

ANNOTATIE

# Aanvaarding van voor de verzekerde ongeschikte arbeid; goed nieuws voor ERD's!; slecht nieuws voor publiek verzekerde werkgevers(?)

*mr. dr. L. van den Berg*

*Annotatie bij Centrale Raad van Beroep, 12-05-2021,  
ECLI:NL:CRVB:2021:1128 (AR-2021-0819)*

De onderhavige uitspraak bewijst het gelijk van Arie Wit over de betekenis van de gewijzigde jurisprudentie over de voor de ZW geldende maatstaf 'zijn arbeid' voor eigenrisicodragers. Kort gezegd kan een eigenrisicodrager (ERD) wel degelijk ontkomen aan de verantwoordelijkheid voor de betaling van ziekengeld aan een voormalig werknemer die bij indiensttreding al ongeschikt was voor de bij de ERD uitgeoefende functie.

Uit de onderhavige uitspraak volgt dat de uitspraken van enerzijds 12 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2465, ECLI:NL:CRVB:2017:2466, ECLI:NL:CRVB:2017:2504 en ECLI:NL:CRVB:2017:2507 en anderzijds die van (onder meer) CRvB 21 augustus 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2785 elkaar niet bijten. Gelet op de reeds gegeven aandacht voor deze uitspraken in de AR-annotatie van Arie Wit bij CRvB 21 augustus 2019, ECLI:NL:2019:2785, SZR Updates 2019-0033 zal ik deze uitspraken en het juridisch kader daarvan (zo) kort (mogelijk) weergeven. Vervolgens behandel ik de onderhavige uitspraak van CRvB 12 mei 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1128, bespreek ik de betekenis hiervan voor de ERD en ga ik in op de gevolgen voor de publiek verzekerde werkgevers.

Artikel 19 ZW geeft regels over het recht op ziekengeld. Voorwaarde voor het recht op ziekengeld is dat de verzekerde ongeschikt is voor 'zijn arbeid'. Volgens vaste rechtspraak van de Raad wordt onder 'zijn arbeid' verstaan de laatstelijk voor de ziekmelding verrichte arbeid. Na (ten minste) een jaar ziekte geldt voor verzekerden zonder werkgever, die niet in enige arbeid hebben hervat, als maatstaf gangbare arbeid, zoals die nader is geconcretiseerd in de eerstejaarsziektewetbeoordeling (EZWB) (art. 19aa ZW en 19ab ZW). Bij de EZWB dient de verzekerde voor het recht op ziekengeld niet alleen ongeschikt te zijn voor het verrichten van de laatstelijk verrichte arbeid, maar dient hij kort gezegd ook ten minste 35% verdienvermogen

te hebben verloren. De vaststelling daarvan geschiedt overeenkomstig de regels voor de WIA-schatting. Zieke verzekerden die niet aan deze eis voldoen, zijn – evenals 35-minners na een doorlopen wachttijd – aangewezen op de WW.

Er zijn uitzonderingen op de hoofdregel dat ‘zijn arbeid’ de laatstelijk verrichte arbeid is. Ten eerste geldt een uitzondering indien de verzekerde de wachttijd voor de WIA doorlopen heeft – minder dan 35% arbeidsongeschikt wordt geacht – en vervolgens in de WW belandt, terwijl hij blijvend ongeschikt is voor zijn oude werk. Indien de verzekerde zich vervolgens vanuit de WW ziek meldt, is de laatstelijk verrichte arbeid geen bruikbare maatstaf bij de ZW-beoordeling. In dat geval geldt als ‘zijn arbeid’ de gangbare arbeid, zoals die nader is geconcretiseerd in de functies die bij de eerdere arbeidsongeschiktheidsbeoordeling voor de verzekerde geschikt zijn geacht. Het gaat daarbij om een van de drie bij de arbeidsongeschiktheidsbeoordeling geselecteerde functies, hetgeen meebrengt dat ook sprake was van een hersteldverklaring bij geschiktheid voor slechts een van die functies. Uit CRvB 22 maart 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1225, TRA 2017/76, m.nt. Fluit, volgt verder, dat deze maatstaf overeenkomstig wordt toegepast voor de situatie dat een verzekerde de EZWB niet is doorgesloopt in verband met de omstandigheid dat hij nog meer dan 65% resterend verdienvermogen heeft, vervolgens in aanmerking komt voor een WW-uitkering en zich (na meer dan vier weken) vanuit de WW weer ziekmeldt.

De bovengenoemde maatstaf kon tot voor kort ook toegepast worden in gevallen waarin de betrokkene na afloop van de wachttijd hervatte in ander werk, terwijl de verzekerde al bij aanvang van dat werk ongeschikt voor de aanvaarde arbeid was (zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Raad van 30 mei 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW6932). Met de uitspraken van 21 augustus 2019 is dit uitgangspunt echter verlaten. De Raad verwijst hierbij naar het vervallen van artikel 44 ZW per 1 januari 2011. Artikel 44 ZW (oud) bevatte een zogenaemde ‘brandende huizen- clause’ en bevatte een grond het ziekgeld te weigeren in geval de verzekerde ongeschikt was voor zijn arbeid. De overwegingen van de wetgever voor het vervallen van artikel 44 ZW geven volgens de CRvB uitdrukking aan een veranderde opvatting, waarbij in het kader van werkaanvaarding de nadruk dient te liggen op iemands mogelijkheden tot werken en waarbij een werknemer er uit een oogpunt van rechtszekerheid bij indiensttreding van uit mag gaan dat het risico van ongeschiktheid voor de aanvaarde arbeid in het kader van de ZW is verzekerd. Bij dit gewijzigde inzicht past volgens de CRvB niet dat de voor de uitval door een verzekerde feitelijk verrichte arbeid niet langer als maatstaf geldt voor de vaststelling van diens ZW-aanspraken, indien na die uitval wordt vastgesteld dat bij indiensttreding al sprake was van ongeschiktheid voor de aanvaarde arbeid. Een bij aanvang van het dienstverband reeds bestaande ongeschiktheid staat er dus niet (meer) aan in de weg om het laatstelijk voor uitval verrichte – ongeschikte – werk als maatstaf arbeid in de zin van de ZW aan te merken. De enige uitzondering die nog wel bestaat op de hoofdregel dat de laatstelijk verrichte arbeid als ‘zijn arbeid’ kwalificeert, vormt de in artikel 19 lid 5 ZW beschreven situatie waarin de verzekerde zonder werkgever de laatstelijk verrichte arbeid minder dan een week heeft verricht en hij daaraan voorafgaand gedurende ten minste zes maanden andere arbeid heeft verricht. In dat geval vormen de werkzaamheden die gewoonlijk kenmerkend zijn

voor die andere arbeid de maatstaf. Deze maatstaf is bijvoorbeeld aan de orde bij een ‘gewone’ ziekmelding vanuit de WW zonder dat er een EZWB of WIA-keuring is geweest.

De bijzondere uit de rechtspraak voortvloeiende maatstaf voor ‘zijn arbeid’ is (behoudens de in art. 19 lid 5 ZW neergelegde maatstaf) thans dus beperkt tot gevallen waarin de betrokkene zich na de EZWB of de WIA-keuring vanuit de WW ziek meldt, zonder dat sprake is van tussentijdse werkhervatting (zie bijvoorbeeld ECLI:NL:CRVB:2021:1307).

Arie Wit heeft in zijn annotatie bij de uitspraken van 21 augustus 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2785 en ECLI:NL:CRVB:2019:2866, SZR-Updates 2019-0033 aandacht gevraagd voor de betekenis van deze jurisprudentie voor de ERD. Hij merkt in zijn annotatie terecht op dat de jurisprudentiewijziging voor de ERD niet bezwaarlijk is in geval van heruitval na een doorlopen wachttijd. Volgens artikel 63a lid 3 ZW is de ERD uitsluitend verantwoordelijk voor de personen, bedoeld in artikel 29 lid 2 onder a, b en c ZW, die laatstelijk (dat wil zeggen: vóór het intreden van de ongeschiktheid) tot hem in dienstbetrekking stonden. Indien de verzekerde na het doorlopen van de wachttijd een (nieuwe) dienstbetrekking aangaat bij de ERD, dan valt de betrokkene mogelijk onder het bereik van de door artikel 29b ZW bestreken no-riskpolis. In dat geval valt de betrokkene gelet op artikel 63a lid 3 ZW en artikel 29 lid 2 onder d sub g ZW (ook na het einde van de arbeidsovereenkomst) niet onder de verantwoordelijkheid van de ERD.

Voor gevallen waarin de verzekerde niet valt onder het bereik van de no-riskpolis en de verzekerde een dienstverband blijkt te zijn aangegaan met een voor de arbeid ongeschikte werknemer, blijft de vraag wel degelijk relevant. Met een verwijzing naar de uitspraken van 12 juli 2017 (ECLI:NL:CRVB:2017:2465, ECLI:NL:CRVB:2017:2466 en ECLI:NL:CRVB:2017:2504) wijst Wit op een mogelijk nog immer bestaande *escape*-mogelijkheid voor de ERD. Deze uitspraken wijzen volgens de annotator op de mogelijkheid voor de werkgever tevens eigenrisicodragers ZW om ex artikel 52c ZW een beschikking te vragen aan het UWV over een eerdere ongeschikheidsdag. Hierdoor kan de toerekening van het ziekgeld niet plaatsvinden aan de ERD, aangezien de ongeschiktheid van de betreffende werknemer niet is ontstaan tijdens het dienstverband met de (laatste) werkgever tevens eigenrisicodragers ZW. De juridische basis voor het niet toerekenen aan de werkgever tevens ERD is volgens Wit zeer duidelijk weergegeven in artikel 2.13 lid 4 onder a Besluit Wfsv. Ik neem aan dat de annotator bedoelde te verwijzen naar artikel 2.13 lid 5 onder a Besluit Wfsv. Deze bepaling regelt de berekening van de individueel gedifferentieerde premie voor de Werkhervattingskas (Whk) – de kas waaruit onder meer de ZW-uitkeringen van de vangnetters zonder werkgevers worden gefinancierd. Uit deze bepaling volgt kort gezegd dat het premiepercentage wordt berekend aan de hand van de uitkeringen die zijn toegekend aan de werknemers *die op de eerste dag van de ongeschiktheid tot het verrichten van hun arbeid als bedoeld in artikel 19 van de Ziektewet tot de werkgever in dienstbetrekking stonden* [cursivering LvdB] dan wel arbeidsongeschikt zijn geworden nadat de dienstbetrekking met de werkgever is beëindigd en de nawerkingsbepaling van artikel 46 Ziektewet van toepassing is. Ik neem hier voor het gemak aan dat Wit heeft bedoeld te zeggen dat artikel 63a lid 1 en lid 3 ZW zo moeten worden gelezen dat de ERD – in lijn met de premieberekening van de publiek verzekerde ((middel)grote) werkgever –

uitsluitend verantwoordelijk is voor de uitkeringen van personen die op de eerste dag van ongeschiktheid tot het verrichten van hun arbeid in dienstbetrekking tot de ERD stonden.

In de uitspraken van 12 juli 2017 wordt de door Wit geopperde mogelijkheid van het vragen van een besluit over de eerste ongeschiktheidsdag in verband met de toerekeningsvraag aan de ERD echter niet met zoveel woorden genoemd. De uitspraken van 12 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2466 en ECLI:NL:CRVB:2017:2504 behelsden discussie over de eerste ongeschiktheidsdag in verband met de (on)mogelijkheid een ziekingeldsanctie aan de ERD op te leggen. De in artikel 26 lid 2 WIA geregelde ziekingeldsanctie kan gelet op artikel 25 lid 10 WIA uiterlijk zes weken voor afloop van de wachttijd worden opgelegd. Een reeds eerder bestaande ongeschiktheid kan er dus toe leiden dat de ziekingeldsanctie te laat is opgelegd. In CRvB 12 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2465 stelde de ERD de toerekeningsvraag wel aan de orde. Hier kwam een ERD er anderhalf jaar na de uitval van een zieke (ex-)werknemer tijdens een door de verzekerde gestarte bezwaarprocedure naar aanleiding van een besluit over een hersteldverklaring van de verzekerde achter, dat aannemelijk was dat verzekerde al bij aanvang van de werkzaamheden ongeschikt was voor haar arbeid. In de procedure die hierop volgde, stelde de ERD zich op het standpunt dat de ZW-uitkering gelet hierop niet aan de ERD kon worden toegerekend. De CRvB oordeelde in deze uitspraak dat een discussie over de eerste ongeschiktheidsdag in een procedure die is gestart na een besluit over een hersteldverklaring gelet op artikel 8:69 Awb buiten de omvang van het geding valt. Vervolgens (r.o. 4.5.3) wees de CRvB in deze uitspraak op de – hierboven al aan de orde gestelde – mogelijkheid om in gevallen waarin de ERD achteraf aan de juistheid van een eerder aan het UWV opgegeven eerste arbeidsongeschiktheidsdag twijfelt en bijvoorbeeld behoefte heeft aan een beschikking waarop de einddatum van betaling van ziekingeld wordt vastgesteld op een datum die ligt voor afloop van een termijn van 104 weken na de ziekmelding van een werknemer, hij het UWV daarom ingevolge artikel 52c ZW binnen een redelijke termijn kan vragen.

In de onderhavige uitspraak wordt de toerekeningsvraag door de CRvB wel inhoudelijk beoordeeld. De uitspraak betreft een verzekerde die op 25 januari 2016 als dataspecialist bij de ERD in dienst is getreden. Slechts drie dagen na indiensttreding heeft werknemer zich ziek gemeld met psychische klachten, waarna hij op 2 februari 2016 in de proeftijd is ontslagen. De ERD heeft vervolgens een ziekteangifte gedaan en aan het UWV verzocht om een beslissing over de ZW-uitkering van werknemer te nemen. Het UWV heeft vervolgens vastgesteld dat de eerste ziektedag van de betrokken ex-werknemer 28 januari 2016 is. In een hierop volgend besluit heeft het UWV vastgesteld dat de verzekerde met ingang van 2 februari 2016 recht heeft op uitbetaling van een ZW-uitkering en dat de ERD verantwoordelijk is voor de uitbetaling daarvan. De ERD stelt zich in bezwaar en (hoger) beroep op het standpunt dat de uitbetaling van de ZW-uitkering niet aan hem dient te worden toegerekend omdat deze ex-werknemer al voorafgaand aan de indiensttreding ongeschikt was voor het werk als dataspecialist. UWV en rechtbank houden vast aan de toerekening van de uitbetaling van het ziekingeld aan de ERD. In hoger beroep herhaalt de ERD zijn stelling dat de ex-werknemer al eerder klachten en beperkingen had die hem ongeschikt maken voor het werk als

dataspecialist. Gelet hierop dient de ZW-uitkering aan het UWV te worden toegerekend. Aanvullend heeft de ERD aangevoerd dat de uitspraken van 21 augustus 2019 (ECLI:NL:CRVB:2019:2785 en ECLI:NL:CRVB:2019:2866) bij een mislukte werkhervatting, zoals hier aan de orde, zeer nadelig uitpakken voor eigenrisicodragers.

Met niets meer dan een korte beschrijving van de hiervoor reeds besproken uitspraken van 2 juli 2017 (ECLI:NL:CRVB:2017:2465, ECLI:NL:CRVB:2017:2466 en ECLI:NL:CRVB:2017:2504 en van 21 augustus 2019 (ECLI:NL:CRVB:2019:2785 en ECLI:NL:CRVB:2019:2866), komt de CRvB ter zake.

Gelet op de zeer korte tijdsperiode tussen de datum van indiensttreding en het moment van uitval, de verklaring van de verzekerde over de manier waarop hij in die korte periode van werken bij appellante (niet) heeft gefunctioneerd en het feit dat hij uitviel door psychische klachten die in december 2015 al door de huisarts werden beschreven en die op dat moment al aanleiding gaven tot verwijzing naar de praktijkondersteuner van de GGZ, geven naar het oordeel van de CRvB voldoende en ondubbelzinnige indicaties dat werknemer bij aanvang van zijn dienstverband bij de ERD reeds ongeschikt was voor zijn arbeid als dataspecialist. Dat de huisarts en praktijkondersteuner de betrokkene hebben aangeraden het – ondanks de bestaande klachten – toch maar te proberen in de verwachting dat de klachten dan wellicht zouden verdwijnen, doet hier niet aan af. De CRvB concludeert dat nu de verzekerde bij aanvang van het dienstverband al ongeschikt was voor zijn arbeid als dataspecialist, het UWV de ERD ter zake van de uitval van de werknemer op 28 januari 2016 ten onrechte verantwoordelijk heeft gehouden voor de betaling van de ZW-uitkering aan werknemer per 2 februari 2016. De Raad voorziet zelf in de zaak door het bestreden besluit te vernietigen en het primaire besluit van 18 oktober 2017 te herroepen in zoverre de ERD daarin verantwoordelijk is gehouden voor de betaling van de ZW-uitkering aan werknemer ingaande 2 februari 2016.

Dat de ERD zich in de onderhavige uitspraak met succes beroept op de omstandigheid dat de betreffende verzekerde al voor indiensttreding ongeschikt was voor zijn arbeid, is overigens vrij uniek te noemen. Behalve de ‘hobbel’ die de ERD moet nemen door het vergaren van overtuigend (en privacygevoelig) bewijs over de gezondheidstoestand van de verzekerde, dient de ERD in voorkomende gevallen ook nog binnen een redelijke termijn om een beslissing te verzoeken. In de geannoteerde uitspraak speelde deze hobbel overigens niet; de ERD ging in deze uitspraak ‘gewoon’ (tijdig) in bezwaar tegen het toerekeningsbesluit aan de ERD. Voor de ERD die na de hierboven besproken uitspraak van de CRvB van 12 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2465 al bot ving in verband met de toepassing van artikel 8:69 Awb, viel de bijl met de uitspraak van 4 mei 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1026 opnieuw in verband met het overschrijden van de redelijke termijn.

In een nieuwe procedure die op 21 oktober 2016 – dus reeds voorafgaand aan de einduitspraak van de CRvB op 12 juli 2017 – startte met een verzoek om een beslissing over de toerekening van de ZW-uitkering aan de ERD, ving de ERD uiteindelijk in hoger beroep bot. In CRvB 4 mei 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1026 oordeelde de CRvB dat het verzoek van de ERD niet binnen een redelijke termijn was gedaan. Hiertoe achtte de CRvB van belang dat de ERD kennelijk al

eerder de eerste arbeidsongeschiktheidsdag van de verzekerde ter discussie had willen stellen en dat deze kwestie al in november 2013 speelde. Ook bleek uit de stukken dat het naar aanleiding van het rapport van de bedrijfsarts van de ERD al op 10 september 2014 voor de ERD voldoende duidelijk was geworden dat mogelijk van een andere eerste arbeidsongeschiktheidsdag moest worden uitgegaan. Gelet op de omstandigheid dat de CRvB pas in de uitspraken van 12 juli 2017 gewag maakte van de mogelijkheid het UWV te vragen om een besluit te nemen over de eerste arbeidsongeschiktheidsdag, zal de ERD in kwestie dit waarschijnlijk als een wrange uitkomst hebben ervaren. De rechtbank oordeelde in beroep ook anders, zo valt op te maken uit r.o. 2 van de uitspraak van 4 mei 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1026. Volgens de rechtbank was het verzoek van de ERD binnen een redelijke termijn gedaan. Van belang voor dit oordeel was dat het voor de ERD pas vanaf 12 juli 2017 duidelijk kon zijn op welke wijze hij een verzoek bij het UWV kon indienen. Omdat de ERD al in de procedure die heeft geleid tot de uitspraak van de CRvB van 12 juli 2017 de eerste arbeidsongeschiktheidsdag van appellante aan de orde heeft willen stellen, had dat volgens de rechtbank voor het UWV aanleiding moeten zijn om het verzoek van de ERD inhoudelijk in behandeling te nemen. De rechtbank nam daarbij in aanmerking dat ook bij een wat langere termijn het belang van het UWV niet is geschaad, omdat het aan de ERD is om het bewijs van een eerdere datum van het intreden van de arbeidsongeschiktheid aan te dragen. Dit oordeel van de rechtbank vond volgens de CRvB geen steun in wet- en regelgeving. Kennelijk is artikel 52c lid 2 ZW volgens de CRvB duidelijk genoeg en is met de uitspraken van 12 juli 2017 geen nieuwe rechtsregel gevormd.

De hierboven besproken uitspraak illustreert dat de CRvB de verantwoordelijkheid voor correcte en volledige voorbereidende besluitvorming in de ZW volledig bij de ERD neerlegt. Met de kennis van nu is het echter voor de groep ERD's die pas langere tijd na een toekennings- en toerekeningsbesluit van het ziekengeld ontdekken dat de verzekerde reeds een langere ziektegeschiedenis heeft, niet onmogelijk om binnen een redelijke termijn een beslissing over de toerekening van het ziekengeld in verband met een eerdere arbeidsongeschiktheidsdag te ontvangen. Gelet op de uitspraak van 4 mei 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1026, gaat deze termijn namelijk pas lopen vanaf het moment dat het voor de ERD duidelijk is dat mogelijk van een vroegere eerste arbeidsongeschiktheidsdag moet worden uitgegaan.

De jurisprudentiewijziging over de maatstaf zijn arbeid in de ZW die is ingeluid met de uitspraken van CRvB 21 augustus 2019 (ECLI:NL:CRVB:2019:2785 en ECLI:NL:CRVB:2019:2866) heeft gelet op de in de onderhavige uitspraak geaccepteerde *escape*-mogelijkheid dus geen negatieve gevolgen voor ERD's. Hoewel ERD's de beslissingen over het (voortduren van het) recht op uitbetaling van ZW-uitkering bij een mislukte werkhervatting niet meer kunnen aanvechten door een beroep op een andere maatstaf 'zijn arbeid', kunnen zij zich nog wel beroepen op de omstandigheid dat de ZW-uitkering van de zieke vangnetter in verband met de bij indiensttreding reeds bestaande ongeschiktheid niet aan hen, maar aan het UWV dient te worden toegerekend.

Dit is goed nieuws voor de eigenrisicodragers; alleen rijst wel de vraag welke schouders deze

lasten dienen te dragen. Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van de vraag uit welk fonds de ZW-uitkeringen van de verzekerden die reeds voor de aanvaarding van de arbeid ongeschikt waren bekostigd moeten worden.

Afhankelijk van de specifieke situatie zijn er drie fondsen waaruit ZW-uitkeringen worden betaald; het Algemeen Werkloosheidsfonds (Awf), de Werkhervattingskas (Whk) en het Arbeidsongeschiktheidsfonds (Aof). Voor het Awf gelden twee landelijk uniforme premies, afhankelijk van het type contract. Voor het Aof geldt een landelijk uniforme basispremie. Voor de Whk geldt voor kleine publiek verzekerde werkgevers een sectorale premie, voor grote werkgevers een individueel gedifferentieerde premie en voor middelgrote werkgevers een deels sectorale en deels gedifferentieerde premie. De premie voor de Whk voor de ZW-lasten van de ERD wordt gelet op artikel 2.7 lid 1 Besluit Wfsv vastgesteld op nul procent. (Private) ERD's dragen dus, anders dan voor het Awf en Aof, niet bij aan de benodigde middelen voor de Whk.

Zorgvuldig speuren door de bepalingen over de uitgaven van het Aof in artikel 115 Wfsv, leverde geen aanwijzing op voor financiering van ziekengeldlasten in de situatie dat de zieke vangnetter wel recht heeft op uitbetaling van ziekengeld, maar dit niet aan de ERD wordt toegerekend in verband met het gegeven dat de verzekerde bij het aangaan van het dienstverband al ongeschikt was zijn arbeid te verrichten. Dus resteren Awf en Whk als mogelijke opties. Volgens artikel 117b lid 1 onder b Wfsv, wordt het ziekengeld voor de vangnetters zonder werkgevers als bedoeld in artikel 29 lid 2 onder a t/m c ZW gefinancierd uit de Whk. Op grond van artikel 100 onder b Wfsv komt het ziekengeld voor zieke werklozen als bedoeld in artikel 29 lid 2 onder d ZW ten laste van het Awf.

In het onderhavige geval betreft het een persoon die vanuit een WW-situatie in dienst trad bij een ERD. Ik neem aan dat hiermee ook het WW-uitkeringsrecht van de betrokkene is geëindigd. Het aanvaarden van de voor betrokkene ongeschikte arbeid geeft aanspraak op een ZW-uitkering; door de uitspraken van 21 augustus geldt deze ongeschikte arbeid immers wel als maatstaf voor 'zijn arbeid'. De ZW-uitkering van betrokkene is mijns inziens dus gebaseerd op artikel 29 lid 2 onder c ZW en vormt hiermee een categorie ZW-uitkeringen die ten laste komt van de Whk. Aan deze kas draagt de ERD zoals gezegd niet bij. Of moeten we het zo zien dat doordat de eerste arbeidsongeschiktheidsdag in wezen al lag tijdens de WW-periode van de betrokkene, de ZW-uitkering van de betrokken verzekerde achteraf bezien ten laste komt van het Awf? Dat zou gelet op de maatstaf 'zijn arbeid' die in het onderhavige geval bestaat uit de – ongeschikte – arbeid bij de ERD op zijn minst merkwaardig zijn.

Stel dat de kosten van de ZW-uitkering van de verzekerde inderdaad ten laste komen van de Whk, dan rijst de vraag of dit meebrengt dat uitsluitend de publiek verzekerde werkgevers opdraaien voor de uitkeringskosten van het verrichten van voor de verzekerde ongeschikt werk. Dat is denkbaar doordat ZW-uitkeringen uit de Whk moeten worden betaald die niet voor rekening komen van de ERD en hierdoor de uitgaven van de Whk en daarmee de te betalen individuele premie door een hoger gemiddeld werkgeversrisicopercentage stijgt. Het antwoord hierop is lastig te geven. Voor (middel)grote werkgevers is zoals gezegd de

premiestelling voor de Whk gelet op artikel 2.13 lid 5 Besluit Wfsv gebaseerd op de ziekengeldlasten van de werknemers die op de eerste dag van arbeidsongeschiktheid tot de werkgever in dienstbetrekking stonden. Het gemiddelde werkgeversrisicopercentage bestaat volgens artikel 2.13 lid 3 Besluit Wfsv uit de aan (middel)grote werkgevers toe te rekenen ZW-lasten. Het lijkt logisch te veronderstellen dat het de bedoeling is dat het gemiddelde werkgeversrisicopercentage eveneens uitsluitend wordt berekend aan de hand van de bij publiek verzekerde (middel)grote werkgevers toe te rekenen ZW-lasten. In dat geval ontstaat volgens mij desalniettemin een onbedoeld hiaat tussen de inkomsten en uitgaven van de Whk. Mocht het gemiddelde werkgeversrisicopercentage wel degelijk mede worden berekend aan de hand van de niet aan de ERD toe rekenen ZW-uitkeringslasten zoals in deze annotatie besproken, dan leidt dit tot het ongerijmde resultaat dat deze lasten indirect uitsluitend voor rekening van de publiek verzekerde werkgevers komen.

Het is mijns inziens in dat geval gewenst dat de wetgever in actie komt, bijvoorbeeld door te regelen dat ZW-uitkeringen die niet ten laste komen van ERD's in verband met de bij aanvang van het dienstverband bestaande ongeschiktheid, ten laste komen van het Aof.