

De dagloonsystematiek in het sociaal zekerheidsrecht

Genoten loon is niet genieten!

Janine Hazeleger¹

De uitleg van het begrip 'genoten loon' en de toepassing van art. 11 Besluit dagloonregels werknemersverzekeringen in ons sociaal zekerheidsrecht resulteert voor een bepaalde groep uitkeringsgerechtigden in een aanzienlijk lagere uitkering dan die welke anderen ontvangen. Jammer, maar helaas, luidt het oordeel van de Centrale Raad van Beroep. De wetgever dient hier maar actie op te ondernemen.

1. Inleiding

Stelt u zich eens voor dat u plotsklaps werkloos wordt en u zich dient te wenden tot UWV voor een werkloosheidsuitkering. UWV kent u een WW-uitkering toe. Zij deelt u daarbij wel mede dat de eerste week reeds (vooraf) is uitbetaald en dat zij de uitkering vervolgens per vier weken achteraf zal gaan uitbetalen. Prima, geen probleem, denkt u dan misschien nog.

Stelt u zich nu eens voor dat u als vrouw kort daarna zwanger wordt. U wendt zich weer tot UWV, ditmaal voor een uitkering Wet Arbeid en Zorg (WAZO-uitkering). Ook deze uitkering wordt toegekend.

U gaat er dan wellicht nog van uit dat de hoogte van uw WAZO-uitkering nagenoeg gelijk zal zijn aan uw WW-uitkering. Fout gedacht. Voor het berekenen van de hoogte van de WAZO-uitkering zal UWV kijken naar de WW-

overkomen. Zij ging van een WW- dagloon van € 54,00 naar een WAZO-dagloon van slechts € 13,30.

Mevrouw heeft bezwaar gemaakt. Dit bezwaar is ongegrond verklaard. Zo staat het nu eenmaal in de wet, was kort gezegd de reactie van UWV. Ook bij de rechtbank ontving mevrouw nul op het rekest. Hoe onredelijk en vervelend de rechtbank het ook vond, zij achtte zich juridisch met handen en voeten gebonden aan de wet en daarmee aan het ingenomen standpunt van de Centrale Raad van Beroep: het is niet aan de rechter, maar aan de wetgever om te komen met een oplossing voor dit probleem.

Onderstaand volgt eerst een overzicht van de relevante wet- en regelgeving. Daarna bespreek ik een aantal uitspraken van de Centrale Raad van Beroep, waarin UWV met een beroep op (het gesloten systeem van) de wet soortgelijke (mijns inziens) onredelijke besluiten als voornoemd heeft genomen hetgeen door de Raad steeds is geaccepteerd. Ik noem vervolgens een tweetal mogelijke oplossingen om deze onredelijke besluiten bij voorbaat te voorkomen dan wel te repareren en sluit af met het huidige standpunt van de wetgever in deze.

2. Wet- en regelgeving

In ons sociaal zekerheidsrecht vormt het dagloon de grondslag voor het berekenen van de hoogte van een uitkering. Het dagloon is het loon dat de aanvrager van de uitkering in zijn of haar laatste dienstverband gemiddeld per dag verdiende (of de uitkering die hij of zij, zoals mijn cliënte, laatstelijk per dag kreeg uitgekeerd). UWV hanteert het dagloon als uitgangspunt voor het berekenen van de hoogte van de uitkering.²

Tot 2004 verschilden de regels voor het vaststellen van het dagloon (en dus de hoogte van de uitkering) voor de ZW, de WAO en de WW aanzienlijk. De diverse regelin-

Zo staat het nu eenmaal in de wet, was kort gezegd de reactie van UWV

uitkering die u in de referentieperiode, de maand voorafgaand aan de ingangsdatum van de WAZO-uitkering, *daadwerkelijk hebt uitbetaald gekregen*. Even terugschakelen. In de desbetreffende maand heeft UWV slechts één week WW-uitkering uitbetaald. Het resterende deel is pas in de maand daarna (per vier weken achteraf) uitbetaald. UWV zal uw maandelijkse WAZO-uitkering derhalve vaststellen op basis van één week WW.

Een cliënte van mij is dit nog niet zo lang geleden

gen waren onoverzichtelijk en kwetsbaar, en zorgden voor hoge administratieve lasten.³

Het besef dat vereenvoudiging en uniformering van de dagloonregels noodzakelijk was, kreeg vaste vorm in de Wet administratieve lastenverlichting en vereenvoudiging in sociale verzekeringswetten (Walvis).⁴ Van belang voor dit artikel is, dat met de komst van deze wet de daglonen thans uniform worden vastgesteld op het in een referteperiode *genoten loon* (waaronder dus eveneens een uitkering wordt verstaan).⁵ Deze wettelijke grondslag voor de berekening van het dagloon is opgenomen in art. 15 lid 1 ZW, art. 45 lid 1 WW, art. 13 lid 1 Wet WIA en art. 14 lid 1 WAO.

Het Besluit dagloonregels werknemersverzekeringen⁶ (het Besluit) bevat nadere regels voor de vaststelling en herziening van het dagloon. Voor de berekening van het dagloon geldt als hoofdregel dat wordt uitgegaan van een periode van *een jaar* onmiddellijk voorafgaand aan het aangiftetijdvak waarin de voorwaarde voor het verkrijgen van de uitkering (verlies van baan, arbeidsongeschiktheid) is ingetreden (het refertejaar).⁷

Art. 11 van het Besluit vormt een uitzondering op deze hoofdregel. Wanneer art. 11 van toepassing is, wordt uitgegaan van *een periode van vier weken dan wel één maand* onmiddellijk voorafgaand aan het aangiftetijdvak waarin de voorwaarde voor het verkrijgen van de uitkering is ingetreden. Art. 11 is bijvoorbeeld van toepassing bij een WAZO-uitkering.⁸

3. Jurisprudentie Centrale Raad van Beroep

UWV heeft zoals gezegd in meer gevallen met een beroep op (het gesloten systeem van) de wet besluiten genomen van gelijke strekking als in het inleidende voorbeeld, welke besluiten door de Raad zijn goedgekeurd.

In CRvB 26 augustus 2011, *LJN* BR5888 bijvoorbeeld, kreeg mevrouw met ingang van 16 oktober 2006 een WW-uitkering toegekend. Zij werd vervolgens ziek. Per 4 november 2009 heeft zij een WAO-uitkering ontvangen. Voor de berekening van het dagloon is door UWV uitgegaan van een referteperiode van 1 oktober 2006 t/m 30 september 2007 (het refertejaar). Hierbij heeft UWV geweigerd om de in oktober 2007 uitbetaalde WW-uitkering over de periode 3 september 2007 tot en met 30 september 2007 bij de berekening van het dagloon te betrekken.

Het oordeel van de Raad luidde in dit geval als volgt: 'Voor WW-gerechtigden, die te maken hebben met een betaling achteraf, bieden noch de tekst en de systematiek van het Besluit (...), noch de Nota van Toelichting bij het

Besluit de Raad concrete aanknopingspunten om een reguliere uitbetaling van WW-uitkering die is gedaan na afloop van het refertejaar te beschouwen als te zijn gedaan in het refertejaar. (...) In de situatie van appellante is een nadelig effect wel merkbaar, maar de Raad ziet het als de taak van de wetgever om een dergelijk (mogelijk onbedoeld) effect teniet te doen.'

Een eerdere uitspraak van de Raad (CRvB 7 januari 2011, *LJN* BP0179) betrof een mijnheer die in de referteperiode overwerk had verricht, welk overwerk pas ná de referteperiode door de werkgever werd uitbetaald. UWV betrok vervolgens het loon uit overwerk niet in de berekening van het dagloon voor de aangevraagde WIA-uitkering. Dit is geen 'genoten loon' d.w.z. loon dat *daadwerkelijk is uitbetaald* in de referteperiode, aldus UWV.

Mevrouw had toevalligerwijs in de referteperiode onbetaald verlof genoten, waardoor het dagloon lager uitviel

De Raad volgt ook hier het standpunt van UWV. Betalingen die betrekking hebben op het aangiftetijdvak, maar zijn gedaan ná dit tijdvak worden niet toegerekend aan het tijdvak waarop deze betalingen betrekking hebben, maar aan het tijdvak waarin deze zijn gedaan.⁹ De Raad heeft gelijkkluidend geoordeeld over (cao) loonsverhogingen ná de referteperiode die met terugwerkende kracht gelden voor betaald loon in de referteperiode.¹⁰

Ook UWV-besluiten gebaseerd op art. 11 van het Besluit kunnen leiden tot onbillijke gevolgen voor een uitkeringsgerechtigde. In CRvB 3 juni 2010, *LJN* BM8147 bijvoorbeeld, werd aan mevrouw een WAZO-uitkering toegekend. UWV heeft conform art. 11 van het Besluit het dagloon gebaseerd op de referteperiode van vier weken onmiddellijk voorafgaand aan het verlof. Echter, mevrouw had *toevalligerwijs* in de referteperiode onbetaald verlof genoten, waardoor het dagloon lager uitviel, dan het geval zou zijn geweest wanneer uitgegaan zou zijn van de hoofdregel, een referteperiode van een jaar.

De Raad onderkent dat toepassing van art. 11 leidt tot een lager dagloon, en dus een lagere uitkering dan

Auteur

1. Mr. J.M. Hazeleger is advocaat te Woudenberg.

Noten

2. Zie art. 15 lid 1 ZW, art. 45 lid 1 WW, art. 13 lid 1 Wet WIA en art. 14 lid 1 WAO. Wanneer het dagloon hoger is dan het maximaal dagloon zoals bedoeld in art. 17 lid 1 Wet financiering sociale verzekeringen, dan geldt het maximaal dagloon.

3. Zie o.a. NvT Besluit dagloonregels werknemersverzekeringen, inleiding, 8 oktober 2005, (toenmalig) Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid A.J. de Geus.

4. Wet van 24 juni 2004, *Stb.* 2004, 311.

5. Ook wel het historisch dagloon genoemd.

6. Besluit van 8 oktober 2005, houdende regels in verband met het vaststellen van het dagloon op grond van de Ziektewet, de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, Wet werk en inkomen naar arbeids-

ring, Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen en de Werkloosheidswet, in werking getreden per 29 december 2005.

7. Zie art. 1 lid 1 onderdeel q van het Besluit.

8. Wet van 16 november 2001 tot vaststelling van regels voor het tot stand brengen van een nieuw evenwicht tussen arbeid en zorg in de ruimste zin. Inwerkingtreding: 1 december 2001 (*Stb.* 2001, 569); zie art. 3:13 WAZO.

9. Zie in dit kader eveneens: CRvB 22 januari 2009, *LJN* BH2157 en CRvB 24 december 2010, *LJN* BO8930, en met een beroep op de niet-inbaarheid van de vordering in de referteperiode: CRvB 15 januari 2009, *LJN* BH1645, CRvB 25 maart 2009, *LJN* BH8895 en CRvB 10 november 2010, *LJN* BO5404.

10. zie CRvB 23 juli 2009, *LJN* BJ3954 en CRvB 16 april 2008, *LJN* BC9799.

Wanneer voor de overheid te veel uitbetaling dreigt, bestaat deze mogelijkheid dus wel!

met toepassing van de hoofdregel het geval zou zijn geweest. Deze omstandigheid levert volgens de Raad echter geen grond op om dan maar van de hoofdregel uit te gaan. Het Besluit biedt deze mogelijkheid volgens de Raad niet. Nogmaals, het is aan de wetgever en niet aan de Raad om eventuele onredelijke en niet beoogde effecten van de in het Besluit neergelegde dagloonsystematiek teniet te doen, aldus de Raad.¹¹

Een soortgelijk geval betrof CRvB 2 december 2009, *IJN BK5644*. Hier was mevrouw werkzaam als kinderysiotherapeut. Zij ontving hierbij een loon dat was afgeleid van de door haar gerealiseerde omzet. Haar werkgever heeft voor haar een WAZO-uitkering aangevraagd. Toepas-

sing van art. 11 van het Besluit door UWV leidde tot een lager dagloon als gevolg van het feit dat mevrouw (wederom) *toevalligerwijs* juist in de referentieperiode minder loon had genoten, omdat haar omzet als gevolg van de vakantieperiode in het speciaal basisonderwijs in de referentieperiode lager was geweest dan gemiddeld.

De Raad oordeelt als vorenstaand en onderschrijft het standpunt van UWV dat deze lagere uitkomst een direct gevolg is van het feit dat mevrouw wisselende inkomsten geniet.¹²

4. Mogelijke oplossingen

Met het vorenstaande heb ik gepoogd aan te tonen dat (de uitleg van) het begrip 'genoten loon' en de huidige toepassing van art. 11 van het Besluit door UWV, hierin gesteund door de Raad, in een onaanvaardbaar lagere uitkering resulteert voor een bepaalde groep uitkeringsgerechtigden.¹³

Een in mijn ogen mogelijke oplossing zou zijn om het begrip 'genoten loon' in de wet te vervangen door 'het loon (de uitkering) waar de werknemer (uitkeringsgerechtigde) *recht* op had in de referentieperiode'. Niet langer uit-



gaan van het loon of de uitkering dat de betrokkene daadwerkelijk in het handje heeft gekregen, maar waar hij of zij in de referteperiode aanspraak op had.

Hiermee wordt voorkomen dat een uitkeringsgerechtigde de nadelen ondervindt van de *willekeurige* keuze van UWV of werkgever om niet in de referteperiode zelf, maar pas nadien een uitkering of loon uit overwerk (deels) uit te betalen, of met terugwerkende kracht een loonsverhoging toe te passen.

Ik verwijs in dit kader naar die gevallen waarbij het intreden van het verzekerde risico samenvalt met het einde dienstverband. Wanneer blijkt dat sprake is van een hoger loon in de referteperiode door de eindafrekening (vakantietoeslag en/of dertiende maand wordt alvast in een eerder stadium uitbetaald), gaat de werkgever niet uit van het daadwerkelijk uitbetaalde loon, maar van het loon waar de betrokkene in de referteperiode/op jaarbasis aanspraak op had/heeft.¹⁴ Kortom, wanneer voor de overheid te veel uitbetaling dreigt, bestaat deze mogelijkheid dus wel!

Een tweede oplossing zou zijn om ruimte te creëren voor toepassing van de maatstaven redelijkheid en billijkheid.

De lagere rechtspraak heeft in het merendeel van voornoemde procedures, maar ook in soortgelijke gevallen – wanneer met toepassing van het Besluit een onredelijk resultaat werd bereikt – (wel) reeds ruimte gezien voor toepassing van de redelijkheid en billijkheid.¹⁵ Zij wordt echter iedere keer teruggefloten door de Raad. Deze ruimte bestaat thans niet, aldus de Raad.

Wanneer art. 11 van het Besluit onredelijke resultaten oplevert, zou op grond van de redelijkheid en billijkheid kunnen worden teruggevallen op de hoofdregel en uit worden gegaan van een jaar in plaats van vier weken tot een maand. Voor de inleidende casus zou voorts op grond van de redelijkheid en billijkheid aansluiting kunnen worden gezocht bij art. 12 van het Besluit.¹⁶

Met beide oplossingen wordt bereikt dat voor de berekening van het dagloon aangesloten wordt bij het feitelijke (reële) verdienvermogen van een uitkeringsgerechtigde. Het dagloon moet immers een weerspiegeling zijn van het welvaartsniveau van de betrokkene bij het intreden van het verzekerd risico.¹⁷

5. De wetgever

Voormalig Minister van Sociale Zaken en Werkgelegen-

heid Donner antwoordde in 2009 op de vraag van een CDA-Kamerlid aangaande de thans besproken problematiek: 'Gelet op de met het Besluit tevens beoogde eenvoud voor de uitvoering en uniformiteit van de regeling zie ik (...) geen aanleiding tot verandering van het beleid. Ik ben alert op signalen van de uitvoering dat zich structureel dergelijke effecten voordoen. In dat geval wil ik bezien of oplossingen mogelijk zijn. Die zullen overigens moeten passen binnen de uitgangspunten van beperking van administratieve lasten, vereenvoudiging van de regelgeving en verlaging van de uitvoeringskosten.'¹⁸

De huidige Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Kamp, heeft mij op 12 april jl. naar aanleiding van een door mij gezonden brief als volgt geantwoord. Het dagloon wordt gebaseerd op het loon dat de werkgever heeft aangegeven in de tijdvakken in de referteperiode en dat is opgenomen in de polisadministratie. UWV hoeft thans voor het vaststellen van het dagloon slechts deze polisad-

Is dit een bevredigend en rechtvaardig antwoord?

ministratie te raadplegen. Wanneer uit zou worden gegaan van het loon waar iemand aanspraak op heeft gehad (i.t.t. genoten loon) dan zou UWV (weer) structureel extra navraag moeten gaan doen bij werkgever en/of aanvrager. De bedoeling is nu juist geweest om tot eenvoud en uniformiteit te komen (Walvis) en dit te voorkomen. Deze beoogde eenvoud en uniformiteit strookt evenmin met een toepassing van de redelijkheid en billijkheid. Dit zou volgens de minister leiden tot complicaties in de uitvoering.

Is dit een bevredigend en rechtvaardig antwoord, vraag ik mij af. Dient het belang van de besproken groep uitkeringsgerechtigden te wijken voor eenvoud en uniformiteit? Mogelijk is een wettelijke aanpassing een brug te ver wanneer het een (te) kleine groep betreft, maar geldt dit ook voor toepassing van de redelijkheid en billijkheid? Is dat dan juist geen goede oplossing? Zo nee, dient de besproken groep uitkeringsgerechtigden dan niet op zijn minst gewaarschuwd te worden voor het risico dat zij loopt? •

11. Zie in dit kader eveneens CRvB 18 december 2008, L/JN BG8812 (twee weken onbetaald vakantie in de referteperiode).

12. Zie in dit kader eveneens: CRvB 23 april 2008, L/JN BD3228.

13. Overigens kan het begrip 'genoten loon' omgekeerd ook fraude in de hand werken. Wat als ik er voor kan zorgen dat ik in de referteperiode van mijn werkgever extra krijg betaald (overwerk bijvoorbeeld) om zo mijn dagloon en daarmee mijn WAZO-uitkering op te krikken?

14. Zie noot 3, hoofdstuk 2, de verwerking van vakantiebijslag en extra periodiek loon.

15. Zie voor niet behandelde uitspraken o.a. het oordeel van Rb. Arnhem 8 september 2008 in: CRvB 15 juli 2010, L/JN BN2454.

16. Zie bijvoorbeeld overweging 2.19, Rb. Haarlem 18 december 2007, L/JN BC7509: 'Redelijke toepassing van het Besluit zou naar het oordeel van de rechtbank in dit geval er toe moeten leiden dat aansluiting wordt gezocht bij artikel 12 van het Besluit en op grond daarvan moet het Wazo-dagloon worden vastgesteld op het bedrag dat gelijk is aan het WW-dagloon van eiseres.

In artikel 12 van het Besluit is immers – kort samengevat – bepaald dat het ZW-dagloon

van een werkloze wordt vastgesteld op het WW-dagloon.'

17. Aldus de Raad en voormalig Minister Donner. CRvB 14 mei 2009, L/JN B14689; brief d.d. 5 februari 2009, kenmerk IVV/FB/09/1797, van voormalig Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Donner naar aanleiding van Kamervragen van het lid Ulenbelt (SP) over de maatregelen binnen de WW die resulteren in een verminderd dagloon bij een volgende uitkering.

18. Brief d.d. 29 juni 2009, kenmerk IVV/FB/09/13216, van voormalig Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Donner

naar aanleiding van Kamervragen van lid Van Hijum (CDA) over de hoogte van het dagloon van een Ziektebewerking van een arbeidsgehandicapte. Van Hijum stelde de volgende Kamervraag: 'Bent u van mening dat [de] dagloonsystematiek waar- bij men uitgaat van genoten loon in het laatste aangiftetijdvak ook in andere gevallen tot een onredelijke uitkomst kan leiden, bijvoorbeeld indien een werknemer in het laatste aangiftetijdvak een onbetaalde vakantie opneemt en daardoor het genoten loon in het laatste aangiftetijdvak minder dan gemiddeld is?'