

ANNOTATIE

Het ontstaan van nieuw bedongen arbeid: een juridisch wespennest

*J.P.M. van Zijl**Annotatie bij Centrale Raad van Beroep, 16-11-2022,
ECLI:NL:CRVB:2022:2424 (AR-2023-0562)*

In zijn uitspraak van 16 november 2022^[1] spreekt de Centrale Raad van Beroep zich opnieuw uit over de vraag of re-integratieafspraken die een werkgever met een arbeidsongeschikte werknemer heeft gemaakt passende arbeid dan wel nieuw bedongen arbeid opleveren. Met het antwoord op deze vraag zijn zowel voor de werkgever als voor de werknemer grote belangen gemoeid. Deze belangen worden pas goed zichtbaar als ook de uitkeringsrechten van de werknemer daarbij worden betrokken. In deze annotatie zal ik proberen aan te geven waar de belangen van de werkgever én de werknemer liggen.

Ik zal daartoe eerst kort ingaan op de verplichtingen die een werkgever ten opzichte van een arbeidsongeschikte werknemer heeft (paragraaf 1). Vervolgens zal ik het arrest van de Hoge Raad in de *Kummeling/Oskam*-zaak uit 2011 bespreken (paragraaf 2) en twee uitspraken van de Centrale Raad van Beroep uit 2010 (paragraaf 3). Daarna zal ik aangeven welk probleem er is met de inkomensvoorziening van de arbeidsongeschikte werknemer (paragraaf 4). Dit probleem geeft het belang aan van de vraag wanneer sprake is van passende arbeid en wanneer van nieuw bedongen arbeid, dat daarna wordt besproken (paragraaf 5). Vervolgens zal ik ingaan op de vraag of de werkgever het zelf in de hand heeft om nieuw bedongen arbeid te voorkomen (paragraaf 6) en een oproep doen aan de wetgever om voor een oplossing te zorgen voor het probleem met de inkomensvoorziening van de arbeidsongeschikte werknemer (paragraaf 7).

1. Verplichtingen van de werkgever bij arbeidsongeschiktheid van de werknemer

Een werkgever heeft ten opzichte van een arbeidsongeschikte werknemer in grote lijnen twee belangrijke verplichtingen, die er allebei niet om liegen. De werkgever moet tijdens ziekte gedurende 104 weken het loon aan de arbeidsongeschikte werknemer (in beginsel voor 70%) doorbetalen^[2] en de werknemer moet bevorderen dat de arbeidsongeschikte werknemer weer wordt ingeschakeld in arbeid (re-integratie).

De re-integratieverplichting van de werkgever valt uiteen in twee onderdelen. Allereerst moet de werkgever bevorderen dat de werknemer wordt ingeschakeld in voor hem passende arbeid in de onderneming van de werkgever zelf. Dit wordt door het UWV 'het eerste spoor' genoemd. De re-integratieverplichting in het eerste spoor geldt zo lang de arbeidsovereenkomst voortduurt.[3] Van belang daarbij is dat het voor de werkgever tijdens ziekte in beginsel niet mogelijk is om de arbeidsovereenkomst tijdens de eerste twee jaar van ziekte op te zeggen[4] en dat ook daarna opzegging alleen mogelijk is als de werkgever aannemelijk maakt dat in de eigen onderneming geen passende arbeid voor de arbeidsongeschikte werknemer voorhanden is en dat de werknemer naar verwachting ook niet binnen 26 weken in staat zal zijn om passende arbeid te gaan verrichten.[5] Als de werknemer in de eigen onderneming van de werkgever geen passende arbeid kan doen, moet de werkgever bevorderen dat de werknemer wordt ingeschakeld in passende arbeid in de onderneming van een andere werkgever: het 'tweede spoor'. De re-integratieverplichting in het tweede spoor geldt zo lang de loonbetalingsverplichting duurt.[6] Van belang daarbij is nog dat voor werkgevers die eigenrisicodragers zijn voor de betaling van de WGA-uitkeringen van hun (ex-)werknemers de re-integratieverplichting in zowel het eerste als het tweede spoor geldt zo lang de (ex-)werknemer een WGA-uitkering ontvangt,[7] tot maximaal tien jaar.

2. Het arrest van de Hoge Raad in de zaak Kummeling/Oskam

In het arrest *Kummeling/Oskam* ging het om een arbeidsongeschikte werknemer die in 1998 ziek was uitgevallen voor zijn werk en aan wie in 1999 een WAO-uitkering was toegekend. De werknemer was na de toekenning van de WAO-uitkering bij de werkgever blijven werken in aangepaste arbeid. Door verergering van zijn klachten was de arbeid ook daarna nog verder aangepast. In 2009 viel de werknemer alsnog volledig uit. De vraag was of de werknemer toen recht op loon tijdens ziekte had, aangezien de werkgever in 1998 en 1999 al eens de maximale periode van (toen nog) 52 weken loon tijdens ziekte had betaald. Een nieuwe verplichting tot loondoorbetaling tijdens ziekte zou echter toch kunnen ontstaan als de aanpassing van de arbeid de vorm had gekregen van een nieuwe arbeidsovereenkomst: 'nieuw bedongen arbeid'. De werkgever en de werknemer discussieerden erover of dat het geval was.

Het gerechtshof had in hoger beroep van een kortgedingvonnis van de kantonrechter vastgesteld dat tussen partijen in elk geval niet uitdrukkelijk was overeengekomen dat datgene wat oorspronkelijk als passende arbeid was aangeboden, op enig moment nieuw bedongen arbeid was geworden. Ook vond het gerechtshof dat onvoldoende was komen vast te staan dat de werknemer erop mocht vertrouwen dat de passende arbeid op enig moment nieuw bedongen arbeid was geworden. Doordat de te verrichten arbeid steeds verder moest worden aangepast, was volgens het hof geen situatie ontstaan waarin de werknemer 'gedurende niet te korte tijd arbeid heeft verricht waarvan de aard en omvang niet tussen partijen ter discussie heeft gestaan'. [8]

De werknemer berust niet in arrest van het gerechtshof en stelt cassatieberoep in bij de Hoge Raad. Daar betoogt hij dat het niet zo kan zijn dat een werknemer bij uitval wegens ziekte na tien jaar aangepaste arbeid te hebben verricht én geen recht zou hebben op loon én geen recht

op een uitkering. Dat geldt volgens de werknemer temeer omdat de werkgever ervoor kan kiezen om geen nieuw bedongen arbeid overeen te komen, om zo te voorkomen dat opnieuw loon tijdens ziekte zou moeten worden betaald.

De Hoge Raad[9] refereert eraan dat het wettelijke stelsel ter zake van arbeidsongeschiktheid van de werknemer in grote lijnen inhoudt dat de werkgever aan de werknemer 104 weken lang loon tijdens ziekte moet betalen en dat hij de werknemer moet re-integreren. Als de werknemer door re-integratie passende arbeid is gaan verrichten zonder dat de passende arbeid de bedongen arbeid is geworden, hoeft de werkgever volgens de Hoge Raad bij een nieuwe uitval wegens ziekte niet opnieuw door te betalen. De Hoge Raad erkent dat daardoor een probleem ontstaat met de inkomensvoorziening van de arbeidsongeschikte werknemer (zie paragraaf 4). maar stelt vast dat de regering dit probleem onderkend heeft en dat een oplossing voor het probleem (in de vorm van een aanpassing van de Ziektewet of het Burgerlijk Wetboek dan wel het tot stand komen van een collectieve regeling), is uitgebleven. Over de vraag wanneer passende arbeid nieuw bedongen arbeid wordt, spreekt de Hoge Raad zich daarbij niet uit. Duidelijk is dat de Hoge Raad van mening is dat de oplossing van dit probleem van de wetgever en niet van de rechter moet komen.

3. Twee uitspraken van de Centrale Raad van Beroep

In 2010 heeft de Centrale Raad van Beroep twee uitspraken[10] gedaan die van groot belang zijn voor het probleem met de inkomensvoorziening van de arbeidsongeschikte werknemer (zie paragraaf 4). In beide gevallen ging het om een werknemer die na het verstrijken van de wachttijd passende arbeid was gaan verrichten en later voor die arbeid was uitgevallen wegens ziekte. Ter discussie was of die werknemers recht konden doen gelden op een Ziektewetuitkering. De Centrale Raad van Beroep bepaalde dat dat niet het geval was, omdat het recht op Ziektewetuitkering in deze gevallen niet paste in de limitatieve opsomming die de Ziektewet[11] geeft van gevallen waarin een werknemer recht op Ziektewetuitkering heeft.

Ook de Centrale Raad van Beroep erkent hierbij dat er een lacune is in de inkomensvoorziening van de arbeidsongeschikte werknemer, geeft aan dat de wetgever dat probleem onderkend heeft en vindt het niet op zijn weg als rechter liggen om dan in die lacune te voorzien.

4. Het probleem met de inkomensvoorziening van de arbeidsongeschikte werknemer

Het arrest van de Hoge Raad en de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep hebben tot gevolg dat er een ernstig probleem is met de inkomensvoorziening van de arbeidsongeschikte werknemer die:

- (a) na het einde van de wachttijd;[12]
- (b) minder dan 35% arbeidsongeschikt is;[13]
- (c) passende arbeid verricht;[14]

(d) opnieuw uitvalt wegens ziekte.

Deze werknemer heeft immers:

(a) geen recht op een WW-uitkering omdat hij wegens zijn ziekte niet beschikbaar is voor het aanvaarden van arbeid;[15]

(b) geen recht op een Ziektewetuitkering omdat de maximale uitkeringsduur is verstreken[16] en de no-riskpolis niet van toepassing is als geen WIA-uitkering wordt toegekend en passende arbeid wordt verricht bij de eigen werkgever;[17]

(c) pas na een nieuwe wachttijd van 104 weken recht op een WIA-uitkering,[18] tenzij de nieuwe uitval wegens ziekte plaatsvindt binnen vier weken na het einde van de wachttijd dan wel wegens ‘dezelfde oorzaak’ en binnen vijf jaar na het einde van de wachttijd;[19]

(d) geen recht op loon, tenzij de aangepaste arbeid als nieuw bedongen arbeid zou moeten worden beschouwd.

5. Wanneer is sprake van passende arbeid en wanneer van bedongen arbeid?

Het hierboven genoemde probleem met de inkomensvoorziening van de arbeidsongeschikte werknemer bestaat niet als de aangepaste arbeid te beschouwen is als nieuw bedongen arbeid. De vraag rijst daarom wanneer dit het geval is. Die vraag kan zowel aan de orde komen bij de civiele rechter als bij de bestuursrechter.[20]

De civiele rechter kan aanleiding zien om zich over deze vraag uit te spreken als de werknemer een vordering instelt tot doorbetaling van loon tijdens ziekte of tot tewerkstelling in de bedongen arbeid, maar ook als de werknemer een verzoek indient tot veroordeling van de werkgever tot betaling van de transitievergoeding, als daarbij ter discussie is wat de hoogte is van het overeengekomen loon (dat van de aangepaste arbeid omdat het nieuw bedongen arbeid is geworden, of dat van de oorspronkelijke arbeid omdat dat nog steeds de bedongen arbeid is).

De bestuursrechter kan zich gedwongen zien zich uit te spreken over de vraag of sprake is van nieuw bedongen arbeid als het UWV stelt dat de werknemer met een WGA-uitkering die opnieuw ziek is uitgevallen vanwege nieuwe bedongen arbeid recht heeft op loon, omdat dat loon dan moet worden verrekend met de loongerelateerde WGA-uitkering van de werknemer,[21] of in sommige gevallen met de WGA-loonaanvullingsuitkering.[22]

Hierna zal ik aangeven hoe de civiele rechter en de bestuursrechter hebben geoordeeld over de vraag wanneer sprake is van nieuw bedongen arbeid.

5.1 Volgens de civiele rechter

Zoals gezegd heeft de Hoge Raad zich nog niet uitgesproken over de vraag wanneer sprake is van nieuw bedongen arbeid. Bij gebreke van een uitdrukkelijke afspraak ter zake zitten kantonrechters en gerechtshoven[23] doorgaans op de lijn dat nieuw bedongen arbeid ontstaat als de werknemer erop mocht vertrouwen dat passende arbeid nieuw bedongen arbeid is geworden doordat een situatie is ontstaan waarin de werknemer gedurende niet te korte tijd arbeid heeft verricht waarvan de aard en omvang niet tussen partijen ter discussie heeft gestaan. In enkele uitspraken komen rechters op afwijkende gronden tot de conclusie dat sprake is van nieuw bedongen arbeid[24] en soms komen rechters ook tot de conclusie dat geen nieuwe bedongen arbeid is ontstaan.[25]

5.2 Volgens de bestuursrechter

De Centrale Raad van Beroep[26] trekt in zijn jurisprudentie ten aanzien van het ontstaan van nieuw bedongen arbeid de zaak wat breder door te oordelen dat de re-integratieafspraken moeten worden uitgelegd op basis van de *Haviltex*-maatstaf.[27] De Centrale Raad van Beroep stelt voorop dat re-integratieafspraken tussen de werkgever en de werknemer over (passende) arbeid zowel mondeling als schriftelijk kunnen worden aangegaan en zowel summier als uitvoerig kunnen zijn en dat het voor de uitleg van die afspraken aankomt op de zin die partijen daarbij in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze aan de gemaakte afspraken mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

Het enkele feit dat gedurende langere tijd passende werkzaamheden zijn verricht is daarbij voor de Centrale Raad van Beroep[28] onvoldoende om te concluderen dat sprake is van nieuw bedongen arbeid. Ook neemt de Centrale Raad van Beroep niet snel genoegen met stellingen van het UWV dat nieuw bedongen arbeid is ontstaan: de bewijslast rust op het UWV en aan die bewijslast moet het UWV voldoen door inzicht te geven in de afspraken die de werkgever en de werknemer expliciet of impliciet hebben gemaakt over de nadere invulling van de arbeidsverhouding. Het UWV kan daarbij niet volstaan met veronderstellingen.[29] En waar het UWV stelde dat tussen het einde van de wachttijd en de nieuwe uitval wegens ziekte sprake was geweest van herstel van de werknemer gedurende een periode van ten minste vier weken, kon die stelling niet alleen worden gebaseerd op mededelingen van de werknemer en verwachtingen van het UWV bij het einde van de wachttijd, maar had het UWV bij gebreke van medische gegevens daarnaar onderzoek moeten doen, bijvoorbeeld door de werkplek te bezoeken of collega's te horen.[30]

In de uitspraak van 16 november 2022[31] verwijst de Centrale Raad van Beroep opnieuw naar de *Haviltex*-maatstaf, maar deze keer voegt hij daaraan toe dat de werknemer er onder bepaalde omstandigheden op mag vertrouwen dat de werkgever bedoelde de bedongen arbeid te wijzigen en dat daarbij van belang is dat het werk gedurende niet te korte tijd is verricht en dat de omvang van het werk tussen partijen niet ter discussie heeft gestaan. Aldus worden de argumenten die in de lagere civiele rechtspraak doorgaans reden zijn om nieuw bedongen arbeid aan te nemen geplaatst in het bredere kader van de *Haviltex*-maatstaf. De jurisprudentie van de civiele rechter en de bestuursrechter groeien daardoor meer naar elkaar

toe.

6. Kan de werkgever het ontstaan van nieuwe bedongen arbeid voorkomen?

Kan een werkgever het ontstaan van nieuw bedongen arbeid voorkomen, ook als de werknemer de aangepaste arbeid het werk gedurende niet te korte tijd heeft verricht en de omvang van het werk tussen partijen niet ter discussie heeft gestaan? Of betekent het feit dat de werknemer de aangepaste arbeid gedurende niet te korte tijd heeft verricht en dat de omvang van het werk tussen partijen niet ter discussie heeft gestaan, op zichzelf al dat de werknemer mag verwachten dat nieuw bedongen arbeid ontstaat als aan deze voorwaarden is voldaan?

In het laatste geval zou in de verwachting van de werknemer ten aanzien van het ontstaan van nieuw bedongen arbeid een norm besloten liggen die inhoudt dat de werkgever onder de genoemde omstandigheden het ontstaan van nieuw bedongen arbeid eenvoudigweg moet aanvaarden. Dat is echter niet de wijze waarop de *Haviltex*-norm, waarop naar mijn mening terecht door de Centrale Raad van Beroep een beroep wordt gedaan, werkt. Bij de *Haviltex*-norm gaat het om verwachtingen gewekt door gedragingen van partijen. Als een werkgever er van aanvang af duidelijk over is dat de aangepaste arbeid wordt aangeboden als passende arbeid en niet als bedongen arbeid, en er vervolgens bij het verstrijken van tijd ook steeds duidelijk over is dat dit niet verandert, dan kan op basis van de *Haviltex*-norm naar mijn mening geen verwachting bestaan die het ontstaan van nieuw bedongen arbeid rechtvaardigt.

Het ontstaan van nieuw bedongen arbeid uitsluitend omdat de werknemer de aangepaste arbeid gedurende niet te korte tijd heeft verricht en de omvang van het werk tussen partijen niet ter discussie heeft gestaan, zou verder ook in strijd zijn met de contractsvrijheid: de werkgever zou daardoor gedwongen worden een overeenkomst aan te gaan die hij wellicht niet wenst aan te gaan.

Last but not least zou het ook niet in overeenstemming zijn met het arrest *Kummeling/Oskam* om te aanvaarden dat een werkgever verplicht kan zijn om de aangepaste arbeid als nieuw bedongen arbeid te laten verrichten. De Hoge Raad aanvaardt in dat arrest immers niet dat door het verrichten van passende arbeid een nieuwe verplichting tot loondoorbetaling tijdens ziekte kan ontstaan. De Hoge Raad overweegt [cursivering JvZ]:

‘3.7.2 Het wettelijk stelsel houdt op dit punt, kort gezegd, in dat de werkgever in geval van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer enerzijds gehouden is gedurende 104 weken het naar tijdruimte vastgestelde loon binnen de grenzen zoals bepaald in art. 7:629 lid 1 te betalen, en anderzijds gedurende die periode de re-integratie van zijn werknemer binnen het eigen bedrijf, dan wel in het bedrijf van een andere werkgever, te bevorderen (art. 7:658a BW). Dit stelsel brengt mee dat, indien de werknemer als gevolg van de re-integratie andere (passende) werkzaamheden is gaan verrichten, zonder dat de passende arbeid de bedongen arbeid is geworden, en hij na afloop van de periode van 104 weken opnieuw door ziekte uitvalt, de werkgever niet gehouden is (wederom) diens loon door te betalen. Ook art. 6:248 lid 1 brengt dat niet mee, *omdat dan de samenhang en het evenwicht tussen de bedoelde*

verplichtingen van de werkgever verstoord zouden worden.'

7. Oproep aan de wetgever

Werkgevers die zich bewust zijn van het bovenstaande, staan op dit moment voor een lastige keuze als het erom gaat aangepaste arbeid aan te bieden als passende arbeid dan wel als nieuw bedongen arbeid:

- (1) Wel afspreken van nieuw bedongen arbeid betekent het ontstaan van een nieuwe loondoorbetalingsverplichting bij een nieuwe uitval wegens ziekte, met als gevolg dat:
 - (a) de werknemer ook gedurende de eerste 104 weken inkomen heeft als hij opnieuw ziek uitvalt door een *andere oorzaak*[32] of als hij na vijf jaar opnieuw ziek uitvalt; maar ook dat:
 - (b) 70% van het loon wordt verrekend met de loongerelateerde WGA-uitkering en soms met de WGA-loonaanvullingsuitkering[33] als de werknemer binnen vijf jaar uitvalt door *dezelfde oorzaak*.^[34]
- (2) Omgekeerd betekent het niet afspreken van nieuw bedongen arbeid (maar van passende arbeid) dat geen nieuwe loondoorbetalingsverplichting ontstaat bij een nieuwe uitval wegens ziekte, met als gevolg dat:
 - (a) geen verrekening van 70% van loon met de loongerelateerde WGA-uitkering en soms met de WGA-loonaanvullingsuitkering als de werknemer binnen vijf jaar uitvalt door *dezelfde oorzaak*; maar ook dat:
 - (b) de werknemer gedurende de eerste 104 weken geen inkomen heeft als hij opnieuw ziek uitvalt door een *andere oorzaak* of na vijf jaar opnieuw ziek uitvalt.

De meeste werkgevers betalen aan de arbeidsongeschikte werknemer die bij het einde van de wachttijd 35% arbeidsongeschikt was (en om die reden geen recht had op een WIA-uitkering), aangepaste arbeid verrichtte en wegens een andere oorzaak voor die arbeid uitgevallen is, het loon tijdens ziekte door. Deels doen zij dat omdat zij denken dat zij daartoe verplicht zijn en deels omdat zij niet willen dat de werknemer zonder inkomen komt te zitten. In het laatste geval getuigt dat natuurlijk van goed werkgeverschap, maar het zou niet zo moeten zijn dat werkgevers de gaten moeten vullen die de wetgever laat liggen als het gaat om de inkomensvoorziening van de arbeidsongeschikte werknemer. En het is natuurlijk al helemaal onaanvaardbaar dat de werknemer 104 weken lang geen inkomen heeft als zijn werkgever het gat niet wenst te vullen!

In het coalitieakkoord dat ten grondslag ligt aan de totstandkoming van de huidige regering wordt onderzocht hoe hardheden in de WIA kunnen worden hervormd met oog voor uitlegbaarheid, uitvoerbaarheid en betaalbaarheid.^[35] Dat onderzoek vindt plaats door de onafhankelijke commissie Toekomst arbeidsongeschiktheidsstelsel (OCTAS), waarbij de commissie opdracht heeft gekregen om een balans te vinden tussen activering en inkomensbescherming, als zijnde de pijlers die aan de WIA ten grondslag liggen.^[36] Dat de

inkomensbescherming van de werknemer ermee gediend is dat een regeling wordt getroffen voor het bovengenoemde gat in de inkomensvoorziening van de arbeidsongeschikte werknemer is evident, maar het treffen van een dergelijke regeling is ook in het belang van activering. Immers: het gat in de inkomensvoorziening treft alleen werknemers die re-integreren door passende arbeid te verrichten. Zij lopen daarmee het risico dat zij bij een uitval wegens ziekte wegens een andere oorzaak gedurende 104 weken geen inkomen hebben. De werknemer die niet re-integreert, ontvangt een WW-uitkering. Als deze werknemer tijdens de duur van de WW-uitkering ziek uitvalt wegens een andere oorzaak heeft hij recht op een Ziektewetuitkering. Om te voorkomen dat het niet verrichten van passende arbeid voor de werknemer minder risico's biedt dan het wel verrichten van passende arbeid, zou moeten worden voorzien in een Ziektewetuitkering. En om te voorkomen dat de werkgever er belang bij heeft dat de werknemer geen passende arbeid verricht, zou deze Ziektewetuitkering vervolgens ook niet dienen te worden toegerekend aan de werkgever, ongeacht of die eigenrisicodragers is dan wel of die gedifferentieerde premie Werkhervattingskas aan de Belastingdienst betaalt.

Het feit dat de wetgever al in 2010 van de Centrale Raad van Beroep en in 2011 van de Hoge Raad te horen heeft gekregen dat er een gat in de inkomensvoorziening van de arbeidsongeschikte werknemer is, waarvoor niet de rechter maar de wetgever een oplossing moet zoeken, zou voor de wetgever een belangrijke aansporing moeten zijn om nu eindelijk zijn verantwoordelijkheid in deze te nemen.

Een tweede ongerijmdheid die daarbij dient te worden weggenomen, betreft het verrekenen van de zogenoemde 'Amber-uitkeringen'.^[37]

Deze uitkeringen zijn onder de WAO in het leven geroepen om de werkgever te compenseren voor het risico op nieuwe uitval wegens ziekte door een reeds bestaande ziekteoorzaak, dat de werkgever loopt als hij een werknemer in dienst neemt die reeds de wachttijd van de WAO-uitkering heeft doorlopen. De WAO-uitkering die dan alsnog werd toegekend kon de werkgever dan met het tijdens ziekte door te betalen loon verrekenen. Bij de totstandkoming van de WIA zijn in de WIA soortgelijke bepalingen^[38] opgenomen met de uitdrukkelijke bedoeling van voortzetting van het beleid dat ter zake onder de WAO gold.^[39] De te verstrekken uitkering zou dus met het tijdens ziekte door te betalen loon dienen te kunnen worden verrekend. Tegelijkertijd bepaalde de WIA dat de hoogte van de loongerelateerde WGA-uitkering en in sommige gevallen ook de hoogte van de WGA-loonaanvullingsuitkering wordt berekend door vermindering met 70% van het genoten loon. Tegelijkertijd de uitkering met het loon verrekenen (zoals door de tekst van de WIA wordt vereist^[40]) en het loon met de uitkering verrekenen (zoals de bedoeling van de wetgever was^[41]), is natuurlijk rekenkundig onmogelijk.

De Centrale Raad van Beroep moest daarom bepalen welke van de twee het zou moeten worden. In 2014^[42] heeft de Centrale Raad van Beroep bepaald dat het ontbreken van een uitzondering voor de Amber-bepalingen^[43] in de wettelijke bepaling die de hoogte van de loongerelateerde en (soms) WGA-loonaanvullingsuitkering regelt,^[44] betekent dat ook in dit

geval loon met de uitkering moet worden verrekend. De Centrale Raad van Beroep maakt daar in zijn uitspraak verder geen woorden aan vuil, maar daarmee verdween onbedoeld wel een belangrijk deel van de beschermende werking die werkgevers konden ontleen aan de Amberbepalingen. Deze uitspraak opende ook de weg voor het UWV om te stellen dat nieuw bedongen arbeid was ontstaan met als gevolg een nieuwe loondoorbetalingsverplichting, niet omdat dat nodig was om te voorzien in het inkomen van een arbeidsongeschikte werknemer, maar om de hoogte van de door het UWV te betalen WGA-uitkering te verminderen. Het is in het belang van activering als een van de pijlers van de WIA om de Amberbepalingen volledig in ere te herstellen.

Mr. J.P.M. (Joop) van Zijl

Tilburg, 24 mei 2023

[1] CRvB 16 november 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2424.

[2] Art. 7:629 lid 1 BW.

[3] Art. 7:658a lid 1 BW.

[4] Art. 7:670 lid 1 BW.

[5] Art. 7:669 lid 3 onder b BW.

[6] Art. 7:658a lid 1 BW.

[7] Art. 42 WIA.

[8] Deze formulering zal later terugkomen in een groot aantal rechterlijke uitspraken.

[9] HR 30 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8134 (*Kummeling/Oskam*).

[10] CRvB 28 juli 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BN2796 en ECLI:NL:CRVB:2010:BN2809.

[11] Art. 29 lid 2 Ziektewet.

[12] Tijdens de wachttijd bestaat recht op loon of Ziektewetuitkering.

[13] Bij meer dan 35% arbeidsongeschiktheid bestaat recht op WIA-uitkering.

[14] Bij nieuwe bedongen arbeid bestaat een nieuw recht op loondoorbetaling tijdens ziekte.

[15] Art. 19 WW.

[16] Art. 29 lid 5 Ziektewet.

[17] Art. 29b lid 1 onder b Ziektewet.

[18] Art. 50 en 57 WIA.

[19] Als de mate van arbeidsongeschiktheid aan het einde van de nieuwe wachttijd van 104 weken minder is dan 35%, heeft de werknemer natuurlijk geen recht op een WIA-uitkering. Op dat moment kan wel recht ontstaan op een WW-uitkering, als de werknemer er niet in geslaagd is om in voldoende mate arbeid te vinden die past bij zijn beperkingen.

[20] Zie de noot van Riphagen onder de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 16 november 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2424 in *USZ* 2023/22.

[21] Art. 61 lid 1 WIA.

[22] Als het inkomen hoger is dan of gelijk aan de overblijvende verdien capaciteit of als de inkomenseis van art. 60 lid 3 WIA niet geldt. Zie art. 61 lid 2 WIA. De Centrale Raad van Beroep heeft in zijn uitspraak van 19 februari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:880 besloten dat de verrekening van het loon met de WGA-uitkering ook geldt als sprake is van de toepassing van art. 48 en 50 c.q. 55 en 57 WIA, de zogenoemde uitkeringen als bedoeld in de Wet Amber, hoewel de doelstelling van deze wet juist was dat de uitkeringen met het loon verrekend zouden kunnen worden.

[23] Ktr. Utrecht 7 december 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK5511 (*Kummeling/Oskam*); Hof Arnhem 1 juni 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM5554; Hof Arnhem (als nevenzittingsplaats van het Hof Amsterdam) 29 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BX0123; Ktr. Amersfoort 8 maart 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP7237, *USZ* 2011/86, m.nt. Fruytier; Ktr. Utrecht 14 maart 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP7568; Ktr. Boxmeer 16 januari 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BV2287; Ktr. Utrecht 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY128, *JAR* 2012/306, m.nt. Barentsen (*Kummeling/Oskam*); Hof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4324; Ktr. Rotterdam 20 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7287; Ktr. Eindhoven 23 juni 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3625; Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:223; Ktr. Rotterdam 15 februari 2019; ECLI:NL:RBROT:2019:1486; Ktr. Haarlem 8 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2968; Ktr. Roermond 31 januari 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:740.

[24] Zie Hof 's-Hertogenbosch 6 januari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BHO657, waarin uit het feit dat op grond van art. 7:629 lid 12 BW de arbeidsovereenkomst in stand blijft als de werknemer passende arbeid gaat verrichten, wordt afgeleid dat die arbeid dan als bedongen arbeid geldt en Ktr. Amsterdam 1 februari 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM0969, waar belang wordt gehecht aan het feit dat sprake was van een bedrijfsongeval en aan goed werkgeverschap.

[25] Zie Ktr. Eindhoven 2 mei 2011; ECLI:NL:RBSHE:2011:BQ3289, waarin gesteld wordt dat niet snel mag worden aangenomen dat de bedongen arbeid stilzwijgend is gewijzigd en Hof 's-Hertogenbosch 14 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:223, waarin wordt gesteld dat passende arbeid geen nieuwe bedongen arbeid kan worden door enkel tijdsverloop en dat de werkgever iets moet hebben gedaan of nagelaten dat bij de werknemer het gerechtvaardigde vertrouwen heeft kunnen wekken en waarin belang wordt gehecht aan het feit dat de werkgever verplicht is tot re-integratie en dat hij dus niet de mogelijkheid heeft om te voorkomen dat langdurig passend werk wordt verricht.

- [26] CRvB 21 mei 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1757.
- [27] De Centrale Raad van Beroep verwijst naar HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (*Haviltex*) en HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 (*Lundiform/Mexx*).
- [28] CRvB 25 maart 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:921.
- [29] CRvB 24 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:284.
- [30] CRvB 24 januari 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:286.
- [31] CRvB 16 november 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:2424.
- [32] Dat wil zeggen: niet dezelfde oorzaak als bedoeld in art. 48 lid 1 WIA (voor wat betreft de IVA-uitkering) en art. 55 lid 1 WIA (voor wat betreft de WGA-uitkering).
- [33] Op grond van art. 61 lid 1 of 2 WIA.
- [34] In de zin van art. 48 lid 1 WIA (voor wat betreft de IVA-uitkering) en art. 55 lid 1 WIA (voor wat betreft de WGA-uitkering).
- [35] *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst*, Coalitieakkoord 2021-2025 VVD, D66, CDA en ChristenUnie van 15 december 2021, *Kamerstukken II* 2021/22, 35788, nr. 77.
- [36] Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer van 3 april 2023 (Voortgang uitwerking arbeidsmarktpakket), *Kamerstukken II* 2022/23, 29544, nr. 1176.
- [37] Wet afschaffing malus en bevordering re-integratie, wet van 2 november 1995 (*Stb.* 1995, 560).
- [38] Art. 48, 50, 55 en 57 WIA.
- [39] Memorie van Toelichting bij Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (wetsvoorstel 30034, nr. 3, p. 67).
- [40] Art. 61 lid 1 en 2 WIA.
- [41] De verrekening was daarbij gebaseerd op art. 7:629 lid 5 BW.
- [42] CRvB 19 februari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:880.
- [43] Art. 48, 50, 55 en 57 WIA.
- [44] Art. 61 lid 1 en 2 WIA.