

Grensarbeider tussen wal en schip

Over de weerbarstige praktijk van de Europese conflictregels in het arbeids- en socialezekerheidsrecht

TRA 2015/12

De lange Nederlandse loondoorbetalingsplicht bij ziekte zorgt voor coördinatieproblemen in grensoverschrijdende arbeidssituaties. Aan de hand van een casus uit de praktijk worden de problemen in kaart gebracht en mogelijke oplossingen besproken en beoordeeld.

1. Inleiding: casus en probleemstelling

Aanleiding voor dit artikel is een geschil dat aanhangig is bij een Duitse arbeidsrechtbank. De casus luidt als volgt. Werkneemster (verder te noemen Schmidt) woont in een Duits dorp vlak bij de Nederlandse grens en is vanaf 1 september 2011 in dienst van een Duits uitzendbureau (DUB). Ze heeft een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd waarin het Duitse recht van toepassing wordt verklaard. Vanaf dag één wordt ze tewerkgesteld bij een Nederlandse werkgever net over de grens. Haar salaris ligt rond het niveau van het Nederlandse minimumloon en DUB draagt sociale premies af in Nederland. In juli 2012 meldt Schmidt zich ziek. In Duitsland geldt, net zoals in Nederland, een loondoorbetalingsplicht van de werkgever; de duur is echter aanzienlijk korter dan bij ons, namelijk zes weken. De loondoorbetaling wordt geregeld in het "Entgeltfortzahlungsgesetz". In overeenstemming met deze wet betaalt DUB gedurende zes weken loon door aan Schmidt. Ondertussen zegt DUB, in overeenstemming met het Duitse arbeidsrecht en met inachtneming van een geldige opzegtermijn, de arbeidsovereenkomst per 6 januari 2013 op.

Nadat de loondoorbetaling is gestopt, vraagt Schmidt bij het UWV een uitkering aan op grond van de Ziektewet (ZW). Het UWV meldt in december 2012 dat ze geen ZW-uitkering kan krijgen omdat haar werkgever verplicht is tijdens ziekte loon door te betalen. Schmidt wendt zich vervolgens tot haar Krankenkasse met het verzoek om Krankengeld. Dit verzoek wordt eveneens afgewezen:

"Bei einem nach niederländischem Recht begründeten Beschäftigungsverhältnis ist eine Zahlung von Krankengeld durch uns nicht möglich."

¹ Mr. dr. T. Dijkhoff is onderzoeker te München. Zij is verbonden aan het Max Planck Institute for Social Law and Social Policy, dept. Foreign and International Social Law. Mr. S. Montebovi is docent sociaal recht aan Tilburg University. Zij werkt aan een proefschrift over de gevolgen van privatisering van het Nederlandse socialezekerheidsstelsel bij grensoverschrijdende arbeidssituaties.

Uit de door de Krankenkasse verstrekte opgave van verzekeringsperiodes blijkt dat ze vanaf 14 februari 2011 te boek staat als "Betreute im Ausland", waaruit kan worden opgemaakt dat ze voor aanvang van haar laatste contract met DUB reeds in Nederland werkzaam was. Uit het dossier blijkt verder dat DUB in oktober 2012 de Deutsche Verbindungsstelle Krankenversicherung Ausland verzocht heeft Schmidt met terugwerkende kracht vanaf 15 maart 2010 onder de Duitse sociale zekerheid te laten vallen.² Op grond hiervan gaan we ervan uit dat Schmidt vanaf deze datum in Nederland werkzaam was. Het verzoek werd echter afgewezen. Schmidt roept uiteindelijk rechtshulp in en vordert bij dagvaarding van 10 juli 2013 van DUB loondoorbetaling conform art.7:629 BW tot 6 januari 2013 op basis van art. 11 sub 3 onder a Verordening (EG) nr. 883/2004. DUB stelt zich op het standpunt dat het heeft gehandeld volgens de Duitse regels, die op grond van de rechtskeuze voor het Duitse recht in het arbeidscontract van toepassing waren.

Het probleem dat aan de basis ligt van deze casus is het feit dat de arbeidsrechtelijk geregelde loondoorbetaling bij ziekte onder de werkingssfeer valt van verschillende Europese regelingen en de aanwijsregels van deze regelingen niet per definitie in dezelfde richting wijzen. Dit probleem is sinds de invoering van de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte (Wulbz) door verschillende auteurs signaleerd en besproken.³ Nu het (eindelijk) in de praktijk tot een rechtszaak leidt, lijkt het ons een goed moment de stand van zaken op te maken en, voortbouwend op de eerdere discussies, mogelijke oplossingen uit te diepen. In dit artikel bespreken we eerst welk socialezekerheidsrecht en welk arbeidsrecht van toepassing is op Schmidt's inkomensvoorziening gedurende haar ziekte (paragraaf 2). We doen dit achtereenvolgens vanuit het perspectief van Verordening (EG) nr. 883/2004 en Verordening (EG) nr. 593/2008

² Waarschijnlijk met een beroep op art. 16 Verordening (EG) nr. 883/2004 dat ruimte biedt voor onderlinge afspraken tussen de bevoegde autoriteiten in afwijking van de aanwijsregels.

³ F. Pennings, 'De Wulbz en grensoverschrijdend verkeer van werknemers', *SMA* 1997/3, p. 174-186; G. Vonk, 'Conflicterend conflictenrecht', *SMA* 2001, p. 150-163; M.S. Houwerzijl & F. Pennings, 'Conflict(erende) regels in het socialezekerheids- en het arbeidsrecht', in: A. Van Regenmortel, H. Verschuieren & V. Vervliet (red.), *Sociale zekerheid in het Europa van de markt en de burgers: enkele actuele thema's*, Brugge: Die Keure 2007, p. 481-554, met name punt 87-88; S. Klosse en W. Rauws, 'Arbeidsrechtelijke aspecten van grensoverschrijdend werken', in: H. Verschuieren (red.), *Werken over de grens België-Nederland, Sociaal- en fiscaalrechtelijke grensconflicten*, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 59-113, met name p. 80-99.

(Rome I).⁴ We concluderen dat conflicterende conflictregels ertoe hebben geleid dat Schmidt haar opgebouwde verzekeringsrechten niet heeft kunnen verzilveren. In paragraaf 3 en 4 onderzoeken we vervolgens verschillende mogelijkheden om het uitkeringsvacuüm waarin Schmidt zich bevindt op te lossen, en we sluiten af met een korte conclusie (paragraaf 5).

2. Welk recht is van toepassing?

2.1 **Verordening (EG) nr. 883/2004 (Coördinatieverordening)**
Om het toepasselijke socialezekerheidsrecht vast te stellen, moet eerst worden nagegaan of de zaak Schmidt inderdaad onder het bereik van Verordening (EG) nr. 883/2004 valt. Art. 3 lid 2 geeft aan dat de Verordening ook van toepassing is op "stelsels betreffende de verplichtingen van een werkgever". Dit is ook eerder bevestigd in het Paletta I-arrest met betrekking tot art. 4 lid 1(a) Verordening (EG) 1408/1971.⁵ Aangezien deze bepaling in de huidige Verordening (EG) nr. 883/2004, de opvolger van Verordening (EG) 1408/1971, ongewijzigd is neergelegd in art. 3 lid 1(a), mag ervan worden uitgegaan dat deze jurisprudentie nog steeds van kracht is. Voor wat de personele werkings sfeer betreft, kunnen we vaststellen dat Schmidt onder het bereik van de Coördinatieverordening valt, aangezien ze woont in een EU-lidstaat en werkt in een andere. Nu de Verordening op de zaak Schmidt/DUB van toepassing is, moeten de aanwijfsregels dwingend worden gevolgd.⁶

Schmidt's vordering is gebaseerd op de hoofdregel dat voor degene die werkzaamheden al dan niet in loondienst verricht in een lidstaat, de wetgeving van die lidstaat geldt (art. 11 lid 3a Verordening (EG) nr. 883/2004). Dat de zaak onder de hoofdregel valt, is niet evident omdat er in art. 12 Verordening (EG) nr. 883/2004 een uitzondering gemaakt wordt voor detachering. Hierin wordt bepaald dat de persoon in kwestie onderworpen blijft aan de wetgeving van het land waar de werknemer normaliter zijn werkzaamheden verricht, mits de te verwachten duur van de werkzaamheden niet meer dan 24 maanden bedraagt en de betrokkene niet wordt uit-

gezonden om een ander te vervangen. Verder wordt in art. 14 lid 1 Verordening (EG) nr. 987/2009 nog de voorwaarde gesteld dat de betrokkene onmiddellijk voor het begin van zijn werkzaamheden in loondienst reeds onderworpen is aan de wetgeving van de lidstaat waar zijn werkgever gevestigd is.⁷ Omdat Schmidt onmiddellijk voorafgaand aan haar contract met DUB reeds in Nederlands werkzaam was, en zij hier bovendien langer dan 24 maanden werkte, kan geen geldig beroep gedaan worden op de uitzondering van art. 12 Verordening (EG) nr. 883/2004 voor gedetacheerde werknemers. Op grond hiervan kan geconcludeerd worden dat inderdaad de hoofdregel geldt: het toepasselijke socialezekerheidsrecht is het recht van het werkland, van Nederland dus.

2.2 Internationaal privaatrecht: Verordening (EG) nr. 593/2008 (Rome I)

De grensoverschrijdende arbeidsverhouding tussen Schmidt en DUB, gebaseerd op een privaatrechtelijke verbintenis, valt tegelijkertijd onder het bereik van Rome I. In tegenstelling tot de Coördinatieverordening, schrijft Rome I het toepasselijk recht niet dwingend voor, maar kunnen partijen zelf het toepasselijke recht aanwijzen (art. 3 en art. 8 Verordening (EG) nr. 593/2008). DUB en Schmidt hebben van deze keuzevrijheid gebruikgemaakt door in de arbeidsovereenkomst het Duitse recht van toepassing te verklaren. Art. 8 Verordening (EG) nr. 593/2008 bepaalt daarnaast dat de rechtskeuze er niet toe mag leiden dat de werknemer de bescherming verliest van "bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken" op grond van het recht dat van toepassing zou zijn geweest als er geen rechtskeuze was gemaakt (het objectief toepasselijk recht).⁸ De loondoorbetalingsplicht tijdens ziekte, geregeld in art. 7:629 BW, behoort tot deze dwingende bepalingen,⁹ en zou dus van toepassing zijn wanneer Nederlands recht als objectief toepasselijk recht zou worden aangewezen. Of dit het geval is, moet worden vastgesteld aan de hand van art. 8 lid 2-4 Verordening (EG) nr. 593/2008. Lid 2 bevat de hoofdregel: het toepasselijk recht is het recht van het land waar de werknemer gewoonlijk de arbeid verricht. Dit gewoonlijke werkland verandert niet wanneer de werknemer tijdelijk in een ander land werkt. Anders dan in de Coördinatieverordening wordt de reikwijdte van 'tijdelijkheid' opengelaten. Wel wordt in overweging 36 van de preambule aangegeven dat de terugkeerintentie van partijen bepalend is.¹⁰ Als het gewoonlijke werkland niet kan worden vastgesteld (omdat

4 Verordening (EG) nr. 883/2004 van 29 april 2004 betreffende de coördinatie van de socialezekerheidsstelsels; Verordening (EG) nr. 593/2008 van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I). Een derde Europese regeling met conflictregels die op de casus van toepassing is, is Richtlijn 96/71/EG van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten (Detacheringsrichtlijn). Hierin wordt geregeld dat een harde kern van arbeidsvoorwaarden van het werkland in acht moet worden genomen ongeacht het recht dat van toepassing is op de arbeidsovereenkomst. Voor onze casus kan deze richtlijn echter buiten beschouwing blijven, aangezien loondoorbetaling bij ziekte niet tot de harde kern behoort.

5 HvJ EU 3 juni 1992, C-45/90, r.o. 19. Zie ook S. Montebovi, 'Paletta I en II. Viva Italia mit Deutsche Lohn!', in: G. Essers e.a. (red.), *Vrij verkeer van personen in 60 arresten. De zegeningen van het Europees burgerschap*, Deventer: Kluwer 2012, p. 81-87.

6 Ingevolge art. 11 lid 1 Verordening (EG) nr. 883/2004. Zie voor uitgebreide bespreking van de toepassing van deze Verordening o.a.: F. Pennings, *European Social Security Law*, Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia 2010; F. Pennings, 'Grensoverschrijdend socialezekerheidsrecht', in: B.B.B. Lanting, S.S.M. Peters & M. Westerveld, *Een trip langs de hagen van het socialezekerheidsrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgeverij 2011, p. 135-148.

7 Verordening (EG) nr. 987/2009 van 16 september 2009; Besluit Nr. A2 van 12 juni 2009 van de Administratieve Commissie, 2010/C 106/02 punt 1.

8 Zie voor bespreking van art. 8 Verordening (EG) nr. 593/2008: A. Van Hoek, *Tekst en Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2012, art. 8 Verordening (EG) nr. 593/2008.

9 *Kamerstukken II 1995/96*, 24439, 3, p. 13 (MvT).

10 Zie over tijdelijkheid: M.S. Houwerzijl, 'Verschillen in toepasselijk arbeidsrecht bij tijdelijke en structurele intracommunautaire arbeidsmigratie', in: H. Verschuere & M.S. Houwerzijl, *Toepasselijk Arbeidsrecht over de grenzen heen*, Deventer: Kluwer 2009, p. 178-184, met name p. 167-168; M.S. Houwerzijl & F. Pennings, 'Conflict(erende) regels in het socialezekerheids- en het arbeidsrecht', in: A. Van Regenmortel, H. Verschuere & V. Vervliet (red.), *Sociale zekerheid in het Europa van de markt en de burgers: enkele actuele thema's*, Brugge: Die Keure 2007, punt 68-69; A. Van Hoek, *Tekst en Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2012, art. 8 Verordening (EG) nr. 593/2008, p. 885.

de werknemer bijvoorbeeld gelijktijdig in verschillende lidstaten werkzaam is), dan geldt het recht van het land waar de werkgever gevestigd is (lid 3). Lid 4 kan gezien worden als een ontsnappingsclausule, op grond waarvan een ander recht van toepassing kan worden verklaard dan het recht dat op basis van lid 2 of lid 3 van toepassing zou zijn indien “de overeenkomst een kennelijk nauwere band heeft” met dat andere recht. Recent heeft het HvJ EU puntjes op de i gezet ten aanzien van dit artikel.¹¹

Uit een notitie van de Duitse rechter bij een adviesvraag in dit dossier blijkt dat deze rechter ervan uitgaat dat het objectief toepasselijk recht het Duitse recht is omdat Schmidt tijdelijk in Nederland haar arbeid verricht en Duitsland derhalve Schmidt's gewoonlijke werkland is. Dit betekent dat ook indien er geen rechtskeuze gemaakt was door partijen, de arbeidsovereenkomst beheerst zou worden door het Duitse recht op grond van art. 8 lid 2 Verordening (EG) nr. 593/2008. De dwingende bepalingen van het Nederlandse recht, waaronder de loondoorbetalingsplicht van art. 7:629 BW, blijven volgens de Duitse rechter hierdoor buiten toepassing. Of deze conclusie de (enige) juiste is, bespreken we in paragraaf 4; vooralsnog gaan we uit van de juistheid van dit standpunt.

2.3 *Conflicterende conflictregels: wat nu?*

Nu Rome I het Duitse recht van toepassing verklaart terwijl tegelijkertijd de Coördinatieverordening het Nederlandse recht aanwijst, is er sprake van conflicterende conflictregels. Zo'n conflict hoeft niet per definitie problematisch te zijn. Als het zou gaan om een socialezekerheidsuitkering waarbij arbeidsrechtelijke regels geen rol spelen, zoals bijvoorbeeld kinderbijslag, zou de gelijktijdige toepassing van het Duitse arbeidsrecht en het Nederlandse socialezekerheidsrecht geen problemen opleveren. Echter, omdat het Nederlandse socialezekerheidsstelsel in geval van ziekte ook arbeidsrechtelijke aanspraken bevat, heeft dit conflict voor Schmidt wel degelijk problematische gevolgen: ze vist voor wat betreft haar inkomen tijdens ziekte in beide landen achter het net. Dit is uiteraard niet de bedoeling van beide verordeningen en het is in strijd met de in het primaire EU-recht opgenomen regels betreffende het vrije verkeer van werknemers.¹² Er zal dus een oplossing moeten komen waarmee Schmidt haar socialezekerheidsrechten kan verzilveren.

Er zijn verschillende benaderingen denkbaar om het probleem aan te pakken, die we hieronder uitwerken. De eerste benadering (paragraaf 3) neemt de Coördinatieverordening als uitgangspunt. We bespreken daarbij eerst de optie (pa-

ragraaf 3.1-3.2) van een consequente, rechttoe rechtaan toepassing van de dwingende aanwijzeregels van de Coördinatieverordening op de volledige inkomensvoorziening tijdens ziekte. In de tweede optie (paragraaf 3.3-3.4) gaan we uit van een beperktere toepassing van deze Verordening waarbij de contractsvrijheid van partijen zoveel mogelijk intact blijft. De tweede benadering (paragraaf 4) ziet op het oplossen van het conflict op basis van art. 8 Verordening (EG) nr. 593/2008.

3. **Benadering vanuit het perspectief van de Coördinatieverordening**

3.1 *Optie 1: de loondoorbetalingsplicht als onderdeel van het socialezekerheidssysteem bij ziekte*

Zoals hiervoor besproken, schrijft de Coördinatieverordening dwingend voor welk socialezekerheidsrecht van toepassing is. We hebben vastgesteld dat dit voor onze casus het Nederlandse recht is. Volgens het Nederlandse systeem voor inkomen bij ziekte heeft een werknemer recht op (maximaal) 104 weken loondoorbetaling op grond van art. 7:629 BW, of, bij gebreke van een loonaanspraak, op een uitkering volgens de ZW.¹³ Schmidt heeft dus in beginsel recht op 104 weken loondoorbetaling.¹⁴ DUB ziet zich door het feit dat de Coördinatieverordening het Nederlandse recht van toepassing verklaart, geconfronteerd met een forse uitbreiding van de loonbetalingsplicht ten opzichte van het Duitse recht, namelijk van 6 tot 104 weken. Daar kan nog eens een jaar loonsanctie bovenop komen als bij de poortwachters-toets het UWV oordeelt dat er onvoldoende re-integratie-inspanningen zijn geleverd door de werkgever (art. 7:658a BW jo. art. 25 WIA).

Het is echter de vraag of DUB wel verplicht kan worden tot loondoorbetaling gedurende 104 weken als die verplichting niet bestaat in het Duitse arbeidsrecht. Houwerzijl en Pennings gaan er vanuit dat de loondoorbetalingsplicht weliswaar onder de Coördinatieverordening valt, maar slechts voor zover deze verplichting onder het nationale recht bestaat.¹⁵ De verplichting van de werkgever om het loon 104 weken door te betalen zou dus niet gelden voor die gevallen waarin het Nederlandse arbeidsrecht niet van toepassing is, omdat anders nieuwe verplichtingen voor de werkgever zouden worden gecreëerd. De uitbreiding van 6 naar 104 weken loondoorbetalingsplicht zou in strijd zijn met het gegeven dat Verordening (EG) 833/2004 geen rechten of verplichtingen creëert maar enkel coördineert.¹⁶

Deze redenering lijkt echter op gespannen voet te staan met de exclusieve werking van de aanwijzeregels in de Coördinatieverordening. Als namelijk de Coördinatieverordening

11 HvJ EU 15 december 2011, C-384/10 (*Voogsgeerd*); HvJ EU 15 maart 2011, C-29/10 (*Koelzsch*); HvJ EU 12 september 2013, C-64/12 (*Schlecker*). Voor een bespreking van deze arresten, zie C. Gulotta, 'the first two decisions of the ECJ on the law applicable to employment contracts', *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013-2 (Vol. 5), p. 584-591; V. Van Den Eeckhout, 'De ontsnappingsclausule van art. 6 lid 2 EVO. Hoe bijzonder is de zaak *Schlecker*?', in: *TRA* 2014/31, afl. 4, p. 3-8.

12 Zie bijv. Verordening (EG) nr. 883/2004, preambule punt 13; Verordening (EG) nr. 593/2008, preambule punt 23; art. 45 VWEU; HvJ EU 4 oktober 1991, C-196/90 (*De Paep*), r.o. 18.

13 Art. 19 lid 1 ZW jo. art. 29 lid 1 sub a ZW.

14 Aangenomen dat Schmidt aan haar re-integratieverplichtingen voldoet (art. 7:629 lid 3 BW en art. 7:660a BW).

15 M.S. Houwerzijl & F. Pennings, 'Conflict(erende) regels in het socialezekerheids- en het arbeidsrecht', in: A. Van Regenmortel, H. Verschuuren & V. Vervliet (red.), *Sociale zekerheid in het Europa van de markt en de burgers: enkele actuele thema's*, Brugge: Die Keure 2007, p. 535.

16 Preambule Verordening (EG) nr. 883/2004, punt 4.

het Nederlandse socialezekerheidsrecht dwingend aanwijst als toepasselijk recht en als de loondoorbetalingsplicht tijdens ziekte daar deel van uit maakt, betekent dit dat niet het Duitse Entgeltfortzahlungsgesetz van toepassing is, maar art. 7:629 BW. Er is dan niet een nieuwe verplichting gecreëerd, maar 'enkel' een bestaande verplichting van toepassing verklaard.

Het feit dat de lange loondoorbetalingsplicht voor DUB als een onaangename verrassing komt, kan moeilijk als argument dienen om het toepasselijke recht niet toe te passen. Het HvJ EU overwoog hieromtrent in het Paletta I-arrest dat de "omstandigheid dat de uitkeringen financieel ten laste van de werkgever komen [...] niet [kan] verhinderen dat zij binnen de werkingssfeer van Verordening nr. 1408/71 vallen".¹⁷ Bovendien geldt in het algemeen dat verplichtingen onder buitenlands socialezekerheidsrecht aanzienlijk kunnen verschillen ten opzichte van het nationale recht, ook met betrekking tot andere uitkeringen. Juist omdat Verordening (EG) nr. 883/2004 enkel een coördinatiemethode uitwerkt, blijven de lidstatelijke verschillen intact en kan toepassing van de Verordening tot zowel onaangename als blijde verrassingen leiden – zowel voor de werkgever als voor de werknemer. Volgens deze uitleg is DUB dus verplicht aan de Nederlandse loondoorbetaling te voldoen, omdat Schmidt op grond van de Coördinatieverordening in Nederland verzekerd is.

3.2 *Het opzegverbod als onlosmakelijk element van de loondoorbetalingsplicht*

Omdat voor het Nederlandse systeem betreffende uitkering bij ziekte het opzegverbod bij ziekte (art. 7:670 BW) een essentieel element is, rijst vervolgens de vraag hoe dit verbod zich verhoudt tot de Coördinatieverordening. In de casus wordt Schmidt's arbeidsovereenkomst opgezegd in overeenstemming met het Duitse recht. Maar geldt hier het Duitse of het Nederlandse recht betreffende opzegging? Voorbijgaan aan het Nederlandse opzegverbod maakt art. 7:629 BW tot een dode letter en doorbreekt het sluitende socialezekerheidssysteem bij ziekte. Dit zou tot het standpunt kunnen leiden dat het opzegverbod – als onderdeel van de loondoorbetalingsplicht – eveneens onder het bereik van de Coördinatieverordening valt en dus door DUB in acht moet worden genomen. Hoewel dit standpunt ons vanuit het perspectief van de Coördinatieverordening en het Paletta I-arrest juist lijkt, wordt de werkingssfeer van de Verordening hierdoor behoorlijk ver opgerekt in de richting van het privaatrechtelijke arbeidsrecht.

3.3 *Optie 2: Beperkte uitleg van de Coördinatieverordening*

In feite betekent de toepassing van de Coördinatieverordening sowieso een beperking van het (internationale) contractenrecht omdat de vrije keus van partijen om te kiezen voor het Duitse recht wordt overruled door de dwingende aanwijfsregels van de Coördinatieverordening met betrek-

king tot het socialezekerheidsrecht. Bij de in optie 1 besproken ruime toepassing van deze aanwijfsregels worden bovendien een aantal arbeidsrechtelijke regels overruled, met als consequentie een forse uitbreiding van de financiële verplichtingen van de werkgever. Het is de vraag of een dergelijk ingrijpen in het arbeidsrecht strookt met de bedoeling van de Coördinatieverordening. Overweging zes van de preambule van de Coördinatieverordening stelt dit probleem als volgt aan de orde:

"De nauwe band tussen de socialezekerheidswetgeving en de contractuele bepalingen die deze wetgeving aanvullen of vervangen [...] kan ten aanzien van de toepassing van die contractuele bepalingen een soortgelijke bescherming noodzakelijk maken als die welke door de Verordening wordt geboden. Als eerste stap in die richting zouden de ervaringen kunnen worden geëvalueerd van de lidstaten die van dergelijke regelingen kennis hebben gegeven."

De eerste zin lijkt te ondersteunen dat de contractuele bepalingen die deel uitmaken van de inkomensvoorziening bij ziekte inderdaad verplicht 'meeliften' met de aanwijfsregels van de Coördinatieverordening. Echter, de formulering 'als eerste stap in die richting' zou ruimte kunnen bieden voor een voorlopige terughoudendheid op dit punt, en een aanknopingspunt kunnen zijn voor een beperktere werkingssfeer. Een beperkte benadering zou kunnen inhouden dat de arbeidsrechtelijke aspecten van de inkomensvoorziening bij ziekte volgens het gekozen Duitse recht intact blijven en in het Nederlandse socialezekerheidssysteem bij ziekte worden ingepast. De Duitse loondoorbetalingsplicht vervangt dan in feite art. 7:629 BW en de Duitse regels inzake opzegging vervangen het Nederlandse opzegverbod.

Hoe ziet de situatie eruit voor Schmidt wanneer de rechter deze beperkte toepassing zou voorstaan en zou uitgaan van een loondoorbetalingsplicht van zes weken volgens het Entgeltfortzahlungsgesetz? Voorop staat dat deze benadering niet mag leiden tot het uitkeringsvacuüm waarin Schmidt zich in de praktijk bevindt. Omdat de Nederlandse socialezekerheidswetgeving van toepassing is, moet Schmidt kunnen terugvallen op de Nederlandse regelingen. Hierbij is het zaak om goed voor ogen te houden dat de Nederlandse wetgever een sluitend systeem van inkomensvoorziening bij ziekte wil(de) realiseren, ook na de privatisering van de ZW. Dat betekent dat iedereen die in Nederland werkt en ziek wordt óf door zijn werkgever wordt doorbetaald óf van het UWV een uitkering ontvangt. Werknemers en werkgevers uit het buitenland van dit systeem uitsluiten, is onverenigbaar met de Nederlandse gedachte van één inclusief systeem van inkomensvoorziening bij ziekte en – en dat is misschien nog erger – onverenigbaar met het Europese gedachtegoed betreffende het vrij verkeer van werknemers dat tevens het hoofddoel van de Coördinatieverordening is. Dit betekent dat, wanneer de loondoorbetalingsplicht na zes weken stopt, Schmidt met succes een beroep zou moeten kunnen doen op de ZW.

¹⁷ HvJ EU 3 juni 1992, C-45/90, r.o. 18 (*Paletta I*).

3.4 De Ziektewet als vangnet voor werknemers met buitenlandse arbeidsovereenkomst?

Heeft Schmidt na zes weken ziekte inderdaad recht op een uitkering volgens de ZW? Op basis van art. 3 ZW en art. 3a ZW kan allereerst worden vastgesteld dat Schmidt, als zieke werknemster met een Duits arbeidscontract, ook een werknemer in de zin van de ZW is. Vervolgens moet worden nagegaan welke mogelijkheden de ZW biedt. Op grond van art. 19 lid 1 ZW jo. art. 29 lid 1 sub a ZW heeft een zieke werknemer recht op een ZW-wetuitkering tenzij hij recht heeft op loon als bedoeld in art. 7:629 BW. In 1996 concludeerde Pennings al dat werknemers met een buitenlandse arbeidsovereenkomst echter geen toegang hebben tot de ZW (op grond van art. 29 lid 1 ZW).¹⁸ Ook art. 29 lid 2 ZW sluit deze werknemers uit omdat hun situatie niet past in de limitatieve opsomming ervan. In de bijdrage van Houwerzijl en Pennings uit 2007 wordt deze redenering bevestigd en gesteld dat naar analogie werknemers met een buitenlandse loondoorbetaling ook uitgesloten zijn.¹⁹ Klosse en Rauws ontleden hoe bij ziekte een Belgische werknemer met een Belgisch arbeidscontract (vier weken loondoorbetaling) en onderworpen aan het Nederlandse socialezekerheidsrecht van het kastje naar de muur wordt gestuurd.²⁰ Het uitgangspunt is dan, net als bij Houwerzijl en Pennings, ziekte tijdens de arbeidsrelatie zonder dat er sprake is van opzegging tijdens ziekte. De vraag of het beroep op de ZW als vangnet kans van slagen heeft, beantwoorden zij evenzeer negatief op basis van art. 29 lid 1 en 2 ZW. Ook wij zien in de huidige ZW onvoldoende aanknopingspunten voor Schmidt tijdens de looptijd van het arbeidscontract. En gezien de afwijzing van Schmidt's uitkeringsaanvraag is ook het UWV ervan uitgegaan dat Schmidt geen aanspraak kan maken op de ZW.

Interessant in dit verband is een brief van Minister Donner van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) in 2009 in het kader van de behandeling van de nieuwe Verordening (EG) nr. 883/2004 die in mei 2010 in werking zou treden. Door Kamerleden was de vraag gesteld of de 104 weken loondoorbetalingsplicht ook geldt voor een Duitse of Belgische werkgever. De minister gaf daarop het volgende antwoord:²¹

“Indien een werknemer echter geen arbeidsovereenkomst heeft waarop het BW van toepassing is, terwijl de aanwijzingsregels van de Verordening (883/04) de Nederlandse socialezekerheidswetgeving aanwijzen als toepasselijke wetgeving, wordt deze werknemer voor de bepalingen van de Ziektewet aangemerkt als werknemer. UWV zal

deze werknemer een ZW-uitkering toekennen indien aan de overige voorwaarden is voldaan.”

In feite passeert de minister hier de vraag of er een loonaanspraak op basis van het BW bestaat door een grond toe te voegen aan art. 29 ZW op basis waarvan het recht op een ZW-uitkering bestaat, namelijk een arbeidsovereenkomst waarop niet het BW van toepassing is. In principe zou het UWV dus, met verwijzing naar de brief van de minister, aan Schmidt een uitkering moeten (kunnen) toewijzen.

Zolang deze uitbreiding van de ZW echter niet in de wet zelf is opgenomen, is er geen wettelijke basis voor een uitkering aan werknemers met een arbeidsovereenkomst die beheerst wordt door buitenlands recht. Dit betekent dat bij een beperkte uitleg van de Coördinatieverordening het uitkeringsvacuüm van Schmidt blijft bestaan. En omdat dit een ongeoorloofde belemmering van het vrij verkeer van werknemers inhoudt, dient ofwel de ruime uitleg van optie 1 gehanteerd te worden, ofwel een oplossing gezocht te worden via het internationale privaatrecht (IPR).

4. Benadering vanuit het perspectief van het IPR

De tweede benadering neemt als uitgangspunt het IPR en meer bepaald Rome I. Waar de Coördinatieverordening het toepasselijk recht dwingend voorschrijft, laat Rome I partijen meer vrijheid (art. 3 en art. 8 Verordening (EG) nr. 593/2008). Die vrijheid wordt echter beperkt doordat de werknemer de bescherming geniet van de dwingende regels van het objectief toepasselijke recht. In paragraaf 2.2 is reeds besproken dat als hoofdregel het recht van het land waar de werknemer gewoonlijk werkt van toepassing is. Hierbij geldt, net als in de Coördinatieverordening, dat tijdelijk werk in een ander land het gewoonlijke werkland niet wijzigt. De invulling van het begrip ‘tijdelijk werk’ is onder beide verordeningen echter niet per definitie gelijk. Waar de Coördinatieverordening een aantal duidelijke criteria voorschrijft, laat Rome I dit grotendeels open. Het enige concrete aanknopingspunt is de terugkeerintentie van partijen. Het verschil in interpretatie van het begrip tijdelijkheid heeft in onze casus geleid tot conflicterende conflictregels, waardoor Schmidt tussen wal en schip valt. Wij gaan op grond van art. 8 Verordening (EG) nr. 593/2008 twee verschillende mogelijkheden na om het conflict op te heffen.

De eerste mogelijkheid is gebaseerd op art. 8 lid 2 Verordening (EG) nr. 593/2008, het gewoonlijke werkland. De vraag is of de terugkeerintentie voldoende is om te stellen dat de detachering van Schmidt tijdelijk is, en Duitsland derhalve het gewoonlijke werkland is. In de toelichting bij het voorstel voor Rome I staat dat de rechter bij het vaststellen van tijdelijkheid “met name rekening moeten houden met de intentie van de partijen”.²² De term ‘met name’ lijkt ruimte te bieden voor meerdere factoren om tijdelijkheid aan te

18 F. Pennings, ‘De Wulbz en grensoverschrijdend verkeer van werknemers’, SMA 1997/3, p. 179.

19 M.S. Houwerzijl & F. Pennings, ‘Conflict(erende) regels in het socialezekerheids- en het arbeidsrecht’, in: A. Van Regenmortel, H. Verschueren & V. Vervliet (red.), *Sociale zekerheid in het Europa van de markt en de burgers: enkele actuele thema's*, Brugge: Die Keure 2007, p. 534-535.

20 S. Klosse en W. Rauws, ‘Arbeidsrechtelijke aspecten van grensoverschrijdend werken’, in: H. Verschueren (red.), *Werken over de grens België-Nederland, Sociaal- en fiscaalrechtelijke grensconflicten*, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 81-89.

21 Kamerstukken II 2009/10, 21501-31, 194, p. 19 (vraag 23).

22 COM (2005) 650 def., p. 8.

nemen. Houwerzijl geeft aan dat de tekst van art. 8 lid 2 Verordening (EG) nr. 593/2008 erop wijst dat de betrokken werknemer ook voorafgaand aan de detachering gewerkt moet hebben in het gewoonlijke werkland, omdat er anders geen sprake is van tijdelijk werk in een ander land.²³ Het is echter niet duidelijk of dit onmiddellijk voorafgaand aan het huidige werk moet zijn geweest. Als Schmidt in Duitsland gewerkt heeft en vervolgens ruim twee jaar onder opeenvolgende uitzendovereenkomsten in Nederland werkzaamheden heeft verricht, kan dit nog steeds tijdelijk werk in een ander land betekenen. Het is wachten op een uitspraak van het HvJ EU over de reikwijdte van het begrip tijdelijke arbeid. Tot die tijd zien wij geen mogelijkheid om met zekerheid vast te stellen of Schmidt gewoonlijk in Duitsland dan wel in Nederland werkte.

De tweede mogelijkheid die Schmidt rest, is de ontsnapingsclausule van art. 8 lid 4 Verordening (EG) nr. 593/2008. Ook al zou Duitsland het gewoonlijke werkland zijn, dan nog is Nederlands recht van toepassing als uit het geheel der omstandigheden blijkt dat de overeenkomst een nauwere band heeft met Nederland. In het Schlecker-arrest heeft het HvJ EU de aanknopingspunten voor een nauwere band als volgt op een rij gezet:²⁴

“Onder de belangrijke factoren voor die aanknopingspunt dient allereerst rekening te worden gehouden met het land waar de werknemer belastingen en heffingen op inkomsten uit arbeid betaalt en het land waar hij is aangesloten bij de sociale zekerheid en de verschillende pensioen-, ziektekostenverzekerings- en invaliditeitsregelingen. Bovendien dient de nationale rechter rekening te houden met alle omstandigheden van de zaak, zoals met name de criteria betreffende de vaststelling van het salaris en de andere arbeidsvoorwaarden.”

Het feit dat Schmidt bij de Nederlandse sociale zekerheid is aangesloten is een belangrijke indicatie voor een nauwere band met Nederland dan met Duitsland. Verder kan ook de omstandigheid dat Schmidt sociale bescherming ontbeert indien Duits recht als objectief toepasselijk recht wordt aangewezen, als aanknopingspunt dienen.²⁵ Het doel van art. 8 Verordening (EG) nr. 593/2008 is tenslotte om de werknemer een passende bescherming te bieden.²⁶ Dit wordt in punt 23 van de preambule nog eens benadrukt. Hierin wordt gesteld dat de zwakkere partijen moeten worden beschermd door collisionregels die gunstiger zijn voor hun belangen dan de algemene regels. Vertaald naar de casus zou Schmidt dus beschermd moeten worden door de bijzondere

regel van art. 8 lid 4 Verordening (EG) nr. 593/2008 omdat dit gunstiger voor haar uitpakt dan de algemene regel gebaseerd op het gewoonlijke werkland. Op grond van deze twee aanknopingspunten lijkt het ons zeer goed mogelijk om Nederland aan te wijzen als land waarmee de overeenkomst de nauwste band heeft.

Op deze manier kan via de ontsnapingsclausule van art. 8 lid 4 Verordening (EG) nr. 593/2008 Nederlands recht als objectief toepasselijk recht worden aangewezen, als gevolg waarvan Schmidt de bescherming geniet van Nederlandse bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken. Dit betekent dat de loondoorbetalingsplicht van art. 7:629 BW van toepassing is. Ook kan Schmidt zich beroepen op het opzegverbod van art. 7:670 lid 1 BW, aangezien een driekwart dwingende bepaling gericht op de ontslagbescherming van de werknemer beschouwd moet worden als een dwingendrechtelijke bepaling in de zin van art. 8 Verordening (EG) nr. 593/2008.²⁷ Bovendien kan Schmidt de bescherming genieten van algemeen verbindend verklaarde cao's voor zover van toepassing op de arbeidsverhouding.

5. Conclusie

Wat is nu de (beste) oplossing? In aanmerking genomen dat de casus een typisch coördinatieprobleem betreft en de Coördinatieverordening onder andere beoogt te voorkomen dat binnen de werkingssfeer van de Verordening vallende personen geen enkele bescherming genieten,²⁸ ligt het voor de hand in eerste instantie te zoeken naar een oplossing op grond van de Coördinatieverordening zelf. We hebben gezien in paragraaf 3 dat de nodige bescherming voor Schmidt alleen bereikt kan worden via de ruime toepassing van de conflictregels (optie 1). Deze ruime toepassing betekent dat de arbeidsrechtelijke componenten van de inkomensbescherming bij ziekte, namelijk de loondoorbetalingsplicht van art. 7:629 BW en het opzegverbod van art. 7:670 BW, meeliften met de publiekrechtelijke sociale zekerheid. Met andere woorden, Schmidt geniet de bescherming van het Nederlandse sluitende wettelijke systeem van inkomensvoorziening bij ziekte. Dat hiermee de arbeidsrechtelijke contractsvrijheid (aanzienlijk) ingeperkt wordt, is een direct gevolg van de dwingende werking van de aanwijzregels en lijkt ons geen geldige reden om het toepasselijke recht niet toe te passen.

De beperkte toepassing van de conflictregels zoals onderzocht in optie 2 gaat in feite voorbij aan ofwel de dwingende werking van de aanwijzregels, ofwel aan het feit dat loondoorbetaling onder de werkingssfeer van de Coördinatieverordening valt. Het zou aan te bevelen zijn als dit jaar – het eerste lustrum van de Verordening – geëvalueerd zou worden in hoeverre het wenselijk is dat contractuele bepalingen de aanwijzregels volgen. Zolang hierover geen dui-

23 M.S. Houwerzijl, 'Verschillen in toepasselijk arbeidsrecht bij tijdelijke en structurele intracommunautaire arbeidsmigratie', in: H. Verschuere & M.S. Houwerzijl, *Toepasselijk Arbeidsrecht over de grenzen heen*, Deventer: Kluwer 2009, p. 178-184, met name p. 180.

24 HvJ EU 12 september 2013, C-64/12, r.o. 41 (*Schlecker*).

25 Zie ook S. Klosse en W. Rauws, 'Arbeidsrechtelijke aspecten van grensoverschrijdend werken', in: H. Verschuere (red.), *Werken over de grens België-Nederland, Sociaal- en fiscaalrechtelijke grensconflicten*, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 87-89.

26 Zie bijv. HvJ EU 15 maart 2011, C-29/10, r.o. 42 (*Koelzsch*).

27 Rb. Amsterdam (Ktr.) 7 februari 2012, *JAR* 2012/80, r.o. 16; A. Van Hoek, *Tekst en Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2012, art. 8 Verordening (EG) nr. 593/2008, p. 881.

28 HvJ EU 4 oktober 1991, C-196/90, r.o.18 (*De Paep*).

delijkheid is, ligt, naar onze mening, de ruime uitleg zoals beschreven in optie 1 voor de hand.

Verder is van belang dat deze beperkte uitleg voor onze casus tot een uitkomst leidt die niet in overeenstemming is met het EU-recht doordat Schmidt geen enkele bescherming geniet. De oplossing van de Minister van SZW om een ZW-uitkering te verstrekken als vervanging van loondoorbetaling door de buitenlandse werkgever, zou op dit punt uitkomst kunnen bieden. Een argument voor deze oplossing zou kunnen zijn dat de extreem lange Nederlandse loondoorbetalingsplicht in vergelijking met omliggende landen het gevaar oplevert dat buitenlandse werkgevers hun werknemers niet graag naar Nederland uitzenden. Dit ongewenste neveneffect kan door de wetgever opgeheven worden door expliciet in de ZW op te nemen dat recht op een uitkering bestaat wanneer de zieke werknemer een arbeidsovereenkomst heeft waarop volgens het IPR buitenlands recht van toepassing is. Dit heeft wel tot gevolg dat de publieke kas extra wordt belast. En het is daarbij de vraag of het juridisch haalbaar is om dit zo te regelen dat de buitenlandse loondoorbetalingsplicht, als die bestaat, eerst doorlopen moet zijn. Bovendien mag de bepaling natuurlijk niet discriminatoir zijn voor grensoverschrijdende werknemers.

Wie de perikelen rondom de Coördinatieverordening wil omzeilen, kan ervoor kiezen het conflict tussen de verschillende conflictregels op te lossen door middel van art. 8 Verordening (EG) nr. 593/2008 – in elk geval zolang er geen zekerheid is gecreëerd over de reikwijdte van de conflictregels van de Coördinatieverordening door het HvJ EU of middels regelgeving. Wat ons betreft heeft deze benadering in het geval van onze casus ook goede kans van slagen. Bovendien biedt deze oplossing de werknemer een betere bescherming, aangezien alle Nederlandse dwingende bepalingen toegepast kunnen worden, ook andere arbeidsrechtelijke bepalingen en algemeen verbindend verklaarde cao's, wanneer dit voor de werknemer gunstiger is.