

10 Grensoverschrijdend socialezekerheidsrecht: Nederland en het Hof van Justitie.

Frans Pennings

Inleiding

Ofschoon je het op het eerste gezicht niet zou zeggen als je Jaap Riphagen in levende lijve ontmoet, zoekt hij zowel in zijn wetenschappelijk werk als in zijn beroepswerkzaamheden de grenzen op. Daarbij moet ik meteen opmerken dat dit zeer positief is: juist de interactie tussen verschillende rechts- en vakgebieden biedt vaak de basis voor creatief werk. Riphagens studies van met name de frictie tussen het arbeidsrecht en werkloosheidswet getuigen daarvan.¹ Riphagen heeft zich ook op de grens van het internationale en nationale recht begeven, en wel in zijn oratie.² Het ging hier met name om de invloed van art. 6 EVRM op de rechtsbescherming in de sociale zekerheid.

In deze bijdrage wil ik ingaan op de grens van het Nederlands socialezekerheidsrecht en een ander supranationaal rechtsgebied, namelijk het EU-recht. De redactie heeft een maximumaantal woorden bepaald voor de bijdrage en daarom zal ik het onderwerp moeten toespitsen. Daartoe zal ik nagaan welke vragen voorgelegd zijn aan het Hof van Justitie van de EU over aangelegenheden waarin Nederlands recht in het geding is. Men kan daaruit overigens niet te veel conclusies trekken over fricties tussen het Nederlandse en EU-recht. Of over een bepaalde kwestie een vraag aan het Hof wordt voorgelegd hangt ervan af of over de betreffende kwestie een nationale procedure aanhangig is gemaakt. Er zijn natuurlijk ook fricties die de uitvoeringsadministratie zelf oplost, waardoor het niet tot een procedure komt. Daarnaast kunnen er verschillende factoren zijn – niet altijd even inzichtelijk voor de buitenwereld – waarom een rechter al of niet een prejudiciële vraag stelt aan het Hof.

Aangezien het socialezekerheidsrecht nog steeds primair tot de exclusieve nationale bevoegdheden hoort, zijn de onderwerpen waarover prejudiciële vragen gesteld worden beperkt: de coördinatieverordeningen voor sociale zekerheid en de gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Gelet op de toegelaten omvang van deze bijdrage zal ik me beperken tot vragen over coördinatie van sociale zekerheid.³ Het belang van een analyse van ‘Nederlandse’ zaken zit hem vooral in een analyse waar het Nederlandse recht aanleiding gaf tot vragen en hoe het Hof

¹ J. Riphagen, ‘Wederzijds begrip: de aansluiting tussen het arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht opnieuw bezien’, in: A. Jacobs en F. Pennings (red.), *Een inspirerende Fase in het sociaal recht*, Zutphen 2007, p. 227 e.v.

² J. Riphagen, *Rechtspraak in de sociale zekerheid: toegang tot Europa of toevlucht tot de provincie?*, Deventer 1989.

³ Zie mijn *Europees socialezekerheidsrecht*, Deventer 2010, voor een overzicht.

hierop gereageerd heeft. Ik zal niet alle arresten bespreken, maar ingaan op die arresten waarin gebleken is dat specifieke kenmerken van het Nederlandse stelsel, die afweken van de coördinatiebepalingen, aanleiding waren tot het stellen van de vraag.

De coördinatiebepalingen die hier bedoeld worden staan met name in Verordening 3 en de opvolger ervan, Verordening 1408/71. De laatste is in mei 2010 vervangen door Verordening 883/2004. Het doel van de verordeningen is om voor migranten een afstemming te vinden van verschillende nationale socialezekerheidsstelsels. Als iemand bijvoorbeeld in Nederland woont en in Duitsland werkt, dan moet worden bepaald welk socialezekerheidsstelsel van toepassing is. Voorkomen moet worden dat betrokkene in beide landen premies moet betalen of helemaal niet verzekerd is.

De personele werkingsfeer

Indien men de lijst van arresten overziet dan valt op dat Nederlandse rechters een groot aandeel hadden in de vragen die de eerste decennia sinds de inwerkingtreding van Verordening 3 (1958) werden gesteld. Net zoals een college over de verordening onvermijdelijk met de personele werkingsfeer van de coördinatieverordening begint, zo gingen ook de eerste arresten daarover. Het werden zeer klassieke arresten.

Bepaling van de personele werkingsfeer is van groot belang; indien men niet tot de personele werkingsfeer van een bepaald instrument behoort, dan is men 'uit', om het in termen van een spel te formuleren: men kan er dan geen beroep op doen.

Gelijkgestelde werknemers

Een van de allereerste arresten van het Hof – vier jaar na de aanneming van de toenmalige verordening, verordening 3⁴ – was het *Unger*-arrest.⁵ Alleen 'loontrekkenden en met hen gelijkgestelden' vielen onder de toenmalige verordening. De verordening gaf echter geen definitie van deze termen. De *Unger*-zaak betrof een ex-werkneemster, die na beëindiging van haar arbeidsovereenkomst vrijwillig voortgezet verzekerd was op grond van de Nederlandse Ziektewet. Tijdens een familiebezoek aan haar ouders in Duitsland werd ze ziek. Ze had onmiddellijk medische hulp nodig; na terugkeer vroeg ze om vergoeding van de kosten (die op basis van deze wet vergoed konden worden). Deze werd geweigerd omdat de kosten in het buitenland waren gemaakt. Vervolgens deed ze een beroep op de verordening, die wel vergoeding verlangt.

Mevrouw Unger was geen werknemer meer. Strikt genomen stelde de Nederlandse wetgeving mevrouw Unger niet gelijk met werknemers; er was sprake van vrijwillig voortgezette verzekering na beëindiging van het werknemerschap. In zijn

⁴ Verordening 3 werd gepubliceerd in *Pb* 30 van 16 december 1958.

⁵ HvJ EG 19 maart 1964, zaak 75/63, *Jur.* 1964, 369. In deze periode bestond nog maar heel weinig ervaring met het stellen van prejudiciële vragen. Uit de conclusie van de AG blijkt dat de CRvB geen expliciete vragen aan het Hof had voorgelegd, maar alleen de casus zelf. Het Hof gaat hier stilzwijgend aan voorbij.

beantwoording van de vraag van de rechter of mevrouw Unger onder de verordening viel, baseerde het Hof zich op de doelstelling van de grondslag van de verordening, art. 51 EG-verdrag. Het voornaamste doel van dit artikel is het verwezenlijken van een zo groot mogelijke vrijheid van werknemersverkeer. Dit beïnvloedt, aldus het Hof, de interpretatie van de verordeningen die gebaseerd zijn op dit artikel. Als gevolg hiervan heeft de term werknemer een Gemeenschapsrechtelijke betekenis. Als de invulling van deze term immers afhankelijk zou zijn van het nationale recht, dan kon iedere lidstaat bepaalde categorieën van personen naar welgevallen van de bescherming van het verdrag uitsluiten. Deze mogelijkheid zou fnuikend zijn voor de doelstellingen van het verdrag om tot een zo groot mogelijke vrijheid van verkeer van werknemers te komen.

Het Hof overwoog vervolgens dat niet bepalend is of men werknemer is in arbeidsrechtelijke zin. In plaats daarvan is van belang of men onderworpen is of is geweest aan een werknemersverzekering. Omdat dit voor mevrouw Unger gold, kon ze een beroep doen op de verordening.

Merk op dat het Hof er voor is gaan zitten om principieel zijn rechtsvinding te verantwoorden: de grondslag van de verordening in het verdrag verlangt bevordering van het vrij verkeer en daarom een ruime uitleg van het betreffende begrip. Los van het oordeel over de personele werkingssfeer is het arrest vanwege deze overwegingen een klassieker geworden.⁶

Consequentie van het arrest was dat ook alle personen die geen werknemer in strikte zin waren, maar die onder de werkingssfeer van de werknemersverzekeringen vielen (art. 4 en 5), een beroep konden doen op de verordening, bijvoorbeeld (eventueel onder bepaalde voorwaarden) thuiswerkers, kleine aannemers, artiesten en sportlieden.

De door het Hof vastgestelde werkingssfeer van de verordening tot deze categorieën heeft verder geen problemen voor de Nederlandse sociale zekerheid opgeleverd. Het is weinig aannemelijk dat de gelijkstelling een noemenswaardige aanslag op de fondsen heeft betekend.

Voor de ontwikkeling van het coördinatie recht was het arrest zinvol. De benadering uit de jurisprudentie werd namelijk in de latere coördinatieverordening, Verordening 1408/71, neergelegd, in de definitie van art. 1 en heeft daarmee een veel groter bereik gekregen dan in de casuspositie van de betreffende zaak. Inmiddels is de personele werkingssfeer van de meest recente verordening, Verordening 883/2004, die op 1 mei 2010 in werking is getreden, uitgebreid tot alle onderdanen van EU-lidstaten, zodat de uitkomsten van de arresten zelf minder actueel is.

⁶ Een vergelijkbare benadering als in het Unger-arrest is te vinden in de *Van Roosmalen*-zaak (HvJ EG 23 oktober 1986, zaak 300/84, *Jur.* 1986, 3097). Om ruimteredenen kunnen we die hier niet behandelen. Het ging om een missionaris die vrijwillig verzekerd werd. Hij werd door het Hof als zelfstandige beschouwd.

Nabestaanden

In het *Cabanis*-arrest⁷ kwam de werkingssfeer van de verordening ten opzichte van gezinsleden aan de orde. De zaak betrof wederom een (vorm van) vrijwillige verzekering, ditmaal voor de AOW. De zaak betrof een Franse weduwe van een werknemer; zij had slechts in beperkte mate AOW-rechten via de verplichte verzekering verworven en wilde jaren bijkopen. Daarvoor gold echter voor buitenlanders een hoger tarief dan voor mensen met de Nederlandse nationaliteit. Het Hof vond dit effect, in het licht van de doelstelling van het Verdrag om vrij verkeer te bevorderen, zo negatief, dat het terugkwam van eerdere jurisprudentie die in dit geval geen beroep op de verordening zou toelaten.⁸

Het Hof overwoog namelijk dat het gaat om de echtgenote van een werknemer die de laatste naar een andere lidstaat heeft vergezeld en vervolgens besluit met deze werknemer of na diens overlijden terug te keren naar zijn land van herkomst. Als deze echtgenoot zich niet kan beroepen op het beginsel van gelijke behandeling voor de toekenning van bepaalde uitkeringen krachtens de wetgeving van de laatste staat van tewerkstelling, zou dat nadelige gevolgen hebben voor het vrij verkeer van werknemers. Werknemer zouden dan immers gaan aarzelen om gebruik te maken van het vrij verkeer als ze wisten dat hun nabestaanden slecht verzorgd achter zouden blijven. Het zou daarom in strijd zijn met het doel en de geest van de verordening, wanneer een gezinslid geen beroep kan doen op het non-discriminatiebeginsel. Voor haar golden daarom dezelfde tarieven als voor Nederlanders.

Ook dit arrest is een klassieker geworden, in die zin dat het het beroep van gezinsleden op de verordening eenvoudiger maakte.⁹ Ook droeg dit arrest bij aan de geleidelijke uitbreiding van de personenkring van de verordening – als gezinsleden meer rechten hebben, is het eenvoudiger om de personenkring uit te breiden tot alle onderdanen, hetgeen uiteindelijk met Verordening 883/2004 is gebeurd. Het arrest is tevens een bevestiging van de rechtsvinding – zoals al in *Unger* – opgezet, waarin de bevordering van het vrij verkeer van primair belang is voor de interpretatie van de verordening.

⁷ HvJ EG 30 april 1996, zaak 308/93, *Jur.* 1996, I-2097. Zie ook *AB* 1997/180.

⁸ De eerdere jurisprudentie hield in dat gezinsleden alleen een beroep op de verordening konden doen voorzover het gaat om speciaal voor hen bedoelde rechten, zoals kinderbijslag en weduwenpensioenen.

⁹ De personele werkingssfeer van de huidige verordening, Verordening 883/2004 is uitgebreid tot alle staatsburgers van EU-lidstaten. Dit betekent dat gezinsleden die de nationaliteit hebben van een van de lidstaten op eigen titel onder de werkingssfeer vallen. Enkel voor gezinsleden die niet die nationaliteit hebben is deze jurisprudentie van belang.

De aanwijsregels

Exclusieve werking

Naast het *Unger*-arrest was een ander ‘Nederlands’ arrest een van de eerste over de coördinatieverordening, het *Nonnenmacher*-arrest.¹⁰ De problematiek in deze zaak was het gevolg van de invoering van volksverzekeringen. Een maand voor zijn overlijden (21 oktober 1959) ging meneer Nonnenmacher in Frankrijk werken. Hij was dus sociaalverzekerd onder het Franse recht, en dat gold ook voor zijn weduwe. Ik heb de datum van zijn overlijden vermeld, want deze bleek precies 20 dagen na de inwerkingtreding van de AWW te liggen. Was hij in Nederland blijven werken (of – zonder in een ander land te gaan werken – blijven wonen) dan had mevrouw Nonnenmacher een weduwepensioen gekregen. Frankrijk voorzag daar niet in, zodat ze met lege handen stond. De vraag was daarom of de aanwijsregels van de verordening exclusieve werking hadden: kon op het Nederlandse stelsel naast het Franse een beroep worden gedaan? De betreffende bepaling van Verordening 3 was niet zo geredigeerd dat exclusieve werking onontkoombaar was.

Het Hof was royaal voor mevrouw Nonnenmacher: de aanwijsregels verhinderden slechts de toepassing van wetgeving van een andere lidstaat dan die waarin betrokkene werkzaam is, voorzover zij deze laatste verplichtten bijdragen te betalen, zonder dat dit hem een aanvullend voordeel opleverde ten aanzien van eenzelfde risico en eenzelfde periode.

Ofschoon deze jurisprudentie lastige en bewerkelijke gevolgen kon hebben voor het Nederlandse stelsel, is hierover weinig bekend. Waarschijnlijk was de migratie toen ter tijd beperkt of deden migranten maar weinig beroep op dit arrest.

Onder verordening 1408/71 is de exclusieve werking van de aanwijsregels wel expliciet vastgelegd. De exclusieve werking van aanwijsregels heeft vaak gunstige effecten, zoals bij premieheffing. Dit is te zien in het *Perenboom*-arrest.¹¹ Perenboom werkte de helft van het jaar in Duitsland, en woonde in Nederland, maar werkte er niet. Hij kreeg echter wel een aanslag uit Nederland voor de premies volksverzekeringen. Het Hof oordeelde dat de aanwijsregel meebrengt dat een werknemer slechts aan één wetgeving tegelijk is onderworpen. Alleen de werkstaat, Duitsland, mocht dus premies heffen over het verdiende inkomen.

Nadelige consequenties bleken in een andere Nederlandse zaak, het *Ten Holder*-arrest.¹² Mevrouw Ten Holder, een Nederlandse, was enige tijd in Duitsland werkzaam. Toen ze ziek werd in Duitsland had ze recht op het Duitse *Krankengeld*. Vervolgens ging ze weer in Nederland wonen, zonder er te gaan werken. Nadat de maximumuitkeringsduur van *Krankengeld* verstreken was, vroeg zij een Nederlandse arbeidsongeschiktheidsuitkering (AAW) aan. Voor deze uitkering waren alle ingezetenen verzekerd; mevrouw Ten Holder behoorde ook tot deze

¹⁰ HvJ EG 9 juni 1964, zaak 92/63, *Jur.* 1964, 583.

¹¹ HvJ EG 5 mei 1977, zaak 102/76, *Jur.* 1978, 815.

¹² HvJ EG 12 juni 1986, zaak 302/84, *Jur.* 1986, 1821.

groep nadat ze naar Nederland was teruggekeerd. Haar werd echter AAW-uitkering geweigerd omdat exclusief de Duitse socialezekerheidswetgeving van toepassing was. Het Hof bevestigde dit effect van de aanwijsregels.

Interessant is dat in een recent arrest, het *Bosmann*-arrest,¹³ de kwestie van de effecten van exclusieve werking weer in geding was. Dit keer was het een vraag van een Duitse rechter, en betrof de zaak niet de volksverzekeringen. In plaats daarvan ging het om kinderen die onder het Nederlands recht vielen omdat hun moeder in Nederland werkte; omdat ze ouder dan achttien waren, bestond voor hen geen recht op kinderbijslag. Deze leeftijdsgroep is aangewezen op studiebeurzen (deze vallen buiten de werkingssfeer van de verordening). Studiebeurzen worden echter in principe niet betaald voor kinderen die buiten Nederland studeren, hetgeen het geval was met de kinderen Bosmann. De vraag aan het Hof was nu of de aanwijsregels verhinderen dat een werknemer kinderbijslag ontvangt in de woonstaat, als vaststaat dat deze vanwege de leeftijd van de kinderen niet wordt toegekend in de bevoegde staat. Het Hof antwoordde op deze vraag dat het Gemeenschapsrecht de bevoegde Duitse instanties niet verplicht mevrouw Bosmann gezinsbijslag toe te kennen. De mogelijkheid kinderbijslag toe te kennen kon evenwel, aldus het Hof, evenmin worden uitgesloten, temeer daar mevrouw Bosmann krachtens de Duitse wettelijke regeling, alleen al doordat zij in Duitsland woont, de kinderbijslag blijkt te kunnen genieten. Het Hof verwijst voor deze opvatting wederom naar de toenmalige rechtsgrond van de verordening – toentertijd art. 42 EG (inmiddels art. 48 VWEU) – die ertoe strekt het vrije verkeer van werknemers te vergemakkelijken.

Deze benadering lijkt overigens niet te sporen met het zojuist behandelde *Ten Holder*-arrest. De rechtsvinding van het Hof, die consequent verwijst naar de doelstelling van het vrij verkeer, houdt het coördinatierecht dynamisch.

Het probleem is ontstaan door de vervanging van kinderbijslag door studiefinanciering. Het Hof ging niet zo ver om kinderbijslag als een vorm van studiefinanciering te beschouwen, zie het *Esmoris Cerdeiro*-arrest.¹⁴ Ware dat wel gebeurd, dan had dit verstrekkende gevolgen had.

Sterke werking

Volksverzekeringen gaven ook aanleiding tot ‘Nederlandse’ arresten over een ander vraagstuk: de aanwijsregels kunnen weliswaar een stelsel aanwijzen, maar betrokkene moet dan wel voldoen aan de voorwaarden ervan. Als iemand in een andere staat woont, zou dat kunnen betekenen dat hij alsnog niet verzekerd is in het ingezetenenstelsel van het land waar hij werkt. In een aantal arresten nam het Hof

¹³ HvJ EG 20 mei 2008, zaak C-352/06, *Jur.* 2008, I-3827.

¹⁴ HvJ EG 20 maart 2001, zaak 33/99, Fahmi en Esmoris Cerdeiro, *Jur.* 2001, I-2452. We zullen hierin niet nader ingaan op Nederlandse zaken betreffende studiefinanciering. Wel dient vermelding dat op dit terrein verschillende zaken zijn geweest die beperking tot het Nederlands grondgebied en beperking tot Nederlanders (met wisselend succes) aan de kaak stelden (HvJ EG 8 juni 1999, zaak 337/97, Meeusen, *Jur.* 1999, I-3289; HvJ EG 18 november 2008, zaak C-158/07, Jacqueline Föster, *Jur.* 2008, I-8507).

sterke werking van de aanwijsregels aan, die de territorialiteitseis (de ingezeteneis) terzijde stelt, bijvoorbeeld in de zaak *Kuijpers*.¹⁵ Een zelfstandige die in België woont en in Nederland werkt, is daarom ook voor de AOW verzekerd.

Postactieven

Een ander vraagstuk betrof de positie van de postactieven. Dit had wederom te maken met de volksverzekeringen. We zagen dat mevrouw Ten Holder ermee geconfronteerd werd dat zij onder het Duitse recht bleef vallen, ook nadat ze met werken was gestopt. Met andere woorden, de aanwijsregel bleef van toepassing op haar, en vanwege de exclusieve werking ervan kon ze niet onder het Nederlandse recht vallen. Terwijl dit in *Ten Holder* nadelig was voor betrokkene zelf, waren er ook situaties dat men juist kon profiteren van het blijven doorwerken van de aanwijsregels. Dat bleek in de zaak *Daalmeijer*.¹⁶

Daalmeijer was midden vijftig toen hij met de vut kon en hij zich in Frankrijk vestigde. Bleef hij nu onder de volksverzekeringen, met name de AOW, vallen, ook al werkte hij niet meer in Nederland en woonde hij daar ook niet meer? Uit het *Ten Holder*-arrest zou een bevestigend antwoord op deze vraag volgen, maar het Hof komt tot een nuancering, waarschijnlijk in antwoord op de kritiek en verontruste reacties naar aanleiding van het *Ten Holder*-arrest.¹⁷ Uit de *Ten Holder*-benadering kon immers volgen dat mensen gratis verzekerd bleven, indien namelijk geen premies verschuldigd zijn (bijvoorbeeld kinderbijslag). Het Hof kwam in het *Daalmeijer*-arrest voor sommige categorieën terug op het *Ten Holder*-arrest. Het oordeelde dat de aanwijsregel niet meer op een werknemer van toepassing was nadat hij definitief zijn beroepswerkzaamheden beëindigd had.^{18,19}

¹⁵ HvJ EG 23 september 1982, zaak 276/81, *Kuijpers*, *Jur.* 1982, 3027.

¹⁶ HvJ EG 21 februari 1991, zaak 245/88, *Daalmeijer*, *Jur.* 1991, I-555, RSV 1991/200.

¹⁷ Zie W.M. Levelt-Overmars, *Halen de volksverzekeringen het jaar 2000?*, Oratie, Deventer 1988; en de reactie hierop van R. Cornelissen, [bespreking van] Levelt-Overmars, *Halen de volksverzekeringen het jaar 2000?*, *SMA* 1989, p. 197.

¹⁸ Inmiddels is de betreffende regeling achtereenvolgens ondervangen door een nieuwe bepaling van verordening 1408/71 (art. 13, lid 2 f) en een geheel nieuwe regeling in verordening 883/2004. Deze maakt dat de postactieven, zoals nader geregeld, alleen onder het stelsel van de woonstaat vallen.

¹⁹ Ten slotte is in dit verband het arrest *Van Pommeren-Bourgondiën* te noemen (HvJ EG 7 juli 2005, zaak C-227/03, *Jur.* 2005, I-6101); dit betrof de beperkte verplichte verzekering voor mensen die niet meer in Nederland wonen en werken. Het Hof oordeelde dat dit alleen mag als de aanvullende vrijwillige verzekering dezelfde voorwaarden had als de verplichte.

Overgangsvoordelen

Een apart kenmerk van de Nederlandse AOW betreft de zogenoemde overgangsvoordelen. Deze houden – kort gezegd – in dat personen die vóór 2007 een beroep doen op de AOW toch een volledige uitkering krijgen, ook al zijn ze niet de vereiste vijftig jaar verzekerd geweest. Voor de daarvoor vereiste gelijkstelling van tijdvakken gelegen vóór 1 januari 1957 (de datum van inwerkingtreding van deze wet) golden wel voorwaarden, waaronder dat men na het 59^e levensjaar in Nederland heeft gewoond. Ook de bijlage bij de verordening kent een regeling ten aanzien van deze overgangsvoordelen.

Deze regeling stelt dus woonplaatseisen; woonplaatseisen worden evenwel door de verordening terzijde gesteld. Geldt dat nu ook bij overgangsvoordelen? Deze vraag kwam aan de orde in de *Winter-Lutzins-zaak*.²⁰ Het Hof oordeelde dat de woonplaatseis in de overgangsvoordelen van de AOW niet in strijd was met de verordening (art. 10). Art. 10 kan niet zonder meer worden toegepast op een stelsel waarin het voldoende is dat men ingezetene is om verzekerd te zijn (dus: volksverzekeringen). De werking van art. 10 kan daarom worden beperkt als in de bijlage, aldus het Hof.

Zouden deze woonplaatseisen niet mogen worden gesteld bij de overgangsvoordelen, dan zou dat vérstrekkende gevolgen hebben; Nederland kwam dus met de schrik vrij.

De Werkloosheidswet

Grensarbeiders

Volledig werkloze grensarbeiders zijn volgens de verordening aangewezen op een werkloosheidsuitkering in het woonland. Dit is een afwijking van de hoofdregel dat men uitkering ontvangt uit het werkland. De vraag of de grensarbeidersbepaling in overeenstemming is met het verdrag kwam in het *Mouthaan-arrest*²¹ aan de orde. Het Hof oordeelde dat de betreffende bepaling niet onverenigbaar was met het Verdrag. Het overwoog dat de grensarbeidersbepaling beoogt om de werknemer het recht op werkloosheidsuitkeringen te verzekeren in omstandigheden die het zoeken naar nieuw werk zoveel mogelijk vergemakkelijken. Daarbij wordt verondersteld dat voor volledig werkloze grensarbeiders de woonstaat de beste kansen op de arbeidsmarkt biedt.

Terwijl deze kwestie niet specifiek voor Nederland van belang is,²² gold dat wel voor de vraag wat bedoeld wordt met respectievelijk volledige en gedeeltelijke werkloosheid. Nederland kent, anders dan de meeste andere landen, een uitkering voor personen die slechts een gedeelte van hun arbeidsuren verloren hebben. Andere landen verstaan onder gedeeltelijke werkloosheid opschorting van hun

²⁰ HvJ EG 2 mei 1990, zaak 293/88, *Jur.* 1990, 1623, rsv 1990/310.

²¹ HvJ EG 15 december 1976, zaak 39/76, *Jur.* 1976, 1901.

²² Behalve dan dat Nederland relatief veel grensarbeiders kent, en de WW-regeling aanmerkelijk gunstiger is dan de Belgische en voor sommigen iets gunstiger dan de Duitse.

arbeidsovereenkomst (tijdelijk geen werk). Ofschoon het voor de toepassing van de verordening essentieel is om te weten wat onder gedeeltelijke en volledige werkloosheid moet worden verstaan, geeft de verordening hiervan geen definitie. In het *De Laat*-arrest²³ moest het Hof zich hierover uitlaten. De Nederlander De Laat woonde in Nederland en werkte voltijds in België. Op een gegeven moment ging hij na ontslag bij zijn oude werkgever een nieuw dienstverband aan voor 13 uur per week. Hij vroeg in Nederland WW aan, maar de Nederlandse uitkeringsinstantie oordeelde dat hij als gedeeltelijk werkloze grensarbeider zijn aanvraag in het werkland moest indienen. België weigerde echter de uitkering, aangezien hij volgens de Belgische wettelijke regeling niet gedeeltelijk werkloos was. Door de verschillen in uitkeringsstelsels dreigde De Laat tussen wal en schip te vallen.

Het Hof oordeelde dat enkel wanneer de werknemer geen enkele band met de bevoegde lidstaat meer heeft hij volledig werkloos is. De Laat was dus aangewezen op werkloosheidsuitkering in de werkstaat.²⁴

Export Wajong-uitkeringen

De verordening kent een apart regime voor bijzondere non-contributieve uitkeringen. Dit zijn bijstandsachtige uitkeringen, zoals de Wajong en Toeslagenwet, maar geen ‘echte’ bijstandsuitkeringen in de zin van de verordening, aangezien er een afdwingbaar recht op bestaat en ze verbonden zijn aan specifieke risico’s. Deze uitkeringen hoeven niet te worden geëxporteerd, indien ze op een speciale bijlage bij de Verordening worden geplaatst en aan de voorwaarden voor dit type uitkeringen voldoen. Het is de Gemeenschapswetgever die besluit over opname van deze uitkeringen op de bijlage; de Toeslagenwet en Wajong zijn vermeld in deze bijlage.

In de zaak *Kersbergen-Lap en Dams-Schipper*²⁵ oordeelde het Hof dat de Wajong-uitkering terecht op de bijlage is geplaatst. Deze zaak kreeg echter een opmerkelijke follow-up in het *Hendrix*-arrest.²⁶ Deze Wajonger was namelijk werkzaam en zijn werkgever had op grond van de Wajong een dispensatie gekregen van de verplichting het minimumloon te betalen. De uitkering vulde het verschil aan. Toen hij naar België verhuisde verloor hij het recht op uitkering, daarmee ook de loondispensatie en ook zijn baan, omdat hij duurder werd voor de werkgever.

Vanwege dit gevolg voor zijn recht op vrij verkeer vroeg de CRvB om de non-exportbepaling in het licht van de bepalingen van het vrij verkeer te beschouwen. Het Hof oordeelde dat de verordening moet worden uitgelegd met inachtneming van het doel van art. 45 VWEU. Dit doel is bij te dragen aan de totstandbrenging van een zo groot mogelijke vrijheid van verkeer voor migrerende

²³ HvJ EG 15 maart 2001, zaak 444/98, *Jur.* 2001, I-2229.

²⁴ Naar alle waarschijnlijkheid kreeg hij toch geen uitkering, gelet op het ontbreken van een uitkering voor gedeeltelijk werklozen in België.

²⁵ HvJ EG 6 juli 2006, zaak C-154/05, *Jur.* 2006, I-6249.

²⁶ HvJ EG 11 september 2007, zaak C-287/05, *Jur.* 2007, I-6909.

werknemers. Derhalve kan de woonplaatsvoorwaarde voor een Wajong-uitkering aan iemand in de situatie van Hendrix alleen dan worden gesteld, indien deze voorwaarde objectief gerechtvaardigd is en evenredig aan het nagestreefde doel. Daarvoor is vereist, zo vervolgt het Hof, dat de woonplaatseis aan de rechten die iemand in de situatie van Hendrix aan het vrije verkeer van werknemers ontleent, niet méér afbreuk doet dan nodig is voor de verwezenlijking van het rechtmatige doel dat met de nationale wettelijke regeling wordt nagestreefd. De nationale wettelijke regeling bepaalt, zoals hierboven al vermeld, uitdrukkelijk dat van de woonplaatsvoorwaarde kan worden afgeweken wanneer deze leidt tot 'een onbillijkheid van overwegende aard'. Het Hof oordeelt dat de nationale rechter aan het nationale recht een uitlegging dient te geven die zoveel mogelijk verenigbaar is met het Gemeenschapsrecht.

In deze vervolgzak was het probleem dat de term 'onbillijkheid van overwegende aard' nog niet in de Wajong stond op de datum in geding. De CRvB oordeelde toch dat de uitkering geëxporteerd moest worden door uit te gaan van het beginsel dat de rechter bepalingen buiten toepassing moet laten waarvan toepassing tot een met het Gemeenschapsrecht strijdig resultaat zou leiden.²⁷

Nu de hardheidsclausule wel in de wet staat zal in de toekomst in een dergelijk geval daaraan toepassing worden gegeven. Wel is het arrest van belang in die zin dat het uitvoeringsorgaan en de rechter zich in elk geval dat aan de orde is moeten afvragen of er sprake is van belemmering voor het vrij verkeer.²⁸

Ziektewet

Een aparte bepaling in Nederlandse arbeidsongeschiktheidsregelingen is de weigeringsgrond in geval van al bestaande ziekte/arbeidsongeschiktheid bij aanvang van de verzekering of als te verwachten valt dat de arbeidsongeschiktheid binnen zes maanden zou intreden. Deze heeft te maken met het feit dat het risicostelselsels zijn; de hoogte van de uitkering hangt niet af van de duur van de verzekering en bovendien geldt geen wachttijd.

Stel nu dat iemand al een ziekte 'onder de leden heeft' als hij zich in Nederland vestigt. Mag uitkering dan geweigerd worden? Het Hof oordeelde dat de samentellingsregels van de verordening in zo'n geval ingeroepen kunnen worden (*Klaus*-arrest).²⁹ Deze verhinderen dat het bevoegde orgaan het begin van de verzekering van de eigen regeling beschouwt als het tijdstip dat relevant is voor het ontstaan van het recht op ziekte-uitkering. De gelijkstellingsbepaling van verordening 883/2004, art. 5, heeft dezelfde uitkomst als die van het *Klaus*-arrest.

²⁷ CRvB 7 februari 2008, *AB* 2008, 204, *RSV* 2008, 86.

²⁸ Een vergelijkbare benadering, waarin de nationale rechter bepalingen moet blijven toetsen aan een verdragsbepaling is de Nederlandse zaak *Tas-Hagen* arrest (HvJ EG 26 oktober 2006 zaak C-192/05, *Jur.* 2006, I-10451), waarin een woonplaatseis bij een uitkering voor oorlogsslachtoffers in strijd met de bepaling over Europees burgerschap werd geacht.

²⁹ HvJ EG 26 oktober 1995, zaak 482/93, *Jur.* 1995, I-3551.

Men zou kunnen stellen dat door de ruime interpretatie door het Hof van de samentellingsbepaling de weg naar de gelijkstellingsbepaling werd geplaveid.³⁰

Conclusie

De invalshoek van deze bijdrage was om, op basis van de ‘Nederlandse’ arresten van het Hof van Justitie, na te gaan welke kenmerken van het Nederlandse stelsel zorgden voor problemen met de coördinatieverordening.

De Nederlandse regelingen hadden – met name in de eerste decennia – vooral problemen waar het stelsel wat ‘royaler’ is dan pure werknemersregelingen. Dat betekent overigens niet dat het stelsel om die reden teruggesnoeid zou moeten worden. Inmiddels hebben immers ook veel andere landen vergelijkbare uitbreidingen van hun stelsel gerealiseerd. Nederland werd echter als oprichtingsstaat eerder met dergelijke vragen geconfronteerd dan de latere staten. Men kan eerder stellen dat de verordening zozeer op een Bismarck-stelsel was gebaseerd, dat ze moeite had met nieuwere ontwikkelingen. Uiteindelijk is de verordening aan die ontwikkelingen wel goed aangepast.

Ten aanzien van de arresten over de personele werkingssfeer zaten de vragen vooral bij de vrijwillige verzekeringen. Het *Unger*-arrest had ook consequenties voor de gelijkgestelde dienstbetrekkingen.

De uitkomst was niet problematisch voor het Nederlandse stelsel. Men zou zelfs kunnen stellen dat de procedures voorkomen hadden kunnen worden. Er werd echter nog sterk uitgegaan van de letter van de eigen regelingen, zonder zelf over het Gemeenschapsrecht na te denken.

Vanuit het perspectief van de verordening is vast te stellen dat de arresten hebben bijgedragen aan een verduidelijking van de omschrijving van de personele werkingssfeer van de verordening. Ze zullen ook effect hebben gehad voor stelsels van andere landen.

De volksverzekeringen veroorzaakten wel aparte problemen voor de verordening, die veel meer gestoeld is op een Bismarck- dan een Beveridge-stelsel. Volksverzekeringen vormen bovendien een belangrijk kenmerk van het Nederlandse stelsel, al was het belang toentertijd wellicht vanwege de aanwezigheid van de AAW groter dan nu. Gelet op de bevoegdheid van de lidstaten om hun eigen stelsel in te richten, zou het onwenselijk zijn als Nederland gedwongen zou zijn om, als gevolg van toepassing van de coördinatieverordening, de volksverzekeringen aan te passen of zelfs af te schaffen. Die dreiging hing na de *Ten Holder*-jurisprudentie wel even in de lucht.

Overigens hebben inmiddels ook veel andere lidstaten ingezetenenstelsels. Het overmatige aandeel Nederlandse zaken zal er mee te maken hebben gehad dat

³⁰ Inmiddels heeft ook Nederland deze weigeringsgrond afgeschaft, zij het om enkel nationale redenen. Zie hiervoor de MvT op w.v. 32 421 (wet harmonisatie en vereenvoudiging socialezekerheidswetgeving), p. 6 en 7.

Nederland van de oprichtingsstaten van de EEG toentertijd de eerste met dit type stelsel was.

De problemen die rezen zijn inmiddels ondervangen. Het probleem dat mensen die buiten Nederland wonen en hier werken niet aan de ingezetenen eis voldoen is opgelost door sterke werking van de aanwijsregels aan te nemen; in de nieuwe verordening is de sterke werking opgegaan in de gelijkstellingsregel. De jurisprudentie en nieuwe regels rond de postactieven hebben bewerkstelligd dat ook op dit terrein rust is gekomen.

Denkbaar is wel dat de toepassing van art. 45 VWEU, dat geen belemmeringen voor het vrij verkeer toelaat, en eventueel art. 21 over het Europees burgerschap, nog problemen gaan opleveren voor de exclusieve werking. Aan de andere kant is in de nieuwe verordening de exclusieve werking van de aanwijsregel versterkt, zodat verwacht mag worden dat het Hof die respecteert.

Ook de overgangsvoordelen van de AOW werden gerespecteerd, omdat anders het stelsel zeer grondig zou moeten worden aangepast. Ofschoon de verordening alleen betrekking heeft op migranten, kunnen bepaalde effecten die optreden als gevolg van toepassing van de verordening immers betekenis hebben voor het hele stelsel. Op het terrein van de grensarbeiders is het Nederlandse stelsel niet bijzonder geraakt. Het concept van de gedeeltelijk werkloze grensarbeider past goed bij de opzet van de WW.

Ook de export van Wajong-uitkeringen mag beperkt worden. De hardheidsclausule deed toentertijd enige twijfel rijzen: kennelijk is voor de wetgever beperking van de uitkering tot het grondgebied van Nederland niet essentieel, is het dan wel een bijzondere uitkering? Het Hof heeft dit echter geaccepteerd. Als er in de toekomst nog 'Hendrix-achtige' problemen ontstaan kan deze clausule dienen om ze op te lossen.

Bij de Wajong kan zich echter wel een ander probleem voordoen. De gelijkstellingsbepaling houdt in dat als een jonggehandicapte naar Nederland komt, hem niet mag worden tegengeworpen dat hij al arbeidsongeschikt is. In verband met de uitbreiding van de personele werkingssfeer van de verordening tot allen met de nationaliteit van de Unie kan hij nu zelfstandig – zonder dat zijn ouders in Nederland verzekerd moeten zijn – hier een beroep op doen. Dat zou problemen kunnen veroorzaken. Als veiligheidsklep geldt wel dat betrokkenen onder bepaalde omstandigheden uitgezet kunnen worden als ze een beroep doen op de openbare kas.

Een typisch kenmerk van de Nederlandse arbeidsongeschiktheidsuitkering betreft de weigering c.q. uitsluiting van uitkering bij arbeidsongeschiktheid bij – kortweg gezegd – aanvang verzekering. Dit werd door het Hof niet gerespecteerd, aangezien het het vrij verkeer in de weg kan staan. Een algemene gelijkstellingsbepaling van feiten is inmiddels opgenomen in de verordening. Mede gelet op het prudente gebruik dat toch al ook in de nationale context gemaakt wordt van de weigerings-c.q. uitsluitingsgrond is deze jurisprudentie niet problematisch.³¹

³¹ Wel dienen uitvoeringsorganisatie en rechter ook in schijnbaar eenvoudige zaken bedacht te zijn op de invloed van het EU-recht (inclusief het EER-recht).

Problemen deden zich verder voor bij de ontwikkeling van het stelsel. De vervanging van kinderbijslag door studiefinanciering paste slecht bij de verordening. Het Nederlandse stelsel mocht op dit punt intact blijven. Dit leidde wel tot allerlei zaken door een beroep op de non-discriminatiebepaling van Verordening 1612/68 en van het Verdrag (art. 18 jo. 21 VWEU). Het ware beter om studiefinanciering onder de verordening te brengen, maar dat zal nog wel veel discussie vereisen in de Raad.

Toekomst

Nederland heeft zich de laatste jaren sterk ingezet op activeringsmaatregelen. Zo is de zieke werknemer die nog een werkgever heeft, aangewezen op loondoorbetaling door die werkgever. De betreffende verplichting valt ook onder de verordening, waardoor de coördinatiebepalingen voor ziekte-uitkeringen ook van toepassing zijn als de werkgever het loon moet doorbetalen bij ziekte (*Paletta*-arrest).³² Dit betekent dat er andere controle- en bewijsregels gelden dan onder het Nederlandse recht. Op dit terrein zijn echter nog geen Nederlandse vragen aan het Hof gesteld. Het kan zijn dat enerzijds deze regelingen nog niet erg bekend zijn en dat de hoofdregels van het BW gevolgd worden. Het kan ook zijn dat in deze situatie – waar nog een arbeidsrelatie bestaat – eerder pragmatisch dan principieel wordt opgetreden, waardoor procedures uit de weg gegaan worden.

Ook bij de Wet WIA zijn er nog geen procedures gestart. Deze zijn wel denkbaar, nu werkloosheids- en arbeidsongeschiktheidselementen zo sterk met elkaar verweven zijn. Ook wordt bij aanvraag van een WIA-uitkering een re-integratieverslag verwacht. Door iemand die in verschillende landen werkzaam is geweest, laatstelijk buiten Nederland en daar ziek geworden is, is deze verplichting moeilijk na te leven, en dat geldt ook voor de voormalige Nederlandse werkgever. Kennelijk wordt ook hier pragmatisch mee om gegaan.

Meer op de lange termijn gericht kan echter worden vastgesteld dat de coördinatieregels soms minder goed passen bij nieuwere activerings- en re-integratiemaatregelen. Nederland hoort op dit terrein binnen de EU bij de voorhoede. We kunnen daarom op deze terreinen nog wel de nodige Nederlandse vragen verwachten. Deze zullen ongetwijfeld bijdragen aan modernisering van de verordening.

Tot slot

Ofschoon uit de uitspraken een zekere selectie gemaakt moest worden, zodat volledigheid niet nagestreefd kon worden, dekkende de behandelde uitspraken wel de ‘highlights’ van de ‘Nederlandse’ zaken.

We zien dat de arresten van het Hof de wezenlijke kenmerken van het stelsel in stand hebben gelaten, zelfs waar de coördinatiebepalingen zelf daar niet in voorzagen. Waar er niet sprake was van wezenlijke kenmerken – in die zin dat het stelsel niet fundamenteel aangepast hoefde te worden – kreeg het vrij verkeer voorrang.

³² HvJ EG 3 juni 1992, zaak 45/90, *Jur.* 1992, I-3423.

EEN TRIP LANGS DE HAGEN

In die zin is er geen sprake van botsingen van Nederlands en EU-recht, maar wel van grensgeschillen. De jurisprudentie van het Hof verlangt wel steeds meer 'eigen denkwerk' van de uitvoeringsinstanties en rechters, in die zin dat ze moeten nagaan of er belemmeringen zijn voor het vrij verkeer c.q. dat het Europees burgerschap aan een bepaalde bepaling in de weg staat. Scholing op het terrein van het EU-recht wordt steeds belangrijker.