstaat genomen beslissing over de mate van arbeidsongeschiktheid bindend te maken voor een andere lidstaat, indien deze lidstaten dit onderling zijn overeengekomen.<sup>24</sup> Deze overeenkomst wordt dan geregistreerd in Bijlage VII bij de verordening. Nederland heeft van deze mogelijkheid in relatie tot geen van de andere lidstaten gebruik gemaakt.

We bevelen aan dat Nederland de mogelijkheid onderzoekt om met Duitsland en België tot wederzijdse erkenning van de mate van volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid te komen.

#### **5.6.2. Problemen met betrekking tot het verschil in duur van de wachttijden bij arbeidsongeschiktheidsuitkeringen**

Het komt voor dat een in Duitsland werkende Nederlandse grenswerker na vijftien jaar werken in Duitsland arbeidsongeschikt wordt. Voordat hij in Duitsland werkte was hij vijftien jaar sociaal verzekerd in Nederland. De totale tijdvakken van verzekering binnen de Europese Unie bedragen dus

---

<sup>20</sup> In dit soort gevallen wordt de Nederlandse WIA-verzekering (fictief) als een opbouwstelsel beschouwd.

<sup>21</sup> De vrij ingewikkelde berekening van de beide pro-rata arbeidsongeschiktheidsuitkeringen vindt plaats overeenkomstig de bepalingen in hoofdstuk 5 - ouderdoms- en nabestaandenpensioenen - van Verordening nr. 883/2004.

<sup>22</sup> Saskia Montebovi, *Activering en privatisering in de Nederlandse ziekte- en arbeidsongeschiktheidsregeling in grensoverschrijdende situaties*, Maklu Uitgevers N.V. 2016.

<sup>23</sup> In een aantal gevallen heeft betrokkene aanspraak op een werkloosheidsuitkering.

<sup>24</sup> Zie bijlage VII Verordening nr. 883/2004: Overeenstemming tussen de wettelijke regelingen van de lidstaten inzake de voorwaarden omtrent de mate van invaliditeit (arbeidsongeschiktheid) (artikel 46 lid 3 Verordening nr. 883/2004).

30 jaar. Na een Duitse loondoorbetalingsperiode (zes weken) gevolgd door Duits ziekgeld (72 weken) - totale wachttijd 78 weken - heeft deze grenswerker aanspraak op een Duitse *Erwerbsminderungsrente*. Indien betrokkene recht heeft op een Nederlandse pro rata WIA-uitkering, van 15/30ste, ontvangt hij deze pas na 104 weken. Betrokkene heeft gedurende 26 weken een 'gat' in zijn inkomen. Dit probleem wordt veroorzaakt door de verschillende wachttijden van Duitsland (78 weken) en Nederland (104 weken).

De bevoegdheid van de lidstaten om hun socialezekerheidsstelsels op eigen wijze organiseren ligt vast in de verdragen en verordeningen.<sup>25</sup> Het is aan de lidstaten om in hun wetgeving de voorwaarden voor toekenning de arbeidsongeschiktheidsuitkeringen vast te stellen, waaronder de mogelijkheid de toekenning van deze uitkeringen te laten afhangen van het verstrijken van een wachttijd. De divergentie in wachttijden kan tot problemen leiden. In bovenstaand voorbeeld is er een 'gat' van 26 weken. Dit probleem doet zich niet voor in de omgekeerde richting, te weten: wonen in Duitsland en werken in Nederland.

#### *Voorbeeld*

Een in Nederland werkende Duitse grenswerker wordt na vijf jaar werken ziek respectievelijk arbeidsongeschikt. Voordat hij in Nederland werkte was hij vijftien jaar sociaal verzekerd in Nederland. Na een loondoorbetalingsperiode (104 weken) heeft deze grenswerker aanspraak op een volledige Nederlandse WIA-uitkering (risicostelsel). Na 78 weken heeft de grenswerker, indien hij voldoet aan de Duitse voorwaarden recht op een Duitse pro-rata *Erwerbsminderungsrente*. Er is nu geen sprake van een 'gat' van 26 weken doch een samenloop respectievelijk cumulatie van de Nederlandse loondoorbetaling bij ziekte en Duitse pro-rata *Erwerbsminderungsrente*. De uitbetaling van de *Erwerbsminderungsrente* wordt gedurende zes maanden opgeschort.

Over het verschil in wachttijden bij arbeidsongeschiktheid heeft het Hof van Justitie op 1 oktober 2009 uitspraak gedaan in de zaak Leyman.<sup>26</sup> Deze zaak ging over een Belgische werkneemster, die van België naar Luxemburg was verhuisd. Zij werkte voor haar verhuizing in België en na haar verhuizing in Luxemburg. Na twee jaar werken in Luxemburg werd zij blijvend arbeidsongeschikt verklaard. Op grond van de Luxemburgse wetgeving had zij onmiddellijk - dus zonder wachttijd - aanspraak op een Luxemburgse arbeidsongeschiktheidsuitkering (invaliditeitspensioen). Deze uitkering was laag, omdat mevrouw Leyman slechts korte tijd in het Luxemburgse opbouwstelsel verzekerd was geweest. Haar opgebouwde België pro-rata invaliditeitspensioen, werd pas twaalf maanden na de eerste dag van ziekte in Luxemburg uitbetaald, omdat men in België pas aanspraak kan maken op een arbeidsongeschiktheidsuitkering na een primaire ziekteperiode van twaalf maanden. Kortom een inkomenshaat van 12 maanden.

Het Hof van Justitie besliste: 'Artikel 39 moet aldus worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat de bevoegde organen van een lidstaat een nationale wettelijke regeling toepassen die, overeenkomstig artikel 40, derde lid, onderdeel b, van Verordening nr. 1408/71 het recht op

---

<sup>25</sup> Zie Verordening nr. 883/2004. Rechtsoverweging nr. 4: Het is noodzakelijk dat de eigen kenmerken van de nationale socialezekerheidswetgevingen worden gerespecteerd en er enkel een coördinatiemethode wordt uitgewerkt.

<sup>26</sup> Arrest Leyman, HvJ EG 1 oktober 2009, zaak C-3/08, ECLI:EU:C:2009:595, Jur. 2009, p. I-0908, AB 2010/19, m.nt. F.J.L. Pennings, TRA 2010/9, m.nt. K.H. Hermans, 5. Al na de publicatie van de conclusie van de A-G was de verwarring in Nederland groot. Zie C. van den Berg, Als de Bom Valt, PS 2009, p. 49.

invaliditeitsuitkeringen laat ingaan na afloop van een tijdvak van primaire arbeidsongeschiktheid van een jaar, indien een dergelijke toepassing tot gevolg heeft dat een migrerende werknemer aan de sociale zekerheid van die lidstaat bijdragen heeft betaald die geen recht geven op een uitkering, waardoor die werknemer wordt benadeeld ten opzichte van een niet-migrerende werknemer'. Dat betekende dat België haar eigen wachttijd van twaalf maanden niet mocht toepassen.

In de Nederlandse Tweede Kamer is door de toenmalige minister van Sociale Zaken Donner geconstateerd, dat er 'op basis van de huidige stand van de rechtspraak juridisch gezien geen aanleiding is om de Nederlandse wetgeving of de toepassing daarvan te wijzigen'.<sup>27</sup> In de vakliteratuur wordt de interpretatie van minister Donner als onjuist omschreven.<sup>28</sup> Naar de mening van Pennings heeft 'het arrest Leyman wel degelijk gevolgen voor de Nederlandse regeling: bij personen die een pro-rata WIA-uitkering krijgen en gedupeerd worden door een langere wachttijd voor deze uitkering dan de voor hen toepasselijke ziekte-uitkering in het land waar ze verzekerd zijn, zou daarom de wachttijd voor de WIA-uitkering verkort moeten worden tot die periode'.<sup>29</sup>

Het probleem van het WIA-gat in relatie met Duitsland was al een probleem en blijft nog steeds een probleem.<sup>30</sup> De overheid en het uitvoeringsorgaan (UWV) 'negeren' nog steeds dit probleem. De Nederlandse overheid moet zich realiseren dat de lidstaten bij de uitoefening van de bevoegdheid om hun stelsels van sociale zekerheid in te richten en toe te passen, het Unierecht moeten eerbiedigen'. Er is sprake van onwil en/of ongeïnteresseerdheid en/of ondeskundigheid, die er toe leidt problematiek van het WIA-gat - waarin grenswerkers pijnlijk vallen - niet wordt opgelost.<sup>31</sup>

Nederland kan het probleem structureel oplossen door artikel 23, lid 6, Wet WIA - dat wil zeggen verkorting wachttijd bij duur volledige en duurzame arbeidsongeschikt - automatisch toe te passen. De Duitse en Nederlandse pro-rata-uitkeringen sluiten dan naadloos op elkaar aan. Er wordt binnen het domein 'arbeidsongeschiktheid (invaliditeit)' een oplossing gecreëerd. Deze oplossing kan zowel bij wonen in Nederland als in Duitsland toegepast worden. Andere oplossingen zoals het verlengen van Duitse ziekte-uitkering tot 104 weken (in plaats van 78 weken) in combinatie met opschorting van de uitbetaling van de Duitse pro-rata arbeidsongeschiktheidsuitkering, het gedurende 26 weken uitbetalen van een Nederlandse ziekengelduitkering (vangnetbepaling aanpassen) of het uitbetalen van een Nederlandse werkloosheidsuitkering, zijn veel ingewikkelder dan toepassing van artikel 23, lid 6, Wet WIA.

Het staat vast dat het doel van artikel 45 VWEU - vrij verkeer van werknemers - niet wordt bereikt indien migrerende werknemers ten gevolge van de uitoefening van hun recht van vrij verkeer,

---

<sup>27</sup> Kamerstukken II 2009/10, 21501-31, nr. 193, Bijlage II. Brief van Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Volksgezondheid, en Minister van Welzijn en Sport van 4 december 2009, ref. IVV/OOG/2009/26708.

<sup>28</sup> Coördinatie van sociale verzekeringen voor arbeidsongeschiktheid: het arrest Leyman, HvJ EG 1 oktober 2009, zaak C-3/08, ECLI:EU:C:2009:595, Jur. 2009, p. I-09085, AB 2010/19, m.nt. F.J.L. Pennings, TRA 2010/9, m.nt. K.H. Hermans. Zie A.P. van der Mei. NTER, afl. 1, 2010.

<sup>29</sup> F.J.L. Pennings, WIA-gat verenigbaar met EG-recht? in: AB rechtspraak bestuursrecht AB 2010, 19.

<sup>30</sup> Kamerstukken II 2007/08, 26 834, nr. 20, Kamerstukken II 2008/09, 26 834, nr. 21 en Kamerstukken II 2007/08, 26 834, nr. 20.

<sup>31</sup> Rechtbank Amsterdam 16 november 2012, nr. AWB 11-4850 WIA, ECLI:NL:RBAMS:2012:BZ1075, Rechtbank Amsterdam 9 februari 2012, nr. AWB 11/1163 WIA, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV9381, Centrale Raad van Beroep 7 maart 2014, nr. 12-3580 WIA, ECLI:NL:CRVB:2014:868, Centrale Raad van Beroep 9 mei 2014, nr. 12-1570 WIA-T, ECLI:NL:CRVB:2014:1601 en Rechtbank Limburg 15 juli 2015, nr. AWB - 14 \_ 2313u, ECLI:NL:RBLIM:2015:5935.

voordelen op het gebied van de sociale zekerheid zouden verliezen die hun door de wettelijke regeling van een lidstaat zijn gewaarborgd. Een dergelijk gevolg zou een werknemer in de EU er immers van kunnen weerhouden zijn recht van vrij verkeer uit te oefenen en daarmee een belemmering voor dit vrije verkeer opleveren. De divergentie in wachttijden levert een nadeel op van de grenswerker. Een divergentie van wettelijke regelingen brengt mee dat het in artikel 4, lid 3, VEU neergelegde beginsel van loyale samenwerking de bevoegde nationale organen verplicht alle hun ter beschikking staande middelen aan te wenden om het doel van artikel 45 VWEU te bereiken.

We bevelen aan dat het zogenoemde WIA-hiaatproblematiek, die ontstaat in het geval een grenswerker na 78 weken een Duitse arbeidsongeschiktheidsuitkering en pas na 104 weken een Nederlandse pro-rata arbeidsongeschiktheidsuitkering ontvangt, opgelost kan worden door 'automatische' toepassing van artikel 23, lid 6, Wet WIA. Op deze eenvoudige wijze kan het arrest Leyman geïmplementeerd - in de geest van artikel 4, lid 3, VEU - worden.<sup>32</sup>

Daarnaast zou een algemenere aanbeveling kunnen worden geformuleerd. Er zou onderzocht moeten worden of het mogelijk is om in Verordening nr. 883/2004 een nieuwe preambule of algemene bepaling op te nemen. De zou kunnen luiden: 'Indien er voor een bepaalde groep personen als gevolg van het niet op elkaar afgestemd zijn van socialezekerheidsstelsels gedurende een bepaalde periode een significant lagere bescherming is dan voor de nationale burgers geldt in de laatste werkstaat én in de woonstaat terwijl coördinatieregels deze situatie niet kunnen oplossen, dan dienen de betrokken lidstaten een regeling te treffen om deze nadelen te ondervangen.'

In Verordening nr. 883/2004 dan wel de toepassingsverordening nr. 987/2009 zou ook geregeld kunnen worden tot welke instantie de betrokken werknemer of zelfstandige zich kan wenden indien de regeling niet tot stand komt of onvoldoende tegemoet komt om de tekortkomingen te compenseren'.

### *Toelichting*

Deze (vangnet)bepaling dwingt niet tot harmonisatie, maar poogt problemen op te vangen zoals in het Leyman-arrest (WIA-gat). De bescherming op het vlak van de sociale zekerheid blijft de bevoegdheid van de lidstaten. Door de vergelijking met zowel mensen in de woonstaat én in de werkstaat kunnen diegenen die echt buiten de boot zijn gevallen, worden geselecteerd. Met andere woorden, het gaat om gevallen waarvan kan worden gezegd dat de ontstane situatie niet de bedoeling van de EU-wetgever kan zijn. De bepaling sluit aan bij het beginsel van loyale samenwerking van de lidstaten. Aangezien lidstaten echter kunnen zeggen dat alleen de laatste werkstaat de bevoegde staat is, kan er een patstelling ontstaan, waarbij dit beginsel betrokkenen niet helpt. De nieuwe bepaling geeft echter een duidelijke verplichting aan beide lidstaten. Bovendien geeft deze nieuwe bepaling het individu een aanknopingspunt om deze loyale samenwerking af te dwingen. Dat is echt nieuw. Het beginsel van loyale samenwerking kan er ook toe leiden dat lidstaten onderling afspreken om elkaars beslissing inzake invaliditeit wederzijds te erkennen.

---

<sup>32</sup> Artikel 4, lid 3, VEU luidt: 'Krachtens het beginsel van loyale samenwerking respecteren de Unie en de lidstaten elkaar en steunen zij elkaar bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien. De lidstaten treffen alle algemene en bijzondere maatregelen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren.'