

Over de Grens is een uitgave van Fiscaal up to Date –
onderdeel van Rendement Uitgeverij BV
Van Godewijkstraat 30
3311 GX Dordrecht
Telefoon: (078) 657 60 64
E-mail: redactie@futd.nl

Redacteurs

Mr. Dr. J. van Drongelen
Hoofddocent Sociaal recht Tilburg University
Mr. P.C.H.J. Janssen
CONTOUR Accountants
Mw. mr. M.A.B. Janzen-Westerburgen
Maes Staudt Advocaten
Mr. B.J. Maes
Maes Staudt Advocaten
Mr. A.D.M. van Rijs
Docent Sociaal recht Tilburg University
Mw. mr. C. Staudt-Bos
Maes Staudt Advocaten
Mw. mr. M.W.F.G. Vervoort
Team Vervoort
Dhr. D. de Wolf
Internationaal belastingadviseur

Druk

Puntscherp

Abonnementenadministratie

Rendement Uitgeverij BV
Postbus 27020
3003 LA Rotterdam
Telefoon: (010) 243 39 33
E-mail: info@rendement.nl

Abonnementen

Over de Grens verschijnt 10 keer per jaar. (Proef-)abonnementen kunnen ieder moment ingaan, maar slechts worden beëindigd indien uiterlijk twee maanden voor het einde van de abonnementsperiode is opgezegd. Zonder of bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch verlengd met een jaar. Abonnementen worden geacht zakelijk te zijn. Wilt u een particulier abonnement, dan dient u dit binnen één maand na het aangaan van het abonnement aan ons door te geven. Rendement behoudt zich het recht voor om prijzen en inhoud van de algemene voorwaarden te wijzigen. U kunt de volledige algemene voorwaarden nalezen op www.rendement.nl/av.

ISSN 2210-5611

Niets uit deze uitgave mag, noch geheel, noch gedeeltelijk, worden overgenomen en/of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

© Rendement Uitgeverij BV 2018

9e jaargang | 14 september 2018 | nummer 7

In dit nummer

PERSPECTIEF 2

NIEUWS VAN DE BUREAU

Aflevering: Bursaal gaat met haar partner tijdelijk in Nederland verblijven en werken. In welk land ligt haar woonplaats? In welk land heeft ze sociale rechten? _____ 2

Dhr. W. Hentenaar

UIT DE PRAKTIJK

Inkomsten gérant Franse S.A.R.L. vormen geen bestuurdersbeloning __ 6
Mevr. mr. drs. C.M.E. Cremers

CASUS

De invulling van de 'physical presence'-methode door de Hoge Raad __ 8
Dhr. N. van der Baaren

Een stap vooruit, twee achteruit: de buitenlandse student wordt niet langer onverdeeld welkom geheten _____ 11
Dhr. mr. dr. A. Hoogenboom

FISCAAL

Internationale verhuis van de maatschappelijke zetel van een vennootschap (deel 1) _____ 15
Dhr. D. de Wolf

ARBEIDSRECHT

De verschillen tussen de loondoorbetaling bij ziekte in Nederland en Duitsland _____ 17

Mevr. mr. L. Mulders en Dhr. mr. A. Sanio

Over verplichte aanwezigheid en gebonden bereikbaarheid _____ 19
Dhr. mr. Dr. J. van Drongelen en Dhr. mr. D.J.J. Korver

EN VERDER

Vragenreeks _____ 23
Jurisprudentie _____ 24
OdG-Select _____ 26

Dit nummer bevat de artikelen 2018-0115 t/m 2018-0129

optreden in het kader van een internationale zetelverplaatsing. In een volgende bijdrage zullen we nagaan of deze emigratieheffingen verenigbaar zijn met de dubbelbelastingverdragen die gesloten zijn tussen landen onderling, en of ze verenigbaar zijn met het Europees recht.

Auteur: Dirk de Wolf, Internationaal belastingadviseur en hoofdredacteur van Over de Grens

ARBEIDSRECHT

De verschillen tussen de loondoorbetaling bij ziekte in Nederland en Duitsland

2018-0120

Tussen Nederland en Duitsland bestaan er grote verschillen met betrekking tot de loondoorbetaling tijdens ziekte van de werknemer. Nederland kent een loondoorbetalingsverplichting van de werkgever gedurende 2 jaren, terwijl in Duitsland de werkgever slechts gedurende 6 weken het loon van zijn zieke werknemer dient door te betalen.

De loondoorbetalingsverplichting in Nederland

In Nederland wordt een werkgever verplicht om de werknemer bij ziekte ten minste twee jaar lang door te betalen, zie artikel 7:629 BW. Volgens lid 1 van artikel 7:629 BW betreft de wettelijke loondoorbetalingsverplichting 70% van het loon en ten minste het voor de werknemer geldende wettelijke minimumloon gedurende de eerste 52 weken. De meeste cao's bevatten een aanvullingsregeling tot 100% van het laatstverdiende loon tijdens het eerste ziektejaar. Ook kunnen in de arbeidsovereenkomst of in de CAO op grond van artikel 7:629 lid 9 BW zogenaamde wachtdagen worden opgenomen. De werknemer ontvangt dan over maximaal 2 ziektedagen geen loon.

Bij arbeidsongeschiktheid is de re-integratie van de werknemer van groot belang. Dit brengt zowel voor de werkgever als voor de werknemer verplichtingen met zich mee. Een grote rol hierbij speelt de Wet verbetering poortwachter. Deze wet regelt de verplichtingen voor werkgever, werknemer, de arbodienst en het UWV (Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen). Op het moment dat de werknemer aangeeft niet te kunnen werken in verband met ziekte, meldt de werkgever de werknemer ziek bij de arbodienst of de bedrijfsarts.¹ Deze beoordeelt of er sprake is van dreigend langdurig ziekteverzuim. Wanneer hiervan sprake is zal uiterlijk binnen zes weken een oordeel worden uitgebracht. Ook stelt de arbodienst vervolgens de zogenaamde probleemanalyse op. In de probleemanalyse wordt aangegeven wat de oorzaak van het verzuim is en eventuele mogelijkheden tot re-integratie. Indien re-integratie mogelijk lijkt wordt een plan van aanpak opgesteld door de

Noten:

1. R. BETTEN, *Income Tax Aspects of Emigration and Immigration of Individuals*, Amsterdam, IBFD, 1998, 472 p. en R. BETTEN, *The tax treatment of transfer of residence by individuals*, Dutch National Report, IFA, *Cahiers de droit fiscal international*, vol. LXXXVIIIb, Amsterdam, Kluwer Law International, 2002, 423 p.
2. Zo werd de Belgische wetgeving bekritiseerd: Hvj Case C-522/04, European Commissie t. België, 2007. Maar ook andere landen zoals Portugal en Zweden kwamen hierdoor in de problemen.

werkgever en werknemer.² Hierin spreken werkgever en werknemer af welke maatregelen worden getroffen om ervoor te zorgen dat de werknemer zo snel mogelijk weer aan het werk kan. Indien de werknemer 42 weken na aanvang van de ziekte nog ziek is gemeld, moet de werkgever bij het UWV aangifte doen van de ziekte van zijn werknemer. Een evaluatie van het re-integratietraject moet vervolgens tweeënvijftig weken na aanvang van de ziekte worden uitgevoerd.³ De evaluatie vermeldt hoe de re-integratie in het voorafgaande jaar is verlopen. Indien de werknemer na 88 weken nog ziek is, verstuurd het UWV een aanvraag voor een WIA-uitkering (Wet werk en inkomen). Dit formulier wordt door de werkgever naar het UWV gestuurd met een re-integratieverslag, dat werkgever en werknemer gezamenlijk hebben opgesteld waarin alle inspanningen, om de werknemer weer terug te brengen in het arbeidsproces, vermeld worden. Het UWV zal uiterlijk in week 102 van de arbeidsongeschiktheid toetsen of de werknemer in aanmerking komt voor een WIA uitkering (Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen).

Indien de werkgever zich niet aan de verplichtingen met betrekking tot arbeidsongeschiktheid tijdens ziekte houden kan dit tot consequenties leiden. Wanneer het UWV van mening is dat de werkgever niet aan haar re-integratieverplichtingen heeft voldaan, zal dit ten gevolge hebben dat de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever wordt verlengd. De duur van de verlenging is afhankelijk van de aard en de ernst van het verzuim. Het UWV kan een loonsanctie voor de duur van maximaal 52 weken opleggen.

Ook voor de werknemer gelden verplichtingen met betrekking tot de re-integratie. De werknemer is verplicht tot het verrichten van passende arbeid.⁴ Wat als passende arbeid kan worden beschouwd hangt af van de omstandigheden van het geval. Het dient te gaan om arbeid die in redelijkheid aan de werknemer kan worden opgedragen, gelet op onder andere zijn gezondheidstoestand, het arbeidsverleden, de opleiding, de afstand tot het werk en het loon.⁵ Indien de

werkgever geen mogelijkheid heeft de werknemer in zijn eigen bedrijf passende arbeid te laten verrichten, zal de werkgever ex artikel 7:658a lid 1 BW het verrichten van passende arbeid in een ander bedrijf dienen te bevorderen. Dit wordt ook re-integratie in het tweede spoor genoemd.

De sanctie op de niet-naleving van de verplichting van de werknemer om passende arbeid te verrichten is in eerste plaats opschorting van de loonbetaling als bedoeld in art. 7:629 lid 3 BW. Tevens is bij weigering van passende arbeid het ontslagverbod van art. 7:670 lid 1 BW niet van toepassing, zie art. 7:670b lid 3 BW. Het opzegverbod volgt uit art. 7:670 BW. De werkgever mag de arbeidsovereenkomst met zijn werknemer niet opzeggen gedurende de tijd dat de werknemer ongeschikt is tot het verrichten van zijn arbeid wegens ziekte. Het opzegverbod geldt voor de duur van twee jaar. Het opzegverbod geldt niet bij ontslag op staande voet of ontslag gedurende de proeftijd.

De werkgever loopt altijd het risico, dat een werknemer arbeidsongeschikt wordt. Werkgevers kunnen via een particuliere verzekering een verzekering afsluiten tegen het risico van loon-doorbetaling bij ziekte. Het premiepercentage hangt af van de bedrijfsactiviteit, het aantal werknemers, het verzuimpercentage van de laatste 3 jaren en de totale loonsom per jaar.

De "Entgeltfortzahlung" in Duitsland

In Duitsland is de loon-doorbetaling tijdens ziekte geregeld in § 3 van het "Entgeltfortzahlungsgesetz". Hieruit volgt dat een werknemer gedurende 6 weken aanspraak heeft op loon-doorbetaling van zijn werkgever. Voor het recht op loon-doorbetaling geldt dat de werknemer reeds 4 weken in dienst dient te zijn bij de werkgever.⁶ Gedurende deze eerste 6 weken ontvangt de werknemer 100% van zijn salaris.⁷

Op het moment dat de werknemer ziek wordt, dient hij op grond van § 5 Abs. 1 EFZG zijn werkgever hiervan zo snel mogelijk op de hoogte te stellen. Dit wordt ook wel de 'Anzeigepflicht' genoemd. Indien de werknemer na drie kalenderdagen nog ziek is, is de werknemer verplicht op de daaropvolgende dag een medisch attest aan de werkgever over te leggen. Dit wordt ook wel de 'Nachweispflicht' genoemd. In de arbeidsovereenkomst kan worden overeengekomen dat de werknemer het attest eerder dient af te geven. Komt de werknemer deze verplichting niet na, is de werkgever op grond van § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG gerechtigd de loon-doorbetaling op te schorten. Vanaf het moment dat het attest alsnog wordt afgegeven, moet het loon met terugwerkende kracht betaald worden.

Het medisch attest wordt door een arts ingevuld. Uit het attest blijkt de arbeidsongeschiktheid en de te verwachten duur. De aard van de ziekte

wordt niet op het attest vermeld. Het attest mag slechts voor een bepaalde duur worden uitgegeven. Wanneer de maximale duur wordt overschreven, dient een nieuw attest te worden uitgeschreven.

Werkgevers die niet meer dan 30 medewerkers in dienst hebben nemen deel aan het "Ausgleichsverfahren bei der Entgeltfortzahlung (U1 Umlage)". Op grond van § 1 Abs. 1 Nr. 1 AAG vergoeden de zorgverzekeringen een deel van het door de werkgever doorbetaalde loon bij ziekte. Hiervoor dragen de werkgevers die deelnemen aan deze "Umlage" een premie af. Bij de berekening hoeveel werknemers de werkgever in dienst heeft worden gekeken naar de uren die de werknemers werken.

In § 74 SGB V is de mogelijkheid tot re-integratie door middel van een "stufenweise Wiedereingliederung" opgenomen. Werknemers die een lange periode arbeidsongeschikt zijn, komen voor deze terugleiding naar het werk in aanmerking. De re-integratie verloopt in dat geval stapsgewijs, de werknemer zal het werk steeds voor het deel verrichten waartoe hij op dat moment in staat is. De arbeidstijd wordt langzaam verlengd indien de gezondheid van de werknemer dat toelaat. De "Wiedereingliederung" is slechts mogelijk met toestemming van de behandelende arts. De behandelende arts stelt het plan tot werkherleving op en hij bepaalt op welk moment de werktijden verlengd kunnen worden. Werknemer en werkgever zijn niet verplicht tot een "Wiedereingliederung".⁸

Het Duitse arbeidsrecht kent geen ontslagverbod tijdens ziekte. Dit heeft echter niet ten gevolge dat een werknemers zonder meer tijdens of wegens ziekte kan worden ontslagen. Er zijn een aantal zware criteria waaraan de rechter het ontslag toetst. Bij een gegeven ontslag moet ten eerste worden nagegaan of het "Kündigungsschutzgesetz" al dan niet van toepassing is. Wanneer het "Kündigungsschutzgesetz" geldt, is een regulier ontslag niet rechtsgeldig, indien dit sociaal onrechtvaardig is. Het "Kündigungsschutzgesetz" geldt onder bepaalde voorwaarden. Ten eerste dienen in het bedrijf meer dan 10 medewerkers werkzaam te zijn. Ten tweede moet de werknemer minimaal 6 maanden bij de werkgever in dienst zijn. De redenen voor een sociaal gerechtvaardigd ontslag zijn beperkt tot dringende bedrijfseconomische redenen, de persoon van de werknemer, alsmede het gedrag van de werknemer. De "krankheitsbedingte Kündigung" is een reden voor ontslag gelegen in de persoon van de werknemer. Slechts het feit dat de werknemer ziek is, is geen geldige reden voor ontslag. Bijkomende omstandigheden zijn vereist, zoals de uit de ziekte resulterende arbeidsongeschiktheid en het feit dat de werknemer niet elders in het bedrijf ingezet kan worden. Indien de "krankheitsbedingte Kündigung" aan een aantal voorwaarden voldoet

wordt deze in de regel aangemerkt als "sozial gerechtfertigt".⁹ Hierbij worden de interesses van de werkgever en werknemer afgewogen. Het feit dat de werknemer de overeengekomen arbeid niet kan verrichten dient tot aanzienlijke bezwaren voor de onderneming te leiden. Verder dient gekeken te worden of de werknemer op het moment van het ontslag naar grote waarschijnlijkheid zijn arbeidsrechtelijke verplichtingen ook in de toekomst niet na zal kunnen komen.

Na de 6 weken loondoorbetaling door de werkgever ontvangt de werknemer ziektegeld van de "Krankenkasse", de ziektekostenverzekering van de werknemer. Het ziektegeld bedraagt conform § 47 Abs. 1 SGB V 70% van het salaris. De premie voor de ziektekostenverzekering wordt door de werknemer en werkgever gedragen. De werkgever betaalt 7,3% van het bruto maandsalaris van de werknemer voor de ziektekostenverzekering van zijn werknemer. De werknemer ontvangt maximaal gedurende 78 weken ziektegeld. De 78 weken worden verkort met de zes weken die de werknemer recht heeft op loondoorbetaling van de werkgever. De facto

komt dit uit op een periode van maximaal 72 weken "Krankengeld".

Tot slot

Samenvattend zijn er aanzienlijke verschillen tussen de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever in Duitsland en Nederland. Hierbij zal in het bijzonder naar gekeken moeten worden wanneer de werknemer in een ander land werkzaam is dan waar de werkgever gevestigd is. De situatie kan zich ook voordoen dat de werknemer in het andere land woont en daar sociaal-verzekerd is.

Auteurs: Laure Mulders, HR & Payroll Consultant en Alexander Sanio, Rechtsanwalt bij Heisterborg International (rechtsanwalt@heisterborg-international.de)

Noten:

1. Zie het stappenplan van het UWV.
2. Zie artikel 71a lid 2 Wet verbetering poortwachter.
3. Zie artikel 71 a lid 3 Wet verbetering poortwachter.
4. Zie artikel 7:658a BW.
5. Kamerstukken II 2002/2003, 28 629, nr. 8, blz. 32.
6. § 3 Abs. 3 EFZG.
7. § 4 Abs. 1 EFZG, BAG 27.04.2016, NZA 2016, 1214.
8. Schaub ArbR-HdB/ Linck, § 98, Rn. 13.
9. BAG 13.5.2015 NZA 2015, 1249.

Over verplichte aanwezigheid en gebonden bereikbaarheid

2018-0121

Het begrip 'arbeid' in de Arbeidstijdenwet

Hoewel de Arbeidstijdenwet al uit 1995¹ stamt, zijn de begrippen 'arbeidstijd' en 'rusttijd' eerst in 2012 in de wet nader omschreven.² Vóór deze wettelijke aanpassing is er altijd vanuit gegaan dat deze begrippen via het begrip 'arbeid' in de in artikel 1:1 Arbeidstijdenwet gegeven definitie van de begrippen 'werkgever' en 'werknemer' voldoende duidelijk waren, namelijk dat alle tijd gedurende welke de werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst (of publiekrechtelijke aanstelling) dan wel anderszins onder gezag arbeid verricht voor zijn werkgever, als arbeidstijd moet worden gezien. Immers, de (strafkamer van de) Hoge Raad heeft in het kader van de Arbeidswet 1919,³ die met de inwerkingtreding van de Arbeidstijdenwet⁴ is ingetrokken,⁵ in oktober 1931⁶ reeds uitgesproken 'dat in overeenstemming daarmee in de wet onder 'werkzaamheden' niet slechts zijn te verstaan verrichtingen die krachtsinspanningen vorderen, doch daaronder moet worden begrepen het op eenigerlei wijze besteden van tijd, ongeacht of daarmee al dan niet inspanningen van lichamelijke of geestelijke aard gepaard gaan'. Van arbeid is voor de toepassing van de Arbeidstijden-wet al sprake als de werknemer ter beschikking van de werkgever staat. De aard of het doel van de werkzaamheden is niet van doorslaggevend betekenis. De pure beschikbaarheid voor de werkgever, ongeacht het antwoord op de vraag of dat in- of ontspanning met zich brengt, kan al arbeid opleveren,

zodat ook bijvoorbeeld slapen of wachten als arbeid kan worden gezien.⁷

Over de implementatie van de begrippen 'arbeidstijd' en 'rusttijd' van de Arbeidstijden-richtlijn

Bij de implementatie van de oorspronkelijk uit 1993⁸ daterende Arbeidstijdenrichtlijn,⁹ is in de Arbeidstijdenwet aan deze benadering rond het begrip 'arbeid' vastgehouden. In artikel 2 aanhef en onderdeel 1 Arbeidstijdenrichtlijn is het begrip 'arbeidstijd' omschreven als 'de tijd waarin de werknemer werkzaam is, ter beschikking van de werkgever staat en zijn werkzaamheden of functie uitoefent, overeenkomstig de nationale wetten en/of gebruiken'. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State is in maart 2009¹⁰ echter van mening dat de in artikel 1:1 Arbeidstijdenwet gegeven omschrijving van het werkgevers- en werknemersbegrip geen rechtszekerheid biedt als het gaat om de omschrijving van het begrip 'arbeidstijd' zoals dat in de Arbeidstijden-richtlijn is gebezigd. De Afdeling bestuursrechtspraak is om die reden van mening dat de Arbeidstijdenrichtlijn op dit punt niet goed is geïmplementeerd;¹¹ een redenering die op zijn zachtst gezegd discutabel is. Niet alleen al vanwege het feit dat de Afdeling bestuursrechtspraak niet eigenmachtig zo maar een uitleg mag geven aan de betekenis van begrippen die in de Arbeidstijdenrichtlijn worden gebezigd en zeker niet als er kennelijk sprake is van een punt van discussie of een verschil in uitleg. De uitleg