



GRENSOVERSCHRIJDEND WERKEN

Vakblad over werken en wonen over de grens

Nr. 18, november 2018

In dit nummer:

Internationale werkgever: wees bewust van de nieuwe uitvoeringsregels UWV 3

Anja van Dijk

De DGA-taks en de Buitenlandse DGA.... hij leende mogelijk gewoon voort 4

Kurt van Heerewaarden

De sociale verzekering van een Directeur-Grotaandeelhouder door de tijd 6

Nick Tax

Conserverende aanslag bij emigratie naar een verdragsland 8

Dennis Reins

Brexit: de gevolgen voor het vrij personenverkeer 11

Edith de Bourgraaf

Nieuwe inzichten voor de toepassing van de 183-dagenregeling: wat zijn verblijfsdagen? 12

Anne Aarts en Nancy Slegers

(Ont)Zorgen voor expat en familie met een internationale zorgverzekering 16

Jill Frijns en Karen Rosvelds

De verwerking van medische gegevens in de arbeidsrelatie 18

Huub van Osch en I Chu Chao

Belgische pensioenregels in een notendop 20

Thieu Rutten

Vakantiedagen naar beneden afronden mag niet 23

Gisela Surmann

A1 bij vervanging van een werknemer en de geldigheid hiervan 24

Heike Xhonneux

Het Vakblad Grensoverschrijdend Werken is gericht op professionals in de fiscale en financiële advieswereld, op personeel- en organisatieadviseurs, arbeidsrechtjuristen, salarisadministrateurs en alle andere beroepsbeoefenaars die met enige regelmaat adviseren over problematiek rond wonen en/of werken over de grenzen heen, zowel in Europa als daarbuiten. 'Grensoverschrijdend werken' gaat met name in op vragen over de fiscaliteit, sociale zekerheid, arbeidsrecht, pensioen en vermogen over de grens.

Naast de uitgave op papier, acht maal per jaar, hebben abonnees toegang tot de dagelijkse nieuwsdienst via de website, ontvangen zij tweewekelijks vaknieuws per e-mail en hebben toegang tot het digitale archief.

Redactie

Mw. M.L.H.A. Pechholt MFP,
Internationaal financieel adviseur, Stein
Mw. mr. A.C.W.M. van Dijk,
Kehrens Snoeks Advocaten & Mediators, Best
Dhr. mr. C.L.J.R. Douven,
Belastingdienst Buitenland, Heerlen
EY Grensarbeiderscentrum, Eindhoven
Dhr. mr. D. Reins,
TTT-Group, Amsterdam
Mw. mr. drs. H. Xhonneux,
Gerth+Xhonneux Juristen, Bocholtz

Redactiesecretaris

Pascalie Pechholt
Tel: 06-49806701
E-mail: vakblad@emigratiedesk.nl

Vormgeving

Printing, Amersfoort

Uitgever/Abonnementen

Grensoverschrijdend Werken
Stephensonstraat 10, 3817 JC Amersfoort
Tel: 06-19041218
E-mail: info@grensoverschrijdendwerken.nl

Abonnementen kunnen op elk gewenst tijdstip ingaan en lopen automatisch door, tenzij zij uiterlijk 2 maanden voor het verstrijken van abonnementstermijn zijn opgezegd.

Redactie, auteurs en uitgever besteden grote zorg aan de kwaliteit van 'Grensoverschrijdend Werken' doch aanvaarden geen aansprakelijkheid voor inhoudelijke onvolledigheid of onjuistheid, of de eventuele gevolgen daarvan.

Verveelvuldiging en openbaarmaking van 'Grensoverschrijdend Werken' is niet toegestaan zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

© Grensoverschrijdend Werken





© Stadtarchiv Emmerich

Zakendoen in Duitsland

KPP is een vooraanstaande adviesorganisatie gespecialiseerd in Duits-Nederlands grensoverschrijdend advies op maat. Met een snelle, effectieve en klantgerichte advisering op het gebied van accountancy en belastingen helpt KPP Nederlandse ondernemers die te maken krijgen met Duitse wet- en regelgeving.

Starterspakket Duitsland

Grenzeloos juridisch advies

**Internationale &
interdisciplinaire expertise**

Grensoverschrijdend werken

**Persoonlijk advies & individuele oplossingen voor
complexe grensoverschrijdende vraagstukken**



Uwe Fransen



Ingo Prang



Volker Wein

KPP Steuerberatungsgesellschaft mbH · Hoffmannallee 55 · 47533 Kleve

Meer informatie? Bekijk onze website of neem contact met ons op: ☎ +49-28 21 72 04 0 ✉ info@kpp.de

www.kpp.de

Internationale werkgever: wees bewust van de nieuwe uitvoeringswet UWV

Auteur: **Mr. Anja van Dijk**

Advocaat-partner Arbeidsrecht, Kehrens Snoeks Advocaten & Mediators (dijk@kehrens-snoeks.nl)

Vanaf 1 augustus 2018 zijn de Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen gewijzigd. In deze regelgeving staan de spelregels opgenomen voor onder meer een ontslagaanvraag bij het UWV (de zogenaamde a-grond) op basis van bedrijfs-economische redenen. Onderstaand zal ik ingaan op de veranderingen voor de internationale werkgever.

Nieuwe versie

Bij de beoordeling van een ontslagaanvraag op basis van bedrijfseconomische redenen wordt gekeken naar de 'Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen'. Deze Uitvoeringsregels bevatten een artikelsgewijs overzicht van de relevante wettelijke en ministeriële regels over ontslag om bedrijfseconomische redenen.

Vanwege nieuwe regelgeving zijn de Uitvoeringsregels op onderdelen aangepast. De nieuwe versie van de Uitvoeringsregels geldt al vanaf 1 augustus 2018 en vervangt de vorige versie die dateerde van 1 juli 2016. Voor de internationale werkgever is het van belang dat er meer uitleg wordt gegeven in de regels over:

- de ontslagvolgorde en de afspiegeling;
- de herplaatsing van werknemers.

Meer uitleg over internationale situaties, ontslagvolgorde en afspiegeling

In de Uitvoeringsregels is een nieuwe paragraaf ingevoegd over de ontslagvolgorde en afspiegeling in een internationale situatie (paragraaf 2.8). In de aangepaste regelgeving wordt onder meer aan de hand van voorbeelden en een stappenplan informatie door het UWV verstrekt over grensoverschrijdende situaties. Eén voorbeeld gaat over een Belgische werkgever die zich uitstrekt over meerdere landen. Op een deel van het personeelsbestand is Nederlands (ontslag)recht van toepassing en op een ander deel vreemd (ontslag)recht.

Uit het voorbeeld van het UWV blijkt dat bij de afspiegeling alleen de werknemers betrokken moeten worden waarop Nederlands (ontslag)recht van toepassing is. De nationaliteit van de werknemer of zijn woonland is hierbij niet van belang. Nederlands (ontslag)recht kan bijvoorbeeld ook van toepassing zijn door een rechtskeuze in de arbeidsovereenkomst. Dit betekent ook dat indien weliswaar een rechtskeuze is gemaakt voor Belgisch recht, maar een werknemer gewoonlijk in Nederland werkt, de beschermende bepalingen van het Nederlandse (ontslag)recht van toepassing blijven en deze werknemer dus ook moet worden betrokken in de afspiegeling.

Daarnaast wordt toegelicht in welke situatie het UWV bevoegd is een ontslagaanvraag te behandelen en hoe de ontslagvolgorde en de afspiegeling moeten worden bepaald als op een arbeidsrelatie Nederlands (ontslag)recht wel of niet van toepassing is. Hierin is de jurisprudentie van de Hoge Raad verwerkt over de vraag wie werkzaam zijn in een categorie uitwisselbare functies. Hierbij zijn de aanstelling, de bijbehorende loonschaal en de werkzaamheden die de werkgever op grond van de arbeidsovereenkomsten kan eisen, van belang. De door werknemer feitelijk uitgeoefende werkzaamheden hebben pas een betekenis wanneer een schriftelijke functieomschrijving ontbreekt of indien deze beschrijving sterk afwijkt van de feitelijke situatie.

Meer uitleg over de herplaatsingsinspanning

Op basis van de oude ontslagregels was het al zo dat een werkgever aannemelijk dient te maken dat er geen mogelijkheden zijn om de werknemer binnen een 'redelijke termijn' te herplaatsen in een andere passende functie binnen de onderneming of de internationale groep. De 'redelijke termijn' is gelijk aan de wettelijke opzegtermijn voor de werkgever. Afhankelijk van de lengte van het dienstverband bedraagt de redelijke termijn derhalve één tot vier maanden. Voor de herplaatsingsverplichting wordt een actieve houding van de werkgever verwacht.

Ook dient de werkgever inzichtelijk te maken welke vacatures er openstaan, of er (en zo ja, welke) vacatures binnen de redelijke termijn zullen ontstaan en welke posities zijn bezet door zogenaamde 'plaatsmakers'. De functies waarop 'plaatsmakers' werkzaam zijn betreffen: uitzendkrachten; oproepkrachten; ingeleend personeel; werknemers die de AOW-gerechtigde leeftijd hebben bereikt; werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die binnen de redelijke termijn van rechtswege eindigt; en zelfstandigen.

Herplaatsingsgesprek

In de gewijzigde Uitvoeringsregels voegt het UWV hier aan toe dat het bij de herplaatsingsinspanning voor de hand ligt om een 'herplaatsingsgesprek' te voeren met de werknemer. Dit is nieuw en is bedoeld als een gesprek waarin werkgever samen met de werknemer afstemt wat als een passende functie kan worden beschouwd en voor welke functies de werknemer zich beschikbaar stelt. Denk hierbij aan:

- het bespreken van de maximale afstand/reistijd ter zake woon-werkverkeer;
- minimum salaris(schaal);
- bereidheid om op een andere vestiging van de groep te werken.

Als de werkgever onderdeel is van een internationale groep dan wordt verwacht ook de functies van 'plaatsmakers' en vacatures te vermelden van de buitenlandse onderdelen van de groep. Als de werknemer echter zijn beschikbaarheid voor andere, passende functies binnen de onderneming en de groep heeft afgebakend op basis van bijvoorbeeld maximale afstand/reistijd woon-werk, dan mag de werkgever het bovengenoemde overzicht beperken tot de vacatures en functies waarvoor de werknemer zich beschikbaar heeft gesteld.

Ondanks dat het herplaatsingsgesprek niet verplicht is gesteld, wordt dit wel genoemd in de 'Tekst en Toelichting' van het UWV ter zake de formulieren A, B en C voor de ontslagaanvraag. Op basis van de gemaakte afspraken in het herplaatsingsgesprek dient de werkgever gericht te bekijken welke passende functies en herplaatsingsmogelijkheden er beschikbaar zijn. Of beschikbaar worden binnen een redelijke termijn. In een latere ontslagprocedure bij het UWV of de rechter, kan het verslag van het herplaatsingsgesprek bovendien nuttig zijn ter voorkoming van discussie over het al dan niet beschikbaar zijn van passende functies. Belangrijk is dan ook om als werkgever schriftelijk te bevestigen aan je werknemer dat je samen een herplaatsingsgesprek hebt gevoerd.

Premature ontslagaanvraag

Een andere belangrijke wijziging is dat het UWV de optie heeft om een ontslagverzoek af te wijzen of toestemming te weigeren omdat het verzoek te prematuur is. Dat zal het geval zijn als de Ondernemingsraad (OR) of Personeelsvertegenwoordiging (PVT) niet is geraadpleegd. Wat als een werkgever deze niet heeft? Moet hij dan voorafgaand nog snel een OR of PVT instellen? Dit lijkt niet het geval te zijn. De werkgever zal echter wel moeten aantonen dat hij in het verleden er alles aan heeft gedaan om een OR of PVT in te stellen.

Conclusie

De nieuwe Uitvoeringsregels bevatten voor ontslagaanvragen op basis van bedrijfseconomische redenen een aantal belangrijke regels voor internationale werkgevers. Ook is een handig stappenplan opgenomen. Deze regels kunnen worden nagelezen op de website van het UWV (www.uwv.nl). Belangrijke tip is om in ieder geval een herplaatsingsgesprek te voeren met de betreffende werknemer en dit goed vast te leggen. Zo kan een internationale werkgever wellicht voorkomen dat hij alle vacatures van de gehele groep inzichtelijk moet maken aan het UWV.

De DGA-taks en de buitenlandse DGA.... hij leende mogelijk gewoon voort

Auteur: **Mr K.A. van Heerewaarden**

Tax manager Belgium Desk bij Van Oers International te Breda (k.vheerewaarden@vanoers.nl)

De grote verrassing bij het belastingplan 2019 was het voorstel om leningen die de grootaandeelhouder heeft bij zijn eigen vennootschap te beperken tot € 500.000. Indien de lening meer bedraagt, wordt het meerdere in de toekomst belast. Hoewel er nog geen concrete wetteksten beschikbaar zijn, doet nu al de vraag op of de buitenlandse directeur grootaandeelhouder hier feitelijk wel voor te vrezen heeft.

Het voorstel in het kort

Er wordt een beperking voorgesteld van de lening die een aanmerkelijkbelanghouder (AB-houder) mag hebben bij de eigen vennootschap. Doel is de in de ogen van de wetgever te hoog opgelopen rekeningcourantschulden - waarvan de fiscus in het verleden wel probeerde te stellen dat er sprake was van een uitkering vanuit de BV - te beëindigen.

In de kern komt het voorstel¹ op het volgende neer:

- Indien de som van de totale schulden van de AB-houder aan zijn vennootschap meer bedraagt dan € 500.000, dan zal het meerdere in aanmerking genomen worden als inkomen uit aanmerkelijk belang.
- De maatregel zal naar verwachting in werking treden

op 1 januari 2022. Praktisch houdt dit in dat het meerdere boven de € 500.000 zal worden belast in box 2. Het tarief in box 2 zal van thans nog 25% in twee stappen worden verhoogd; per 2020 wordt het tarief 26,25% en per 2021 26,9%.

- Er zou slechts voorzien worden in een overgangsregeling voor bestaande eigenwoningsschulden.

Het kabinet geeft verder aan voornemens te zijn het wetsvoorstel voor deze maatregel in het voorjaar van 2019 aan de Tweede Kamer aan te bieden na voorafgaand een internetconsultatieronde te houden.

Voorts zouden ook afdoende gedekte (hypothecaire) leningen - voor bijvoorbeeld onroerend goed- onder de maatregelen komen te vallen.

Naar aanleiding van de heroverweging van het belastingpakket - waarin het kabinet besloten heeft de dividendbelasting te laten bestaan - zijn ten aanzien van dit voorstel nog een tweetal verzachtende maatregelen aangekondigd.² In plaats van een overgangsregeling voor bestaande eigenwoningsschulden zullen ook nieuwe eigenwoningsschulden worden uitgezonderd. Bovenop deze eigenwoningsschuld zal een aanvullende drempel van € 500.000 voor de



directeur-groootaandeelhouder en zijn partner gezamenlijk gelden.

Door de aankondiging heeft de AB-houder feitelijk nog een drietal jaren de tijd om zijn schuld aan de eigen vennootschap terug te brengen tot € 500.000. Indien daartoe niet de middelen aanwezig zijn of extern kunnen worden geleend zal eventueel voor inwerkingtreding van het voorstel een dividend kunnen worden uitgekeerd. Tot 2020 kan dit dan nog tegen het tarief van 25% in box 2.

Internationale aspecten

Hoewel er nu dus nog geen wetstekst voorhanden is, lijkt de wetgever te willen opteren voor een soort fictiebepaling die het meerdere boven € 500.000 aanmerkt als een voordeel uit aanmerkelijk belang. De vraag rijst daarbij hoe dit uitpakt voor de grensoverschrijdende AB houder. Ik zal hierna enige aandachtspunten in ogenschouw nemen vanuit het perspectief van de in België woonachtige AB-houder.

Indien de Belgische fiscus onverkort de lijn zou volgen van de Nederlandse wetgever, dan zal mogelijk de Belgische fiscus het (fictieve) netto dividend aanvullend belasten als roerend inkomen. Het Belgische standaardtarief bedraagt thans 30 %. Over dividenden uitgekeerd door een in Nederland gevestigde B.V. aan een in België woonachtige AB-houder mag Nederland op grond van het verdrag 15 % heffen. Ik ga er daarbij vanuit dat Nederland haar heffingsrecht over het fictieve dividend zal beperken overeenkomstig hetgeen bepaald is ten aanzien van reguliere dividenden in het belastingverdrag.³ Over de resterende 85% heft België bij, zodat per saldo 40,5 % over het dividend verschuldigd is. In beginsel lijkt er echter geen sprake van een belastbaar feit naar Belgische fiscaal recht indien sprake is van een zakelijke lening bij de eigen B.V. die in 2022 meer zou bedragen dan € 500.000. De vraag die echter allereerst speelt is of Nederland überhaupt wel kan heffen indien zij een dergelijke fictie grensoverschrijdend wenst te effectueren. Een herhaling van de discussie over ficties zoals in de verhouding met België eerder aan bod kwam ten aanzien van het fictief loon⁴, dringt zich op. Recenter kwam dezelfde vraag nogmaals terug voor Nederlands hoogste rechter in fiscale zaken (Hoge Raad) in de verhouding met Portugal⁵. Kort samengevat is de regel die de Hoge Raad geeft als volgt samen te vatten: een fictiebepaling uit de nationale wet werkt slechts door als deze door de verdragspartner expliciet is aanvaard. Ook het feit dat een fictie al bestaat ten tijde van de verdragsonderhandeling is niet voldoende.

De wetgever zal derhalve met haar verdragspartners om tafel moeten teneinde een eventueel in te voeren fictie expliciet te doen accepteren.

Multilateraal instrument

In lopende verdragsonderhandelingen kan vorenbedoelde nieuwe wetgeving tijdens de behandeling worden meegenomen. Ook opname in het protocol bij bestaande verdragen kan de verdragspartner binden. Het nog van recentere datum Multilateraal instrument (hierna ook MLI)

moge wellicht ook een oplossing bieden. Het MLI is een multilateraal verdrag waarmee verdragsmaatregelen op een efficiënte manier kunnen worden geïmplementeerd in bilaterale verdragsrelaties. Van belang is dat betreffende landen deelnemen aan het MLI en aangeven (notificeren) welke aanpassing zij via dit MLI wensen. Het doel van het MLI omvat mede het vervangen of aanvullen van bepalingen in belastingverdragen.

In theorie zou Nederland het MLI kunnen inzetten om een dergelijke fictie te doen aanvaarden door haar verdragspartners. Nederland heeft daarbij wel aangegeven dat zij er desondanks de voorkeur aan geeft om het MLI niet toe te passen in gevallen waarin sprake is van lopende verdragsonderhandelingen⁶. Dit is thans onder meer het geval met België, Duitsland, Frankrijk, en Spanje. Linksom of rechtsom zal in vrijwel alle gevallen de verdragspartner haar medewerking moeten verlenen om heffingsrecht ten aanzien van de fictie geheel of gedeeltelijk aan Nederland te doen toekomen. Zonder nadere regelgeving komt men naar verwachting uit op het restartikel van het verdrag, dat in de regel het heffingsrecht toekent aan het woonland/buitenland.

Verplaatsing van de feitelijke leiding naar het woonland van de AB-houder

Een oplossing kan in voorkomend geval mogelijk worden gevonden in het verplaatsen van de feitelijke leiding van de vennootschap, naar het woonland van de AB-houder. Van belang is dat men alsdan weer rekening dient te houden met de regels in het woonland. Zo kent bijvoorbeeld de Belgische wetgeving verschillende voorgeschreven rentevoeten die (achteraf jaarlijks) bekend gemaakt worden in het Belgisch Staatsblad. Voor een zuivere rekening courant bedroeg de voorgeschreven rente vanaf 1 januari 2017, een percentage van wel 8,78%⁷. Anderzijds bedroeg de afgelopen maand de 10 jarige variabele rente voor een lening verzekerd door een hypothecaire inschrijving dan weer slechts 0,725%. Verplaatsing zal daarbij ook mogelijk vanwege andere overwegingen niet immer de oplossing zijn.

Fiscaliteit in het woonland

De focus voor de buitenlandse AB-houder zal in eerste instantie gericht zijn op de eventuele Nederlandse heffingsaspecten van dit voorstel. Van belang is ook al na te gaan, hoe het woonland - al dan niet in de (verre) toekomst - omgaat met een Nederlandse (bron)heffing op basis van de fictie. Kan - en op welk moment - hiermee in het woonland (alsnog) rekening worden gehouden?

Voor de praktijk

Het is nog maar de vraag of de buitenlandse AB-houder met een lening op zijn eigen vennootschap belast kan worden indien door Nederland een fictief dividend wordt geïntroduceerd. Gelet op de uitspraken van Nederlands hoogste rechter uit het verleden dienen alle verdragspartners hier expliciet mee in te stemmen. Naast de bilaterale onderhandelingen die kunnen resulteren in een aangepast

verdrag of protocol, moge het MLI ook ingezet worden. In alle gevallen moet de verdragspartner meewerken en zal hier de nodige tijd mee gemoeid zijn. De buitenlandse AB-houder heeft daardoor mogelijk nog langer de tijd dan de Nederlandse AB schuldenaar. De expliciete aanvaarding van de verdragspartner moge wel langer dan 3 jaren in beslag nemen. Dit biedt de mogelijkheid om eventuele oplossingen nader te onderzoeken. Voorts valt verder wel te verwachten dat de buitenlander geen rekening dient te houden met een stijging van diens bronbelasting. De binnenlandse AB-houder wordt daarmee immers al in 2020 geconfronteerd.

- 1 Aanbiedingsbrief pakket Belastingplan 2019, 18 september 2018-0000158869
- 2 Heroverweging van de maatregelen om het vestigingsklimaat in Nederland te versterken als onderdeel van het pakket Belastingplan 2019, 15 oktober 2018-0000175261
- 3 Artikel 10, paragraaf 2 onder b, Verdrag tussen Koninkrijk der Nederland en het Koninkrijk België tot het vermijden van dubbele belasting en tot het voorkomen van het ontgaan van belasting inzake belastingen naar het inkomen en naar het vermogen.
- 3 HR 9 november 2012, nr. 11/02127, BNB 2013/72, V-N 2012/57.11
- 5 HR 18 november 2016, nr. 15/04977, BNB 2017/34, V-N 2016/62.13
- 6 Verdragen in voorbereiding, Vergaderjaar 2017-2018, Kamerstuk 23530 nr. 119, gepubliceerd op 11 juli 2018
- 7 Artikel 18, §3 KB/WIB 92, Het Koninklijk Besluit van 26 januari 2018 (B.S. 30 januari 2018)

De sociale verzekering van een DGA door de tijd

Auteur: Nick Tax

Voorlichter Bureau Belgische Zaken, Sociale Verzekeringsbank, Breda

In deze rubriek legt de redactie een vraag voor aan het Bureau voor Belgische of Duitse Zaken van de Sociale Verzekeringsbank. Het betreft vragen over internationale sociale zekerheid. Naast een concreet antwoord geven de Bureaus advies over hoe te handelen. De vraag die in deze editie behandeld wordt:

“Hoe is door de tijd heen de sociale verzekering van een Directeur-Grotoaandeelhouder veranderd?”

De Directeur-Grotoaandeelhouder (DGA) heeft al geruime tijd een aparte plaats ingenomen in de grensoverschrijdende sociale zekerheid. Door de diverse instanties werd steeds anders tegen de sociale verzekering van de directeur-grotoaandeelhouder gekeken. Inmiddels is de DGA in een rustiger vaarwater, maar op 1-5-2020 verandert er voor sommige DGA's (misschien) nog iets. Ter informatie lopen we alle veranderingen nog eens na. Voor de goede orde: in België werd en wordt een DGA altijd gezien als een zelfstandige.

Verordening 1408-71

Vanaf 18 november 1993, onder toepassing van de EG-verordening 1408-71, werd de in Nederland werkende DGA als loontrekkende aangemerkt. Daarvoor werd een DGA (door onder meer Het Bureau voor Belgische Zaken, toen nog belast met de bepaling van toepasselijke wetgeving) als zelfstandige gezien. Dit “dubbele” beleid was niet gewenst. Er werd besloten de DGA alleen nog als loontrekkende aan te merken. Voor degenen die door BBZ als zelfstandigen werden aangemerkt werd een overgangsbeleid geformuleerd tot 1-1-1999, wat de DGA's de gelegenheid gaf vooralsnog als zelfstandige aangemerkt te blijven. Daarbij mochten de feitelijke omstandigheden niet wijzigen.

Per 1 januari 1999 werd dit overgangsbeleid beëindigd. Dit hield in dat iedere DGA, voor de toepassing van de EG-verordening, als loontrekkende werd beschouwd.

De beëindiging van het overgangsbeleid had voor de DGA nogal wat gevolgen. Een DGA die in België woonde, in Nederland als DGA en in België als zelfstandige werkte, was alleen in België sociaal verzekerd. Vanaf 1 januari 1999 was deze DGA in Nederland EN in België sociaal verzekerd. In Nederland werd premie betaald over het inkomen als DGA, in België werd premie betaald over het inkomen als zelfstandige.

Het artikel 14 quater onder b (met bijlage 7) van EG-verordening 1408-71 maakte het mogelijk dat een DGA die werkzaam was in België en in Nederland in twee landen sociaal verzekerd was. In België als zelfstandige in het sociale statuut voor de zelfstandigen en in Nederland voor de volksverzekeringen, en daar in die twee landen ook premies voor verschuldigd was. Deze situatie leverde ook nog dubbele sociale verzekeringsrechten op.

Verordening 883-04

De invoering van EG-verordening 883-04 per 1 mei 2010 had tot gevolg dat binnen Europa op een persoon slechts één sociale verzekeringswetgeving van toepassing kon zijn. De Nederlandse betrokken organen die overleg voeren over het gezamenlijke beleid waren van mening dat de kwalificatie van de DGA naar aanleiding van de inwerkingtreding van Verordening (EG) nr. 883-04 diende te worden gewijzigd. De nieuwe Verordening (EG) nr. 883-04 maakt bij de definitiebepaling van de begrippen “werkzaamheden in loondienst” en “werkzaamheden anders dan in loondienst”



(artikel 1, onder a respectievelijk 1, onder b van EG-verordening 883-2004) geen onderscheid meer naar de wijze van premieheffing, anders dan het geval was onder EG-verordening 1408-71. Daarnaast zijn de bepalingen voor Nederland in de voormalige Bijlage I over de kwalificatie van een zelfstandige (onderdeel I, onder R) en Bijlage VI over de kwalificatie van een loontrekkende (onderdeel R, punt 7) bij EG-verordening 1408-71 niet overgenomen.

Het vervallen van het vermelden van de DGA op bovengenoemde bijlagen van EG-verordening 1408-71 leidde daarom tot het volgende standpunt. Onder EG-verordening 883-2004 is de aansluiting bij het werknemersstelsel doorslaggevend voor het verschil tussen werknemer en zelfstandige voor de aanwijsregels van titel II. Een DGA die werkzaamheden verricht in Nederland, verricht derhalve sinds 1 mei 2010 werkzaamheden als zelfstandige voor de aanwijsregels van titel II.

Overgangsbeleid

Dit betekent ook dat het overgangsrecht van artikel 87, achtste lid, EG-verordening 883-2004 van toepassing is in geval van personen die met toepassing van EG-verordening 1408-71 onderworpen zijn aan de wetgeving van twee lidstaten. Het overgangsrecht is derhalve van toepassing op de DGA.

Een DGA op wie het overgangsbeleid van toepassing was, mocht zelf aangeven of die de nieuwe wetgeving op haar of hem van toepassing kon worden verklaard. Feitelijk koos de DGA tussen het oude beleid van verzekering in twee landen en het nieuwe beleid van verzekering in één land. Daarmee eindigde de sociale verzekerings situatie die onder EG-verordening 1408-71 op haar of hem van toepassing was, en gelden de bepalingen van EG-verordening 883-04.

Nu het overgangsbeleid van EG-verordening 883-04 van toepassing is verklaard op de DGA komt nu ook de expiratedatum van dat overgangsbeleid in zicht. De DGA die nog niet heeft gekozen voor een bepaald recht valt nog steeds onder het overgangsrecht en kan dus na 1-5-2020

van rechtswege onder een ander sociaal stelsel komen te vallen. Deze DGA wordt vanaf 1-5-2020 in beide landen gezien als zelfstandige, en is dus nog maar in een land premieplichtig.

Hoe wordt die sociale verzekerings situatie vanaf 1-5-2020 bepaald?

Omdat deze DGA in twee landen als zelfstandige werkt, is artikel 13 lid 2 van EG-verordening 883-04 van toepassing en is de DGA verzekerd in het woonland als die daar een substantieel deel van haar of zijn werkzaamheden uitvoert. Een substantieel deel wil zeggen dat 25% of meer van de omzet, de arbeidstijd, het aantal verleende diensten en/of het inkomen in het woonland wordt gegenereerd dan wel verricht. Zodra daarvan sprake is, wordt de DGA voor zijn wereldinkomen premieplichtig in haar of zijn woonland. Is er geen sprake van het verrichten van een substantieel deel van zijn werkzaamheden in het woonland, wordt de DGA sociaal verzekerd in het land waar zich het centrum van haar of zijn belangen zich bevindt. Hierbij wordt in aanmerking genomen of er een vaste en blijvende plaats van waaruit de DGA zijn werkzaamheden verricht, de gebruikelijke aard of de duur van de uitgeoefende werkzaamheden, het aantal verleende diensten en de intentie van de betrokkene zoals die uit alle omstandigheden blijkt. In de relatie België-Nederland gaat die beoordeling niet verder dan deze twee landen; sociale verzekering zal in een van de twee landen zijn.

In de periode van 1983 tot heden hebben er nogal wat wijzigingen plaatsgevonden. Nu de DGA in Nederland uiteindelijk als zelfstandige wordt aangemerkt is er hopelijk rust en duidelijkheid.

Meer informatie

Indien er naar aanleiding van het artikel nog vragen zijn kunt u telefonisch contact opnemen met Bureau voor Belgische Zaken in Breda op telefoonnummer 076 - 548 58 40 of mailen naar bbz@svb.nl.

Nieuwsservice



Als abonnee van het Vakblad Grensoverschrijdend Werken hebt u tevens toegang tot een dagelijkse nieuwsservice. Carlo Douven selecteert alle relevante actualiteiten op het gebied van grensoverschrijdend werken en licht waar nodig het belang toe.

Via www.grensoverschrijdendwerken.nl/nieuws komt u bij de dagelijkse nieuwsberichten.



Conserverende aanslag bij emigratie naar een verdragsland

Auteur: **mr. Dennis Reins**

Partner bij TTT-Group te Amsterdam (dennis.reins@ttt-group.com)

De afgelopen jaren zijn er diverse uitspraken geweest inzake de conserverende aanslag terzake van pensioen- en lijfrenteaanspraken waardoor de jurisprudentie al redelijk is uitgekristalliseerd in de tussentijd. Zo was er onlangs weer een uitspraak, deze keer van Rechtbank Zeeland-West-Brabant¹ over een Nederlandse belastingplichtige die naar de Filipijnen was geëmigreerd in 2013. Aldus na 15 juli 2009, wat geldt als een belangrijke datum vanwege op 19 juni 2009 gewezen arresten van de Hoge Raad over de rechtsgeldigheid van conserverende aanslagen voor pensioenen en lijfrenten onder belastingverdragen. In dit artikel behandel ik deze uitspraak en zal tegelijkertijd dieper ingaan op eerder gewezen relevante jurisprudentie, vooral ten aanzien van pensioen.

De rechtbankuitspraak geeft kort en duidelijk aan onder welke omstandigheden en tot welke hoogte Nederland een conserverende aanslag mag opleggen bij emigratie naar een verdragsland, in casu de Filipijnen. De belastingplichtige had in het verleden lijfrentepremies afgetrokken en tevens had hij pensioenaanspraken opgebouwd. Begin 2013 is hij geëmigreerd. De Belastingdienst heeft tijdig, i.e. binnen 3 jaar (plus de periode van het verleende uitstel voor het doen van aangifte) na het betreffende kalenderjaar van emigratie, de conserverende aanslag opgelegd. De inspecteur heeft een conserverende aanslag plus revisierente opgelegd terzake van de lijfrente ter hoogte van de waarde in het economische verkeer en terzake van het pensioen ter hoogte van de betaalde premies. Waar het in deze zaak om gaat, is of de conserverende aanslagen wel of niet tot een te hoog bedrag zijn vastgesteld.

Het belastingverdrag met de Filipijnen kent een arbeidsinkomstenartikel (artikel 15) en een pensioenartikel (artikel 18), dat zowel pensioen- als lijfrente-uitkeringen bestrijkt, en kent geen restartikel. Het pensioenartikel zegt, voor zover van belang, dat "pensioenen en andere soortgelijke beloningen terzake van een vroegere dienstbetrekking aan een inwoner van een van die Staten (i.e. Filipijnen) en elke lijfrente betaald aan zulk een inwoner, slechts in die Staat (i.e. Filipijnen) belastbaar" is.

Lijfrente

Nadat de rechtbank heeft vastgesteld dat de conserverende aanslag tijdig is opgelegd, wordt eerst de lijfrente besproken. Er wordt kort op de systematiek van de artikelen 3.136 en 137 Wet IB 2001 ingegaan, die de basis vormen van de hoogte van de opgelegde conserverende aanslag. De relevante bepalingen geven aan dat in beginsel bij emigratie de waarde in het economische verkeer van de lijfrenteaanspraken als negatieve uitgaven voor inkomensvoorzieningen in aanmerking worden genomen. In het 2e

lid van artikel 3.136 wordt de hoogte echter verminderd tot het bedrag waarvoor premieaftrek is genoten ingeval Nederland niet gerechtigd zou zijn onder een belastingverdrag om over voornoemde hogere waarde te heffen. Het bedrag van de negatieve inkomsten uit inkomensvoorziening wordt als te conserveren inkomen aangemerkt.

Welnu, het verdrag met de Filipijnen heeft een pensioenartikel dat ook lijfrente-uitkeringen omvat, maar de rechtbank preciseert dat in casu dit artikelid toepassing mist. Dit omdat de gekozen bewoording in het verdrag zodanig is dat het enkel betrekking heeft op uitkering van periodieke uitkeringen en niet op afkoop (i.e. de rechtbank kwalificeert de fictieve heffing vanwege emigratie derhalve als een situatie van afkoop). Dat zou wel het geval zijn als er een aanvullende tekst in het verdrag zou zijn opgenomen, zoals dat bijvoorbeeld wel bij pensioen aan de orde is; daar staat namelijk "pensioen en soortgelijke uitkeringen", waardoor de reikwijdte hiervan dus ruimer is dan voor lijfrente geldt. Ook is in artikel 18 van het verdrag met de Filipijnen niet elders iets over een afkoopsom opgenomen. En aangezien dit artikel een restbepaling mist die andere inkomensbestanddelen aan het woonland (Filipijnen) zou hebben toegewezen, is er geen artikel in het verdrag dat Nederland belet om zijn eigen nationale wetgeving ten volste toe te passen. Kortom, door het opleggen van een conserverende aanslag handelt Nederland niet in strijd met de goede trouw die jegens de Filipijnse verdragspartner in acht moet worden genomen en ook mag de hoogte dus worden gesteld op de waarde in het economische verkeer. Voor zover de conserverende aanslag betrekking heeft op de lijfrente blijft deze dan ook gewoon in stand.

Pensioen

Voor pensioen pakt het anders uit. Dit heeft allemaal te maken met het andersoortige karakter van pensioen, de belangrijke arresten van de Hoge Raad die op 19 juni 2009² zijn gewezen en de gewijzigde wetgeving die naar aanleiding hiervan in recordtempo is gekomen. Voorheen gold dat Nederland pensioenpremies onvoorwaardelijk vrijstelde. Hierdoor kunnen de uitkeringen op verdragsniveau alleen nog maar onder artikel 18 vallen en niet meer onder artikel 15 (waar reeds de pensioenopbouw onder valt). Onder artikel 18 heeft Nederland veelal, zeker bij oude verdragen, geen (primaire) heffingsrecht over pensioen-uitkeringen (of afkoop daarvan). Om dit te omzeilen heeft Nederland het fiscale genietingsstijdstip waarop de waarde van de pensioenaanspraken die vanwege emigratie op grond van artikel 3:83 (lid 1) Wet IB 2001 tot het loon moet worden gerekend verlegd naar het onmiddellijke moment voorafgaand aan de emigratie (artikel 3:146 (lid 3) Wet IB 2001). Dit resulteert in een ongeoorloofde eenzijdige verschuiving van heffingsrechten vanwege de schending van de goede verdragstrouw, omdat de verdeling van de heffings-



rechten immers reeds op verdragsniveau was afgesproken. Op zich was dit oordeel niet nieuw, de Hoge Raad heeft namelijk eerder, reeds onder de Wet IB 1964³, terecht een stokje gestoken voor dergelijke strapatsen. Maar pas bij de arresten van 19 juni 2009 werd de wetgever echt wakker en had slechts tien dagen nodig om met artikel 3.136 lid 3 tot een technische reparatiewetgeving te komen. De reparatie houdt kort gezegd in dat de opbouw, voor zover die fiscaal gefacilieerd is geweest, wordt teruggenomen als negatieve inkomsten uit inkomensvoorziening. Met andere woorden, de fiscale opbouw is niet meer onvoorwaardelijk omdat feitelijk de verleende faciliteit wordt teruggenomen, iets dat eveneens werd gerepareerd voor lijfrenten (in artikel 3.136 lid 2). Verder zijn er in artikel 3:136 enkele leden gewijd aan situaties van emigratie binnen tien jaren nadat de conserverende aanslag voor pensioenaanspraken is opgelegd.

Met artikel 3.136 lid 3 werd beoogd om wel de toets der kritiek te kunnen doorstaan, iets waar overigens menig een in de tussentijd ernstige twijfels over had. Maar inmiddels is al weer een tijdje geleden duidelijk geworden dat de reparatiemaatregel heeft geholpen. De Hoge Raad heeft vorig jaar⁴ al bevestigd dat er onderscheid gemaakt moet worden tussen aanspraken en bijdragen van vóór de inwerkingtreding op 16 juli 2009 van artikel 3.136 lid 3 en daarna, ook wel compartimentering genoemd. Voor het deel ervoor geldt dat Nederland nog steeds geen conserverende aanslag terzake van pensioen mag opleggen wanneer het woonland waar de emigrant naartoe is verhuisd exclusief heffingsbevoegd is. Voor de volledigheid merk ik op dat wanneer Nederland wel een potentieel heffingsrecht heeft, bijvoorbeeld onder het verdrag met België, een conserverende aanslag toegestaan is over de oudere jaren, echter de invordering kan vervolgens wel ingeperkt worden, aldus de Hoge Raad in een arrest uit 2011.⁵ In een dergelijke situatie is dan dus het opleggen van een conserverende aanslag (voor de oude jaren) toegestaan, maar invordering daarvan voor situaties waarin Nederland een heffingsrecht zou ontberen, is dan vervolgens uit den boze. Immers, dat zou resulteren in eenzelfde eenzijdige wijziging van heffingsrechten als hiervoor door de Hoge Raad juist is belet.

Wanneer we terugkeren naar de rechtbankuitspraak over de emigrant naar de Filipijnen, dan kan men al raden dat de rechtbank de rechtsregel van de Hoge Raad uit 2017 herhaalt. Er dient compartimentering te worden toegepast. In de onderhavige casus zal de inspecteur op de gegevens van de belastingplichtige moeten wachten totdat hij de betaalde premies en waardes van de verzekeraar van vóór 16 juli 2009 en daarna heeft ontvangen. In de praktijk is dit natuurlijk een heikel punt. Het wordt helemaal leuk wanneer de emigrant ook nog lijfrenten heeft terwijl dat nieuwe woonland, anders dan in de casus bij de rechtbank, een exclusieve woonstaathoeft heeft voor lijfrente-uitkeringen.

Dan geldt namelijk dezelfde compartimentering in de periode 1 januari 2001 tot en met 15 juli 2009 alsmede in de periode vóór 1992 (i.e. in de periode tussen 1 januari 1992 tot en met 31 december 2000 was de premie-aftrek voorwaardelijk op juiste wijze geregeld).

Afsluitend

Hieronder heb ik in een simpel overzicht de compartimentering uiteengezet die heeft te gelden bij een emigratie naar een verdragsland met exclusieve woonstaathoeft voor pensioen en/of lijfrente.

Compartimentering emigratie verdragsland met exclusieve woonstaathoeft pensioen en/of lijfrente

	Pensioen	Lijfrente
Vóór 1-1-1992	NL mag geen conserverende aanslag opleggen	NL mag geen conserverende aanslag opleggen
1-1-1992 t/m 31-12-2000	NL mag geen conserverende aanslag opleggen	NL mag wel conserverende aanslag opleggen
1-1-2001 t/m 15-7-2009	NL mag geen conserverende aanslag opleggen	NL mag geen conserverende aanslag opleggen
Vanaf 16-7-2009	NL mag wel conserverende aanslag opleggen	NL mag wel conserverende aanslag opleggen

Tot slot, wanneer wordt geëmigreerd naar een land dat niet voorziet in een exclusieve woonstaathoeft dan mag Nederland steeds een conserverende aanslag opleggen. Immers Nederland zou dan potentieel mogen heffen. Invordering mag echter alleen als:

- (i) er geen verdrag met dat andere land is, of
- (ii) het toepasselijke verdrag niet voorziet in een artikel dat de heffing regelt (zoals de Filipijnse casus waar een restartikel ontbrak in het verdrag voor afkoop van lijfrente), of
- (iii) het een situatie betreft waarbij het heffingsrecht aan Nederland als bronland is toegewezen (bijvoorbeeld bij afkoop of ingeval de uitkeringen een bepaald bedrag overstijgen, zoals het verdrag met België of Portugal).

Er zullen vast in de komende jaren nog uitspraken blijven komen over dit onderwerp, maar gelukkig is er in de tussentijd wel veel duidelijk geworden.

1 ECLI:NL:RBZWB:2018:2796

2 ECLI:NL:HR:2009:BI8566 (verdrag met Filipijnen), ECLI:NL:HR:2009:BC5201 (verdrag met Frankrijk). In beide situaties is sprake van een exclusieve woonstaathoeft onder het verdrag over pensioenen.

3 ECLI:NL:PHR:2005:AR1683

4 ECLI:NL:HR:2017:1324 (Frankrijk), zie ook ECLI:NL:HR:2017:2985 (Israël).

5 ECLI:NL:HR:2011:BN8728 (België)

Succesvol zakendoen in Duitsland

STRICK - Rechtsanwälte & Steuerberater biedt Nederlandse ondernemers die in Duitsland zaken (willen) doen, alomvattend juridisch en fiscaal advies. Onze juristen en belastingadviseurs beschikken over economisch en commercieel inzicht en zijn zich terdege bewust van het belang van de ondernemer.

Alle advocaten en fiscalisten zijn tweetalig, evenals een groot aantal medewerkers die hun terzijde staan. Cliënten van ons kantoor bevinden zich daarom in de riant positie onderwerpen in eigen taal te kunnen bespreken, terwijl onze adviseurs de Duitse wetgeving in het Nederlands uitleggen. De filosofie van ons kantoor luidt: 'Vroegtijdig advies is de bakermat van toekomstig succes.'

Een goede voorbereiding voor Nederlandse ondernemers die in Duitsland activiteiten willen ontplooiën, is de maandelijkse 'Duitsland-Borrel' bij STRICK - Rechtsanwälte & Steuerberater. Tijdens deze laagdrempelige netwerkbijeenkomst leggen onze

advocaten en belastingsspecialisten uit hoe uw formule ook in Duitsland een schot in de roos wordt.

U bent graag op de hoogte van het marktgebeuren in Duitsland en de activiteiten van ons kantoor? Wij versturen iedere maand de Juridisch-fiscale nieuwsbrief Duitsland. Inschrijven kunt u op www.strick.de.

Voor praktijkgerichte lezingen, workshops en in-company-trainingen over succesvol zakendoen in Duitsland kunt u terecht bij de Nederlands-Duitse Businessacademie.

www.businessacademie.de



STRICK

Rechtsanwälte & Steuerberater

STRICK - Rechtsanwälte & Steuerberater in Kleve biedt Nederlandse ondernemers die in Duitsland zaken (willen) doen of een dochteronderneming willen opstarten, al meer dan een kwart eeuw alomvattend juridisch en fiscaal advies.

STRICK - Rechtsanwälte & Steuerberater

Siemensstraße 31, D-47533 Kleve

Tel: +49 (0)2821 7222 0

Fax: +49 (0)2821 7222 44

kanzlei@strick.de / www.strick.de

Brexit: de gevolgen voor het vrij personenverkeer

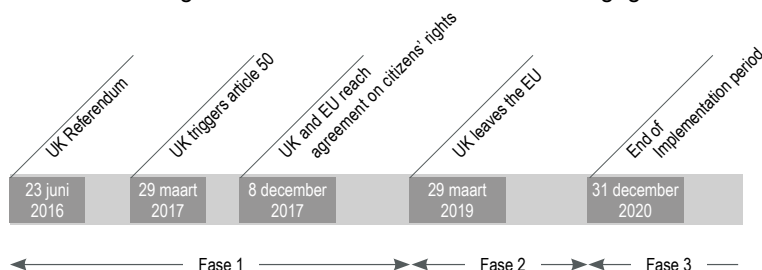
Auteur: drs E. de Bourgraaf

Werkzaam bij Ernst & Young Belastingadviseurs LLP in Rotterdam (edith.de.bourgraaf@nl.ey.com)

Nog een klein half jaar en dan is de Brexit een feit. Wat betekent dit voor Nederlanders in het Verenigd Koninkrijk en voor Britten in Nederland? Het vrij personenverkeer is een van de grondbeginselen van het EU verdrag. Dankzij het vrij personenverkeer kunnen onderdanen van een EU lidstaat zich in een andere lidstaat vestigen zonder restricties. Na de Brexit zal dit recht ophouden te bestaan voor Britten in Nederland en voor Nederlanders in het Verenigd Koninkrijk. In dit artikel bespreek ik de verschillende fasen van de Brexit en de gevolgen voor de vrijheid van het personenverkeer.

Wat is de Brexit?

Brexit is het uittreden van het Verenigd Koninkrijk uit de Europese Unie. Op 23 juni 2016 werd in het Verenigd Koninkrijk een referendum gehouden over het EU-lidmaatschap van het Verenigd Koninkrijk. Een meerderheid van 51,9% stemmers koos voor uittreden. Naar aanleiding van het referendum heeft het Verenigd Koninkrijk op 29 maart 2017 aangegeven de Europese Unie te verlaten. Conform artikel 50 van het EU verdrag is de uittreding een feit op 29 maart 2019. Op 8 december 2017 is een voorlopig akkoord bereikt tussen de Europese Unie en het Verenigd Koninkrijk over de scheidingsvoorwaarden van de Brexit. In onderstaand figuur heb ik de fasen schematisch weergegeven.



Fase 1: 29 maart 2017 – 29 maart 2019

Tot de uittreding op 29 maart 2019 blijft het vrij personenverkeer ongewijzigd. Dit betekent dat Nederlanders in het Verenigd Koninkrijk en Britten in Nederland legaal verblijf in de andere staat hebben. In deze periode wordt tussen de Europese Unie en het Verenigd Koninkrijk onderhandeld over de scheidingsvoorwaarden. De rechten van EU burgers spelen een belangrijke rol in de onderhandelingen.

Voorbeeld

Een Brit werkt sinds juli 2017 in Nederland bij een financiële instelling. Hij heeft een contract voor 1 jaar. Mag hij in Nederland blijven werken?

Ja, tot 29 maart 2019 is het Verenigd Koninkrijk onderdeel van de Europese Unie en is het vrij werknemersverkeer van toepassing. Dit betekent dat de Brit in Nederland mag blijven werken.

29 maart 2019: Brexit

Op 29 maart 2019 is het Brexit-dag. Op deze dag is het precies twee jaar geleden dat premier May de uittreding uit de Europese Unie in gang heeft gezet. Het Verenigd Koninkrijk zal - zoals het er nu naar uitziet - de Europese Unie dan met of zonder deal verlaten. Er zijn twee hoofdmogelijkheden: een 'harde Brexit' of een 'zachte Brexit'. Bij een 'harde Brexit' worden vrijwel alle banden doorgesneden. Bij een 'zachte Brexit' zal het Verenigd Koninkrijk onderdeel blijven uitmaken van de Europese interne markt.

Ten aanzien van de rechten van EU-burgers is op 8 december 2017 een voorlopige overeenkomst bereikt waarin de rechten van Britten in EU-lidstaten en de rechten van EU-burgers in het Verenigd Koninkrijk na de Brexit worden beschermd. De rechten van beide groepen zullen 'hetzelfde blijven nadat het Verenigd Koninkrijk de EU heeft verlaten' op 29 maart 2019.

De onderhandelingen over de uittredingsovereenkomst zijn nog niet definitief. De Europese Unie, het Europees Parlement en het Britse parlement moeten het definitieve terugtrekkingsakkoord nog goedkeuren. Dat moet uiterlijk 29 maart 2019 gebeurd zijn, zodat de overgangsperiode en de andere afspraken uit het akkoord meteen in werking kunnen treden. Zonder goedkeuring van het terugtrekkingsakkoord komt er geen overgangsperiode.

Dit artikel is gebaseerd op de voorlopige overeenkomst. Afhankelijk van de onderhandelingen kan de uitkomst nog wijzigen.

Fase 2: 30 maart 2019 - 31 december 2020 (transitieperiode)

Als het Verenigd Koninkrijk en de Europese Unie een akkoord sluiten, dan volgt er na Brexit-dag een transitieperiode tot 31 december 2020. Tijdens de transitieperiode blijven alle huidige EU-regels van kracht voor het Verenigd Koninkrijk. Tijdens deze periode onderhandelen de Europese Unie en het Verenigd Koninkrijk over hun toekomstige relatie.

Op basis van de voorlopige overeenkomst blijven de rechten van EU-burgers en Britten gedurende de transitieperiode ongewijzigd. De belangrijkste afspraken heb ik voor u op een rij gezet:

- De rechten van EU burgers en Britten die op 31 december 2020 in de andere lidstaat wonen, worden beschermd;
- De personen die beschermd worden, kunnen na 5 jaar een permanente verblijfsstatus aanvragen;
- Lidstaten kunnen een verplicht registratiesysteem voor EU burgers respectievelijk Britten invoeren;
- Lidstaten hebben de mogelijkheid om houders van een permanente verblijfsstatus opnieuw een aanvraag te laten doen.

Voorbeeld 1

Werknemer A – Brits onderdaan - woont in London maar werkt in Amsterdam. Hij arriveert op maandagochtend in Amsterdam en vertrek op vrijdagmiddag weer naar London. Kan hij na de Brexit in Amsterdam blijven werken?

Ja, het akkoord is ook van toepassing op grensarbeiders. Dit betekent dat hij in London kan blijven wonen en in Amsterdam kan blijven werken.

Voorbeeld 2

Werknemer B – Nederlander - werkt sinds 2 jaar in London. Mag hij in Londen blijven werken nadat het Verenigd Koninkrijk de Europese Unie heeft verlaten op 29 maart 2019?

Ja, het akkoord bepaalt dat werknemer B in het Verenigd Koninkrijk mag blijven werken na de Brexit. De rechten van EU burgers werkzaam in het Verenigd Koninkrijk worden beschermd. Na 5 jaar kan hij eventueel een permanente verblijfsstatus aanvragen.

Indien voor 29 maart 2019 geen akkoord wordt bereikt dan scheiden de wegen van het Verenigd Koninkrijk en de Europese Unie hier en is het bovenstaande niet van toepassing.

Fase 3: na 31 december 2020 (einde van de transitieperiode)

Op 31 december 2020 komt de (eventuele) transitieperiode tot een einde en scheiden de wegen van het Verenigd Koninkrijk en de Europese Unie. Welke regels er voor burgers na de mogelijke transitieperiode gelden, is nog niet bekend.

De Europese Unie en het Verenigd Koninkrijk moeten daarover nog verder onderhandelen. De verwachting is dat de Britten een overeenkomst willen waarin er geen vrij verkeer van personen met de Europese Unie zal bestaan.

Afsluitende opmerkingen

De informatie in dit artikel is gebaseerd op de afspraken die in het terugtrekingsakkoord over de rechten van burgers staan. Over andere onderdelen van het akkoord bestaat nog geen overeenstemming. Het Europees Parlement en het parlement van het Verenigd Koninkrijk moeten het definitieve akkoord nog goedkeuren. Het staat nog niet vast dat deze afspraken over de rechten van burgers definitief in werking zullen treden.

Tijdens de EU top in Brussel op 18 oktober 2018 stond de Brexit opnieuw op de agenda. Daarnaast is er medio november 2018 een extra Brexit-top ingelast. Deze bijeenkomst is bedoeld voor het afronden van het akkoord. In de komende maanden zal duidelijk worden of de rechten van EU-burgers in het Verenigd Koninkrijk en van Britten in de Europese Unie gewaarborgd zullen worden in de transitieperiode tot 31 december 2020.

Bronnen

- TF50 (2017) 19 – Commission to EU 27: joint report from the negotiators of the EU and the UK
- TF50 (2018) 35 – Commission to EU27: draft agreement on the withdrawal of the UK from the EU

Nieuwe inzichten voor de toepassing van de 183-dagenregeling: wat zijn verblijfsdagen?

Auteurs: **Anne Aarts LLM** en **Nancy Slegers**

Respectievelijk loonheffingspecialist adviesgroep Loon- & Premieheffing bij BDO Accountants & Belastingadviseurs in Breda (Anne.Aarts@bdo.nl) en Senior Manager bij BDO Belastingconsulenten in Antwerpen (Nancy.Slegers@bdo.be)

De grensstreek tussen Nederland en België is behoorlijk lang. Door de jaren heen hebben dan ook heel wat bedrijven in Nederland en België zich op de markt aan de andere kant van de grens begeven en zijn er heel wat grensoverschrijdende groepsstructuren ontstaan. In de praktijk zien we dat als gevolg hiervan werknemers ook regelmatig hun werkzaamheden voor korte of langere periodes aan de andere kant van de grens verrichten. Bij detachering of gelijktijdige tewerkstelling zal de werknemer in de praktijk meestal verder onderworpen kunnen blijven aan de sociale zekerheidswetgeving van het land waar hij normaal tewerkgesteld wordt. Op het vlak van de belastingheffing is het in de praktijk niet altijd eenvoudig om te voorkomen dat de belastingheffing naar het werkland verschuift. De 183-dagenregeling, en een juiste telling van verblijfsdagen, speelt daarin een belangrijke rol.

Toepassing dubbelbelastingverdrag België – Nederland

Het is zo dat artikel 15 van het tussen België en Nederland gesloten dubbelbelastingverdrag bepaalt dat het loon van een werknemer belastbaar is in het land waar hij zijn werkzaamheden fysiek uitoefent. Op dit basisprincipe geldt echter een belangrijke uitzondering, de zogenaamde 183-dagenregeling. Indien aangetoond kan worden dat cumulatief voldaan wordt aan navolgende drie voorwaarden, blijft het loon dat betaald wordt voor de buitenlandse tewerkstelling toch volledig belastbaar in de woonstaat (= het land waar de werknemer als fiscaal inwoner wordt aangemerkt):

1. de werknemer in een periode van 12 maanden beginnend of eindigend in het betreffende belastingjaar niet meer dan 183 dagen in het werkland verblijft; en



2. zijn loon wordt niet betaald door of namens een in het werkland gevestigde werkgever; en
3. zijn loon komt niet ten laste van een fiscale vaste inrichting van de werkgever in het werkland.

In dit artikel wordt nader ingegaan op de eerste voorwaarde van de 183-dagenregeling, waarbij, zoals verder zal blijken een juiste telling van het aantal dagen van cruciaal belang is.

Beoordeling 183-dagentelling in Nederland

In juli 2017 heeft de Hoge Raad zich gebogen over de toepassing van de 183-dagenregeling in belastingverdragen¹. Meer specifiek ging het om de vraag wanneer er sprake is van een verblijfsdag onder de 183-dagenregeling. Naast de vraag of de belastingplichtige fysiek aanwezig is in het werkland, verbindt de Hoge Raad nu aanvullende voorwaarden aan een verblijfsdag. Volgens de Hoge Raad telt een verblijfsdag namelijk in het werkland mee als een verblijfsdag in het kader van de 183-dagenregeling, als deze dag eveneens 'enig verband houdt met de werkzaamheden aldaar'. Dit maakt het vraagstuk of er sprake is van een verblijfsdag een stuk complexer.

In dit artikel zullen wij eerst ingaan op de recente rechtspraak ten aanzien van de verblijfsdagen voor de 183-dagenregeling. Vervolgens blikken wij terug op wat er voorheen werd verstaan onder verblijfsdagen en welke wijzigingen de recente rechtspraak hierin heeft aangebracht. Daarna staan we stil bij de gevolgen voor de praktijk. Dit doen wij zowel vanuit zowel een Nederlands perspectief, als vanuit een Belgisch perspectief. Wij sluiten af met onze conclusie.

Recente rechtspraak

In de recente rechtspraak² ging het om een inwoner van België (X) die in 2009 voor een Belgische onderneming (bvba) werkzaamheden verrichtte voor een in Nederland gevestigde BV. De inspecteur stelde dat het loon dat X ontving van de bvba in Nederland onderworpen was aan belastingheffing omdat X fysiek in Nederland werkte, waarbij doorslaggevend was dat er sprake was van meer dan 183 dagen verblijf in Nederland (in dit geval in het belastingjaar van het werkland). X is hiertegen in beroep gegaan bij de rechtbank Zeeland-West-Brabant. Hij stelde dat hij slechts gedurende 181 werkdagen in Nederland werkzaam was geweest. Naast deze 181 werkdagen is hij weliswaar ook op additionele dagen in Nederland aanwezig geweest, maar gedurende deze dagen heeft hij geen werkzaamheden verricht in Nederland. In het geschil is de vraag of deze additionele dagen verblijfsdagen zijn in de zin van het belastingverdrag tussen Nederland en België.

De rechtbank heeft het beroep van X gegrond verklaard en daarmee geoordeeld dat de additionele dagen niet meetellen voor de 183-dagenregeling. Hierop heeft de inspecteur hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof 's-Hertogenbosch. Voorts heeft X incidenteel hoger beroep ingesteld. Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft de uitspraak van de rechtbank bevestigd. Vervolgens heeft de Staatssecretaris van Financiën tegen deze uitspraak beroep in cassatie in-

gesteld en heeft X incidenteel beroep in cassatie ingesteld. De Hoge Raad oordeelde dat bij de berekening van de 183-dagenperiode niet alleen de werkdagen, maar ook andere dagen meetellen³. Volgens de Hoge Raad tellen als dagen van verblijf niet alleen de dagen mee waarop daadwerkelijk in de werkstaat is gewerkt, maar ook alle overige dagen waarop de belastingplichtige in de werkstaat aanwezig is geweest en dat verblijf 'enig verband' houdt met de werkzaamheden. Bij haar verwijzingsarrest van 14 juli 2017 (hierna: verwijzingsarrest) heeft de Hoge Raad de uitspraak van Gerechtshof 's-Hertogenbosch vernietigd en het geding verwezen naar Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden met als opdracht te onderzoeken of er enig verband bestond tussen de additionele verblijfsdagen van X en de werkzaamheden in Nederland.

Als gevolg van de verwijzingsopdracht van de Hoge Raad, kreeg X de gelegenheid om aan te tonen dat de additionele dagen geen verband hielden met de werkzaamheden in Nederland. X stelde dat hij op de additionele dagen louter om privéredenen in Nederland aanwezig was. Hij gaf aan dat deze privéredenen geen enkel verband hielden met zijn werkzaamheden in Nederland. Omdat X echter niet nader heeft aangegeven op welke andere dagen hij in Nederland aanwezig was en welke redenen hij voor deze aanwezigheid had, heeft X naar het oordeel van het Hof niet voldaan aan de op hem rustende bewijslast. Voor het Hof was niet duidelijk of de aanwezigheid op de desbetreffende dagen enig verband hielden met de werkzaamheden in Nederland. Zodoende werden alle dagen waarop X in Nederland fysiek aanwezig was in aanmerking genomen als verblijfsdagen in het kader van de 183-dagenregeling. Als gevolg hiervan kwam in deze casus alsnog het heffingsrecht over het arbeidsinkomen toe aan Nederland. Ondanks dat het oordeel van de Hoge Raad in deze casus niet tot een andere uitkomst leidde, kan zij wel grote gevolgen hebben voor de praktijk.

Wat zijn verblijfsdagen?

Voor de uitleg van wat wordt verstaan onder een verblijfsdag als bedoeld in artikel 15 van het OESO-Modelverdrag, werden in de periode tot de wijziging van het OESO-commentaar in 1992 twee methoden gehanteerd, de 'days of physical presence method' of de 'duration of activity method'. Deze laatste methode werd door verschillende landen, waaronder Nederland, gehanteerd. Deze methode ging uit van de duur van de activiteit waarbij ook dagen buiten de werkstaat toegerekend konden worden aan de werkzaamheden in de werkstaat, zoals bijvoorbeeld verlofdagen tussen de werkzaamheden in.

Sinds 1992 is expliciet in het OESO-commentaar bij artikel 15 opgenomen dat voor het bepalen van het aantal verblijfsdagen in het werkland, de 'days of physical presence method' gehanteerd moet worden⁴. Deze methode gaat uit van de dagen waarop een werknemer fysiek aanwezig is in het werkland. Op basis van het OESO-commentaar zijn er twee uitzonderingen op deze hoofdregel. Bij de eerste uitzondering gaat het om dagen waarop de belastingplichtige normaal gesproken terug zou keren naar het woonland, maar waarop dit door de ziekte niet mogelijk is. De tweede

uitzondering zijn de zogenoemde 'Transit'-dagen. Dit zijn de dagen waarop iemand van het ene land naar een ander land reist en waarop hij langs het werkland komt. In dit geval is diegene alleen in het werkland aanwezig als gevolg van de doorreis naar een ander land. Een Transit-dag telt daarom niet mee als een verblijfsdag voor de 183-dagen-regeling.

Met haar verwijzingsarrest stelt de Hoge Raad de praktijk voor een nieuwe uitdaging. Het is niet langer voldoende om enkel te kijken naar de fysieke aanwezigheid in de werkstaat. Naast het tellen van de verblijfsdagen voor de 183-dagenregeling op basis van de 'days of physical presence method', komt vanaf nu ook de aanvullende (kwalitatieve) toets van de Hoge Raad om de hoek kijken: 'houdt de verblijfsdag in het werkland enig verband met de werkzaamheden aldaar, dan telt deze dag ook mee'. Maar wanneer is er nu eigenlijk sprake van 'enig verband'? Zoals de heer Carlo Douven ook opmerkt in zijn commentaar bij artikel 15 van het OESO-Modelverdrag, gaat het wellicht om dagen van fysiek verblijf in het werkland terwijl de dienstbetrekking nog niet tot stand is gekomen of al is verbroken⁵.

Doordat belastingplichtige in voornoemde casus niet nader heeft toegelicht om welke redenen hij op de additionele dagen in Nederland verbleef, werd in deze uitspraak helaas niet aan deze vraag toegekomen. Op dit moment zijn de door de Hoge Raad genoemde voorbeelden van dagen die volgens haar mogelijk wel enig verband houden met de werkzaamheden in het werkland onze enige aanwijzing. De Hoge Raad noemt in dit kader: zaterdagen, zondagen, nationale feestdagen, vakanties en vrije dagen voor, tijdens en na beëindiging van de werkzaamheden of korte onderbrekingen daarvan.

Gevolgen van de recente rechtspraak voor de praktijk vanuit Nederlands perspectief

De recente rechtspraak roept veel vragen op. Wat betekent deze rechtspraak bijvoorbeeld voor een inwoner van België die vlak bij de grens woont en zijn boodschappen in het weekend in Nederland doet, tellen deze dagen ook mee als verblijfsdagen? En maakt het daarbij uit of tijdens die inkopen gereedschappen worden gekocht die op een later moment worden gebruikt tijdens de in Nederland verrichte werkzaamheden? En hoe ver gaat de bewijslast van de belastingplichtige? Een belastingplichtige zal niet kunnen volstaan met het bijhouden van een dagenkalender waarop alleen het land genoteerd staat waar de belastingplichtige fysiek aanwezig was. Immers is nu ook van belang geworden of de verblijfsdagen enig verband houden met de werkzaamheden in Nederland. Dit betekent dat de reden van het verblijf voortaan ook ergens uit zal moeten blijken en misschien ook wel onderbouwd moet worden. Naast de extra administratieve lasten, kun je je ook nog afvragen in hoeverre een belastingplichtige inzicht moet geven in zijn privéleven om aan zijn bewijslast te kunnen voldoen. De belastingplichtige in de voornoemde casus koos ervoor om de van belang zijnde privéomstandigheden niet toe te lichten. Helaas blijven deze vragen vooralsnog onbeantwoord.

Met de nieuwe aanvullende toets houdt de Hoge Raad rekening met de specifieke privéomstandigheden van de belastingplichtige. Als uitstapjes in de privésfeer vanaf nu buiten beschouwing mogen worden gelaten, kan dit bijvoorbeeld voor grensarbeiders een grote impact hebben. Wij vragen ons echter af of men überhaupt in het verleden ooit rekening heeft gehouden met de privé uitstapjes naar het buurland. Omdat op dit moment niet duidelijk is wanneer een verblijfsdag niet en wanneer deze wel 'enig verband' houdt met de werkzaamheden in het werkland, brengt de aanvullende voorwaarde van de Hoge Raad onzekerheid voor de praktijk met zich mee. Maar iedere onduidelijkheid biedt vaak ook weer ruimte voor andere interpretatie en dus voor kansen. Door het nauwkeurig bijhouden van een dagen- of activiteitenkalender van de belastingplichtige is er nu immers een mogelijkheid om dagen waarop hij voor privédoeleinden aanwezig was in het werkland niet mee te tellen als verblijfsdagen in het kader van 183-dagenregeling.

Eén ding is in ieder geval zeker, naast onzekerheid voor de betrokken partijen, kan er zich ook een ander onbedoeld gevolg voor doen. Als de landen waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten de originele 'days of physical presence method' blijven hanteren (zoals ook voorgescreven in het OESO-commentaar), kan er een heffingsvacuüm of juist een situatie van dubbele heffing ontstaan. Als we het OESO-commentaar bij artikel 15 bestuderen, lijkt de tekst overigens helder:

"Although various formulas have been used by Member countries to calculate the 183 day period, there is only one way which is consistent with the wording of this paragraph: the "days of physical presence" method. The application of this method is straightforward as the individual is either present in a country or he is not."

Hieruit blijkt dat de fysieke aanwezigheid van de belastingplichtige in het werkland te allen tijde doorslaggevend is. Het is op zijn minst opmerkelijk te noemen dat de Hoge Raad in strijd met deze uitleg heeft geoordeeld. Te meer omdat de Hoge Raad in 2003 nog oordeelde dat het tellen van verblijfsdagen onder de 183-dagenregeling volgens de 'days of physical presence method' een juiste uitleg geeft aan de verdragsbepaling⁶.

Gevolgen voor de praktijk vanuit Belgisch perspectief

Net zoals Nederland tot voor kort, hanteert België nog steeds het principe van de 'days of physical presence method'. De Belgische belastingadministratie stelt in haar circulaire van 25 mei 2015⁷ dat rekening moet worden gehouden met alle dagen waarop een werknemer fysiek aanwezig is op het grondgebied van de werkstaat, waarbij niet enkel de dagen waarop de werknemer zijn werkzaamheden verricht, maar ook de dagen van aanwezigheid omwille van zuivere privé redenen meetellen. De Belgische belastingdienst ziet het criterium van de fysieke aanwezigheid als een objectief controleerbare maatstaf; ofwel bevindt een persoon zich in een land, ofwel bevindt hij zich er niet.



Vertrekkende vanuit dit principe moeten navolgende dagen geteld worden:

- een gedeelte van een dag (een gedeelte van een dag is gelijk aan een dag)
- de dag van aankomst
- de dag van vertrek
- de zaterdagen, zondagen en feestdagen indien ze worden doorgebracht in de werkstaat:
- de vakantiedagen die worden doorgebracht in de werkstaat:
 - vóór de uitoefening van de activiteiten
 - tijdens de uitoefening van de activiteiten
 - na het stopzetten van de activiteiten
- al de andere dagen of gedeelten van dagen die doorgebracht worden in de werkstaat, om volgende redenen:
 - ziekte
 - opleiding
 - overlijden of ziekte in de familie
 - onderbreking te wijten aan stakingen
 - onderbrekingen te wijten aan laattijdige leveringen
 - korte onderbreking (2 of 3 dagen) tussen twee opeenvolgende arbeidsovereenkomsten.

Navolgende dagen moeten daarentegen niet meegeteld worden:

- de dagen die in de werkstaat werden doorgebracht op doorreis, bij het afleggen van een traject (met het vliegtuig, met de wagen of met enig ander vervoermiddel) tussen twee punten die buiten die werkstaat zijn gelegen, en op voorwaarde dat de duur van de doorreis 24 uren niet te boven gaat
- de vakantiedagen die tijdens de werkperiode buiten de werkstaat werden doorgebracht
- de korte onderbrekingen (ongeacht de redenen) die buiten de werkstaat plaatsvonden
- de volledige werkdagen die buiten de werkstaat in kwestie werden doorgebracht.

Bijgevolg kan gesteld worden dat enkel elke volledige dag die buiten de werkstaat wordt doorgebracht niet geteld moet worden. Het standpunt van de Belgische belastingadministratie ligt hiermee in lijn van de internationaal heersende visie.

Vanuit Belgische invalshoek is het duidelijk dat het verwijzingsarrest van de Hoge Raad, dat stelt dat dagen van fysieke aanwezigheid in de werkstaat ten behoeve van privé redenen niet meetellen voor de berekening van de 183 dagen, haaks staat op het standpunt van de Belgische fiscus. Dit betekent echter niet dat er niets te zeggen valt voor het gewijzigde standpunt in de Nederlandse rechtspraak.

Het is immers bijzonder dat een grensarbeider die dagelijks of wekelijks pendelt tussen zijn woonplaats in het ene land en zijn plaats van tewerkstelling in het werkland voor de telling van de 183 dagen rekening moet houden met dagen die totaal geen relatie hebben met zijn beroepsactiviteiten. Het meetellen van de fysieke aanwezigheid voor privé redenen is immers een criterium dat niet of moeilijk controleerbaar is voor de werkgever. Zo is het niet uitgesloten dat een Nederlandse werkgever ervan uitgaat dat voor de tewerkstelling van zijn

werknemer in België o.b.v. de bepalingen opgenomen in de Circulaire van 25 mei 2005 geen overschrijding van de 183 dagen geldt, maar de werknemer hem vergeten is te vertellen dat hij in de zomer zijn vakantie gedurende twee weken heeft doorgebracht in de Belgische Ardennen. Indien hij hierdoor boven de 183 dagen uitkomt, geldt niet enkel een verschuiving van de belastingheffing naar België, maar mogelijk ook inhoudingsplicht op het vlak van de bedrijfsvoorheffing in hoofde van de Nederlandse werkgever.

Tot op heden kan men echter niet om het standpunt heen van de Hoge Raad lijn.

Gelet op het feit dat België, middels haar circulaire, in lijn met het OESO-commentaar de 'days of physical presence method' hanteert, is het niet te verwachten dat zij zich in grensoverschrijdende tewerkstellingssituaties snel op de lijn zal zetten van het standpunt van de Hoge Raad. Bijgevolg is het niet uit te sluiten dat, zoals hierboven ook reeds vermeld werd, situaties van dubbele heffing of niet heffing zullen ontstaan.

Conclusies

Ondanks het feit dat een correcte telling van de dagen in een grensoverschrijdende tewerkstelling tussen België en Nederland in het verleden reeds van groot belang was zal deze beoordeling naar de toekomst toe met nog meer aandacht moeten gebeuren, teneinde onvoorziene gevolgen voor werkgever en werknemer te vermijden.

Wat de belastingheffing betreft benadrukken we hierbij graag nog even dat waar voor de toewijzing van de belastingheffing o.b.v. de 183 dagen telling de fysieke aanwezigheid in het werkland bepalend is, voor de berekening van het belastbaar loon in het werkland enkel het loon en de voordelen die betaald en toegekend werden voor de fysiek in het werkland gepresteerde werkdagen in aanmerking moeten worden genomen.

Tenslotte wensen we nog even te benadrukken dat naast de toetsing van de 183 dagen ook de andere twee voorwaarden van de 183-dagenregeling niet uit het oog mogen worden verloren in de beoordeling van de toewijzing van de belastingheffing aan de woonstaat dan wel de werkstaat.

1 HR 14 juli 2017, nr. 16/03578

2 Hof Arnhem-Leeuwarden 10 april 2018, nr. 17/00787

3 HR 14 juli 2017, nr. 16/03578

4 Vakstudie Nederlands Internationaal Belastingrecht, art. 15 OESO-modelverdrag 1992, aantekening 3.2.2

5 NDFR, commentaar bij artikel 15 OESO-Modelverdrag, paragraaf 3.2

6 HR 21 februari 2003, nr. 37011

7 Circulaire nr. AFZ 2005/0652 (AFZ 08/2005) dd. 25 mei 2005 ; addendum 11 oktober 2005.

(Ont)Zorgen voor expat en familie met een internationale zorgverzekering

Auteurs: Jill Frijns en Karen Rosvelds
Assignment Managers bij Boxx Global Expat Solutions

Iedere internationale uitzending is uniek en heeft verschillende invalshoeken. De gezondheidszorg in het buitenland is voor de medewerker altijd een belangrijk aandachtspunt. Hoe de expat en diens familie daarbij te ontzorgen? Hoe de keuze voor een internationale zorgverzekering weloverwogen te maken? Een duidelijk beleid op het gebied van internationale zorg, plus de juiste kennis van de wet- en regelgeving in het thuis- en gastland blijkt hierbij cruciaal.

Een tijdelijke uitzending naar het buitenland gaat in het begin vaak gepaard met onduidelijkheden voor de medewerker. Een van de aspecten die vaak ter discussie staat is de gezondheidszorg in het buitenland, aangezien deze in bijna alle gevallen verschilt met de 'bekende' zorg in het thuisland. Om ervoor te zorgen dat de medewerker adequaat verzekerd is én over de benodigde informatie beschikt, dient de keuze voor een internationale zorgverzekering die aansluit bij de expat alsook bij de werkgever weloverwogen te worden gemaakt. Het belang van een zorgverzekering in het thuisland is over het algemeen bekend, echter de keuze voor een zorgverzekering die ook in het gastland voldoende dekking biedt, alsmede rekening houdt met het internationale karakter, wordt vaak onderschat.

Bij de start van een nieuwe internationale uitzending is het belangrijk om de situatie van een expat en de meereizende familieleden te bepalen. Aangezien het gastland een andere set wet- en regelgeving met zich meebrengt, dienen er een aantal zaken in kaart te worden gebracht voordat er een correcte internationale zorgverzekering afgesloten kan worden.

Iedere expatsituatie is uniek, waardoor een standaard internationale zorgverzekering vaak niet direct aansluit op de wensen van de expat, het bedrijf of de situatie. Daarnaast is een uitzending tijdelijk, waardoor het afsluiten van de correcte internationale zorgverzekering een verantwoordelijkheid wordt van de werkgever én de werknemer. Door het stellen van een aantal basisvragen, kan deze keuze vergemakkelijkt worden:

- Welke uitzending is van toepassing (korte of lange termijn)?
- Wat omschrijft het beleid van de werkgever op het gebied van internationale zorg?
- Is er een sociaal zekerheidsverdrag tussen het gastland en thuisland en wat zijn de bepalingen ervan?
- Lokaal of internationaal verzekeren?
- Wat zijn de aandachtspunten bij het afsluiten van een internationale zorgverzekering?

Bepalen van de uitgangssituatie

Bij het vaststellen van de benodigde zorgverzekering, dien je eerst na te gaan wat voor een soort uitzending er van toepassing is. Indien de medewerker voor een korte periode naar het buitenland gaat en niet voor langere tijd in het gastland gaat wonen, zal deze een ander soort verzekering nodig hebben dan iemand die in het gastland voor een langere periode gaat verblijven. In bepaalde situaties, waar de werknemer voor een korte periode in het gastland verblijft, kan een zakelijke reisverzekering al een oplossing bieden.

De tweede stap is nagaan welk bedrijfsbeleid gehanteerd wordt bij een internationale uitzending en wat hierin is opgenomen met betrekking tot de vergoeding van de kosten van de zorgverzekering, de dekking van de verzekering of een standaard aanbieder. Indien de werkgever een standaard zorgverzekeraar aanbiedt, zal de verzekering ook bij deze partij worden afgesloten. Afhankelijk van de persoonlijke situatie, kunnen eventueel additionele verzekeringen aangevraagd worden.

Voorts is het van belang om de lokale wet- en regelgeving in zowel thuis- als gastland te respecteren.

Sociaal zekerheidsverdrag

Afhankelijk van het thuis- en gastland, kan er een sociaal zekerheidsverdrag zijn waarin een sectie betreffende zorgverzekeringen staat opgenomen. Het is essentieel voor de bepaling van een internationale zorgverzekering dat de juiste situatie door een sociale zekerheidsspecialist wordt bevestigd. Een sociaal zekerheidsverdrag kan bepalen dat een expat bij een internationale uitzending sociaal verzekerd blijft in het thuisland. Afhankelijk van het verdrag, kunnen ook meereizende familieleden sociaal verzekerd blijven in het thuisland. Zo blijven in vele gevallen de rechten voor allerlei verzekeringen zoals zorgverzekering, pensioen, werkloosheid et cetera gewaarborgd in het thuisland.

Uitgangspunt is dat tussen de verschillende lidstaten van de EU een sociaal zekerheidsverdrag geldt. Verder hebben Nederland en België ook verdragen met verschillende landen buiten de EU.

Voor een werknemer die tijdelijk uitgezonden is vanuit Nederland geldt bij vele sociale zekerheidsverdragen dat de werknemer verplicht een Nederlandse basis zorgverzekering dient aan te houden. Afhankelijk van het verdrag en de persoonlijke situatie van de expat, kan ervoor gekozen worden om deze aan te vullen met een internationale zorgverzekering om voldoende dekking in het gastland te hebben.

België verplicht werknemers niet om een lokale zorgverzekering aan te houden indien er een internationale zorgverzekering is afgesloten.



Lokaal of internationaal verzekeren?

De keuze om een lokale of internationale zorgverzekering af te sluiten dient weloverwogen te worden. Het bedrijfsbeleid kan deze keuze reeds ondervangen indien dit vooraf bepaald is. Indien hier geen vast kader voor aanwezig is, zal de afweging tussen lokaal of internationaal verzekeren gemaakt moeten worden.

Indien er een sociaal zekerheidsverdrag is tussen thuis- en gastland, kan er voor gekozen worden om lokaal te verzekeren. Eén en ander is echter wel afhankelijk van de details van het verdrag tussen thuis- en gastland. Op basis hiervan, kan er gekozen worden om de zorgverzekering in het thuisland aan te houden, alsook zich te registreren voor een zorgverzekering in het gastland. Op basis van het verdrag worden de ziektekosten tussen de twee instanties en autoriteiten verwerkt. Het blijft echter aangeraden om de dekkingen in beide landen goed te vergelijken en indien nodig, aan te vullen met bijkomende (internationale) verzekeringen.

Indien er geen sociaal zekerheidsverdrag is, is het aan te raden om een internationale zorgverzekering af te sluiten. Afhankelijk van de persoonlijke en medische situatie van de expat, kan er voor gekozen worden om de zorgverzekering in het thuisland vrijwillig voort te zetten.

Belangrijke aandachtspunten

Bij de keuze voor een internationale zorgverzekering, dienen er een aantal aspecten in overweging genomen te worden.

Dekking

Bij het afsluiten van een internationale zorgverzekering is het belangrijk om de dekking en de aansluiting van de verzekering in het bedrijfsbeleid na te gaan. Over het algemeen bieden verzekeraars twee pakketten aan: inclusief of exclusief de Verenigde Staten. Deze twee pakketten hebben doorgaans een aanzienlijk verschil in prijs, gebaseerd op het zorgstelsel van de Verenigde Staten en de vergoedingen aldaar. Hierdoor is het raadzaam om de optie inclusief Verenigde Staten alleen te kiezen wanneer de medewerker uit dit land komt of wanneer dit het nieuwe gastland wordt.

Afhankelijk van de soort verzekering en de dekking is het raadzaam om te kijken hoe de verzekering opereert. Hoe gaat de verzekering bijvoorbeeld om met een medische repatriëring naar het thuisland, indien nodig? Dekkt de verzekering ook een andere, duurdere dokter die wél Engels spreekt in plaats van de (doorgaans) aangewezen lokale dokter? Hoe gaat de verzekering om met behandelingen die de medewerker wil ondergaan in het thuisland? Dergelijke vragen kunnen van toepassing zijn bij een tijdelijke internationale uitzending en dienen overwogen te worden voordat er een dekking wordt gekozen. Mochten deze kosten niet in de dekking van de verzekering vallen, dan is het mogelijk om hierover ook afspraken te maken met de medewerker.

Collectieve vs. Individuele polis

Een andere keuze die gemaakt dient te worden is de keuze voor een collectieve verzekering of een individuele verzekering. Grote verzekeraars bieden een collectiviteitsverzekering aan welke de kosten per persoon drukt en het voordeel heeft dat iedere medewerker aangesloten kan worden bij de verzekering, ongeacht de medische achtergrond. Om aan een collectiviteit deel te nemen is er echter een bepaald aantal deelnemers nodig. Wanneer het bedrijf over een klein(ere) expat populatie beschikt kan het niet mogelijk zijn om deel te nemen en dient men individueel te verzekeren. Het risico bij individueel verzekeren is dat er hogere premies kunnen volgen of dat een medewerker geweigerd kan worden op basis van medische achtergrond, ook wel 'medische acceptatie' genoemd.

Medische achtergrond expat

Verder is het belangrijk om na te gaan of de medische achtergrond van de expat aanleiding geeft tot behandelingen of medicatie. Indien dat het geval is, dient er een controle plaats te vinden met de nieuwe zorgverzekering of de medicatie of behandelingen vergoed worden. Er kan namelijk een verschil bestaan tussen de zorgvergoedingen in het thuisland en de vergoedingen onder de nieuwe verzekering. Denk hierbij bijvoorbeeld ook aan experimentele behandelingen of deelname aan een onderzoek. Mocht blijken dat de verzekering in het nieuwe gastland deze kosten niet vergoed, dan biedt een aanvullende verzekering hier een mogelijke uitkomst.

Ook kan een medische achtergrond aanleiding geven voor het weigeren van deelname aan een bepaalde verzekering of geen dekking bieden voor vooraf bestaande aandoeningen. Wanneer het bedrijf een collectieve internationale zorgverzekering heeft is dit echter geen struikelblok.

Kosten claimen en contact opnemen

Een terugkerend thema van medewerkers op uitzending is hoe de medische kosten vergoed worden door de verzekering en de manier waarop de expat zelf contact kan opnemen met de verzekeraar.

Dienen expats zelf eerst de kosten te betalen en deze vervolgens te claimen? Of gaan de kosten rechtstreeks naar de verzekeraar? Het is belangrijk om deze gang van zaken duidelijk mee te geven aan de werknemer zodat hij of zij weet welke stappen er genomen moeten worden. Ook informatie over noodhulp of bij welke ziekenhuizen de behandeling worden vergoed, is van belang om vooraf duidelijk te hebben. De verzekeraar kan helpen met dergelijke vragen en heeft vaak een voorkeur voor bepaalde behandelcentra.

Daarnaast is het voor een werknemer vaak aangenaam om rechtstreeks met de verzekeraar te schakelen voor vragen of persoonlijke kwesties. Het doorgeven van een toegewezen contactpersoon of contactmogelijkheden voor de start van de uitzending is daarom aan te raden.

Mocht de medewerker tussentijds op zakenreis gaan vanuit zijn of haar nieuwe uitzending, dan biedt een zakelijke reisverzekering uitkomst. De mogelijkheden van een internati-

onale zorgverzekering zijn in sommige gevallen beperkt en het is belangrijk dat de medewerker hierover goed geïnformeerd is.

Afsluiting

Iedere internationale uitzending is uniek en biedt verschillende invalshoeken. Door een duidelijk beleid op het gebied van internationale zorg, alsook de juiste kennis over de

wet- en regelgeving in het thuis- en gastland kan de keuze voor een internationale zorgverzekering weloverwogen bepaald worden.

Bronnen

- https://europa.eu/youreurope/citizens/work/social-security-forms/index_nl.htm
- http://wetten.overheid.nl/BWBR0018450/2017-01-01#Hoofdstuk2_Paragraaf2.2_Artikel4a

De verwerking van medische gegevens in de arbeidsrelatie

Auteurs: **Huub van Osch** en **Chu Chao**

Respectievelijk advocaat arbeidsrecht (huub.van.osch@hvglaw.nl) en advocaat privacy recht (ichu.chao@hvglaw.nl) bij HVG Law (onderdeel van EY Law)

Recentelijk hebben we gelezen dat Amazon en Apple hun eigen gezondheidsklinieken voor hun werknemers openen. Dit leidt tot de vraag, die wij ook regelmatig van cliënten krijgen: is het toegestaan om werknemers medisch te laten checken?

Waarom bedrijven medische checks uitvoeren

Bij sommige Amerikaanse bedrijven, zoals Amazon, is het gebruikelijk om een medische check uit te voeren als onderdeel van de sollicitatieprocedure. Dit wordt beschouwd als een 'pre-employment screening'. In Nederland komt dit slechts sporadisch voor. Dergelijke checks zijn geregeld in de Wet op de Medische Keuringen. Uitgangspunt is dat het niet is toegestaan, tenzij er sprake is van een zeer specifieke fysieke en/of psychische belasting van de werknemers. In de regel komen dergelijke testen voorafgaand aan het dienstverband daarom alleen voor bij beroepen als brandweerman, politieman of functies in het leger.

Sommige bedrijven voeren verder tijdens het dienstverband ook met enige regelmaat drugs- en alcoholtests uit. De reden daarvoor is voor werkgevers veelal gelegen in het kunnen garanderen van veiligheid voor de werknemers, de bezoekers/gebruikers van hun diensten of het kunnen voorkomen van reputatieschade. Denk bij veiligheid bijvoorbeeld aan situaties waarin gewerkt wordt met hoogspanning, chemicaliën of hoge druk. Denk bij reputatieschade bijvoorbeeld aan functies in een hotel of een casino, of andere functies met veel klantcontacten. In beide situaties kunnen werknemers onder invloed veel schade aanrichten.

Zo oordeelde de Hoge Raad in 2007 dat een ontslag op staande voet van een medewerker van het Hyatt standhield door een positief testresultaat voor cocaïne in combinatie met de weigering deel te nemen aan een afkickprogramma. Het Hyatt Aruba had veel werk gemaakt van een anti-drugsbeleid en organiseerde trainingen in het kader van een 'Drug-Free Workplace Policy'. De betreffende werknemer was door middel van een steekproef geselecteerd voor een test op cocaïne en marihuana. Die test was positief. De

Europese International Labour Organization (ILO) had indertijd richtlijnen geformuleerd. Zo diende het testen nodig te zijn om te kunnen vaststellen of de werknemer fit genoeg was voor zijn werk in het belang van zijn eigen veiligheid en die van anderen. 'At random' testen is volgens de ILO slechts toegestaan voor zeer veiligheidsgevoelige banen. Voor individuele testen bestaat meer ruimte, die zijn toegestaan ingeval van een redelijke verdenking in combinatie met een veiligheidsrisico. Ten slotte is testen toegestaan in combinatie met een vrijwillig programma om drugsmisbruik tegen te gaan.

Met de uitspraak van het Hyatt voelden veel Nederlandse werkgevers zich gesterkt in het idee dat de lat voor medische tests niet heel hoog lag en dat behalve het veiligheidsrisico ook rekening kon worden gehouden met reputatieschade in combinatie met voornoemd veiligheidsrisico. In 2016 maakte de Autoriteit Persoonsgegevens daar echter een einde aan, door zich er expliciet over uit te laten dat het testen van werknemers van de elektriciteitsmaatschappij Uniper (voorheen EON) niet was toegestaan, ondanks een verondersteld veiligheidsrisico en het door Uniper aangeduide belang van een veilige werkomgeving. Uniper voerde tests uit onder al haar werknemers, zowel het productie- als kantoorpersoneel. Tevens registreerde Uniper het medicijngebruik van werknemers die deelnamen aan het verkeer of installaties bedienden. De Autoriteit Persoonsgegevens oordeelde dat een gebleken veiligheidsrisico onvoldoende was aangetoond. De uitspraak van de Hoge Raad in zake het Hyatt achtte zij niet van toepassing, omdat de Nederlandse privacyregels niet van toepassing zijn op Aruba en de toetsingskaders om die reden niet te vergelijken zijn. Verder oordeelde de Autoriteit Persoonsgegevens dat Uniper alleen ten aanzien van bepaalde medicijnen (met een gele sticker) van werknemers mocht verwachten dat zij hun medicijngebruik bij de bedrijfsarts (en dus niet Uniper zelf) dienden te melden. Daarmee is de actuele status ten aanzien van drugstesten en andere medische checks dat de lat heel hoog ligt voor gezondheidsgegevens (wat bijzondere persoonsgegevens zijn) en dergelijke tests in Nederland alleen kunnen worden afgenomen als er sprake is van een redelijke verdenking



in combinatie met een veiligheidsrisico. Op deze tweede grond zullen we in dit artikel verder niet ingaan, omdat dat veelal een zeer specifieke casuïstische situatie betreft. Op de derde door de ILO geformuleerde grond, het vrijwillige programma om drugsmisbruik tegen te gaan, gaan wij hierna verder in bij de vraag wat dan onder 'vrijwillig' dient te worden verstaan in de context van de werkgever-werknemer relatie.

In algemene zin lijkt het met bovenstaande voorbeelden uit onze dagelijkse praktijk erop dat bedrijven zich verantwoordelijk voelen voor de gezondheid van de werknemers. Echter, medische checks voor werknemers zijn in Europa een lastige kluit. Waarom is dat zo? En wat zegt de huidige Europese privacywet, de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG), hierover?

Medische gegevens, een breed begrip

Laten we beginnen met de definitie: wat wordt verstaan onder medische gegevens? Medische gegevens zijn 'gegevens over gezondheid', wat een bijzondere categorie van persoonsgegevens is (artikel 9 AVG). Het begrip 'gegevens over gezondheid' onder de AVG is erg breed. Het omvat alles met betrekking tot de fysieke en mentale gezondheid van een persoon. Dit houdt dus onder meer in: medische rapporten, genetische (DNA) samples, ziektes, beperkingen, medische geschiedenis en medicatie. Gezondheidsgegevens kunnen ook andere informatie betreffen, zoals het aantal stappen of trappen dat u loopt, uw hartslag, bloeddruk, de hoeveelheid slaap, etc. De lijst van mogelijke gezondheidsgegevens is lang. Als data iets direct of indirect zegt over de gezondheid, dan kunt u ervan uitgaan dat het gezondheidsgegevens zijn.

Algemene regel voor medische gegevens: no-go gebied

De basisregel van artikel 9 AVG is dat het gebruik van gezondheidsgegevens in beginsel is verboden. Er zijn slechts enkele uitzonderingen op deze regel (artikel 9 lid 2 AVG), waaronder:

1. De persoon geeft expliciete toestemming (wees ervan bewust dat toestemming meestal niet werkt in een werkrelatie, dit leggen wij hieronder uit);
2. De werkgever moet voldoen aan de wet (een medische check is voor sommige banen vereist);
3. Er is sprake van een leven-of-dood situatie en de persoon in kwestie is niet in staat om toestemming te geven;
4. U bent een dokter.

In Nederland zijn er nog enkele andere uitzonderingen op deze regel, bijvoorbeeld voor verzekeraars en pensioenfondsen en bedrijfsartsen (zie de Uniper-zaak). Daarnaast geldt de regel dat gezondheidsgegevens alleen mogen worden gebruikt door iemand die een verplichting heeft tot beroepsgeheim, zoals een (bedrijfs)arts. De werkgever mag dus zelf geen toegang hebben tot de gezondheidsgegevens van de werknemers.

De Autoriteit Persoonsgegevens heeft voor de verwerking van gezondheidsgegevens nog een extra drempel opgeworpen: het is namelijk verplicht om vóór de verwerking van gezondheidsgegevens een zogeheten 'Privacy Impact Assessment' (PIA) of 'gegevensbeschermingseffectbeoordeling' uit te voeren, waarin uitgebreid moet worden beoordeeld wat de mogelijke effecten en risico's zijn voor de privacy van de betrokkenen en hoe de risico's kunnen worden weggenomen of verminderd. Deze verplichting is gebaseerd op artikel 35 AVG.

Toestemming van werknemer: nog een no-go gebied

Wij zien ook vaak dat werkgevers toestemming willen vragen aan hun werknemers, bijvoorbeeld als werkgevers een nieuwe privacybeleid introduceren. In werksituaties is het echter problematisch om toestemming te vragen vanwege de strikte voorwaarden. Voor toestemming zijn de volgende voorwaarden van toepassing:

1. Toestemming moet vrijelijk worden gegeven (vrijwillig);
2. Het moet expliciet zijn (bijvoorbeeld een handtekening of een vinkje zetten);
3. Het verzoek om toestemming moet duidelijk zijn en gemakkelijk toegankelijk;
4. De persoon moet zijn toestemming altijd kunnen intrekken.

Laten we nu deze voorwaarden toepassen op werknemers. Als een werkgever om toestemming vraagt, dan kan het zijn dat de werknemer druk voelt om 'ja' te zeggen. Als het niet geven van toestemming negatieve gevolgen kan hebben, is de toestemming niet vrijwillig. De negatieve consequenties kunnen bijvoorbeeld zijn: het niet aangenomen worden (bij sollicitanten), geen promotie krijgen, afgewezen worden, ontslag of andere vormen van druk. Wanneer niet aan één van de voorwaarden van toestemming wordt voldaan, dan kan er geen beroep worden gedaan op 'toestemming' als grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens.

Een ander probleem met toestemming is dat de toestemming kan worden ingetrokken. Als u een nieuw beleid wilt toepassen voor alle werknemers, kan het problematisch zijn als sommige werknemers weigeren om toestemming te verlenen of hun toestemming op een later moment weer intrekken. Dit houdt in dat er veelal een andere juridische grondslag nodig is in plaats van toestemming, bijvoorbeeld de 'noodzaak om te voldoen aan de wet' of een 'gerechtvaardigd belang' (omdat het veiligheidsrisico dat vereist).

Conclusie: medische checks alleen bij wettelijke basis

Op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de wettelijke drempel voor het uitvoeren van medische checks hoog is. Onder de AVG kan de vuistregel worden gehanteerd dat medische checks helemaal niet zijn toegestaan bij werknemers, behalve als er een wettelijke basis is voor medisch onderzoek en wanneer dit wordt verricht door een bedrijfsarts. De grondslag onder de AVG is dan 'de noodzaak om aan de wet te voldoen'. Daarnaast dient de noodzaak en proportionaliteit van de medische check vooraf te zijn beoordeeld in een

Privacy Impact Assessment (PIA), voor zover de verplichting niet reeds voortvloeit uit de wet, zoals de regulering rondom de Wet Verbetering Poortwachter en de WIA. In beide wetten is er reeds in voorzien dat de informatie alleen toegankelijk is voor de arbo-arts.

In de praktijk zien we echter dat veel werkgevers denken dat zij kunnen volstaan met het vragen van toestemming aan hun werknemers. Echter, zoals hierboven uiteengezet, gelden er strenge eisen voor 'toestemming', waaronder

volledige vrijwilligheid, waaraan meestal niet wordt voldaan in afhankelijkheidsrelaties zoals tussen een werkgever en werknemer. Toestemming van de werknemer is dan geen geschikte grondslag voor de verwerking van medische gegevens.

Het vragen om toestemming lijkt op eerste gezicht een simpele formaliteit, maar dit is in de praktijk vragen om moeilijkheden.

Belgische pensioenregels in een notendop

Auteur: **Thieu Rutten**
Pensioendeskundige met pensioen

In onderstaand artikel worden in kort bestek de meest relevante regels die het stelsel van Belgisch pensioen bepalen doorgenomen. Zo komen ondermeer inhoudingen op pensioen, de solidariteitsbijdrage, kapitaal uit een groepsverzekering, de nieuwe regeling op de grensarbeiderspensioenen en regularisatie van studieperiodes aan de orde.

Inhoudingen op pensioen

Op de pensioenen uitbetaald aan inwoners van België worden bijdragen Ziekte en Invaliditeit en Solidariteit ingehouden als de drempelwaarden worden overschreden.

Om te bepalen of deze drempelwaarden worden overschreden wordt er rekening gehouden met zowel de Belgische als de buitenlandse voordelen uit wettelijke en aanvullende pensioenen.

De Belgische pensioendienst mag echter enkel deze bijdragen inhouden als België bevoegd is om de gezondheidszorgen ten laste te nemen.

In dit kader is het zeer belangrijk te verwijzen naar de wet van 13.03.2013, http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&cn=2013031301&table_name=wet en het Koninklijk Besluit van 08.12.2013 tot uitvoering hervorming inhoudingen op pensioen. http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&cn=2013120803&table_name=wet

Het principe van parallelisme tussen de betaling van inhoudingen voor geneeskundige verzorging en het ten laste nemen van uitgaven verbonden aan gezondheidsprestaties, zoals voorzien in artikel 30 van Verordening 883/2004, is eveneens van toepassing op de extralegale pensioenen voor de sociale zekerheid.

Bijgevolg is de inhouding van 3,55 % eveneens van toepassing op de extralegale pensioenen van begunstigden die recht hebben op prestaties uit de Belgische ziekteverzekering. Talrijke arresten van het HvJ hebben inmiddels aangetoond dat enkel dat land dat de gezondheidszorgen ten laste neemt bevoegd is om bijdragen te heffen.

Bij pensioenen uit meerdere landen kan België enkel de gezondheidszorgen ten laste nemen indien er een uitkering/pensioen is uit België op basis van effectief gepresteerde prestaties of gelijkgesteld én er geen recht bestaat in het woonland.

In dit verband wens ik er ook nog op te wijzen dat werken voortgaat op uitkeringen. Concreet betekent dit dat een inwoner van België met tijdvakken in België en andere, die buiten België werkt of gelijkgesteld, in het werkland onderworpen is aan de sociale zekerheid van dat land, inclusief de gezondheidszorgen.

Tenslotte betekent dit dat een gewezen grenswerknemer die een Belgisch tijdvak bewijst voor de eerste ingangsdatum van een pensioen, op basis van deze tijdvakken gerechtigd wordt op een Belgisch pensioen, hoe gering dit bedrag ook. Op basis van dit toegekende Belgische tijdvakken gerelateerd pensioen, opent hij bij uitkeringen uit meerdere landen recht op gezondheidszorgen ten laste van België, het woonland, ook als het totaalbedrag van de door België betaalde pensioen herleid wordt tot nul ingevolge inhoudingen ziv-bijdrage en solidariteitsbijdrage.

Eenmaal in het genot van een rustpensioen kan men enkel nog een pensioen opbouwen in het stelsel van de toegelaten arbeid, als het om een arbeid in een ander stelsel gaat. Ik verklaar mij nader. Indien iemand gerechtigd is op een ambtenarenpensioen en hij voor de ingangsdatum van zijn ambtenarenpensioen nooit een privaatrechtelijke loopbaan heeft gehad, hij nog altijd een pensioen kan opbouwen in dit privaatrechtelijk werknemersstelsel.

Bij een loopbaan van minstens 45 jaar of vanaf de eerste van de maand van het jaar waarin men de Belgische wettelijke pensioenleeftijd bereikt, mag men onbeperkt bijverdienen.

Een rustpensioen is echter nooit cumuleerbaar met een vervangingsinkomen uit werkloosheid of ziekte. Buitenlandse invaliditeitsuitkeringen worden beschouwd als een rustpensioen.



Sedert de invoering van de EG Vo 883/2004 is het mogelijk dat men uit meerdere landen een gepronoteerde invaliditeitsuitkering geniet. Dit is de consequentie van het omzetten van het risicoprincipe naar het opbouwprincipe. Hierdoor is het mogelijk dat een verminderd Belgisch overlevingspensioen gedurende maximum 12 al dan niet op-eenvolgende maanden met de Belgische en de buitenlandse invaliditeitsuitkering samen genoten kan worden, waarbij het buitenlands invaliditeitspensioen niet als een rustpensioen wordt aanzien, maar als een invaliditeitsuitkering.

Vanaf maand 13 is een cumulatie van een overlevingspensioen met een uitkering niet meer mogelijk en dient de langstlevende echtgenoot te verzaken aan de Belgische uitkering en de buitenlandse invaliditeitsuitkering wordt als een rustpensioen beschouwd. De cumulatierregels overlevingspensioen met een rustpensioen zijn van toepassing. Deze cumulatierregel is het toekenbaar overlevingspensioen voor een volledige loopbaan x 1.10.

Voorbeeld

Een concreet voorbeeld zal dit duidelijker maken: Het overlevingspensioen wordt bv. toegekend voor 40/45ste ten bedrage van bv. 1600 euro. Het cumulatieplafond is dan bepaald op $1600 \times 45/40 \times 1.10$. De ZIV-bijdrage voor de gepensioneerden is een sociale zekerheidsbijdrage die bestemd is voor de financiering van de ziekte -en invaliditeitsverzekering. De ZIV-bijdrage vervangt de mutualiteitsbijdrage niet. De maandelijkse ZIV-inhouding bedraagt 3,55% van het brutobedrag van de pensioenen (inclusief de overgangsuitkering en de buitenlandse pensioenen vanaf 01/2013) als het totaal maandelijks brutobedrag van de pensioenen, renten en aanvullende voordelen de drempel overschrijdt die vastgelegd werd bij wet (onderscheid 'alleenstaande' of 'met gezinslast'). M.a.w. de ZIV-bijdrage wordt dus ingehouden als het totale brutobedrag van alle wettelijke én aanvullende (buitenlandse) pensioenen boven onderstaand drempelbedrag uitkomt.

Drempelbedragen voor de ZIV-bijdrage:			
Datum	Index	Gepenseioneerde 'met gezinslast'	Gepenseioneerde 'alleenstaande'
01/09/2018	144,42	€ 1.778,14	€ 1 500,36

De ZIV-bijdrage mag niet tot gevolg hebben dat het totale maandbedrag van de pensioenen, betaald door de Pensioendienst en pensioenvoordelen die betaald worden door andere instellingen kleiner is dan deze drempelwaarde. Als dit wel het geval zou zijn, wordt de ZIV-inhouding zodanig beperkt dat het totaalbedrag toch minimaal gelijk is aan de drempelwaarde (dit zijn bruto bedragen).

Als de ZIV-inhouding beperkt moet worden tot de drempel en als er meerdere pensioeninstellingen een periodiek voordeel uitbetalen, zal de FPD de inhouding voor zichzelf en alle andere pensioeninstellingen uitvoeren. Dit betekent dat het ingehouden ZIV-percentages door de FPD in dergelijk geval hoger kan zijn dan 3,55% op het pensioenaandeel Federale Pensioendienst.

De solidariteitsbijdrage

De solidariteitsbijdrage is een progressieve sociale inhouding op het totale brutobedrag van de pensioenen (inclusief buitenlandse pensioenen vanaf 01/2013), renten en sommige aanvullende voordelen. Deze inhouding varieert van 0 tot 2 %, naargelang de grootte van het totale brutobedrag en de daaraan gekoppelde overschrijding van de drempels die vastgelegd werden bij wet (onderscheid 'alleenstaande' of 'met gezinslast').

Berekening van de solidariteitsbijdrage

Pensioenbedrag alleenstaande

Berekening van de solidariteitsbijdrage voor een pensioen als alleenstaande	
Totaal maandelijks brutobedrag pensioen als alleenstaande begrepen tussen:	Solidariteitsbijdrage
€ 0,01 en € 2.358,32	0
€ 2.358,33 en € 2.431,26	(brutobedrag - € 2.358,32) x 0,5
€ 2.431,27 en € 2.630,15	brutobedrag x 0,015
€ 2.630,16 en € 2.657,51	(brutobedrag - € 2.630,15) x 0,5 + € 39,45
vanaf € 2.657,52	brutobedrag x 0,02

Pensioen gezinsbedrag

Berekening van de solidariteitsbijdrage voor een pensioen als gezin	
Totaal maandelijks brutobedrag gezinspensioen begrepen tussen:	Solidariteitsbijdrage
€ 0,01 en € 2.726,52	0
€ 2.726,53 en € 2.810,84	(brutobedrag - € 2.726,52) x 0,5
€ 2.810,85 en € 3.005,89	brutobedrag x 0,015
€ 3.005,90 en € 3.037,14	(brutobedrag - € 3.005,89) x 0,5 + € 45,09
vanaf € 3.037,15	brutobedrag x 0,02

Bovenstaande bedragen zijn gekoppeld aan het spilindexcijfer 144,42 (op 01/09/2018) en worden op dezelfde manier aan de stijging van de kosten voor levensonderhoud aangepast als de pensioenen. Als de volgende spilindex wordt bereikt, worden de drempelbedragen met 2% verhoogd.

- Voor het bepalen van het percentage van de solidariteitsbijdrage houden we rekening met alle pensioenen, dus ook met de extralegale pensioenen (2e pijler). Vanaf 2013 worden ook buitenlandse pensioenen in rekening gebracht.
- Dit percentage wordt dan toegepast op de som van alle bruto-uitkeringen en vanaf 2013 inclusief buitenlandse pensioenen.
- Met een individuele levensverzekering of pensioensparen (3e pijler) houdt de Belgische pensioeninstelling geen rekening bij de berekening van de solidariteitsbijdrage.

Kapitaal uit een groepsverzekering

Dit aanvullend voordeel wordt omgezet in een maandelijks fictieve rente 'solidariteit' op basis van de leeftijd van de begunstigde op het tijdstip van de uitbetaling van het kapitaal. De fictieve renten van kapitalen uitbetaald vanaf 1997, tellen mee om het totale brutobedrag te bepalen, maar

het percentage solidariteitsinhouding wordt niet op deze fictieve renten toegepast.

De fictieve renten van kapitalen uitbetaald vóór 1997, tellen mee om het totale brutobedrag te bepalen, maar op deze fictieve renten wordt het solidariteitspercentage tijdelijk toegepast:

1. als het kapitaal uitbetaald is vóór de ingangsdatum van het pensioen, dan gebeurt de inhouding op het aandeel fictieve rente tot de 1ste juli van het jaar dat volgt op de 15de verjaardag van de ingangsdatum van het pensioen;
2. als het kapitaal uitbetaald is vanaf de ingangsdatum van het pensioen, dan gebeurt de inhouding op het aandeel fictieve rente tot de 1ste juli van het jaar dat volgt op de 15de verjaardag van de uitbetaling van het kapitaal.

Periodiek extralegaal pensioen uit een groepsverzekering

De Pensioendienst houdt zelf het percentage solidariteitsbijdrage op dit aanvullend voordeel in.

De nieuwe regeling op de grensarbeiderspensioenen

De nieuwe regeling op de grensarbeiderspensioenen heeft heel wat stof doen opwaaien. De datum 01.12.2015 wordt bepalend om uit te maken of de pensioengerechtigde onder de oude grensarbeidersregeling, dan wel onder de overgangsregel, dan wel de nieuwe regeling valt.

Voor wie per 01.12.2015 aan de toekenningvoorwaarde voldoet voor een vervroegd Belgisch rustpensioen, minstens 60 jaar en voldoende loopbaan, blijft de oude regeling gelden, namelijk een Belgisch rustpensioen berekend op de Belgische jaren en de jaren grenswerknemer. Hierbij wordt voor de berekening van de aanvulling tot het intern recht, het zogenaamde grensarbeiderscomplement, geen rekening gehouden met de aanvullende pensioenen, de zogenaamde bedrijfspensioenen. Op AOW-leeftijd zal er uiteraard wel rekening gehouden worden met het AOW-bedrag. Voor wie niet aan de voorwaarden van een vervroegd pensioen voldoet per 01.12.2015, maar wel voor 2015 grenswerknemer is geweest, zal het intern recht berekend worden op de buitenlandse pensioenleeftijd, d.i. de AOW-leeftijd, waarbij voor de berekening van de aanvulling tot het intern recht rekening gehouden zal worden met zowel de AOW-uitkering als alle aanvullende pensioenen, zowel de periodieke uitkeringen als de uitkeringen die in een kapitaal worden uitbetaald. Voor wie na 01.01.2015 voor de

eerste maal grenswerknemer wordt, is er helemaal geen grensarbeidersregeling meer voorzien. Voor wat de overlevingspensioenen betreft, moet de overleden echtgeno(o)t(e) aan de toekenningvoorwaarden van een rustpensioen voldoen per 01.12.2015.

Hier is het interessant te vermelden dat de bedragen uit een Anw-hiaatverzekering (opgebouwd uit bijdragen van de werknemer) niet als een aanvullend pensioen worden beschouwd en als dusdanig ook niet afgetrokken zullen worden van de aanvulling tot het intern recht overlevingspensioen.

Regularisatie van studiejaren

De wordt beschouwd als een vrijwillige verzekering in de zin van artikel 6 van de Vo 883/2004.

De periodes van tewerkstelling als werknemer in een andere lidstaat komen in aanmerking om te bepalen of voldaan is aan de voorwaarde van beroepsactiviteit gesteld in artikel 7 van het KB van 21 december 1967.

Artikel 6

Samentelling van tijdvakken

Tenzij in deze verordening anders bepaald, houdt het bevoegde orgaan van een lidstaat waarvan de wetgeving:

- het verkrijgen, het behoud, de duur of het herstel van het recht op prestaties,
 - de toepassing van een wetgeving,
- of
- de toegang tot of de ontheffing van de verplichte, vrijwillig voortgezette of vrijwillige verzekering, afhankelijk stelt van de vervulling van tijdvakken van verzekering, van werkzaamheden in loondienst, van werkzaamheden anders dan in loondienst of van wonen, voor zover nodig, rekening met de overeenkomstig de wetgeving van een andere lidstaat vervulde tijdvakken van verzekering, van werkzaamheden in loondienst, van werkzaamheden anders dan in loondienst of van wonen, alsof die tijdvakken overeenkomstig de door dat orgaan toegepaste wetgeving zijn vervuld.

Daaruit blijkt dat voor de mogelijkheid tot bijdragebetaling in toepassing van artikel 7 van het koninklijk besluit van 21 december 1967 de voorwaarden van tewerkstelling in België niet gelden voor de werknemers die in een andere lidstaat van de EG hebben gewerkt.

Het is uiteraard wel vereist dat indien de activiteit als werknemer uitgeoefend werd in een andere lidstaat dan België, dan moeten de studies zelf in België zijn gevolgd.

Schema regulariseerbare periodes:

Categorie studieperiode	Te situeren in de tijd?	Te regulariseren periode?	Minimum duur regularisatie pensioenrecht?	Aftrek periode
Diploma volledig leerplan	01/09 t.e.m. 31/08	Minimum duur vereist voor behalen diploma	Volledige studiejaren van 12 maand (behalve "rest" verworven recht)	Neen
Doctoraat	Neen	Maximum 2 jaar	1 maand	Neen
Beroepsstage	Neen	Minimum duur vereist voor het behalen van de beroepskwalificatie	1 maand	Ja indien in aanmerking genomen voor de berekening van het pensioen
Leerovereenkomst	01/09 t.e.m. 31/08	Ten vroegste 1 september van het jaar van 18e verjaardag en maximum voor 1 jaar	1 maand	Ja indien in aanmerking genomen voor de berekening van het pensioen
Secundair na 6e jaar secundair	01/09 t.e.m. 31/08	Minimum duur vereist voor behalen diploma	Volledige studiejaren van 12 maand	Neen

Bron: federale pensioendienst, sector overheid



Opgelet, er is geen regularisatie mogelijk indien er over dezelfde periode een pensioen wordt opgebouwd in een ander stelsel, bv. door wonen.

Geregulariseerde studiejaren leveren weliswaar een pensioen op, maar gelden niet als loopbaanjaren om te bepalen of men aan de loopbaanvoorwaarde voldoet voor een vervroegd rustpensioen.

Wijzigingen vanaf 1 januari 2019

Tot 31.12.2018 kan het rustpensioen van een SWT'er (stelsel werkloosheid met bedrijfstoeslag, het vroegere brugpensioen) pas ingaan op de wettelijke pensioenleeftijd van 65 jaar.

Vanaf 01.01.2019 kan deze SWT'er er voor opteren om zijn rustpensioen eerder te laten ingaan mits hij aan de loopbaanvoorwaarde voldoet voor een vervroegd Belgisch rustpensioen en verzaakt aan zijn werkloosheidsuitkering én de aanvulling door zijn werkgever of gelijkgesteld. Dit kan interessant zijn als het rustpensioen aanzienlijk hoger ligt dan zijn SWT plus aanvulling.

Vanaf 01.01.2019 wijzigt ook de pensioenberekening voor gelijkgestelde dagen uit werkloosheid of gelijkgesteld. Het aantal gelijkgestelde dagen dat kan meetellen voor het pensioen hangt af van de lengte van de loopbaan.

Telt de loopbaan minder dan 14.040 dagen? Dan tellen alle gelijkgestelde dagen mee voor de pensioenberekening. Telkens als we praten over 'dagen' gaat het over 'voltijdse dagequivalenten' (verkort 'VTE').

Telt de loopbaan meer dan 14.040 dagen? Dan tellen,

- inactieve dagen door werkloosheid, (pseudo)brugpensioen en SWT (stelsel van werkloosheid met bedrijfstoeslag) niet meer mee in de pensioenberekening, als ze plaats vinden na de eerste 14.040 dagen van de loopbaan.
- andere inactieve dagen tellen mee als ze deel uitmaken van de 14.040 dagen die het meest pensioenopbrengst leveren.

Werkloosheidsdagen na de 14.040ste dag = tellen niet voor de pensioenbedrag

Heeft men perioden zonder werk na het bereiken van de volledige globale beroepsloopbaan? Dan tellen die werkloosheidsdagen niet mee voor de berekening van het werknemerspensioen en leveren dus geen pensioen op.

Het gaat over de volgende werkloosheidsdagen:

- volledige onvrijwillige werkloosheid (geen tijdelijke werkloosheid)
- brugpensioen
- werkloosheid met bedrijfstoeslag (SWT)
- pseudo brugpensioen

Deze werkloosheidsdagen worden definitief verwijderd uit de beroepsloopbaan.

Uitzonderingen: overgangsmaatregelen

In 2 situaties houdt de FPD toch rekening met deze werkloosheidsdagen, zelfs als ze plaatsvinden na de 14.040ste dag:

- Als de globale beroepsloopbaan van een persoon volledig is vóór 01/09/2017.
- Op het moment dat iemand de volledige globale beroepsloopbaan bereikt, voldoet men nog niet aan de voorwaarden om vervroegd met pensioen te gaan. In dit geval tellen alle werkloosheidsdagen wel mee tot aan de vroegst mogelijke pensioendatum als werknemer. Na deze vroegst mogelijke pensioendatum verwijderen we de definitief uit uw beroepsloopbaan.

Belangrijk: Deze dagen zijn niet gegarandeerd in de pensioenberekening. Ze kunnen in een latere stap van de pensioenberekening nog worden verwijderd uit de betreffende loopbaan, als ze niet tot de 14.040 meest voordelige dagen behoren (interne en externe beperking van de werknemersloopbaan).

Bron:

- Website Federale Pensioen Dienst

Vakantiedagen naar beneden afronden mag niet

Auteur: **Gisela Surmann**

Werkzaam als Rechtsanwältin bij STRICK Rechtsanwälte & Steuerberater (surmann@strick.de)

Werkgevers mogen vakantieaanspraken van hun medewerkers niet zomaar afronden zonder desbetreffende contractuele regeling. Aldus een recente uitspraak door het Bundesarbeitsgericht, dat in het kader hiervan vaststelde dat het een werkgever zonder een expliciete regeling niet is geoorloofd zelfs kleinere gedeeltes van vakantiedagen ten nadele van de werknemer af te ronden. Volgens de rechters is van een aldus luidende mogelijkheid ook in de desbetreffende wet, die het minimum aantal vakantiedagen regelt, geen sprake.

In het geval in kwestie ruzieden de werkgever en de werknemer, die in ploegdienst bij de passagierscontrole op een Duitse luchthaven werkzaam was, om 0,15 dagen verlof. Op het dienstverband van de medewerkster was een cao van toepassing die na vijf jaar in vaste dienst bij het bedrijf en een vijfdaagse werkweek aanspraak op jaarlijks 30 dagen vakantie betekende, dus 10 dagen meer dan het minimum aantal dagen volgens de regeling in het Bundesurlaubsgesetz. Bovendien was in deze cao geregeld dat medewerkers in ploegdienst, die niet altijd met de regelmaat van de klok een vijfdaagse werkweek hebben,

volgens een rekenformule over een bepaald aantal dagen vakantie per jaar kunnen beschikken.

Volgens deze formule had de betrokken werknemer in het jaar 2016 recht op 28,15 dagen. Voor het gemak rondde de werkgever haar vakantieaanspraken naar beneden af op 28 dagen. Aangezien de resterende 0,15 dagen eind maart 2017 vanwege desbetreffende wettelijke regelingen uiteindelijk kwamen te vervallen, eiste de medewerkster in het kader van een procedure voor het Arbeidsgericht de toekenning van schadevergoeding ter hoogte van 0,15 dagen verlof.

En werd recentelijk door de hoogste instantie, het Bundesarbeitsgericht, in het gelijk gesteld. Weliswaar is in het Bundesurlaubsgesetz bepaald dat kleinere gedeeltes van vakantiedagen, die bij elkaar opgeteld een halve dag uitmaken, naar boven afgerond dienen te worden. Over een tegengestelde afronding naar beneden, dus ten nadele van de werknemer, is daarentegen geen sprake in de wet.

Zonder een uitdrukkelijke afrondingsvoorschrift komt een afronding van delen van vakantiedagen niet in aanmerking, aldus de rechters. Noch in het Bundesurlaubsgesetz, noch in de cao voor beveiligingsmedewerkers op passagiersluchthavens wordt gewag gemaakt van zo'n regeling. Het Bundesarbeitsgericht wees derhalve de poging van de werkgever, de desbetreffende cao voor het gemak op eigen wijze te interpreteren, nadrukkelijk af. De "praktische overwegingen" van de werkgever zijn volgens de rechtbank in deze kwestie niet maatgevend.

Door de uitspraak van het Bundesarbeitsgericht wordt duidelijk dat zowel voor het naar boven als het naar beneden afronden van vakantieaanspraken een specifieke rechtsgrondslag moet bestaan, vastgehouden ofwel in de wet of in de cao. In zoverre het wettelijke minimum aantal vakantiedagen in het geding is, kunnen in arbeidsovereenkomsten uitsluitend ten gunste van de werknemer van de wet afwijkende zaken worden geregeld.

A1 bij vervanging van een werknemer en de geldigheid hiervan

Auteur: **Heike Xhonneux**

Adviseur bij het GrensInfoPunt euregio rijen-maas-noord en bij Gerth + Xhonneux juristen (Heike@gplusjuristen.nl)

In dit artikel wordt de recente zaak Alpenrind van het Europese Hof van Justitie EU besproken. Daarin staat, wederom, de geldigheid van de A1 verklaring ter discussie. En daarnaast de meer inhoudelijke vraag wanneer bij het afgeven van een A1 verklaring sprake is van vervanging van een werknemer. De relevante regelgeving wordt weergegeven, een beschrijving van de zaak, het verloop van het geding tot aan het Hof en de behandeling bij het Hof. Tenslotte een conclusie en tips voor de praktijk.

In de afgelopen jaren is er heel veel te doen geweest over het afgeven van A1 verklaringen en de geldigheid hiervan. Er is veel over geschreven en het is waarschijnlijk dat het einde nog niet in zicht is. Het Hof van Justitie EU (HvJEU) heeft inmiddels in tal van zaken uitspraken gewezen en er zijn nog steeds zaken aanhangig. Ook in ons vakblad is al diverse keren gepubliceerd over dit onderwerp. De zaak die in dit artikel wordt besproken is tweeledig. Enerzijds staat wederom de geldigheid van de A1 verklaring ter discussie. Daarnaast de inhoudelijke vraag of een A1 verklaring mag worden afgegeven als er sprake is van vervanging van een werknemer, meer in het bijzonder de vraag wanneer er sprake is van vervanging van een werknemer. In deze zaak, de zaak Alpenrind (zaak C-527/16) van 6 september 2018, wordt daar door het Hof nader op ingegaan. Om te beginnen geef ik een overzicht van de relevante regelgeving die van toepassing is, met name uit de EG-verordeningen 883/2004 en 987/2009. Hier worden alleen de wetsartikelen uit de verordeningen weergegeven. Het

Hof haalt in zijn uitspraak ook de overwegingen 1, 3, 5, 8, 15, 17 tot en met 18bis en 45 van verordening nr. 883/2004 aan. Daarna wordt een korte beschrijving van de zaak weergegeven en het verloop van het geding tot aan het Hof. In de daaropvolgende alinea ga ik in op de behandeling bij het Hof, waarna dit artikel wordt afgesloten met een conclusie en tips voor de praktijk.

Relevante wet- en regelgeving

Hier worden alleen de wetsartikelen uit de verordeningen weergegeven. Het Hof haalt in zijn uitspraak ook de overwegingen 1, 3, 5, 8, 15, 17 tot en met 18bis en 45 van verordening nr. 883/2004 en de overwegingen 2, 6 en 12 van verordening nr. 987/2009 aan. Deze zullen hier niet worden weergegeven maar het is van belang te weten dat het Hof ook deze overwegingen meeneemt in zijn arrest. Indien en voor zo ver nodig wordt bij de bespreking van de uitspraak verwezen naar deze overwegingen.

Verordening nr. 883/2004

Onder titel II van deze verordening, met het opschrift „Vaststelling van de toepasselijke wetgeving”, bepaalt artikel 11, met het opschrift „Algemene regels”:

- „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.[...]



3. Behoudens de artikelen 12 tot en met 16:
- a) geldt voor degene die werkzaamheden al dan niet in loondienst verricht in een lidstaat, de wetgeving van die lidstaat;[...]"

Artikel 12 van deze verordening, met het opschrift „Bijzondere regels”, opgenomen onder dezelfde titel, bepaalde in lid 1, in de versie ervan die gold bij aanvang van het tijdvak tussen 1 februari 2012 en 13 december 2013 (hierna: „betwist tijdvak”):

„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 24 maanden bedraagt en de betrokkene niet wordt uitgezonden om een ander te vervangen.”

In het betwiste tijdvak is de term „ander” in artikel 12, lid 1, van verordening nr. 883/2004 bij verordening (EU) nr. 465/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2012 tot wijziging van verordening nr. 883/2004 en verordening nr. 987/2009 (PB 2012, L 149, blz. 4) gewijzigd in „andere gedetacheerde persoon”.

Onder titel IV van deze verordening, met het opschrift „Administratieve Commissie en Raadgevend Comité”, bepaalt artikel 71, met het opschrift „Samenstelling en werkwijze van de Administratieve Commissie”, in lid 1:

„De Administratieve Commissie voor de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels, hierna ‚Administratieve Commissie’ genoemd, die bij de [Europese Commissie] is ingesteld, is samengesteld uit een regeringsvertegenwoordiger van elk van de lidstaten, die eventueel door technische adviseurs wordt bijgestaan. Een vertegenwoordiger van de [Europese Commissie] neemt als adviseur deel aan de vergaderingen van de Administratieve Commissie.”

Artikel 72 van deze titel IV, met het opschrift „Taken van de Administratieve Commissie”, luidt als volgt:

„De Administratieve Commissie heeft tot taak:

- a) alle vraagstukken van administratieve of interpretatieve aard, voortvloeiende uit de bepalingen van deze verordening, van [verordening nr. 987/2009] en van enige overeenkomst of regeling die in het kader daarvan tot stand zal komen, te behandelen, onverminderd het recht van de betrokken autoriteiten, organen en personen om gebruik te maken van de rechtsmiddelen, en zich te wenden tot de rechterlijke instanties, bedoeld bij de wetgevingen van de lidstaten, bij deze verordening en bij het Verdrag;[...]
- c) de samenwerking tussen de lidstaten en hun organen op het gebied van de sociale zekerheid te bevorderen en verder te ontwikkelen teneinde met name in te spelen op de bijzondere vraagstukken in verband met bepaalde categorieën personen; op het gebied van de coördinatie van de sociale zekerheid de verwezenlijking van activiteiten op het gebied van grensoverschrijdende samenwerking te bevorderen;[...]"

Artikel 76, met het opschrift „Samenwerking”, dat is opgenomen onder titel V van verordening nr. 883/2004 („Diverse bepalingen”), luidt:

- „1. De bevoegde autoriteiten van de lidstaten verstrekken elkaar alle inlichtingen met betrekking tot:
- a) de ter uitvoering van deze verordening getroffen maatregelen;
 - b) de wijzigingen in hun wetgeving die van invloed kunnen zijn op de uitvoering van deze verordening.
2. Bij de toepassing van deze verordening zijn de autoriteiten en organen van de lidstaten elkaar behulpzaam als betrof het de toepassing van hun eigen wetgeving. [...]"

Verordening nr. 987/2009

Volgens artikel 1, lid 2, onder c), in hoofdstuk I, gewijd aan de definities, in titel I van verordening nr. 987/2009 („Algemene bepalingen”), wordt onder „document” verstaan „een verzameling gegevens op ongeacht welke drager, zodanig gestructureerd dat zij langs elektronische weg kan worden uitgewisseld en waarvan de mededeling noodzakelijk is voor een goede werking van [verordening nr. 883/2004] en [verordening nr. 987/2009]”.

Artikel 5 („Juridische waarde van in een andere lidstaat afgegeven documenten en bewijsstukken”) in hoofdstuk II („Bepalingen inzake samenwerking en gegevensuitwisseling”) in deze titel I luidt als volgt:

- „1. De door het orgaan van een lidstaat voor de toepassing van [verordening nr. 883/2004] en [verordening nr. 987/2009] afgegeven documenten over iemands situatie en de bewijsstukken op grond waarvan de documenten zijn afgegeven, zijn voor de organen van de andere lidstaten bindend zolang de documenten of bewijsstukken niet door de lidstaat waar zij zijn afgegeven, zijn ingetrokken of ongeldig verklaard.
2. Bij twijfel omtrent de geldigheid van het document of de juistheid van de feiten die aan de vermeldingen daarin ten grondslag liggen, verzoekt het orgaan van de lidstaat dat het document ontvangt, het orgaan van afgifte om opheldering en eventueel om intrekking van het document. Het orgaan van afgifte heroverweegt de gronden voor de afgifte van het document en, indien noodzakelijk, de intrekking van het document.
3. Overeenkomstig lid 2, wordt, bij twijfel omtrent de geldigheid van het document of ondersteunend bewijs of de juistheid van de feiten die aan de vermeldingen daarin ten grondslag liggen, voor zover dit mogelijk is, de noodzakelijke verificatie van deze informatie of dit document op verzoek van het bevoegde orgaan uitgevoerd door het orgaan van de woon- of verblijfplaats.
4. Worden de betrokken organen het niet eens, dan kan door de bevoegde autoriteiten de zaak aan de Administratieve Commissie worden voorgelegd, zulks op zijn vroegst één maand na de datum waarop het orgaan dat het document heeft ontvangen zijn verzoek heeft ingediend. De Administratieve Commissie tracht binnen zes maanden na de datum waarop de zaak aan haar is voorgelegd, een voor beide zijden aanvaardbare oplossing te vinden.”

Artikel 6 van hoofdstuk II („Voorlopige toepassing van een wetgeving en voorlopige betaling van uitkeringen”) bepaalt:

- „1. Tenzij in de toepassingsverordening anders is bepaald, wordt in geval van een meningsverschil tussen de organen of autoriteiten van twee of meer lidstaten inzake de vaststelling van de toepasselijke wetgeving, op de betrokkene voorlopig de wetgeving van een van deze lidstaten toegepast, waarbij de rangorde als volgt wordt bepaald:
- a) de wetgeving van de lidstaat waar de betrokkene feitelijk zijn werkzaamheden in loondienst of anderszins in loondienst verricht, indien de werkzaamheden in slechts één lidstaat worden uitgeoefend;[...]
3. Worden de betrokken organen of autoriteiten het niet eens, dan kan door de bevoegde autoriteiten de zaak aan de Administratieve Commissie worden voorgelegd, zulks op zijn vroegst één maand na de datum waarop het meningsverschil als bedoeld in lid 1 en lid 2 is ontstaan. De Administratieve Commissie tracht binnen zes maanden na de datum waarop de zaak aan haar is voorgelegd, een voor beide zijden aanvaardbare oplossing te vinden.[...]”

Onder titel II van verordening nr. 987/2009 („Vaststelling van de toepasselijke wetgeving”) bepaalde artikel 15 („Procedures voor de toepassing van artikel 11, lid 3, punt b) en punt d), artikel 11, lid 4, en artikel 12 van de [verordening nr. 883/2004] (betreffende de verstrekking van informatie aan de betrokken organen)] in lid 1, in de versie die gold bij aanvang van het betwiste tijdvak:

„Indien een persoon zijn werkzaamheid uitoefent in een andere lidstaat dan de op grond van titel II van [verordening nr. 883/2004] bevoegde lidstaat, stelt de werkgever of, in het geval van iemand die geen werkzaamheid in loondienst verricht, de betrokkene zelf, indien mogelijk van tevoren, het bevoegde orgaan van de lidstaat waarvan de wetgeving van toepassing blijft, daarvan in kennis, tenzij anders is bepaald in artikel 16 van [verordening nr. 987/2009]. Dit orgaan stelt onverwijld informatie betreffende de overeenkomstig artikel 11, lid 3, punt b), of artikel 12 van [verordening nr. 883/2004] op de betrokkene van toepassing zijnde wetgevingen ter beschikking van betrokkene en van het orgaan dat is aangewezen door de bevoegde autoriteit van de lidstaat waar de werkzaamheid wordt uitgeoefend.”

In de loop van het betwiste tijdvak is de tweede volzin van artikel 15, lid 1, van verordening nr. 987/2009 gewijzigd bij verordening nr. 465/2012. De gewijzigde versie van deze bepaling luidt als volgt:

„[...] Dit orgaan verstrekt de in artikel 19, lid 2, van [verordening nr. 987/2009] bedoelde verklaring aan de betrokkene en stelt onverwijld informatie betreffende de overeenkomstig artikel 11, lid 3, onder b), of artikel 12 van [verordening nr. 883/2004] op de betrokkene van toepassing zijnde wetgeving ter beschikking van het orgaan dat is aangewezen door de bevoegde autoriteit van de lidstaat waar de werkzaamheid wordt uitgeoefend.”

Onder dezelfde titel bepaalt artikel 19 („Verstrekking van informatie aan betrokkenen en werkgevers”):

- „1. Het bevoegde orgaan van de lidstaat waarvan de wetgeving op grond van titel II van [verordening nr. 883/2004] van toepassing wordt, informeert de be-

trokkene en eventueel zijn werkgever over de in die wetgeving neergelegde verplichtingen. Het verleent hun de nodige hulp bij het vervullen van de op grond van die wetgeving verplichte formaliteiten.

2. Op verzoek van de betrokkene of de werkgever verstrekt het bevoegde orgaan van de lidstaat waarvan de wetgeving op grond van een bepaling van titel II van [verordening nr. 883/2004] van toepassing is, een verklaring dat die wetgeving van toepassing is en vermeldt het eventueel tot welke datum en onder welke voorwaarden.”

Artikel 20 van titel II („Samenwerking tussen organen”) luidt:

- „1. De betrokken organen verstrekken het bevoegde orgaan van de lidstaat waarvan de wetgeving op grond van titel II van [verordening nr. 883/2004] van toepassing is, de nodige gegevens voor de vaststelling van de datum waarop deze wetgeving van toepassing wordt, alsook de premies en bijdragen die de betrokkene en zijn werkgevers ingevolge die wetgeving verschuldigd zijn.
2. Het bevoegde orgaan van de lidstaat waarvan de wetgeving op een persoon van toepassing wordt op grond van titel II van [verordening nr. 883/2004], stelt het orgaan dat is aangewezen door de bevoegde autoriteit van de lidstaat waarvan de wetgeving het laatst op die persoon van toepassing was, in kennis van de datum waarop de toepassing van de wetgeving ingaat.”

Onder titel V („Diverse bepalingen, overgangs- en slotbepalingen”) bepaalt lid 3 van artikel 89 („Informatie”):

„De bevoegde autoriteiten zien erop toe dat hun organen op de hoogte zijn van alle wettelijke en andere voorschriften van de [Unie], met inbegrip van de besluiten van de Administratieve Commissie, op de gebieden en onder de voorwaarden van [verordening nr. 883/2004] en [verordening nr. 987/2009], en dat ze deze toepassen.”

Inhoud van de zaak en de voorafgaande procedure

Alpenrind is een bedrijf dat actief is in de vee en vleesverkoop. Sinds 1997 hebben ze een slachthuis gepacht in Oostenrijk. In 2007 werd een overeenkomst gesloten met een Hongaars bedrijf (Martin-Meat) waarbij deze laatste zich verplichtte bepaalde hoeveelheden vlees uit te snijden en te verpakken. De werkzaamheden werden in Oostenrijk verricht en daartoe werden medewerkers vanuit Hongarije naar Oostenrijk gedetacheerd. Met ingang van 31 januari 2012 heeft dit bedrijf zijn werkzaamheden gestaakt en is het de slacht voor Alpenrind gaan uitvoeren. Tevens heeft Alpenrind op 24 januari een overeenkomst gesloten met een ander bedrijf uit Hongarije (Martimpex) waarbij deze laatste zich verplichtte tussen 1 februari 2012 en 31 januari 2014 een bepaald aantal runderkarkassen uit te snijden. Ook hier werden de werkzaamheden in de ruimten van Alpenrind uitgevoerd door naar Oostenrijk gedetacheerde werknemers. De stukken vlees werden door Martimpex in ontvangst genomen en door haar medewerkers verder uitgesneden en verpakt. Per 1 februari 2014 is Alpenrind vervolgens weer met Martin-Meat overeengekomen dat dit bedrijf met ingang van die datum weer in de ruimten van Alpenrind vlees zou gaan uitsnijden.



Voor de meer dan 250 medewerkers die in het betwiste tijdvak door Martimpex werden tewerkgesteld, heeft het bevoegde Hongaarse socialeverzekeringsorgaan, deels met terugwerkende kracht en deels in gevallen waarin het Oostenrijkse socialeverzekeringsorgaan al had vastgesteld dat de betrokken werknemer verplicht verzekerd was volgens de Oostenrijkse wetgeving, formulieren afgegeven waarin werd verklaard dat overeenkomstig de artikelen 11 tot en met 16 van verordening nr. 883/2004 en artikel 19 van de verordening nr. 987/2009, de Hongaarse socialezekerheidswetgeving van toepassing was. In elk van deze formulieren werd Alpenrind genoemd als de werkgever op de plaats waar beroepswerkzaamheden werden verricht. Het Oostenrijkse ziekenfonds heeft vastgesteld dat deze medewerkers verplicht verzekerd zijn volgens de Oostenrijkse wetgeving omdat zij in loondienst werkzaamheden verrichten voor een gezamenlijke onderneming van Alpenrind, Martin-Meat en Martimpex.

In eerste instantie heeft de rechtbank in Oostenrijk het besluit van het ziekenfonds nietig verklaard omdat door het Hongaarse bevoegde orgaan A1 verklaringen zijn afgegeven voor al deze werknemers voor de in geding zijnde periode. Hiertegen is beroep ingesteld waarbij men zich verzet tegen de absolute bindende werking van de A1 verklaringen. Zij zijn van mening dat Hongarije de in art 4 lid 3 VEU neergelegde beginselen van loyale samenwerking heeft geschonden. Hongarije stelt zich op het standpunt dat intrekking van de A1 door Hongarije in strijd zou zijn met de nationale wetgeving en dat alleen een rechterlijke beslissing (in Hongarije) dit zou kunnen rechtvaardigen. Het ziekenfonds is echter van mening geen procesbevoegdheid te hebben in Hongarije en dat dit alleen kan worden opgelost door vast te stellen dat ondanks de aanwezigheid van de A1 toch de Oostenrijkse wetgeving van toepassing is. Tevens zijn documenten overlegd waaruit blijkt dat de Administratieve Commissie op 20 en 21 juni 2016 heeft geconcludeerd dat Hongarije zich ten aanzien van de betrokken werknemers ten onrechte bevoegd heeft verklaard en de formulieren A1 dus zouden moeten worden ingetrokken.

De verwijzende rechter heeft naar aanleiding van de behandeling van deze zaak vastgesteld dat er op bepaalde punten aanvullende uitleg nodig is en heeft daarom de volgende vragen aan het hof voorgelegd:

- „1) Geldt de in artikel 5 van [verordening nr. 987/2009] neergelegde bindende kracht van documenten in de zin van artikel 19, lid 2, van [diezelfde verordening] ook in een procedure voor een rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU?
- 2) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord:
 - a) geldt deze bindende kracht ook dan, wanneer een procedure voor de [Administratieve Commissie] niet tot het bereiken van overeenstemming heeft geleid en evenmin ertoe heeft geleid dat de omstreden documenten zijn ingetrokken?
 - b) geldt deze bindende kracht ook dan, wanneer een formulier A1 pas wordt afgegeven nadat de ontvangende lidstaat formeel de verplichte verzekering krachtens zijn wetgeving heeft vastgesteld? Geldt die bindende kracht in deze gevallen ook met terugwerkende kracht?

- 3) Voor het geval dat onder bepaalde voorwaarden de bindende kracht van documenten in de zin van artikel 19, lid 2, van verordening nr. 987/2009 beperkt is: Is het in strijd met het vervangingsverbod van artikel 12, lid 1, van verordening nr. 883/2004, als de vervanging plaatsvindt in de vorm van detachering, niet door dezelfde werkgever, maar door een andere werkgever? Is het daarbij van belang:
 - a) of deze werkgever in dezelfde lidstaat als de eerste werkgever is gevestigd, dan wel
 - b) of de eerste en de tweede detacherende werkgever op personeels- en/of organisatorisch vlak met elkaar zijn verweven?”

Behandeling van de zaak door het Hof

De eerste vraag

Kort gezegd komt het erop neer op de vraag of de A1 verklaring alleen verbindend is voor de bevoegde organen van de lidstaten of ook voor de rechters uit die lidstaten.

Zoals door de verwijzende rechter is aangegeven wordt in de betrokken regelingen gesproken over de geldigheid voor de “organen” van de andere lidstaten en wordt er niet uitdrukkelijk verwezen naar de rechterlijke instanties. Maar in die bepaling staat ook dat een A1 verklaring bindend is zolang zij niet door de lidstaat van uitgifte is ingetrokken of ongeldig is verklaard.

Dit lijkt te impliceren dat alleen het orgaan en de rechterlijke instantie van de lidstaat van uitgifte bevoegd zijn een A1 verklaring in te trekken of ongeldig te verklaren. Dit blijkt ook uit de ontstaansgeschiedenis van art 5 lid 1 van Vo 987/2009. Ook heeft het Hof al diverse keren vastgesteld dat een A1 (en diens voorganger E101) bindend is voor de bevoegde organen en de rechterlijke instanties¹. In overweging 12 van Vo 987/2009 wordt genoemd dat de bepalingen voortvloeien uit onder andere de jurisprudentie van het Hof en de 30 jaar ervaring met de coördinatie. Ook heeft het Hof al eerder verklaard dat Vo 987/2009 de rechtspraak van het Hof codificeert en dus het bindend karakter van de A1 bevestigt.²

Het Hof concludeert dat wanneer de EU wetgeving dit anders had willen regelen, dit uitdrukkelijk zou zijn vastgelegd. Indien – afgezien van de gevallen van fraude of misbruik van recht – het bevoegde nationale orgaan van de lidstaat van ontvangst van de betrokken werknemer een formulier A1 ongeldig kon doen verklaren door een rechterlijke instantie van die lidstaat, zou zo het op de loyale samenwerking tussen de bevoegde organen van de lidstaten gebaseerde stelsel in gevaar kunnen komen³.

Uit deze overwegingen blijkt dat op de eerste vraag moet worden geantwoord dat artikel 5, lid 1, van verordening nr. 987/2009, gelezen in samenhang met artikel 19, lid 2, van deze verordening, aldus moet worden uitgelegd dat een formulier A1, dat krachtens artikel 12, lid 1, van verordening nr. 883/2004 is afgegeven door het bevoegde orgaan van een lidstaat, niet enkel bindend is voor de organen van de lidstaat waar de werkzaamheden worden verricht, maar ook voor de rechterlijke instanties van die lidstaat.

De tweede vraag

Kort gezegd wil de verwijzende rechter met het eerste deel van de vraag weten of de A1 verklaring ook bindend is voor de organen en rechterlijke instanties van een lidstaat als de bevoegde autoriteiten van deze laatste lidstaat en de lidstaat waar de werkzaamheden worden verricht de zaak voorgelegd hebben aan de Administratieve Commissie en deze commissie geconcludeerd heeft dat dit formulier onterecht is afgegeven en zou moeten worden ingetrokken.

Bij de behandeling van deze vraag wordt eerst ingegaan op de ontvankelijkheid. Wat dit betreft wil ik er in dit kader mee volstaan dat het Hof van mening is dat de vraag niet dusdanig hypothetisch is dat ze niet relevant zou zijn. Dit is bij diverse onderdelen van dit geding aan de orde geweest maar het beroep op de niet ontvankelijkheid is steeds gepasseerd.

In Art 5 van de Vo 987/2009 is voorzien in een procedure voor de oplossing van een geschil tussen lidstaten ten aanzien van (onder andere) de A1 verklaring. De leden 2 en 3 beschrijven de stappen die gezet moeten worden en lid 4 geeft aan dat wanneer men er niet uit komt de zaak kan worden voorgelegd aan de administratieve commissie. Deze tracht dan binnen zes maanden een voor beide zijden aanvaardbare oplossing te vinden. Als dit niet lukt staat het de lidstaat waarin de werkzaamheden worden verricht vrij een niet-nakomingsprocedure ingevolge art 259 VWEU op te starten en daarmee het Hof de mogelijkheid te bieden de toepasselijke wetgeving en de juistheid van een A1 (E101) te onderzoeken⁴. Het Hof concludeert dat de taak van de administratieve commissie aldus alleen inhoudt de standpunten van de betrokken organen tot elkaar te brengen.

Hieraan verandert ook niets door art 89 lid 3 van Vo 987/2009, omdat daarmee niet wordt beoogd af te doen aan de functie en waarde van de adviezen van de commissie of deze te wijzigen.

De conclusie op dit eerste onderdeel van vraag 2 luidt dan ook:

Gelet op een en ander moet op het eerste gedeelte van de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 5, lid 1, van verordening nr. 987/2009, gelezen in samenhang met artikel 19, lid 2, van deze verordening, aldus moet worden uitgelegd dat een formulier A1, dat door het bevoegde orgaan van een lidstaat is afgegeven krachtens artikel 12, lid 1, onder a), van verordening nr. 883/2004, bindend is voor zowel de socialezekerheidsorganen van de lidstaat waar de werkzaamheden worden verricht als de rechterlijke instanties van die lidstaat, zolang dit formulier niet is ingetrokken of ongeldig is verklaard door de lidstaat van afgifte, ook al hebben de bevoegde autoriteiten van deze laatste lidstaat en de lidstaat waar de werkzaamheden worden verricht de zaak voorgelegd aan de Administratieve Commissie en heeft deze commissie geconcludeerd dat dit formulier ten onrechte is afgegeven en zou moeten worden ingetrokken.

In het tweede deel van de vraag is kort gezegd aan de orde of de A1 verklaring ook bindend is als de staat waar de werkzaamheden worden verricht al heeft vastgesteld dat de werknemers aldaar verzekerd zijn, maar de A1 verklaring met

terugwerkende kracht wordt afgegeven waardoor met terugwerkende kracht een andere wetgeving van toepassing wordt verklaard. Het Hof is van mening dat het mogelijk is een A1 verklaring met terugwerkende kracht vast te stellen, zelfs na afloop van de werkzaamheden. Als dan door het land van de werkzaamheden reeds is vastgesteld dat de werknemers in het werkland verzekerd zijn, is de bindende werking van een A1 verklaring dan anders? Het Hof is van mening dat ook dan de bindende werking in stand blijft. Daarvoor wordt wederom verwezen naar de eerdere jurisprudentie en de overwegingen bij de eerdere vragen. De vaststelling door het werkland wordt in dat kader door het Hof niet gezien als een document over de situatie van betrokkene in het kader van art 5 lid 1 van Vo 987/2009. Ook hier wordt de sterke werking en de gebondenheid van organen en rechterlijke instanties aan de A1 verklaring onderstreept.

Het antwoord op het tweede deel van vraag 2 luidt aldus dat artikel 5, lid 1, van verordening nr. 987/2009, gelezen in samenhang met artikel 19, lid 2, van deze verordening, aldus moet worden uitgelegd dat een formulier A1, dat door het bevoegde orgaan van een lidstaat is afgegeven krachtens artikel 12, lid 1, van verordening nr. 883/2004, bindend is voor zowel de socialezekerheidsorganen van de lidstaat waar de werkzaamheden worden verricht als de rechterlijke instanties van die lidstaat, in voorkomend geval met terugwerkende kracht, ook al is dit formulier pas afgegeven nadat deze lidstaat had vastgesteld dat de werknemer uit hoofde van zijn wetgeving verzekeringsplichtig was.

De derde vraag

Kort gezegd komt het hier neer op de vraag of er ook sprake is van vervanging van een werknemer in de zin van de detacheringsbepaling als de eerdere werknemers voor een andere werkgever werkzaam waren. In dat geval zou deze werknemer niet in aanmerking komen voor de toepassing van deze bepaling. Daarbij wordt aanvullend nog de vraag gesteld of de vestiging in twee verschillende landen en een organisatorische samenhang hierbij nog een rol spelen. Hoewel uit de antwoorden van de eerste vragen blijkt dat ongeacht het antwoord op deze vraag de geldigheid van de A1 niet ter discussie staat, gaat het Hof in op deze vraag.

Het Hof is van mening dat uit de bewoordingen van art 12 Vo 883/2004, met name de term “mits”, blijkt dat het feit alleen al dat een gedetacheerde werknemer een ander vervangt, eraan in de weg staat dat deze vervangende werknemer onderworpen kan blijven aan de wetgeving van de lidstaat waar zijn werkgever zijn werkzaamheden normaliter verricht en dat de voorwaarde van niet-vervanging cumulatief met de andere in deze bepaling neergelegde voorwaarde van de maximumduur van het betrokken werk van toepassing is. In de tekst van deze bepaling wordt niet uitdrukkelijk verwezen naar de plaats van vestiging of naar eventuele onderlinge banden, wat suggereert dat deze omstandigheden dan ook niet relevant zijn voor de uitlegging van deze bepaling.

Omdat art 12 een afwijking vormt van de algemene regels van art 11 moet deze bepaling naar de mening van het Hof strikt worden uitgelegd. En hoewel hier dus een uitzondering ten aanzien van de gedetacheerde werknemer



wordt beoogd, heeft de wetgever van de EU ook beoogd te voorkomen dat opeenvolgende gedetacheerde werknemers die dezelfde werkzaamheden verrichten uit deze bijzondere regel voordeel zouden kunnen halen. Bovendien kan een uitlegging van artikel 12, lid 1, van verordening nr. 883/2004 die verschilt al naargelang de respectievelijke plaats van vestiging van de betrokken werkgevers of het bestaan van onderlinge personele of organisatorische banden, afdoen aan de door de wetgever van de Unie nagestreefde doelstelling om de werknemer in beginsel te onderwerpen aan de lidstaat waar de betrokkene zijn werkzaamheden verricht.

Het Hof concludeert dat “ook al nemen afzonderlijke werkgevers het initiatief tot de detachering, het herhaaldelijk gebruik van gedetacheerde werknemers om eenzelfde functie te vervullen noch met de bewoordingen noch met de doelstellingen van artikel 12, lid 1, van verordening nr. 883/2004 strookt en evenmin strookt met de context waarin deze bepaling is geplaatst, zodat een gedetacheerde persoon niet voor de bijzondere regel van deze bepaling in aanmerking mag komen wanneer hij een andere werknemer vervangt.”

Het antwoord op de derde vraag luidt daarom dat artikel 12, lid 1, van verordening nr. 883/2004 aldus moet worden uitgelegd dat wanneer een werknemer die door zijn werkgever wordt gedetacheerd om werk te verrichten in een andere lidstaat, wordt vervangen door een andere werknemer die wordt gedetacheerd door een andere werkgever, deze laatste werknemer moet worden geacht te zijn „uitgezonden om een ander te vervangen” in de zin van deze bepaling, zodat hij niet in aanmerking kan komen voor de bijzondere regel in deze bepaling om onderworpen te blijven aan de wetgeving van de lidstaat waar zijn werkgever zijn werkzaamheden normaliter verricht. Het feit dat de werkgevers van de twee betrokken werknemers in dezelfde lidstaat zijn gevestigd, of het feit dat zij mogelijk op personeels- of organisatorisch vlak banden hebben, is in dit opzicht niet relevant.

Conclusies

Ondanks het feit dat het Hof inmiddels al zoveel arresten heeft gewezen betreffende de A1 (E101) verklaringen, blijven de zaken zich aandienen. Tevens blijkt ook steeds weer dat er nieuwe feiten en onderwerpen een rol kunnen spelen die niet eerder aan de orde zijn geweest. Ten aanzien van de werking van A1 is er naar mijn mening niet zo heel veel nieuws. Door het Hof wordt de sterke bindende kracht van de A1 nogmaals onderstreept en het Hof benadrukt nogmaals de regels die de betrokken landen en organen moeten volgen indien zij van mening verschillen over de inhoud en juistheid van een afgegeven A1 verklaring. De staat waar de werkzaamheden worden verricht zal zich aan deze procedure moeten houden en slechts in een zeer uitzonderlijke situatie van frauduleus handelen bestaan er andere opties. In het arrest Altun is de deur ten aanzien hiervan op een kier gezet en die wordt hier ook echt op een kier gehouden. Daarnaast wordt ook vastgesteld dat deze bindende werking van een A1 aanwezig is bij een vaststelling met terugwerkende kracht.

Ook al is in de land van de werkzaamheden reeds voor afgifte vastgesteld dat die wetgeving van toepassing is. Die vaststelling zal dan conform de A1 verklaring moeten worden herzien.

In deze casus is er een (nog) interessantere vraag aan de orde, namelijk wanneer er sprake is van vervanging van een werknemer. Die vraag is in deze vorm nog niet voorgelegd. In de dagelijkse praktijk is niet altijd duidelijk wanneer er sprake is van een vervanging van een werknemer in het kader van detachering, zelfs als het om een detachering door een zelfde werkgever gaat. In dit kader worden werknemers door verschillende werkgevers gedetacheerd om bij eenzelfde bedrijf, althans dezelfde locatie, dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden te gaan verrichten. Volgens de uitleg van het Hof gaat het ook in die situatie om vervanging van de eerdere werknemers. Dit zal in de dagelijkse praktijk wel zijn uitwerking hebben. In de praktijk wordt dit namelijk zo niet beoordeeld.

Voor de bestaande situaties heeft dat niet meteen gevolgen, omdat, zoals het Hof stelt, ondanks dat de feitelijk beoordeling van deze situatie mogelijk kan betekenen dat de A1 niet (helemaal) juist is vastgesteld, deze toch geldig blijft totdat de lidstaat van uitgifte deze heeft ingetrokken of ongeldig heeft verklaard.

Voor in de toekomst af te geven verklaringen kan dit echter wel gevolgen hebben, omdat van de lidstaten verwacht mag worden dat zij bij afgifte van een A1 verklaring de feiten en omstandigheden toetsen en ze derhalve bij de afweging of een A1 verklaring kan worden verstrekt ook rekening zullen gaan houden met de vaststelling in dit arrest met betrekking tot de vervanging van werknemers.

Wat betekent dit dan voor de praktijk?

Feit blijft dat, behoudens frauduleus handelen, de A1 verklaring bindend blijft voor zowel het bevoegde orgaan als de rechterlijke instanties in de staat waar de werkzaamheden worden verricht. In de branches waarin regelmatig sprake is van detachering zal meer aandacht moeten komen voor de vraag of er sprake is van vervanging van een werknemer. Na deze uitspraak is bekend dat het begrip vervanging van een werknemer veel uitgebreider moet worden uitgelegd dan tot nu toe in de praktijk gebeurt. Een aanvraag moet dan ook goed worden overwogen. Als dit feit als algemeen bekend mag worden verondersteld, en desondanks wordt aangegeven dat er geen sprake is van een vervanging van een werknemer, kunnen we dan nog blijven vasthouden aan het standpunt dat dit geen opzet (en mogelijk fraude) is?

1 Arresten van 26 januari 2006, *Herbosch Kiere*, C-2/05, EU:C:2006:69, punten 30-32, en 27 april 2017, *A-Rosa Flussschiff*, C-620/15, EU:C:2017:309, punt 51

2 Arrest van 27 april 2017, *A-Rosa Flussschiff*, C-16/15, EU:C:2017:812, punt 59, en beschikking van 24 oktober 2017, *Belu Dienstleistung* en *Nikless*, C-474/16, niet gepubliceerd, EU:C:2017:812, punt 19

3 Arresten van 26 januari 2006, *Herbosch Kiere*, C-2/05, EU:C:2006:69, punt 30; 27 april 2017, *A-Rosa Flussschiff*, C-620/15, EU:C:2017:309, punt 47, en 6 februari 2018, *Altun e.a.*, C-359/16, EU:C:2018:63, punten 54, 55, 60 en 61

4 Arrest van 27 april 2017, *A-Rosa Flussschiff*, C-620/15, EU:C:2017:309, punt 46

Studiedagen en seminars van Grensoverschrijdend Werken

Actualiteitendag internationale salarisadministratie

De laatste ontwikkelingen, regels en mogelijkheden rondom een grensoverschrijdende salarisadministratie. Hoe internationale werknemers of grensarbeiders zo goed mogelijk in de payroll verwerken? Waarmee moet allemaal rekening worden gehouden? Deze dag is opgebouwd uit verschillende workshops, met mogelijkheid voor eigen casusbehandeling.

8 november 2018 | Seat2Meet Strijp-S, Eindhoven

De loonstrook in Nederland, België en Duitsland

Aan de hand van loonstroken maken we een praktische vergelijking tussen de regelgeving in Nederland, België en Duitsland. Hierbij komen telkens de overeenkomsten en verschillen aan bod in sociale zekerheid, fiscaliteit, arbeidsrecht, aanvullende arbeidsvoorwaarden en verzekeringen. Waar op te letten in de loonadministratie als er verschillende landen betrokken zijn: de theorie vertaald naar de praktijk van de concrete loonstrook.

6 december 2018 | Seats2Meet, 's-Hertogenbosch

Nieuw: De vaste inrichting

Of in het werkland sprake is van een vaste inrichting is relevant voor werknemers, bestuurders, ondernemers, ZZP-ers, BVBA's etc., omdat het kan leiden tot belastingheffing in het werkland. Tijdens deze studieochtend verkennen we het begrip vaste inrichting en passen het toe op praktijkgevallen van grensoverschrijdend werken of ondernemen.

24 januari 2019 | Seats2Meet, 's-Hertogenbosch

Fiscale Wetswijzigingen Internationaal

In de loop van 2018 en per 1 januari 2019 zijn veel regelingen aangepast en gewijzigd, met gevolgen voor expats, grensarbeiders en uitzendingen. Ook de belastingplannen 2019, het regeerakkoord en de vele jurisprudentie in 2018 vragen speciale aandacht. Tijdens dit seminar onderzoeken we wat voor uw klanten of werknemers de gevolgen hiervan zijn.

12 februari 2019 | Verkadefabriek, 's-Hertogenbosch

Nieuw: Werken in Duitsland

Tijdens deze studiedag brengen deskundige sprekers u op de hoogte van de laatste ontwikkelingen, regels en mogelijkheden rondom werken in Duitsland. Wat betreft belastingen, sociale zekerheid en arbeidsrecht. Met extra aandacht voor opvallende verschillen met Nederland. De thema's worden besproken aan de hand van diverse praktijkvoorbeelden.

19 maart 2019 | Vergadercentrum Droom, Beuningen

Het beloningsbeleid van expats

Compensatiepakketten voor expats moeten werknemers aantrekken, behouden en motiveren en tegelijkertijd deze kosten in balans brengen met het verwachte rendement voor de organisatie. Maar hoe bepaal je als organisatie het uitzendsalaris en de arbeidsvoorwaarden van je expats? Een praktisch seminar over beloningsbeleid, met veel aandacht voor de juridisch-fiscale aspecten ervan.

april 2019, Social Impact Factory, Utrecht



Schrijf u in via www.grensoverschrijdendwerken.nl



Welkom in onze wereld van grensoverschrijdend werken!

Zoekt u informatie over regelgeving,
loonkosten en administratie in
Nederland en het buitenland?

Bezoek dan onze website en download
onze factsheets “Personeel in België,
Nederland, Duitsland, Frankrijk en
het Verenigd Koninkrijk”.



Multi country payroll

Interfisc verzorgt full-service salaris-
administraties voor werkgevers met
personeel in meerdere landen.

Één aanspreekpunt voor alle landen
zodat u snel kunt schakelen en geen
tijd verliest!

Starten over de grens

Wij kennen de lokale regels, brengen
de werkgeverskosten voor u in kaart
en nemen u uw administratieve
werkgeversverplichtingen uit handen.
Bovendien houden wij u op de hoogte
van wijzigingen in de lokale wetgeving.

Grensoverschrijdend werken & detachering

Wij adviseren u over de mogelijkheden
en brengen de consequenties voor u én
voor uw werknemers in kaart. Het doel
is enerzijds een correcte administratie
en afdracht van belastingen en sociale
verzekeringspremies en anderzijds
fiscale optimalisatie.

Interfisc, expert in cross-border payroll

Kunnen wij u verder helpen? Neem dan contact met ons op!

0031 (0)70 313 3000

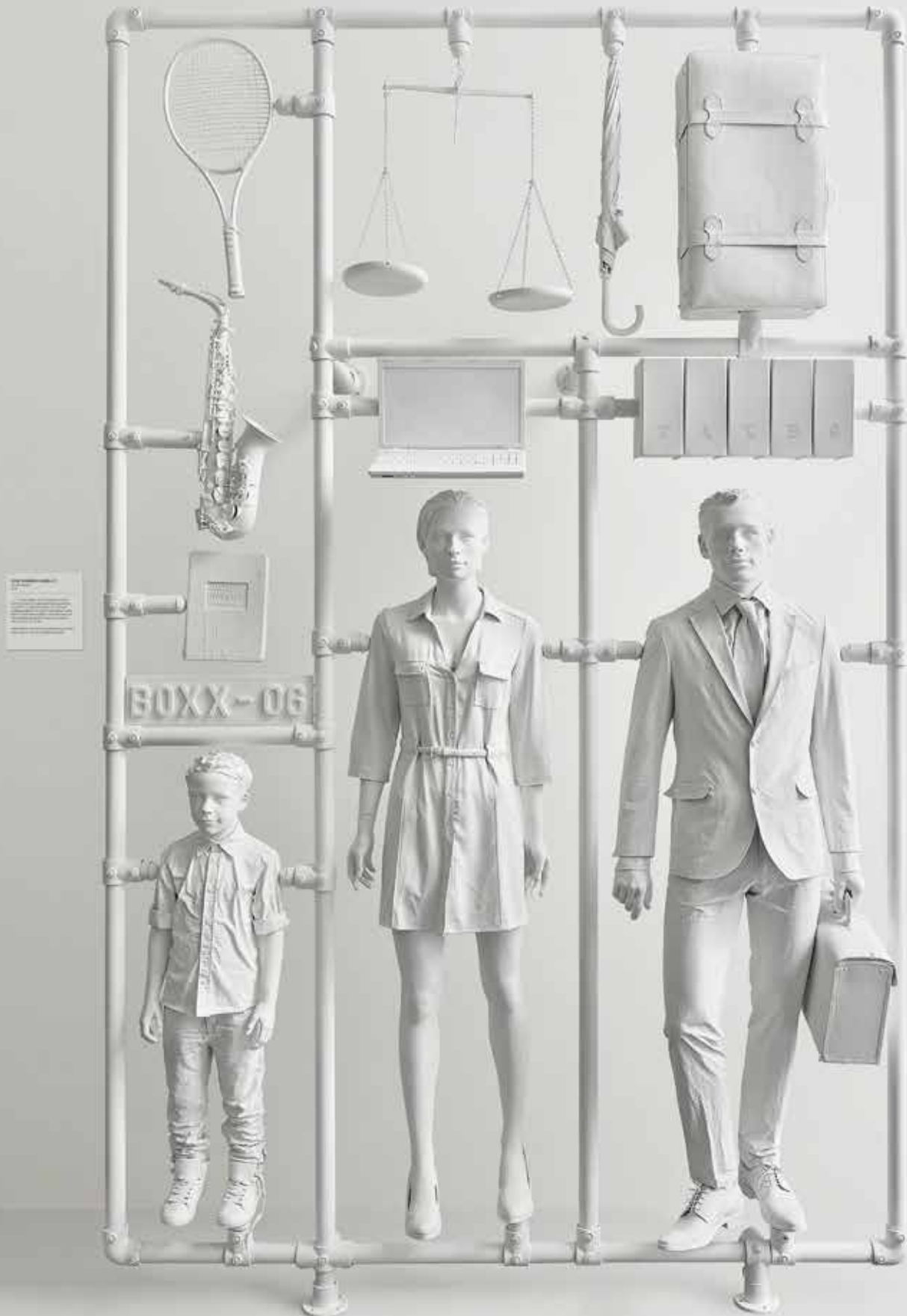
0032 (0)3 825 5003

0044 (0)20 7125 0211

0049 (0)221 8000 4576

welcome@interfisc.eu

www.interfisc.com



THE ART OF WORKING ABROAD