

Martijn Snikkenburg<sup>1</sup>

# Tot zover dus eigenlijk niets nieuws

2022-0103

Iets meer dan twee jaar geleden schreef ik dat het wat mij betreft tijd was om door te pakken, op bilateraal niveau afspraken te maken over thuiswerken en dat Nederland, daartoe aangejaagd door de heer Omtzigt, het voortouw moest nemen door met België en Duitsland overeen te komen dat, onder andere voor de toepassing van de EG-Verordening 883/2004 de door een werknemer thuis verrichte werkzaamheden geacht worden te zijn verricht op het adres van de werkgever<sup>2</sup>. Nou had de heer Omtzigt de afgelopen jaren wel iets anders aan zijn hoofd en is de wereld sinds die tijd sowieso nogal veranderd, maar de verwachting dat thuiswerken na het bezwerven van de coronacrisis niet meer te vergelijken valt met daarvoor is uitgekomen. Tijd dus om de internationale afspraken over thuiswerken en fiscaliteit de eenentwintigste eeuw in te brengen.<sup>3</sup>

## Hoe zat het ook alweer?

Hoewel de besmettingscijfers inmiddels weer oplopen en nieuwe varianten om dominantie strijden, is er al even geen sprake meer van een lockdown en is de voorzichtige verwachting dat die er voorlopig ook niet gaat komen. Reden dus om allerhande maatregelen af te bouwen en zo ook de afspraken tussen Nederland en onze buurlanden over hoe om te gaan met werknemers die door een dergelijke lockdown niet in staat zijn in het kader van hun werkzaamheden de landsgrenzen over te steken.

Want wat was het geval; grenswerknemers, werknemers die in het ene land woonden (bijvoorbeeld België) en volledig werkzaam waren in het andere land (bijvoorbeeld Nederland) waren op grond van EG-Verordening 883/2004 (hierna: de EG-Verordening)<sup>4</sup> exclusief en verplicht sociaal verzekerd in het land waar ze werkten.

Doordat ze echter niet meer in, in casu, Nederland, konden werken, maar volledig in België, en omdat zij in België woonachtig waren, dreigden ze op grond van diezelfde bepaling in de EG-Verordening in België sociaal verzekerd te geraken. Iets wat natuurlijk niet de bedoeling was en waar op voorspraak van de Europese Commissie op 30 maart 2020 een mouw aan gepast werd met het richtsnoer dat: *"In situaties die kunnen leiden tot een wijziging in de lidstaat van verzekering van de werknemer, moeten de lidstaten gebruikmaken van de in artikel 16 van Verordening (EG) nr. 883/2004 vastgestelde uitzondering om de socialezekerheidsdekking van de betrokken werknemer ongewijzigd te laten. Om een dergelijke uitzondering aan te vragen, moet de werkgever een verzoek indienen bij de lidstaat aan de wetgeving waarvan de werknemer wenst onderworpen te worden."*<sup>5</sup>

Nederland had in de aanloop naar dit richtsnoer met Duitsland en België reeds dergelijke afspraken gemaakt, die erop neerkwamen dat voor deze grenswerknemers de situatie ongewijzigd bleef en zij sociaal verzekerd bleven in het land waar zij voor de uitbraak van Corona ook reeds sociaal verzekerd waren.

Deze afspraken tussen Nederland aan de ene kant en Duitsland of België aan de andere, bleven tussen de verschillende lockdowns door gewoon van toepassing, ook toen de internationale reisbeperkingen inmiddels waren opgeheven en veel (grens)werknemers weer terugkeerden naar de werkvloer, tot en met 30 juni jl. althans.

Op 14 juni jl. publiceerde de Administratieve Commissie (hierna: de Commissie) namelijk een nieuw richtsnoer, inzake telewerken<sup>6</sup> omdat per 1 juli 2022 de force majeure waarop het vorige richtsnoer was gebaseerd niet langer een valide juridische basis vormt om af te wijken van de regels zoals die zijn neergelegd in de EG-verordening; de Guidance Note on Telework<sup>7</sup>.

De Commissie constateert daarin in de eerste plaats dat: *"During the Pandemic, telework increased considerably enabling categories of professions and businesses to pursue their activity and will remain, to a certain extent, a way of working. Moreover, many citizens have found advantages with telework, during that period (e.g. with the saving of transport time). Therefore, it is necessary to assess how the current legal framework should be interpreted and if it is fit for the purpose of an increased amount of telework or hybrid work (which means a combination between work in the premises of the employer and telework), in normal working circumstances (not linked to the Pandemic)."*<sup>8</sup>

Onderstaand deze door de Commissie voorgestelde flexibele benadering.

### **Wat is Grensoverschrijdend Telewerk?**

Om te beginnen stelt de Commissie een definitie van het begrip Grensoverschrijdend Telewerk voor. Grensoverschrijdend Telewerk moet daarin aan drie voorwaarden<sup>9</sup> voldoen:

- I. Het wordt uitgevoerd buiten de werklocatie waar hetzelfde werk normaliter wordt uitgevoerd;
- II. In een lidstaat anders dan die waar de werkgever is gevestigd;
- III. Gebruikmakend van technologie om in het kader van de werkzaamheden verbonden te blijven met de werklocatie van de werkgever en andere belanghebbenden en klanten.

Hierbij wordt benadrukt dat het wel moet gaan om hetzelfde werk en er dus bijvoorbeeld niet gewerkt mag worden op het IT-systeem van de klant waar gewerkt wordt, en dat het werk uiteraard gebeurt op basis van een arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en zijn werkgever in overeenstemming met de toepasselijke nationale wet- en regelgeving.

Kern van het (grensoverschrijdend) telewerken is hiermee met name de verbinding met de werklocatie van de werkgever.

### **Welke sociale zekerheidswetgeving is van toepassing op grensoverschrijdend telewerk?**

De hoofdregel van artikel 11 van de EG-Verordening moet volgens de Commissie de basis blijven vormen, voor het bepalen van de toepasselijke socialezekerheidswetgeving voor werknemers en het feit dat telewerk een reguliere manier van werken is geworden, brengt daarin in principe geen verandering; de toepasselijke wetgeving is de wetgeving van de lidstaat waar de werkzaamheden worden uitgeoefend.

Echter, de in artikel 12 (detacheringen) en artikel 13 (werkzaamheden in meerdere lidstaten) van de EG-Verordening geformuleerde uitzonderingen op deze hoofdregel kunnen ook van toepassing zijn op telewerk waarbij de vraag is hoe en onder welke omstandigheden. Hetzelfde geldt overigens voor de uitleg en toepassing van artikel 16 (Uitzondering in onderling overleg tussen lidstaten).

### **Uitleg van artikel 13 in het kader van telewerk**

Indien grensoverschrijdend telewerk onderdeel is van het tussen de werkgever en werknemer overeengekomen regelmatige werkpatroon dan is hierop artikel 13 van de EG-Verordening van toepassing. Bij de toepassing van dit artikel geldt in principe dat indien minder dan 25% van de werkzaamheden in de woon-

staat van de grenswerker worden verricht, dit als niet substantieel wordt gezien en ertoe leidt dat het sociaal zekerheidsstelsel van de staat van vestiging van de werkgever van toepassing is.<sup>10</sup>

De Commissie legt in het kader van de uitleg van deze bepaling de nadruk op het feit dat dit criterium van 25% geldt "In het kader van een algemene beoordeling ... als indicatie"<sup>11</sup> maar dat telewerk zoals dat nu gebeurt een nieuwe realiteit is voor zowel werkgevers als werknemers die niet eerder in aanmerking is genomen en dat dit criterium daarom meer flexibel en adequaat mag worden toegepast op de situatie van telewerk.

Wat daarbij volgens de Commissie telewerk onderscheidt van andere vormen van werk buiten de plaats van vestiging van de werkgever is het feit dat de werknemer verbonden blijft met de werkomgeving van de werkgever en daardoor dezelfde taken uitvoert die anders ook op de plaats van vestiging van de werkgever zouden zijn uitgevoerd waarbij doorgaans ook de faciliteiten om te kunnen telewerken door de werkgever worden verstrekt. De plaats van werken heeft feitelijk geen invloed op het werk zelf.

De eerder genoemde flexibele toepassing van het 25%-criterium zou kunnen voorkomen dat grenswerknemers in grensregio's nadeel ondervinden van telewerk alsmede dat werkgevers grenswerknemers anders behandelen als het gaat om de plaats waar de werkzaamheden mogen worden uitgevoerd. Maar, de Commissie onthoudt zich van een duidelijk advies over hoe de flexibele toepassing van het 25%-criterium er dan precies uit zou moeten komen te zien.

### **Uitleg van artikel 16 in het kader van telewerk**

Voor de gevallen die niet onder de aangepaste uitleg en toepassing van artikel 12 en 13 van de EG-Verordening vallen, verwijst de Commissie naar artikel 16 van de EG-Verordening.

Hierbij variëren de mogelijkheden wat betreft de Commissie van afspraken tussen twee lidstaten voor een individueel geval tot een EU-brede telewerk-oplossing waarbij van belang blijft dat artikel 16 alleen kan worden toegepast indien de betreffende werknemer daar belang bij heeft en er dus altijd de mogelijkheid moet blijven bestaan om hier geen gebruik van te maken.

### **Inwerkingtreding**

Door de enorme vlucht die Telewerken de afgelopen twee jaar heeft genomen is het inmiddels echt tijd voor internationale afspraken over telewerken en internationale sociale zekerheid. En met de voorgestelde flexibele benadering biedt de Commissie de EU-lidstaten mijns

inziens voldoende ruimte om op korte termijn binnen het kader van de huidige tekst van de EG-Verordening te komen tot dergelijk werkbaar internationale afspraken over Telewerken.

Ook qua inwerkingtreding worden de EU-lidstaten aangespoord tot de nodige actie. De flexibele benadering wordt namelijk geacht van toepassing te zijn met ingang van 1 juli 2022, maar omdat de overgang naar een mogelijk nieuwe sociaalzekerheidsrechtelijke situatie als gevolg van deze nieuwe interpretatie wellicht nadelig is voor grote groepen telewerkers, en omdat er wellicht ook nog wat technische en administratieve problemen moeten worden opgelost, is het volgens de Commissie gerechtvaardigd tot en met 31 december 2022 nog even door te gaan met de toepassing van de EG-Verordening van de afgelopen twee jaren.

Deze termijn van zes maanden zou alle betrokkenen, zoals werkgevers, werknemers, maar ook de autoriteiten, de tijd geven te bepalen welke sociaalzekerheidswetgeving van toepassing is op basis van de hiervoor voorgestelde flexibele toepassing van de artikelen 12, 13 en 16 van de EG-Verordening op grensoverschrijdende telewerkers.

Op het moment is inmiddels de helft van die zes maanden voorbij en hoewel er van alles gebeurt

is in die tijd, is er vooralsnog geen zicht op een duidelijke, transparante implementatie van de flexibele toepassing. De Nederlandse regering heeft weliswaar bij België en Duitsland aangedrongen op een oplossing op basis van artikel 16 van de EG-Verordening maar de voorkeur lijkt uit te gaan naar een EU-brede oplossing die zomaar nog even op zich kan laten wachten. Daarmee is het uiteindelijk toch nog onduidelijk wat er nu gaat gebeuren per 1 januari 2023.

Tot zover dus eigenlijk niets nieuws.

#### Noten:

1. Mr. Martijn Snikkenburg is eigenaar en partner van Bource-Snikkenburg.
2. "Hier heeft u een kluitje, daar is het riet. Succes!", Over de Grens nummer 9, 6 november 2020.
3. P. Omtzigt Verslag van een algemeen overleg, Tweede Kamer, vergaderjaar 2019-2020, 26 834, nr. 48, pg. 8.
4. Artikel 11 lid 3 onderdeel a EG-Vo 883/2004.
5. Paragraaf 8 van de Mededeling van de commissie d.d. 30 maart 2020, Richtsnoeren betreffende de uitoefening van het recht op vrij verkeer van werknemers tijdens de uitbraak van COVID-19 (2020/C 102 I/03).
6. Waar ik het hiervoor, in lijn met mijn eerdere artikel had over thuiswerken, gebruik ik in het vervolg van dit artikel de term Telewerken in lijn met de publicatie van de Administratieve Commissie.
7. Guidance Note on telework AC 125/22REV2 Administrative commission for the coordination of social security systems.
8. Administrative commission for the coordination of social security systems, t.a.p. pg. 1.
9. Vrij vertaald.
10. Artikel 14 lid 8 EG-Vo 987/2004.
11. Artikel 14 lid 8 laatste volzin EG-Vo 987/2004.