

Tijdschrift Recht en Arbeid, Uitkeringsschade van werknemers na betalingsverzuim van werkgevers

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	TRA 2011/57	Bijgewerkt tot:	21-07-2011
Auteur:	Mr. D.J.B. de Wolff ^[1]		

Uitkeringsschade van werknemers na betalingsverzuim van werkgevers

Samenvatting

In deze bijdrage wordt onderzocht wat het gevolg is voor de rechten van een werknemer uit hoofde van de werknemersverzekeringen indien de werkgever voor het intreden van het in die wetten verzekerde risico in gebreke is gebleven de werknemer het loon te betalen dat hem toekomt. Tevens wordt ingegaan op de vraag in hoeverre de werkgever aansprakelijk kan worden gesteld voor schade in de uitkeringsrechten als gevolg van te late betaling van bepaalde loonelementen.

Inleiding

Dit artikel gaat over de situatie dat een werknemer werkloos of arbeidsongeschikt wordt terwijl hij in het jaar dat daaraan voorafging recht had op beloning, bijvoorbeeld een loonsverhoging, provisie of toeslag, die niet tijdig is betaald, al dan niet abusievelijk. Als loon pas na het intreden van de werkloosheid of de arbeidsongeschiktheid wordt betaald door de (ex-)werkgever, zal dat doorgaans niet worden betrokken in de berekening van de hoogte van de WW, ZW of WIA-uitkering. Was het loon tijdig betaald, dan zou dat wel het geval zijn geweest. Andere voorbeelden van te late loonbetaling kunnen aan de orde zijn als werknemer en werkgever een geschil hadden over de toepasselijkheid van een bepaalde cao, over de functiewaardering of inschaling of over het recht op beloning tijdens een periode van (vermeende) ziekte. Telkens geldt dat nabetalingen na het intreden van de in de werknemersverzekeringen verzekerde risico's in beginsel niet meer worden meegenomen in de vaststelling van de hoogte van de uitkering. Allereerst zal ik aan de hand van het Besluit dagloonregels werknemersverzekeringen en de rechtspraak over de toepassing van dat besluit het probleem nader verduidelijken. Vervolgens zal ik ingaan op de arbeidsrechtelijke vraag in hoeverre de werkgever aansprakelijk is voor de gevolgschade die in dit verband blijkt te kunnen ontstaan.

Besluit dagloonregels werknemersverzekeringen

Met ingang van 1 januari 2006 wordt de berekening van uitkeringen op grond van de werknemersverzekeringen (WW, ZW, WIA en WAO) gebaseerd op het Besluit dagloonregels werknemersverzekeringen.^[2] Maatgevend is het dagloon, dat is het loon dat de werknemer in het refertejaar verdiende. Het refertejaar is gedefinieerd als de periode van een jaar die eindigt op de laatste dag van het aangiftetijdvak voorafgaand aan het aangiftetijdvak waarin het arbeidsurenverlies of de arbeidsongeschiktheid is ingetreden (art. 1 aanhef en onderdeel q Besluit dagloonregels werknemersverzekeringen). Een aangiftetijdvak is een periode van een maand of vier weken waarop de aangifte van loonbelasting door een werkgever betrekking heeft (art. 1 aanhef en onderdeel o Besluit dagloonregels werknemersverzekeringen). Het loon dat de werknemer in die twaalf of dertien aangiftetijdvakken verdiende, wordt op grond van art. 3 Besluit dagloonregels werknemersverzekeringen enigszins gecorrigeerd. De in het jaar daadwerkelijk ontvangen bedragen aan vakantiebijslag en extra periodiek loon worden erop in mindering gebracht, terwijl daarvoor in de plaats de bedragen die de werknemer aan vakantiebijslag en extra periodiek loon heeft *opgebouwd* er weer bij worden gerekend. Door deze wat ingewikkeld ogende benadering wordt voorkomen dat een juist voor het intreden van het verzekerd risico betaalde eindafrekening van vakantiebijslag en bijvoorbeeld de (geprorateerde) eindejaarsuitkering een vertekend, namelijk te gunstig, beeld zouden geven van de loonaanspraak

van de werknemer. Het conform art. 3 Besluit dagloonregels werknemersverzekeringen berekende loon over het refertejaar dient door 261 te worden gedeeld. De uitkomst is het dagloon. Overigens bevat het Besluit dagloonregels werknemersverzekeringen nog verscheidene andere nuances, bijvoorbeeld voor de situatie waarin een werknemer onbetaald verlof genoot of wegens arbeidsongeschiktheid als bedoeld in art. 7:629 BW minder dan 100% loon ontving. Ook is geregeld dat het dagloon van een herintreder of starter die geen vol jaar werkzaam is geweest wordt gecorrigeerd, omdat zijn dagloon relatief laag zou uitvallen indien het totaal verdiende loon over 261 dagen zou worden gemiddeld. In het kader van deze bijdrage laat ik dit soort nuances verder onbesproken.

Achtergrond en doelstellingen van het Besluit dagloonregels werknemersverzekeringen

De invoering van het besluit is indertijd gekoppeld aan de zogenoemde Walvisoperatie, als gevolg waarvan niet langer het UWV de premies voor de werknemersverzekeringen int, maar de Belastingdienst met die taak werd belast.^[3] De wetgever wilde aldus de administratieve lasten en de uitvoeringskosten beperken en de regelgeving vereenvoudigen. Om deze doelen te kunnen realiseren, lagen aan de nieuwe dagloonregeling de volgende uitgangspunten ten grondslag:

- de loonelementen voor het dagloon zijn gelijk aan het loon waarover de premies worden geheven;
- het dagloon wordt gebaseerd op het in een referteperiode genoten loon (historisch dagloon);
- voor de verschillende werknemersverzekeringen gelden 'zo uniform mogelijke' regels; en
- de daglonen worden vastgesteld aan de hand van feitelijk vast te stellen, objectieve gegevens, zodat slechts bij uitzondering een extra uitvraag van gegevens bij de werkgever nodig is.^[4]

Uitzondering op beperking tot historisch dagloon

Bij de totstandkoming van het Besluit dagloonregels werknemersverzekeringen is voorzien dat in het refertejaar recht op loon kan bestaan, terwijl dat loon (nog) niet inbaar is. Om te voorkomen dat het dagloon van de werknemer negatief wordt beïnvloed omdat hij niet het volledige loon heeft kunnen ontvangen waar hij recht op had, bepaalt art. 2 lid 4 Besluit dagloonregels werknemersverzekeringen dat onder loon mede wordt begrepen het loon waarvan de werknemer aantoont dat dit 'in het refertejaar vorderbaar maar niet tevens inbaar' is geworden. Als voorbeeld is de situatie genoemd dat de werkgever 'met de noorderzon' is vertrokken.^[5] Dit is inderdaad een duidelijk voorbeeld van een situatie waarin loon vorderbaar, maar niet tevens inbaar was. In de praktijk kunnen zich echter tal van situaties voordoen waarbij de werkgever bepaalde aanspraken van de werknemer heeft miskend, bijvoorbeeld op arbeidsvoorwaarden die bepaald zijn in een cao waar de werkgever ten onrechte niet aan gebonden stelt te zijn. Ook kunnen werkgever en werknemer in een geschil zijn geraakt over de verschuldigdheid en de betaling van bijvoorbeeld een onregelmatigheidstoeslag of over een al dan niet terechte looninhouding tijdens arbeidsongeschiktheid in het refertejaar (op grond van art. 7:629 lid 3 BW).

Strikte toepassing door de socialezekerheidsrechter

De Centrale Raad van Beroep heeft zich inmiddels een paar keer moeten buigen over de vraag of bepaalde loonvorderingen van werknemers en naderhand aan werknemers gedane nabetalingen zouden kunnen vallen onder de uitzondering op de regel dat alleen het daadwerkelijk in het refertejaar betaalde loon wordt meegenomen voor de berekening van het dagloon, tenzij de loonbedragen wel vorderbaar waren, maar niet tevens inbaar. Uit die rechtspraak blijkt dat de Centrale Raad van Beroep de regels streng toepast. Loon dat in het refertejaar nog niet vorderbaar was, telt in ieder geval niet mee voor de berekening van het dagloon, ook al wordt het na afloop van het refertejaar nog probleemloos nabetaald. Zo biedt het besluit niet de mogelijkheid de (ruim) na de referteperiode bekend geworden herziening van de inschaling mee te nemen bij de vaststelling van het dagloon, aldus de Centrale Raad van Beroep.^[6] In een andere zaak was achterstallig loon wel vorderbaar, maar viste de werknemer achter het net bij de Centrale Raad van Beroep omdat het indertijd ook inbaar was.^[7] Aan een werknemer was na afloop van het refertejaar een nabetaling gedaan van € 4500. Uit het dossier leidde de Raad af dat de werknemer het bedrag al in het refertejaar van zijn voormalige werkgever had kunnen vorderen. Vervolgens overwoog de Raad dat de werknemer niet had aangetoond dat het bedrag ook niet reeds in het refertejaar inbaar

^[8]

was.—

Aanvankelijk toonden enkele rechtbanken zich nog gevoelig voor de onrechtvaardige implicaties van het feit dat in het dagloon geen nabetalingen worden betrokken die duidelijk wel betrekking hebben op het refertejaar. Onder meer Rb. Assen, Rb. Almelo en Rb. Utrecht achtten het besluit in zoverre onverbindend wegens strijd met (de bedoeling van) art. 45 lid 1 WW, waarin als uitgangspunt besloten zou liggen dat de uitkering moet aansluiten bij de feitelijke inkomensderving.^[9] Van deze opstelling heeft de Centrale Raad van Beroep echter kortweg gevonden dat deze 'niet als juist kan worden aanvaard'.^[10]

Vorderbaar en inbaar

Werknemers die na afloop van het refertejaar een nabetaling ontvangen, doen er dus goed aan nauwkeurig na te gaan of de betaling reeds in het refertejaar vorderbaar en inbaar was. De begrippen vorderbaar en inbaar zijn ingeburgerd in de belastingwet- en -regelgeving en zijn bepalend voor het moment waarop belastingheffing, en sinds 2006 ook de premie-inning, plaatsvinden. De belastingplichtige moet niet alleen gerechtigd zijn het loon op te eisen, hij moet dit ook met goed gevolg kunnen doen.^[11] Loon is vorderbaar wanneer de werknemer objectief recht heeft op dadelijke betaling en deze in rechte zou kunnen vorderen, ongeacht of hij dat ook wil. (Een werknemer kan niet door voorlopig afstand van zijn loonaanspraak te doen het moment van belasting- en premieheffing naar de toekomst schuiven, bijvoorbeeld om daarmee een latere verhoging van zijn dagloon te bewerkstelligen.) Loon is inbaar indien 'aannemelijk is dat, als de schuldeiser zulks zou verzoeken, zonder verwijl betaling door of vanwege de schuldenaar zou plaatsvinden.'^[12] De wil tot betalen en de solvabiliteit zijn daarbij bepalend. Ontbreekt bij de werkgever kennelijk de wil of het vermogen om te betalen, dan is het loon misschien wel vorderbaar, maar niet tevens inbaar. Evenals de vorderbaarheid wordt de (on)inbaarheid naar objectieve maatstaven vastgesteld. De werknemer die zich beroept op onjuiste vaststelling van zijn dagloon zal moeten aantonen dat een bepaald bedrag vorderbaar was. Volgens de socialezekerheidsrechter zal de werknemer ook moeten bewijzen dat het bedrag niet tevens inbaar was. Een werknemer die stelde dat de provisiebetaling die zijn werkgever deed na afloop van het refertejaar in aanmerking moest worden genomen bij de berekening van het dagloon omdat dit vorderbaar, maar niet inbaar loon zou betreffen, ving bot. Rb. Arnhem overwoog dat art. 2 lid 4 Besluit dagloonregels werknemersverzekeringen slechts ziet op de situatie waarin de werknemer wel een opeisbare vordering heeft op zijn werkgever, maar daarvan geen betaling kan verkrijgen. Het ligt volgens de rechtbank op de weg van de werknemer om dit aan te tonen. Niet was echter gebleken dat hij de werkgever had verzocht om uitbetaling van de provisie binnen het refertejaar en dat de werkgever dat vervolgens had geweigerd.^[13] Ook volgens de Centrale Raad van Beroep rust de bewijslast dat sprake was van een vorderbare, maar niet tevens inbare betaling op de werknemer.^[14] Daarbij valt op dat de belastingrechter mogelijk een iets lichtere toets hanteert. Volgens de in noot 12 genoemde jurisprudentie is er sprake van inbaarheid als *aannemelijk* is dat een vordering na een betalingsverzoek onverwijld zou worden voldaan. Omgekeerd zou een vordering derhalve niet als inbaar moeten worden aangemerkt als aannemelijk is dat die betaling niet onverwijld zou volgen. Een werknemer die met werkloosheid wordt bedreigd, doet dan ook er verstandig aan om voorafgaand aan de eerste werkloosheidsdag na te gaan welke loonvorderingen hij eventueel nog heeft over het tijdvak van twaalf maanden voorafgaand aan de werkloosheid. Hij dient die vorderingen dan zo snel mogelijk expliciet bij zijn werkgever aan de orde te stellen en erop aan te dringen dat onverwijld betaling plaatsvindt en wel voorafgaand aan de eerste werkloosheidsdag. Mocht de werkgever vervolgens laten weten niet bereid of in staat te zijn tot betaling van het verschuldigde, dan kan een eventuele betaling na dat peilmoment, bijvoorbeeld na een gerechtelijke procedure, toch tot een verhoging van het dagloon leiden, omdat dan kan worden aangenomen dat de betaling vorderbaar, maar niet tevens inbaar was. Hetzelfde geldt mutatis mutandis voor een werknemer die een beroep zal moeten doen op een WIA-uitkering. Met betrekking tot die uitkering geldt evenwel dat het dagloon wordt gebaseerd op een refertetijdvak van twaalf maanden dat eindigde op de eerste ziektedag. Meestal zal dat twee jaar voor de ingangsdatum van een WIA-uitkering zijn. Op dat moment zal de werknemer zich waarschijnlijk nog minder dan in de situatie van dreigende werkloosheid bewust zijn van de gevolgen voor de hoogte van zijn toekomstige uitkering als hij niet tijdig aandringt op betaling van een bepaalde loonvordering en bewijs verzamelt van de eventuele onwil of het onvermogen van de werkgever om te voldoen.

Beperkte correctiemogelijkheden

In een uitspraak van Rb. Almelo wordt overwogen dat de werkgever die na het refertejaar een loonbetaling verricht, op grond van art. 28a Wet LB 1964 een correctie op zijn eerdere aangifte kan aanbrengen.^[15] Zo simpel is het echter niet. Van nabetalings van loon moeten op grond van art. 13a lid 1 Wet LB 1964 bij de Belastingdienst aangifte worden gedaan op het zogenoemde genietingsmoment, het moment waarop het loon daadwerkelijk aan de werknemer wordt betaald. De werkgever heeft niet de mogelijkheid om door middel van een correctie aangifte te doen van een nabetalings over een reeds verstreken tijdvak. Hierop bestaat één uitzondering, namelijk het geval waarin het de werkgever is toegestaan de zogenoemde loon-over-systematiek te volgen. Dan zou de werkgever een betaling kunnen aangeven over een reeds verstreken aangiftetijdvak. Voorwaarde voor toepassing van de loon-over-systematiek is dat de werkgever deze systematiek ook in eerdere jaren volgde. Bovendien kan in het jaar 2011 deze systematiek alleen worden toegepast ten aanzien van nabetalings die betrekking hebben op een eerder tijdvak in 2011. Het is overigens de bedoeling dat de loon-over-systematiek na 2011 wordt afgeschaft.^[16] De Centrale Raad van Beroep lijkt impliciet te willen aannemen dat een latere nabetalings aan het refertejaar zou kunnen worden toegerekend als het de werkgever is toegestaan de loon-over-systematiek toe te passen. Een nabetalings die na afloop van het refertejaar was gedaan in verband met onder meer waakdiensten, kon volgens de Centrale Raad van Beroep namelijk geen betekenis meer hebben voor de hoogte van het dagloon, omdat 'gesteld noch gebleken was dat de werkgever van die nabetalings opgave had gedaan over een aangiftetijdvak dat in het refertejaar lag'.^[17]

Aansprakelijkheid werkgever

Wat nu als een werknemer pas na ommekomst van het refertejaar ontdekt dat hij in dat jaar te weinig betaald heeft gekregen in een situatie waarin de hoofdregel van art. 13a lid 1 Wet LB 1964 geldt? Een nabetalings heeft dan geen invloed meer op de hoogte van het dagloon. De schade als gevolg van een lagere uitkering kan bij te late loonbetaling aanzienlijk zijn, zeker als de werknemer langdurig is aangewezen op een WW- of WIA-uitkering. Is de werkgever voor die schade aansprakelijk?

Art. 7:623 BW bepaalt dat de werkgever verplicht is het naar tijdruimte vastgestelde loon te voldoen telkens na afloop van het tijdvak waarover het loon op grond van de arbeidsovereenkomst moet worden berekend. Dat tijdvak mag niet langer zijn dan een maand, aldus art. 7:623 lid 1 BW. Bij schriftelijke overeenkomst kan worden bepaald dat telkens na afloop van een tijdvak van drie maanden het loon wordt betaald. Waar art. 7:624 BW bepalingen bevat over het niet naar tijdruimte vastgestelde loon, bepaalt art. 7:625 BW vervolgens een sanctie op niet-tijdige betaling van loon: de wettelijke verhoging. Deze verdragingsverhoging kan oplopen tot 50% van het verschuldigde bedrag, waarbij de rechter bevoegd is de toeslag te matigen tot een bedrag dat hem met het oog op de omstandigheden billijk voorkomt.

Aan deze sanctie heeft een werknemer niet veel indien bijvoorbeeld een toeslag of provisie van € 1000 niet op tijd wordt betaald, maar pas later, na het intreden van een door de werknemersverzekeringen verzekerd risico. Stel dat de werknemer intussen arbeidsongeschikt is geworden en twee jaar later voor een WIA-uitkering in aanmerking komt. Zelfs als een maximale verdragings-toeslag van € 500 zou zijn opgelegd, kan de schade als gevolg van te late betaling bij langdurige arbeidsongeschiktheid een veelvoud daarvan bedragen. De WIA-gerechtigde werknemer kan in dit voorbeeld namelijk maximaal € 750 per jaar^[18] aan uitkeringsschade lijden en dat kan in beginsel voortduren tot hij 65 jaar wordt.

Waar een te late betaling aangemerkt kan worden als verzuim van de werkgever, is de uitkeringsschade die de werknemer vervolgens lijdt mijns inziens aan te merken als gevolgschade. Deze staat immers, gelet op art. 2 lid 4 Besluit dagloonregels werknemersverzekeringen en de wijze waarop de Centrale Raad van Beroep daaraan uitleg heeft gegeven, in een zodanig verband met het verzuim van de werkgever dat deze hem als een gevolg van dat verzuim kan worden toegerekend (art. 6:98 BW). De werkgever zal daarbij niet snel de exceptie van eigen schuld van de werknemer kunnen invoeren (art. 6:101 BW). Zelfs wanneer een werknemer laks is geweest in het aanklaarten van zijn claim, zal hem bezwaarlijk kunnen tegen worden geworpen dat hij de gevolgschade over zichzelf heeft afgeroepen. Hoogstens zou een werkgever de werknemer op diens plicht tot schadebeperking kunnen wijzen, bijvoorbeeld in het geval van onnodig voortdurende werkloosheid.

Conclusie

Een werknemer die met werkloosheid wordt bedreigd of wegens arbeidsongeschiktheid als gevolg van ziekte langdurig dreigt uit te vallen, moet eventuele achterstanden in de betaling van loon, toeslagen, provisies en dergelijke zo snel mogelijk trachten te incasseren. Het gaat dan om achterstanden die zijn ontstaan in het tijdvak van twaalf maanden voorafgaand aan de werkloosheid of de eerste ziektedag. Stuit zijn claim af op betalingsonmacht of -onwil van de werkgever, dan is het verstandig dat goed te laten documenteren. In zo'n geval kan sprake zijn van loon dat als vorderbaar, maar niet inbaar wordt aangemerkt en dat om die reden wel wordt betrokken in de vaststelling van het dagloon voor de werknemersverzekeringen. In veel gevallen zal de werknemer echter niet kunnen aantonen dat achterstallig loon in een eerder stadium vorderbaar, maar niet tevens inbaar was. Een werknemer zou dan zijn uitkeringsschade als gevolgschade op de wanbetalende werkgever kunnen verhalen, nu de wet duidelijk voorschrijft op welk tijdstip een werkgever het loon moet voldoen.

Voetnoten

Voetnoten

- [1] Mr. D.J.B. de Wolff is advocaat te Utrecht.
- [2] Besluit van 8 oktober 2005, *Stb.* 2005/546.
- [3] Wet administratieve lastenverlichting en vereenvoudiging in socialeverzekeringswetten, wet van 24 juni 2004, *Stb.* 2004/311.
- [4] Nota van toelichting bij het Besluit dagloonregels werknemersverzekeringen, *Stb.* 2005, 564, p. 15.
- [5] *Stb.* 2005/564, p. 26.
- [6] CRvB 8 juli 2010, *LJN* BN1413.
- [7] CRvB 28 januari 2011, *LJN* BP2521.
- [8] Een vergelijkbare casus is CRvB 4 december 2008, *LJN*: BG8432.
- [9] Zie Rb. Assen 24 april 2008, *LJN* BF3961; Rb. Assen 19 januari 2009, *LJN* BH0555; Rb. Almelo 15 juli 2009, *LJN* BJ2530; Rb. Utrecht 6 augustus 2007, *LJN* BB1791.
- [10] CRvB 23 juli 2009, *LJN* BJ3954; CRvB 19 augustus 2010, *LJN* BN6005.
- [11] A.J. van Soest, *Belastingen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 336. Zie voor de nodige praktijkvoorbeelden K.E.M. Eerden-van der Hoeven, *Praktijkids Personeel en Fiscus*, Deventer: Kluwer 2009, p. 288.
- [12] HR 24 juni 1998, *LJN* AA2323; HR 16 september 1953, *BNB* 1953/220.
- [13] Rb. Arnhem 11 februari 2008, *LJN* BC5326.
- [14] CRvB 28 januari 2011, *LJN* BP2521.
- [15] Rb. Almelo 15 juli 2009, *LJN* BJ2530. De uitspraak werd vernietigd door CRvB 22 april 2010, *LJN* BM3529.
- [16] Zie belastingdienst.nl/zakelijk/loonheffingen/lb22_loonbelasting_premie_volksverzekeringen/lb22_loonbelasting_prem
- [17] CRvB 22 april 2010, *LJN* BM3529.
- [18] Een IVA-gerechtigde ontvangt 75% van zijn dagloon met als maximum het maximumdagloon van circa € 50 000 bruto per jaar, een WGA-gerechtigde heeft recht op 70%.