

# Passende of bedongen arbeid, wat is de vraag?

TRA 2017/99

**De rechtspraak over wijziging van passende arbeid in bedongen arbeid is genuanceerd, maar biedt weinig houvast. Voor werknemers (en werkgevers) hangt er veel van af: alleen wanneer die wijziging plaats heeft gevonden, heeft een langdurig zieke werknemer wederom recht op 104 weken loon bij ziekte. In dit artikel wordt wederom een pleidooi gevoerd voor introductie van een rechtsvermoeden. Als terugkeer naar het eigen werk niet meer mogelijk is én er meer dan 6 maanden is gewerkt, moet ervan uitgegaan worden dat de bedongen arbeid is gewijzigd.**

## 1. Inleiding

De vraag wanneer passende arbeid in bedongen arbeid omslaat, is van groot belang voor arbeidsongeschikte werknemers en hun werkgevers. Werknemers die gedurende ziekte ander werk gaan doen en vervolgens ook uit dat werk uitvallen lopen tegen deze vraag aan. Van het antwoord hangt af of ze recht hebben op loondoorbetaling bij ziekte en op de ontslagbescherming van art. 7:670 lid 1 BW.

Over deze vraag is het afgelopen decennium met enige regelmaat geprocedeerd en er is ook al vrij veel over geschreven.<sup>2</sup> Het komt erop neer dat de werknemer er soms gerechtvaardigd op mag vertrouwen dat de bedongen arbeid is gewijzigd, als hij de passende arbeid gedurende niet te korte tijd heeft verricht en dat zonder al te veel problemen heeft gedaan.<sup>3</sup> In deze bijdrage wil ik de discussie over dit probleem – en de verschillende voorgestelde oplossingen – niet nog eens dunnetjes overdoen. Kirkpatrick en Van Vliet hebben recent een overzicht van de meest recente rechtspraak geschreven, zodat ik die niet in extenso hoeft te bespreken.<sup>4</sup> Ik wil in dit artikel nog eens een lans breken voor een rechtsvermoeden. Als de werknemer gedurende langere tijd passend werk heeft verricht, mag een omzetting van passende in bedongen arbeid worden verondersteld. Dat

1 Barend Barentsen is hoogleraar sociaal recht aan Universiteit Leiden.  
 2 P.H. Burger, 'Tussen WIA, ZW en loondoorbetaling gevallen: het inkomensgat van de gere-integreerde werknemer die voor minder dan 35% gedeeltelijk arbeidsongeschikt is', *SR* 2007/27; C.J. Frikkee, 'Wijziging passende arbeid in de bedongen arbeid', *TRA* 2009/36; F.G. Laagland & C.W.G. Rayer, 'Passende arbeid na 104 weken', *TRA* 2010/24; W.H.A.C.M. Bouwens, 'Hernieuwde uitval van gere-integreerde werknemers', *AA* 2011, p. 890-896; R.J. van der Ham & M. Zaman, 'Van passende arbeid naar de nieuwe bedongen arbeid: een perpetuum mobile?', *TRA* 2011/13; R. van Arkel, 'De eeuwig re-integrerende werknemer', *ArbeidsRecht* 2012/18; P. Kruit & E. van Vliet, 'Van passende naar nieuw bedongen arbeid: rechtspraakoverzicht 2009-2010', *ArbeidsRecht* 2011/16; J.M. van Slooten, 'Hoe wordt de 'passende arbeid' die een zieke werknemer verricht de 'bedongen arbeid'? Pleidooi voor toepassing van de re-integratiejurisprudentie van de Hoge Raad', *TRA* 2013/14; M.J.A.C. Driessen, 'Passende arbeid, bedongen arbeid? De Centrale Raad spreekt', *TRA* 2014/69; G.A. Diebels, 'Het snijvlak bij re-integratie', *TRA* 2016/14; L. Kirkpatrick & E. van Vliet, 'Van passende naar nieuw bedongen arbeid: rechtspraak sinds Kummeling/Oskam', *TAP* 2017/164.  
 3 Vgl. Hof Amsterdam zp. Arnhem 29 oktober 2010, *JAR* 2010/230.  
 4 L. Kirkpatrick & E. van Vliet, 'Van passende naar nieuw bedongen arbeid: rechtspraak sinds Kummeling/Oskam', *TAP* 2017/164.

pleidooi is allerm minst nieuw. Ik zou er echter ook voor willen pleiten dat een wijziging van de bedongen arbeid wordt aangenomen als de werknemer niet alleen gedurende zekere tijd passend werk heeft verricht, maar ook vaststaat dat terugkeer in het oude werk niet meer mogelijk is. Voordat ik daaraan toekom, schets ik eerst het kader. Waarom is de vraag of passende arbeid ook de bedongen arbeid is toch ook al weer van zo'n belang en hoe wordt deze vraag in de rechtspraak aangepakt?

## 2. Het belang van de vraag

Een werknemer die als gevolg van ziekte niet in staat is tot het verrichten van de bedongen arbeid heeft gedurende 104 weken recht op doorbetaling van loon (art. 7:629 lid 1 BW). Na die 104 weken houdt het recht op loondoorbetaling op, tenzij het UWV de werkgever een loonsanctie heeft opgelegd. Na diezelfde (in beginsel) 104 weken geldt ook het opzegverbod bij ziekte (art. 7:670 lid 1 BW) niet meer.

Bij het bepalen van de termijn van 104 weken worden korte periodes van herstel (minder dan 4 weken) niet meegerekend, in die zin dat periodes van ziekte die elkaar binnen 4 weken opvolgen als een aaneengesloten periode bij elkaar worden opgeteld.<sup>5</sup> Heeft het herstel langer dan 4 weken geduurd en wordt de werknemer opnieuw ziek, dan gaat er weer een nieuwe termijn van 104 weken lopen. Dat is ook het geval wanneer die nieuwe ziekte voortvloeit uit dezelfde medische oorzaak.

Het is dus essentieel om vast te stellen wanneer er sprake is van ziekte en wanneer van herstel. Beslissend is, of de werknemer om medische redenen het eigen werk niet kan of mag verrichten. Als aan dat criterium is voldaan, dan is de werknemer ziek, beter gezegd arbeidsongeschikt wegens ziekte. Het gaat daarbij om het niet in staat zijn tot het doen van de bedongen arbeid, dat wil zeggen het eigen werk in de volle omvang met alle bijbehorende belastende aspecten waartoe de werknemer zich volgens de arbeidsovereenkomst verplicht heeft. Pas wanneer de werknemer dat werk weer in de volledig aan kan, is hij hersteld. Ziekte is een alles-of-niets begrip.

Een werknemer die tijdens ziekte ander werk doet, of een gedeelte van het eigen werk, is daarom nog steeds ziek. Dat is immers niet de bedongen arbeid in de volle omvang. In het arrest *Kummeling/Oskam* heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat het verrichten van een gedeelte van de bedongen arbeid niet gelijkgesteld kan worden aan het verrichten van die bedongen arbeid.<sup>6</sup>

5 Zie o.a. art. 7:629 lid 10 BW.

6 HR 30 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8134, *NJ* 2013/187, m.nt. E. Verhulst, *JAR* 2011/277, *USZ* 2011/294 (*Kummeling/Oskam*).

De rechtspraktijk worstelt met werknemers die ander werk passend werk verrichten en dat vervolgens ook niet volhouden. Na 104 weken aaneengesloten ziekte is de verplichting tot loondoorbetaling immers afgelopen en hoeft de werkgever bij hernieuwde uitval uit passend werk geen loon door te betalen. Dat is alleen anders wanneer de passende arbeid de bedongen arbeid is geworden. Irrelevant daarbij is of aan de nieuwe uitval dezelfde of een totaal andere medische oorzaak ten grondslag ligt.

Op een uitkering op basis van de ZW bestaat ook geen recht, omdat de re-integrerende werknemer die uitvalt uit passend werk niet wordt genoemd in art. 29 lid 2 ZW. Volgens de Centrale Raad van Beroep (CRvB) staat in die bepaling uitputtend opgesomd wie er in aanmerking kan komen voor ZW-uitkering.<sup>7</sup> Werknemers die meer dan 35% arbeidsongeschikt zijn in de zin van de WIA hebben daar geen last van, omdat zij als 'arbeidsgehandicapte' wél aanspraak op ZW-uitkering kunnen maken (art. 29b ZW). Zogeheten 35-minners vallen echter in een inkomensgat.<sup>8</sup>

In *Kummeling/Oskam* gooit de Hoge Raad de deur nog eens extra hard dicht voor deze laatste groep, door te overwegen dat de wetgever welbewust een stelsel heeft geschapen waarin de loondoorbetalingsplicht is beperkt tot 104 weken aaneengesloten ongeschiktheid voor de bedongen arbeid. Dat stelsel mag niet worden doorkruist met een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, ook al pakt dat gegeven de uitsluiting van de ZW in de woorden van de Raad 'ongunstig' uit voor hen.<sup>9</sup>

Wil een werknemer die passend werk verricht en dat na 104 weken moet staken recht hebben op loon, dan zal dat werk de bedongen arbeid moeten zijn geworden.

### 3. Wijziging van de bedongen arbeid

Werkgever en werknemer kunnen uiteraard een nieuwe arbeidsovereenkomst met een nieuwe functie opstellen als het oude werk om medische redenen niet meer mogelijk is. Dan is duidelijk dat er sprake is van nieuwe bedongen arbeid. Wordt de werknemer opnieuw arbeidsongeschikt, dan zal er weinig twijfel bestaan over zijn recht op loon.<sup>10</sup>

Het is echter mogelijk dat de passende arbeid stilzwijgend in de bedongen arbeid wordt omgezet. Daarvoor is onvoldoende dat de werknemer (aangepast) werk doet en

daarvoor, na de eerste 104 weken, ook betaald wordt. In art. 7:629 lid 12 BW is zelfs met zoveel woorden bepaald dat de arbeidsovereenkomst van de zieke werknemer tijdens het verrichten van ander passende arbeid onverkort in stand blijft. Verder volgt uit vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat langdurig arbeidsongeschikte werknemer die niet in staat is de bedongen arbeid te verrichten maar wel voor ander werk geschikt is recht heeft op bij aard en omvang van dat werk passend loon.<sup>11</sup> Dat de werkgever betaalt voor het andere werk, wil dus op zichzelf niet zeggen dat het de bedongen arbeid is geworden.

In de zaak *Kummeling/Oskam* plaatste het Amsterdamse hof de wijziging van passende in bedongen arbeid in de sleutel van het gerechtvaardigd vertrouwen. Onder bepaalde omstandigheden mag de werknemer die aangepast werk doet erop vertrouwen dat (ook) de werkgever bedoelde de bedongen arbeid te wijzigen. Dan kan worden aangenomen dat de arbeidsovereenkomst is gewijzigd en kan er bij nieuwe uitval een nieuwe loondoorbetalingsplicht ontstaan. Volgens het hof moet het werk gedurende niet te korte tijd zijn verricht en mag aard en omvang van dat werk tussen partijen toen niet ter discussie hebben gestaan.<sup>12</sup> De Hoge Raad heeft zich vervolgens niet uitgelaten van over de juistheid van de door het hof gehanteerde maatstaf, omdat tegen dit onderdeel van de uitspraak in cassatie geen klachten waren gericht.<sup>13</sup> Sinds de uitspraak van het Amsterdamse hof is overigens in de meerderheid van de gepubliceerde uitspraken de conclusie getrokken dat de passende arbeid niet de bedongen arbeid was geworden.<sup>14</sup>

De benadering van het hof heeft echter wel school gemaakt en wordt sindsdien in de rechtspraak gehanteerd, zeker het punt van de aard en omvang van de arbeid.<sup>15</sup> Bij de vraag of dat gerechtvaardigd vertrouwen op contractswijziging mag bestaan spelen alle individuele omstandigheden van het geval een rol. De uitkomst van de beoordeling is dan ook lastig te voorspellen, terwijl er voor werknemer én werkgever heel veel van af hangt. Van Slooten is dan ook kritisch over deze jurisprudentie.<sup>16</sup>

### 4. Tijdsverloop

Verschillende auteurs hebben er daarom voor gepleit om een vaste termijn te hanteren bij de beoordeling van de vraag of de passende arbeid in de bedongen arbeid is gewijzigd. De voorgestelde termijn varieert, maar doorgaans is

7 CRvB 28 juli 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BN2796, CRvB 28 juli 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BN2808, USZ 2010/300 m.nt. G.C. Boot, RSV 2019/244 en CRvB 28 juli 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BN2809, USZ 2010/250, TRA 2011/18.

8 P.H. Burger, 'Tussen WIA, ZW en loondoorbetaling gevallen: het inkomensgat van de gere-integreerde werknemer die voor minder dan 35% gedeeltelijk arbeidsongeschikt is', SR 2007/27; P.H. Burger & P.S. Fluit, 'De omvang en strekking van de no-riskpolis: driedubbele of niet verzekerde arbeid bij hernieuwde uitval', TRA 2012/75.

9 HR 30 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8134, NJ 2013/187, m.nt. E. Verhulp, JAR 2011/277, USZ 2011/294 (*Kummeling/Oskam*), r.o. 3.7.2.

10 Zie echter Ktr. Haarlem 4 september 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:7128, JAR 2013/255.

11 HR 3 februari 1978, NJ 1978/248, m.nt. P. Zonderland. Zie verder Arbeidsovereenkomst (losbl.), art. 7:628 BW aant. 17 (Barentsen).

12 Hof Amsterdam zp. Arnhem 29 oktober 2010, JAR 2010/230.

13 HR 30 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8134, NJ 2013/187, m.nt. E. Verhulp, JAR 2011/277, USZ 2011/294 (*Kummeling/Oskam*).

14 L. Kirkpatrick & E. van Vliet, 'Van passende naar nieuw bedongen arbeid: rechtspraak sinds *Kummeling/Oskam*', TAP 2017/164, onder 5.

15 Vgl. L. Kirkpatrick & E. van Vliet, 'Van passende naar nieuw bedongen arbeid: rechtspraak sinds *Kummeling/Oskam*', TAP 2017/164, onder 2.1.1.

16 J.M. van Slooten, 'Hoe wordt de 'passende arbeid' die een zieke werknemer verricht de 'bedongen arbeid'? Pleidooi voor toepassing van de re-integratiejurisprudentie van de Hoge Raad', TRA 2013/14, onder 5.

het voorstel om na een bepaalde termijn uit te gaan van een rechtsvermoeden dat de bedongen arbeid is gewijzigd.<sup>17</sup>

De factor tijd weegt in de huidige casuïstische rechtspraak niet heel zwaar mee. Hoewel het Amsterdamse hof in de *Kummeling*-zaak uitdrukkelijk overweegt dat het passende werk *niet gedurende een te korte tijd* moet zijn verricht, lijkt het er toch op dat de tijdsduur van ondergeschikt belang is. Bovendien is niet duidelijk welke periode nu als niet te kort moet worden gezien. Dat moet worden bekeken in het licht van de overige omstandigheden.

Soms is enkele maanden voldoende<sup>18</sup>, soms is meer dan 10 jaar ander werk doen nog niet genoeg.<sup>19</sup> Ook de Kantonrechter Boxmeer vond drie-en-een-half jaar passend werk verrichten te weinig.<sup>20</sup> Een ander voorbeeld is nog de uitspraak van de Amsterdamse kantonrechter, waarin anderhalf jaar passende arbeid verrichten geen wijziging van de bedongen arbeid opleverde.<sup>21</sup>

Blijkens de rechtspraak moet (enig) tijdsverloop worden opgevat als een *minimum*voorwaarde. Enkele dagen of weken passend werk doen is hoe dan ook onvoldoende. Welke periode exact minimaal vereist is, staat als gezegd niet vast. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat dat minimum op enkele maanden tot een half jaar ligt.<sup>22</sup> Zodra de grens van meerdere maanden passend werk verrichten is overschreden, dan komt de rechter toe aan een toetsing van de overige omstandigheden. In de *Kummeling*-zaak zijn die door het hof samengeballd in het criterium dat aard en omvang van het passende werk tussen partijen niet ter discussie mag hebben gestaan.

Nu gaat het ver om de werkgever enkel op grond van tijdsverloop een wijziging van de arbeidsovereenkomst 'aan te smeren'. Aan de andere kant is het ook niet aansprekend dat werknemers jarenlang ander werk zouden kunnen doen zonder dat ze tegen inkomensverlies bij ziekte beschermd zijn. De uitspraak van het Bossche hof over een werknemer die meer dan tien jaar ander werk deed is daar een treffende illustratie van.

Om meer recht te doen aan de belangen van re-integrerende werknemers is wel het minste dat er een wettelijk of desnoods rechterlijk rechtsvermoeden wordt geïntroduceerd. Als startpunt van die periode zou kunnen worden genomen het moment dat werkgever en werknemer in hun plan van aanpak vaststellen dat het doel van de re-integratie niet langer terugkeer in het eigen werk is, maar ander passend

werk. Zodra de werknemer vanaf dat moment het passende werk 6 maanden heeft volgehouden, zonder noemenswaardig ziekteverzuim en in (nagenoeg) dezelfde omvang, lijkt mij er voldoende grond te zijn voor het vermoeden dat de bedongen arbeid is gewijzigd. Het ligt dan immers, tenzij er sprake is van bijzondere door de werkgever aan te voeren omstandigheden, niet voor de hand dat de werknemer nog passend werk verricht met het oog op de terugkeer naar zijn oude werk. Als de werknemer het vervangende werk geruime tijd heeft volgehouden, is het ook niet erg waarschijnlijk dat dit zuiver arbeidstherapeutisch is.

Nu zullen werkgever en werknemer niet altijd uitdrukkelijk vastleggen in hun plan van aanpak dat de weg naar het oude werk is afgesloten. Als tweede startmoment zou daarom het einde van de wettelijke loondoorbetalingsplicht, na twee jaar ziekte dus, kunnen worden genomen.<sup>23</sup> De keuze voor een zesmaandsperiode is arbitrair, maar komt in de buurt van het huidige in de rechtspraak gehanteerde minimum. Een rechtsvermoeden geeft geen absolute zekerheid, maar laat aan de andere kant wel ruimte voor nuances. Het rechtsvermoeden biedt ook het voordeel dat het in de rechtspraak kan worden ontwikkeld, nu het niet waarschijnlijk is dat de wetgever gaat ingrijpen. Dat de nieuwe regering de loondoorbetalingsplicht voor kleinere werkgevers wil verkorten verandert niets aan de positie van werknemers die na 104 weken ziekte uitvallen uit aangepast werk.

## 5. Geen weg terug

Nu is het idee van een rechtsvermoeden zeker niet nieuw, zie hiervoor. Het zou echter kunnen worden versterkt door er nog een element aan toe te voegen. De gronden waarop de werkgever het vermoeden kan weerleggen zouden kunnen worden beperkt. Het lijkt mij niet onredelijk om ervan uit te gaan dat de passende arbeid de bedongen arbeid is geworden als vaststaat dat de werknemer niet meer terug kan keren in het oude werk. Dat het passende werk dan nog gericht zou zijn op het stimuleren van werkherleving in de oude baan is dan immers uitgesloten. Als juist dan de werknemer het andere werk niet te kort – 6 maanden – heeft gedaan, is het toch geen al te wilde aanname dat het passende werk het eigen werk is geworden. Dat is zelfs zo wanneer werkgever en werknemer daar, zoals zo vaak, geen uitdrukkelijke afspraken over hebben gemaakt.

Op zich sluit deze toevoeging ook aan bij de huidige rechtspraak, waarin de vraag of terugkeer nog mogelijk is zwaar meeweegt.<sup>24</sup> Het is ook de benadering van de CRvB die enkel tijdsverloop onvoldoende acht om een wijziging van de bedongen arbeid aan te nemen. De CRvB eist dat uit medische stukken moet blijken dat er sprake is van een stabiele medische toestand en dat herstel (voor het oorspronkelijke werk)

17 Zie o.a. Frikkee, *SR* 2008/65, par. 9 (6 maanden); Van Arkel, *ArbeidsRecht* 2012/18, par. 3.3 (na 3 jaar ziekte) en G.A. Diebels, *Re-integratie van de zieke werknemer – Nederland, Duitsland en flexicurity* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2014, p. 574-575 (6 maanden).

18 Hof Amsterdam zp. Arnhem 21 juli 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ4534, *USZ* 2009/345, m.nt. W. de Wit.

19 Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:223, *RAR* 2017/67. Zie daarover Kirkpatrick & Van Vliet in *TAP* 2017/164, onder 2.1.1.

20 Ktr. Boxmeer 16 januari 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BV2287.

21 Ktr. Amsterdam zp. Arnhem 21 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:780.

22 Hof Amsterdam zp. Arnhem 21 juli 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BJ4534, *USZ* 2009/345, m.nt. W. de Wit.

23 Of de tweejarige ZW-periode, nu het voornemen bestaat om de loondoorbetalingsplicht van kleine en middelgrote werkgevers te beperken tot 1 jaar.

24 Arbeidsovereenkomst (losbl.), art. 7:629 BW aant. 6 (Barentsen).

niet meer te verwachten valt.<sup>25</sup> Die wat strengere benadering laat zich verklaren doordat de CRvB moet oordelen in zaken waarin een derde, het UWV, zich erop beroept dat er stilzwijgend een nieuwe arbeidsovereenkomst is ontstaan tussen werkgever en werknemer. Het al of niet bestaan van een (nieuwe) loondoorbetalingsplicht is van invloed op het recht op en de hoogte van WIA-uitkering van de werknemer, zodat het UWV er belang bij heeft om die contractswijziging aan te nemen.<sup>26</sup> De CRvB toetst dat echter streng. Hoewel hij formeel dezelfde criteria hanteert voor stilzwijgende contractswijziging als de civiele rechter, geeft hij er met zijn nadruk op de medisch geobjectiveerde eindtoestand een andere invulling aan.

Nu zou je kunnen betogen dat dit verschil in benadering niet wenselijk is. Het risico bestaat dat de bestuursrechter loonaanspraken ontkent die diezelfde werknemer volgens de burgerlijke rechter juist wel heeft, of omgekeerd.<sup>27</sup> Het is echter ook mogelijk om daar inspiratie aan te ontleen voor de civiele rechtspraak en de invulling van het door mij voorgestelde rechtsvermoeden. Ik vraag me daarbij wel af of het nodig is om vast te stellen dat een medische eindtoestand is bereikt. Ook wanneer er nog progressie mogelijk is, of verdere achteruitgang, kan duidelijk zijn dat de weg terug is afgesloten. Dat wil niet per se zeggen dat de werknemer ongeschikt is voor het andere passende werk, zeker niet wanneer hij dat al meerdere maanden doet. Het kan dan wel zo zijn dat de werkgever het risico van een nieuwe arbeidsovereenkomst nog niet aan wil gaan, maar na verloop van tijd hoort een werknemer die wel te krijgen. De gevolgen van niet-omzetting van passende in bedongen arbeid zijn simpelweg te groot. Ik roep de uitspraak over de medewerker van een bank in herinnering, die ongeveer 14 jaar passend werk had verricht. Er was nog steeds geen nieuwe bedongen arbeid.<sup>28</sup>

## 6. Besluit

Van de vraag of passend werk de bedongen arbeid is geworden hangt veel af voor de werkgever en de werknemer. Zij is bepalend voor het al of niet ontstaan van een nieuwe loondoorbetalingsplicht.

Heel veel duidelijke lijnen zijn er in de rechtspraak over stilzwijgende wijziging nog niet te ontwaren. Het criterium van de niet te korte duur van de passende werkzaamheden is niet vertaald in een concrete termijn. De termijn is een van de vele aanwijzingen die moet worden meegewogen. Een wettelijk of rechterlijk rechtsvermoeden kan meer zekerheid bieden. Zeker wanneer daarbij de vraag wordt betrokken of terugkeer naar het eigen werk nog mogelijk is.

25 G.A. Diebels, 'Het snijvlak bij re-integratie', *TRA* 2016/14, onder 4.2 en CRvB 13 januari 2013, *USZ* 2013/65, m.nt. W. de Wit.

26 Zie de noot van W. de Wit in *USZ* 2013/65.

27 Zie over een vergelijkbaar probleem de conclusie van A-G Verkade voor HR 15 september 2006, *JAR* 2006/244 onder 6.58.

28 Hof 's-Hertogenbosch 24 januari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:223, *RAR* 2017/67, r.o. 3.14.4.