

ECLI:NL:CRVB:2017:2406

Uitspraak

Centrale Raad van Beroep

zaaknummer 16/6999 WW

uitspraak: 19 juli 2017

Uitspraak op het hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 3 oktober 2016, 16/3387 (aangevallen uitspraak)

Partijen:

[appellante] te [woonplaats] (appellante)

de Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (Uwv)

PROCESVERLOOP

Namens appellante heeft mr. P.A.C. Roebert hoger beroep ingesteld.

Het Uwv heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft, gevoegd met de zaken op de bijgaande lijst, plaatsgevonden op 7 juni 2017. Appellante is verschenen, bijgestaan door mr. Roebert. Het Uwv heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. M.J.F. Bär en mr. P.J. van Ogtrop. Na de behandeling ter zitting zijn de zaken gesplitst en wordt in elk van deze zaken afzonderlijk uitspraak gedaan.

OVERWEGINGEN

1.1.

Appellante heeft sinds 1 januari 1995 werkzaamheden verricht in dienst van de [Stichting] (werkgeefster) en heeft zich in augustus 2013 ziek gemeld. Haar werkgeefster heeft het loon vanwege langdurige ziekte van 1 oktober 2014 tot en met 30 april 2015 niet volledig doorbetaald. Appellante en de werkgeefster hebben het dienstverband op 1 november 2015 beëindigd door middel van een vaststellingsovereenkomst, waarna appellante een uitkering op grond van de Werkloosheidswet (WW) heeft aangevraagd bij het Uwv.

1.2.

Bij besluit van 23 november 2015 heeft het Uvw appellante met ingang van 2 november 2015 in aanmerking gebracht voor een WW-uitkering, gebaseerd op een dagloon van € 128,16. Het Uvw heeft het dagloon berekend op grond van het Dagloonbesluit werknemersverzekeringen zoals dat gold met ingang van 1 juli 2015 (Stb. 2015, 152, Dagloonbesluit 2015). Appellante heeft bezwaar gemaakt tegen het besluit van 23 november 2015, omdat het Uvw bij de berekening van het dagloon de aangiftetijdvakken heeft meegerekend waarover in verband met ziekte niet het volledige loon is doorbetaald, terwijl voor 1 juli 2015 in artikel 6 van het Dagloonbesluit werknemersverzekeringen zoals dat gold met ingang van 1 juni 2013 (Stb. 2013, 185, Dagloonbesluit 2013) was geregeld dat deze aangiftetijdvakken werden vervangen door aangiftetijdvakken voordat de ziekte was ingetreden.

1.3.

Bij beslissing op bezwaar van 16 maart 2016 (bestreden besluit) heeft het Uvw het bezwaar van appellante tegen het besluit van 23 november 2015 ongegrond verklaard.

2. De rechtbank heeft bij de aangevallen uitspraak het beroep van appellante tegen het bestreden besluit ongegrond verklaard en heeft geoordeeld dat het Uvw op goede gronden artikel 6, eerste lid, van Dagloonbesluit 2015 heeft toegepast door het in de referteperiode van 1 oktober 2014 tot en met 30 september 2015 door de werkgeefster opgegeven loon te delen door 261 loondagen. Welke belangen de besluitgever bij de wijziging van artikel 6, eerste lid, van Dagloonbesluit 2015 heeft afgewogen, blijkt volgens de rechtbank uit de nota van toelichting. De rechtbank heeft geoordeeld dat onverkorte toepassing van de in artikel 6, eerste lid, van Dagloonbesluit 2015 neergelegde regeling in het geval van appellante niet in strijd is met het loondervingsbeginsel dat aan de WW ten grondslag ligt en dat er geen sprake is van een ongerechtvaardigd onderscheid in de behandeling van de arbeidsongeschikte werknemer ten opzichte van een arbeidsgeschikte werknemer. Dat de in Dagloonbesluit 2015 opgenomen berekening in dit geval voor appellante nadelige gevolgen heeft, gezien ten opzichte van de vóór 1 juli 2015 geldende systematiek, biedt niet de mogelijkheid om een ander dagloon vast te stellen. Volgens de rechtbank is er geen sprake van een situatie dat aan de inhoud of de wijze van totstandkoming van deze bepaling zodanig ernstige gebreken kleven dat deze bepaling om die reden niet als grondslag kan dienen voor de onderhavige dagloonvaststelling. De rechter moet de in de WW en Dagloonbesluit 2015 door de wet- en besluitgever gemaakte keuze dan ook respecteren.

3.1.

Appellante heeft in hoger beroep aangevoerd dat in overeenstemming met de Wet administratieve lastenverlichting en vereenvoudiging in sociale verzekeringswetten (Walvis, wet van 24 juni 2004, Stb. 2004, 311) tot 1 juli 2015 een bijzondere regeling was opgenomen in Dagloonbesluit 2013 voor de situatie van onvolledige loondoorbetaling vanwege ziekte tijdens de referteperiode. De wijziging van artikel 6, eerste lid, van Dagloonbesluit 2015 heeft tot gevolg gehad dat geen bijzondere regeling meer bestaat voor deze situatie, wat leidt tot een aanzienlijk lager dagloon en WW-uitkering gedurende de gehele uitkeringsduur. Bovendien is achteraf gebleken dat de wijziging was gebaseerd op een verkeerde veronderstelling van de besluitgever. Artikel 6 van Dagloonbesluit 2015 is dan ook in strijd met het loondervingsbeginsel. Daarnaast is er volgens appellante sprake van een ongerechtvaardigd onderscheid tussen een zieke werknemer die tijdens de referteperiode minder salaris heeft ontvangen als gevolg van ziekte en een niet zieke werknemer die tijdens de referteperiode minder salaris heeft ontvangen vanwege verlof, zonder dat hiervoor een objectieve rechtvaardigingsgrond aanwijsbaar is. Dit heeft de besluitgever ook ingezien en deze is na 1 juli 2015 snel aangevangen met de wijziging van het Dagloonbesluit. Omdat de situatie van appellante niet valt onder de reparatie van Dagloonbesluit 2015 met ingang van

1 januari 2017, wordt appellante nog lange tijd geconfronteerd met een te laag dagloon en dus een te lage WW-uitkering.

3.2.

Het Uvw heeft aangevoerd dat de wettelijke bepalingen inzake de dagloonvaststelling dwingendrechtelijk van aard zijn en dat aan het Uvw niet de bevoegdheid is gegeven om daarvan af te wijken. Het Uvw heeft tijdens de zitting bij de Raad bevestigd dat de besluitgever bij de wijziging van artikel 6, eerste lid, van Dagloonbesluit 2015 is uitgegaan van een verkeerde veronderstelling. Er is volgens het Uvw in de onderhavige zaak geen sprake van een soortgelijke situatie als in de uitspraken van de Raad van 26 april 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1474, ECLI:NL:CRVB:2017:1475 en ECLI:NL:CRVB:2017:1476. In de onderhavige situatie gaat het volgens het Uvw om een veel minder grote inbreuk op de inkomensbescherming dan in de situatie beschreven in de uitspraken van 26 april 2017. Dat voor een reparatie in de toekomst is gekozen en niet voor het met terugwerkende kracht terugkomen van de in Dagloonbesluit 2015 opgenomen regeling maakt volgens het Uvw ook deel uit van de belangenafweging die in de regel aan de besluitgever is voorbehouden. De minister heeft het uit het oogpunt van beheersbaarheid niet mogelijk geacht om met terugwerkende kracht het Dagloonbesluit te wijzigen. Ter compensatie is gekozen voor een eenmalige tegemoetkoming in de toekomst om benadeelden zoveel mogelijk te compenseren. Onder

verwijzing naar de uitspraak van de Raad van 5 november 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK4229, houdt het Uvw vast aan het standpunt dat voor de vaststelling van het welvaartsniveau niet het loon dat is genoten op het moment van intreden van het verzekerde risico maatgevend is, maar het loon dat daadwerkelijk is genoten gedurende het refertejaar en waarover premies zijn betaald.

4. De Raad komt tot de volgende beoordeling.

4.1.

Wet- en regelgeving zoals deze gold vóór 1 juli 2015

4.1.1.

Walvis beoogde, onder meer, vereenvoudiging van de dagloonsystematiek door uniformering van de dagloonregels, het zo min mogelijk toelaten van uitzonderingen op de hoofdregel en het terugdringen van het aantal (subjectieve) beoordelingsmomenten (Kamerstukken II 2001/02, 28 219, nr. 3, blz. 60). Met de invoering van Walvis is ook de tekst van, onder meer, artikel 45 van de WW tot stand gekomen, waarin de berekening van het dagloon is geregeld en op grond waarvan bij of krachtens algemene maatregel van bestuur over de vaststelling van het dagloon en de herziening ervan nadere en zo nodig afwijkende regels kunnen worden gesteld. In de memorie van toelichting van Walvis, paragraaf 4.3.3.4, onder het kopje 'Uitzonderingen', blz. 79, is opgenomen:

"a) (...) Het feit dat iemand tijdens de referteperiode niet heeft gewerkt zou niet van invloed moeten zijn op de hoogte van de uitkering, wanneer dit het gevolg is van het intreden van één van de ingevolge de werknemersverzekeringswetten verzekerde risico's (ziekte, arbeidsongeschiktheid en werkloosheid). De betrokken werknemer is op grond van deze wetten immers wel verzekerd."

4.1.2.

In het Besluit dagloonregels werknemersverzekeringen (Stb. 2005, 546, Besluit dagloonregels) waren enkele uitzonderingen op de hoofdregel in artikel 45, eerste lid, van de WW opgenomen. Eén daarvan betrof artikel 4 'Loon in geval van ziekte of verlof'. Volgens de nota van toelichting (Stb. 2005, 546, blz. 19 en 28) is destijds gekozen voor een afwijkende benadering, omdat dit anders een negatief effect zou hebben op de hoogte van latere uitkeringen. Artikel 4, eerste lid, Besluit dagloonregels, luidde:

Indien in het refertejaar door de werknemer in een aangiftetijdvak geen loon of minder loon is genoten in verband met verlof of omdat hij de bedongen arbeid niet heeft verricht wegens arbeidsongeschiktheid,

zwangerschap of bevalling, wordt bij het vaststellen van het loon in dat aangiftetijdvak in aanmerking genomen het loon, genoten bij dezelfde werkgever in het laatste aan dat verlof of die arbeidsongeschiktheid voorafgaande en in het refertejaar gelegen aangiftetijdvak, waarin die situatie zich niet heeft voorgedaan.

4.1.3.

Met ingang van 1 juni 2013 is Dagloonbesluit 2013 in werking getreden. In dit Dagloonbesluit werd uitwerking gegeven aan een nieuwe hoofdregel in artikel 45 van de WW dat het in het refertejaar genoten loon uit de dienstbetrekking waaruit de werknemer werkloos is geworden, leidend is. Artikel 4 van het Besluit dagloonregels is voortgezet in artikel 6 van Dagloonbesluit 2013 met het opschrift 'Loon in geval van ziekte of verlof tijdens een dienstbetrekking'. Het eerste lid van artikel 6 van Dagloonbesluit 2013 bevatte eenzelfde regeling als artikel 4 van het Besluit dagloonregels en luidde:

Indien de werknemer in een aangiftetijdvak geen loon of minder loon heeft genoten in verband met verlof of omdat hij de bedongen arbeid niet heeft verricht in verband met ziekte, wordt bij de berekening van het dagloon, bedoeld in artikel 5, eerste lid, als loon in dat aangiftetijdvak in aanmerking genomen het loon, genoten in dezelfde dienstbetrekking in het laatste aan dat verlof of die ziekte, voorafgaande en volledig in het refertejaar gelegen aangiftetijdvak, waarin die omstandigheid zich niet heeft voorgedaan.

4.1.4.

De achterliggende gedachte en de strekking van deze bijzondere regeling heeft de besluitgever nogmaals bevestigd in de nota van toelichting (Stb. 2013, 185, blz. 29):

“Eerste lid

Als tijdens een periode van ziekte of overeengekomen periode van verlof in het refertejaar niet het (volledige) loon wordt betaald en ook geen uitkering wordt genoten uit hoofde van de dienstbetrekking, zou over die periode slechts dat lagere loon of geen loon worden meegenomen in de dagloonberekening. Dit zou een negatief effect hebben op de hoogte van een latere uitkering. Om dit te voorkomen is voor een afwijkende benadering gekozen. Gedurende de periode waarin als gevolg van ziekte of verlof minder of geen loon wordt genoten, wordt rekening gehouden met het loon in dezelfde dienstbetrekking in het daaraan voorafgaande aangiftetijdvak. Het gaat hierbij om volledig binnen het refertejaar vallende aangiftetijdvakken en bovendien moet de werknemer ook het hele aangiftetijdvak bij de werkgever in dezelfde dienstbetrekking hebben

gestaan. Bij de loonaangifte maakt de werkgever kenbaar dat hij wegens ziekte of wegens verlof het loon niet of niet volledig heeft (door)betaald.”

4.2.

Wet- en regelgeving zoals deze gold met ingang van 1 juli 2015

4.2.1.

Met ingang van 1 juli 2015 is artikel 45 van de WW vervallen en is de hoofdregel voor de berekening van het dagloon voor de WW vastgelegd in artikel 1b van de WW. Als dagloon wordt vanaf 1 juli 2015 beschouwd 1/261 deel van het loon dat de werknemer in de periode van één jaar, die eindigt op de laatste dag van het tweede aangiftetijdvak voorafgaande aan het aangiftetijdvak waarin het arbeidsurenverlies is ingetreden, verdiende. Deze hoofdregel komt in grote lijnen overeen met de hoofdregel zoals deze voor 1 juli 2013 in artikel 45 van de WW was neergelegd. Vanwege onder meer de wijzigingen in de WW is Dagloonbesluit 2013 bij besluit van 9 april 2015 gewijzigd in Dagloonbesluit 2015. Het opschrift van artikel 6 van Dagloonbesluit 2013 is gewijzigd in 'Loon in geval van verlof tijdens dienstbetrekking'. Het eerste lid is gewijzigd als gevolg waarvan vanaf 1 juli 2015 het in de referentieperiode genoten loon wordt gedeeld door 261, ook al is dat loon in (een deel van) die periode gesteld op 70% van het loon. Met ingang van 1 juli 2015 luidde artikel 6, eerste lid, van Dagloonbesluit 2015 als volgt:

Indien de werknemer in een aangiftetijdvak geen loon of minder loon heeft genoten in verband met verlof tijdens de dienstbetrekking, wordt bij de berekening van het dagloon, bedoeld in artikel 5, eerste lid, als loon in dat aangiftetijdvak in aanmerking genomen het loon, genoten in dezelfde dienstbetrekking in het laatste aan dat verlof voorafgaande en volledig in de referentieperiode gelegen aangiftetijdvak, waarin die omstandigheid zich niet heeft voorgedaan en waarin de werknemer het volledige aangiftetijdvak in dienstbetrekking tot de desbetreffende werkgever stond.

4.2.2.

Deze wijziging van artikel 6 van Dagloonbesluit 2013 is in de nota van toelichting (Stb. 2015, 152, blz. 21) aldus toegelicht:

“(..) In artikel 6 van het Dagloonbesluit, zoals dat met ingang van 1 juni 2013 in werking is getreden, werd bepaald dat voor de dagloonvaststelling van een werknemer die in een aangiftetijdvak minder loon had genoten vanwege ziekte of verlof, als loon in dat aangiftetijdvak werd aangemerkt het loon dat deze werknemer verdiende in het aangiftetijdvak daaraan voorafgaand of nakomend. Met deze methode werd beoogd dat bij de dagloonvaststelling werd uitgegaan van het loon dat een werknemer zou hebben verdiend als hij niet ziek was geweest of geen verlof had gehad.

Bij ziekte ging het hier om een werknemer waarvoor de werkgever een loondoorbetalingsplicht bij ziekte had. Dit levert echter ongelijkheid op tussen deze werknemer en:

- een werknemer die recht heeft op ziekgeld. Artikel 6 kan dan namelijk niet worden toegepast: de werknemer die rechtstreeks ziekgeld van Uvw ontvangt en geen dienstbetrekking meer heeft, voldoet niet aan de voorwaarden.

- een werknemer die ziekgeld ontvangt via de werkgever. De voornoemde methode is met behulp van de polisadministratie niet goed uit te voeren.

Daarom is besloten om de methode zoals geregeld in artikel 6 niet meer toe te passen bij ziekte van een werknemer. Dit leidt ertoe dat het dagloon van een werknemer met een werkgever wordt gebaseerd op het loon zoals de werkgever dat heeft doorbetaald. Dat kan – net als bij een ZW-uitkering – minder zijn dan 100% van het loon.”

4.3.

Recente ontwikkelingen

4.3.1.

Kort na de inwerkingtreding van Dagloonbesluit 2015 met ingang van 1 juli 2015 zijn vragen gesteld over de wijze waarop het WW-dagloon werd vastgesteld. De minister heeft bij brief van 18 september 2015 als volgt geantwoord:

“Een tweede punt betreft de WW-dagloonbepaling voor werknemers die langdurig ziek zijn geweest. In het dagloonbesluit was een wijziging opgenomen om ervoor te zorgen dat werknemers die recht hebben op loondoorbetaling bij ziekte en werknemers die recht hebben op een ZW-uitkering op dezelfde wijze worden behandeld, wanneer zij later een beroep doen op de WW. Nu is echter gebleken dat in deze situaties het moment van intreden van het arbeidsurenverlies verschilt: bij een ZW-uitkering treedt dat in op het moment van aanvang van die uitkering en bij loondoorbetaling na einde van de loondoorbetalingsperiode. Daardoor worden deze situaties nog steeds niet gelijk behandeld. Ik kom daarom op dit punt met een wijziging van het Dagloonbesluit. Deze wijziging zal in deze situaties over het algemeen tot een hoger dagloon leiden.”

4.3.2.

Bij besluit van 24 oktober 2016 tot wijziging van het Dagloonbesluit werknemersverzekeringen in verband met starters, stakingsdagen en 104 weken wachttijd Wet WIA (Stb. 2016, 390, Dagloonbesluit 2016), heeft de

besluitgever aan artikel 2 van Dagloonbesluit 2015, twee leden toegevoegd, luidende:

8. In afwijking van het eerste tot en met derde lid wordt onder referteperiode verstaan de periode van één jaar die eindigt op de laatste dag van het aangiftetijdvak voorafgaande aan het aangiftetijdvak waarin de arbeidsongeschiktheid is ingetreden, indien:

a. na afloop van de wachttijd, bedoeld in artikel 23, eerste lid, van de Wet WIA geen recht op een uitkering op grond van de Wet WIA ontstond, omdat de verzekerde minder dan 35% arbeidsongeschikt was; of

b. op of na de dag waarop het tijdvak van 52 weken, bedoeld in artikel 19aa, eerste lid, van de ZW, maar voordat het tijdvak van 104 weken, bedoeld in artikel 29, vijfde lid, van die wet, is verstreken, niet langer recht op een uitkering op grond van de ZW bestond, omdat de verzekerde minder dan 35% arbeidsongeschikt was.

9. In afwijking van het achtste lid eindigt de referteperiode, indien de aanspraak op uitkering berust op artikel 46 van de ZW, op de laatste dag van het aangiftetijdvak voorafgaand aan het aangiftetijdvak waarin de verzekering is geëindigd.

De hiervoor in het achtste lid, onderdelen a en b, beschreven situaties zullen hierna worden aangeduid als de 'zuivere <35-situatie'.

4.3.3.

Voor genoemde zuivere <35-situatie blijft, op grond van artikel 27a van Dagloonbesluit 2016, Dagloonbesluit 2015 van toepassing op uitkeringen waarvan de eerste rechte dag is gelegen voor 1 december 2016. In hoofdstuk 3a van Dagloonbesluit 2016 heeft de besluitgever voor de WW-gerechtigde die tussen 1 juli 2015 en 1 december 2016 zijn ingestroomd geregeld dat de WW-uitkeringen vanaf 1 januari 2017 worden herzien met toepassing van artikel 22b van Dagloonbesluit 2016. In een aparte ministeriële regeling, de zogenoemde Tijdelijke regeling tegemoetkoming Dagloonbesluit werknemersverzekeringen (Stcrt. 2016, 56189, Tijdelijke regeling), is bepaald dat WW-gerechtigden ter compensatie recht kunnen krijgen op een eenmalige tegemoetkoming, indien zij in de periode vanaf 1 juli 2015 tot 1 januari 2017 een lagere WW-uitkering hebben gekregen als gevolg van Dagloonbesluit 2015.

4.3.4.

In Dagloonbesluit 2016 is geen regeling getroffen voor de WW-gerechtigde die minder dan 104 weken ziek is geweest en waarvan dus slechts een gedeelte van de ziekteperiode valt in de voor de dagloonberekening relevante referteperiode (hierna aan te duiden als de

'onzuivere <35-situatie'). Bij voortgangsbrief van 5 juli 2017, Evaluatie Wet werk en zekerheid (Wwz), Kamerstukken II 34 351, 2016/17, nr. 24, heeft de minister bevestigd dat Dagloonbesluit 2016 geen betrekking heeft op de onzuivere <35-situatie, dat een aparte wijziging van Dagloonbesluit 2015 en de Tijdelijke regeling voor deze situatie in voorbereiding is en dat het Uvw voor deze wijzigingen een uitvoeringstoets uitvoert.

4.4.

Exceptieve toetsing van Dagloonbesluit 2015

4.4.1.

Volgens vaste rechtspraak van de Raad (zie onder meer de uitspraken van 14 november 1991, ECLI:NL:CRVB:1991:ZB4693, 5 oktober 1999, ECLI:NL:CRVB:1999:ZB8492 en 27 mei 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM7312) heeft in het algemeen te gelden dat het aan de materiële wetgever (hierna ook: besluitgever) is voorbehouden om alle betrokken belangen af te wegen en moet de rechter het resultaat daarvan respecteren. Dit uitgangspunt lijdt uitzondering indien aan de inhoud of de wijze van totstandkoming van een algemeen verbindend voorschrift zodanige ernstige feilen kleven dat dit voorschrift om die reden niet als grondslag kan dienen voor daarop in concrete gevallen te baseren besluiten. Dat brengt met zich mee dat de rechter bij de behandeling van een beroep dat tegen een genomen besluit is ingesteld, indien de gronden daarop zijn gericht, ook gehouden is om – met terughoudendheid – te toetsen of het desbetreffende algemeen verbindende voorschrift een voldoende deugdelijke grondslag voor dat besluit vormt. Bij die, niet rechtstreekse, toetsing van het algemeen verbindende voorschrift vormen de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijk richtsnoer.

4.4.2.

Voor 1 juli 2015 werd, indien een werknemer in een aangiftetijdvak binnen de referteperiode geen of minder loon had genoten vanwege ziekte, als loon in dat aangiftetijdvak aangemerkt het loon in het laatste aangiftetijdvak dat voorafging aan het aangiftetijdvak met geen of minder loon. Voor een werknemer die bijvoorbeeld het eerste jaar van ziekte zijn loon volledig had doorbetaald gekregen en in het tweede jaar 70% van zijn loon, bracht dat met zich mee dat zijn dagloon gelijk was aan 100% van zijn loon per dag. Deze bijzondere regeling in Dagloonbesluit 2013 was in lijn met Walvis (zie 4.1.1). De opvatting van de wetgever was dat het feit dat iemand tijdens de referteperiode niet heeft gewerkt niet van invloed zou moeten zijn op de hoogte van de uitkering, wanneer dit het gevolg is van het intreden van één van de ingevolge de werknemersverzekeringswetten verzekerde risico's (ziekte,

arbeidsongeschiktheid en werkloosheid). In artikel 6, eerste lid, van Dagloonbesluit 2015 werd geen uitzondering meer gemaakt in het geval een werknemer in een aangiftetijdvak binnen de referteperiode minder loon had genoten vanwege ziekte. Het gevolg was dat het dagloon (en de WW-uitkering) voor deze zieke werknemers lager werd vastgesteld dan van een werknemer wiens loon niet was verminderd vanwege langdurige ziekte tijdens de referteperiode.

4.4.3.

Uit de in 4.2.2 geciteerde nota van toelichting blijkt welke belangen de besluitgever heeft gewogen voordat met ingang van 1 juli 2015 tot wijziging van artikel 6, eerste lid, van Dagloonbesluit 2013 werd besloten. Zoals blijkt uit de in 4.3.1 weergegeven brief van de minister van 18 september 2015, is kort na de inwerkingtreding van artikel 6 van Dagloonbesluit 2015 duidelijk geworden dat het doel dat werd beoogd – namelijk een gelijke behandeling van werknemers die recht hebben op loondoorbetaling bij ziekte en werknemers die recht hebben op een ZW-uitkering – niet werd bereikt met deze wijziging. De wijziging leidde voor de zuivere <35-situatie eerder tot een ongelijke behandeling. Toepassing van Dagloonbesluit 2015 had het ongewenste effect dat werknemers, die vanwege ziekte een lager loon ontvingen van hun werkgever tijdens de referteperiode, een lager dagloon hadden dan werknemers die recht hadden op een ZW-uitkering. Bij een ZW-uitkering treedt het arbeidsurenverlies immers al in op het moment van aanvang van die ZW-uitkering. Daarom ligt de referteperiode voor aanvang van de ziekte en wordt bij de berekening van het dagloon uitgegaan van het volledige loon. Artikel 6, eerste lid, van Dagloonbesluit 2013 compenseerde de ongelijkheid die optrad voor werknemers die tijdens ziekte recht hadden op loondoorbetaling van hun werkgever, maar waarbij vanwege ziekte een lager loon werd betaald en waarbij het arbeidsurenverlies pas intrad na einde van die loondoorbetalingsperiode tijdens ziekte, waardoor in de referteperiode veelal slechts 70% van het loon was betaald. Door deze regeling uit Dagloonbesluit 2013 te schrappen, ontstond juist een ongelijke situatie tussen de werknemers die recht hadden op loondoorbetaling bij ziekte en werknemers die recht hadden op een ZW-uitkering. De minister heeft voor zowel de zuivere <35-situatie als voor de onzuivere <35-situatie ook onderkend dat dit dagloon verlagende effect van Dagloonbesluit 2015 ongewenst is. Evenals in de dagloonzaken over de starters, herintreders en flexwerkers (zie de uitspraken van de Raad van 26 april 2017) is de minister ook voor de <35-situaties al snel aangevangen met de voorbereiding van regelingen om het dagloon verlagende effect van Dagloonbesluit 2015 in deze situaties teniet te doen.

4.4.4.

Voor de zuivere <35-situatie is in artikel 2, achtste lid, van Dagloonbesluit 2016 (zie 4.3.2) de referteperiode verlegd naar het jaar voorafgaande aan het aangiftetijdvak waarin de arbeidsongeschiktheid is ingetreden. Deze wijziging heeft geen terugwerkende kracht (zie 4.3.3), met als gevolg dat het dagloon van deze groep pas met ingang van 1 januari 2017 wordt herzien. Voor de onzuivere <35-situatie is nog een wijziging van Dagloonbesluit 2015 en een Tijdelijke regeling eenmalige tegemoetkoming in voorbereiding (zie 4.3.4) en dus is onduidelijk of en zo ja, hoe en wanneer het dagloon zal worden herzien.

4.4.5.

Allereerst heeft de besluitgever niet toegelicht waarom bij de wijziging van artikel 6, eerste lid, van Dagloonbesluit 2013 het uitgangspunt in Walvis, zoals weergegeven in 4.1.1, is verlaten. Daarnaast is duidelijk geworden dat de reden, die aan de wijziging ten grondslag was gelegd, was gebaseerd op een verkeerde veronderstelling. Hieruit blijkt dat de besluitgever geen, dan wel onvoldoende onderzoek heeft verricht naar de relevante feiten en belangen van de groep werknemers die tijdens de referteperiode minder loon heeft genoten vanwege ziekte. Zodoende heeft de besluitgever geen zicht gehad op de financiële gevolgen die deze wijziging heeft voor deze groep werknemers en heeft hij de belangen van deze groep werknemers dus ook niet in de afweging van de belangen kunnen betrekken.

4.4.6.

De gevolgen van het gewijzigde artikel 6, eerste lid, van Dagloonbesluit 2015 zijn ingrijpend voor zowel de zuivere als de onzuivere <35-situatie. In het geval van de zuivere <35-situatie kan deze regeling tot gevolg hebben dat een WW-uitkering in plaats van 70% van het loon nog slechts 49% van dit loon bedraagt. Daarmee wordt ernstig afbreuk gedaan aan de inkomensbescherming die de WW beoogt te bieden. Weliswaar wordt dit gebrek in Dagloonbesluit 2016 met ingang van 1 januari 2017 gerepareerd, maar alleen voor de toekomst. Uit de nota van toelichting bij Dagloonbesluit 2016 blijkt dat deze reparatie niet met terugwerkende kracht wordt doorgevoerd uitsluitend vanwege uitvoeringstechnische redenen. Voor de onzuivere <35-situatie kunnen de financiële gevolgen voor de hoogte van het dagloon en daarmee voor de WW-uitkering weliswaar minder ingrijpend zijn, bijvoorbeeld bij een niet volledig doorlopen tweede ziektejaar, maar voor deze situatie is nog geen zicht op een regeling om dit gebrek te repareren. De financiële gevolgen voor deze groep werknemers kunnen vanwege het ontbreken van een dergelijke regeling uiteindelijk groter zijn dan voor de zuivere <35-situatie.

4.4.7.

De besluitgever heeft met de wijziging van artikel 6, eerste lid, van Dagloonbesluit 2013 dan ook de belangen van zowel de werknemers die vallen onder de zuivere als de onzuivere <35-situatie miskend. Gelet op het vorenstaande wordt daarom geoordeeld dat de besluitgever in redelijkheid niet tot vaststelling van artikel 6, eerste lid, van Dagloonbesluit 2015 heeft kunnen komen zonder een regeling op te nemen die rekening houdt met de belangen van de werknemers die tijdens de referteperiode minder loon hebben genoten wegens ziekte. Aan de inhoud en de wijze van totstandkoming van artikel 6, eerste lid, van Dagloonbesluit 2015 kleeft dan ook een zodanig ernstig feilen dat dit artikellid om die reden niet als grondslag kan dienen voor daarop in deze situaties te baseren besluiten.

4.4.8.

Het door het Uvw ingenomen standpunt dat de wettelijke bepalingen inzake de dagloonvaststelling dwingendrechtelijk van aard zijn en dat het Uvw niet bevoegd is om daarvan af te wijken, laat onverlet dat – om de in 4.4.7 neergelegde reden – artikel 6, eerste lid, van Dagloonbesluit 2015 buiten toepassing kan worden gelaten. Dat (mogelijk) aanspraak kan worden gemaakt op een compensatieregeling doet hier niet aan af. Het standpunt van het Uvw dat de onderhavige problematiek een veel minder grote inbreuk op de inkomensbescherming oplevert dan de situatie beschreven in de uitspraken van de Raad van 26 april 2017 treft geen doel. Hiertoe wordt verwezen naar hetgeen hierover in 4.4.6 is overwogen. De uitspraak van de Raad van 5 november 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK4229, kan ook niet tot een ander oordeel leiden. Deze uitspraak ziet op een andere situatie. Het WW-dagloon werd in deze zaak gebaseerd op een vervolgitkering op grond van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering, waardoor de afstand met de verzekerde arbeid groot was.

4.4.9.

Het voorgaande betekent dat het Uvw artikel 6, eerste lid, van Dagloonbesluit 2015 buiten toepassing dient te laten in zowel de zuivere als de onzuivere <35-situatie. Voor de zuivere <35-situatie is met ingang van 1 januari 2017 in Dagloonbesluit 2016 al voorzien in een oplossing voor het geconstateerde gebrek. Het ligt dan ook voor de hand om bij de nieuw te nemen beslissingen op bezwaar, die zien op de periode tussen 1 juli 2015 tot 1 januari 2017, aansluiting te zoeken bij Dagloonbesluit 2016 (zie 4.3.2). Dit betekent dat het Uvw bij de berekening van het dagloon met toepassing van artikel 2, achtste lid, van Dagloonbesluit 2016 zal moeten uitgaan van een referteperiode van één jaar die eindigt op de laatste dag van het aangiftetijdvak voorafgaande aan het aangiftetijdvak waarin de arbeidsongeschiktheid is ingetreden. Voor de onzuivere <35-

situatie, waarvoor de besluitgever nog niets heeft geregeld, dient het Uvw ook aansluiting te zoeken bij hetgeen is geregeld in artikel 2, achtste lid, van Dagloonbesluit 2016. Op deze wijze worden beide situaties gelijk behandeld, is er sprake van eenduidig toegepaste regelgeving en wordt rekening gehouden met de gewijzigde systematiek van de referteperiode in Dagloonbesluit 2015 ten opzichte van Dagloonbesluit 2013.

5. Het hoger beroep slaagt. De aangevallen uitspraak zal worden vernietigd evenals het bestreden besluit. Het Uvw moet binnen zes weken na verzending van deze uitspraak een nieuwe beslissing nemen op het bezwaar van appellante tegen het besluit van 23 november 2015 met inachtneming van 4.4.9. Met het oog op een voortvarende afdoening van het geschil bestaat aanleiding om met toepassing van artikel 8:113, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht te bepalen dat tegen de door het Uvw te nemen nieuwe beslissing op bezwaar slechts bij de Raad beroep kan worden ingesteld.

6. Er is aanleiding om het Uvw te veroordelen in de proceskosten van appellante. Die kosten worden bepaald op de kosten in bezwaar van € 495,-, in beroep van € 495,- en in hoger beroep van € 990,-, in totaal € 1.980,-.

BESLISSING

De Centrale Raad van Beroep

- vernietigt de aangevallen uitspraak;
- verklaart het beroep gegrond en vernietigt het besluit van 16 maart 2016;
- draagt het Uvw op om binnen zes weken na verzending van deze uitspraak een nieuwe beslissing op het bezwaar te nemen met inachtneming van deze uitspraak en bepaalt dat beroep tegen dit besluit slechts bij de Raad kan worden ingesteld;
- veroordeelt het Uvw in de kosten van appellante tot een bedrag van € 1.980,-;
- veroordeelt het Uvw tot vergoeding van het door appellante betaalde griffierecht van in totaal € 170,-.

Deze uitspraak is gedaan door C.C.W. Lange als voorzitter en H.G. Rottier en A.I. van der Kris als leden, in tegenwoordigheid van N. Veenstra als griffier. De beslissing is uitgesproken in het openbaar op 19 juli 2017.