

## Tijdschrift Recht en Arbeid, Kunnen eigenrisicodragers wel hun eigen risico beïnvloeden?

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

Vindplaats:	TRA 2014/52	Bijgewerkt tot:	20-05-2014
Auteur:	Prof. mr. F.J.L. Pennings <sup>[1]</sup>		

### Kunnen eigenrisicodragers wel hun eigen risico beïnvloeden?

#### Samenvatting

Eigenrisicodragen is enige tijd geleden ingevoerd voor de WAO en WIA en wordt nu ook mogelijk voor ZW-vangnetters. Het is bedoeld om werkgever te stimuleren het beroep op ziekte- en arbeidsongeschiktheidsuitkeringen terug te dringen. Nu premiedifferentiatie wordt ingevoerd voor de vangnetters, lijkt het aantrekkelijk om het publieke stelsel te verlaten. Het blijkt echter dat werkgevers op belangrijke onderdelen van de besluitvorming en procedures over uitkeringen weinig invloed kunnen uitoefenen.

#### 1. Eigenrisicodragen als instrument om werkgevers verantwoordelijk te maken voor ziekteverzuim

In de jaren negentig van de vorige eeuw werden een aantal ingrijpende veranderingen in het stelsel van sociale zekerheid ingevoerd, die tot doel hadden om de verantwoordelijkheid voor de uitkeringslasten anders te verdelen. Daarmee zouden degenen die beslissingen nemen die gevolgen hebben voor uitkeringen ook de financiële gevolgen daarvan dragen. Met name werkgevers zouden dan maatregelen gaan nemen om arbeidsongeschiktheid van hun werknemers terug te dringen.<sup>[2]</sup>

De meest vérgaande maatregel is invoering van de wettelijke verplichting tot loondoorbetaling bij ziekte. De werkgever heeft, binnen het toepasselijke wettelijk kader, de bevoegdheid en plicht om besluiten te nemen over loondoorbetaling bij ziekte en over verplichtingen van de werknemer.

Minder ingrijpend is eigenrisicodragen. Het UWV behoudt hierbij in beginsel immers de bevoegdheid om de besluiten over de uitkering te nemen, zoals over het recht op, de hoogte en de duur van de uitkering. De eigenrisicodragers heeft wel enige bevoegdheden en taken.

De derde maatregel is premiedifferentiatie. Hierbij hangt de hoogte van de premie af van het ingetreden risico bij de werkgever.<sup>[3]</sup>

Terwijl loondoorbetaling en premiedifferentiatie verplicht zijn voor de werkgever, heeft hij de keuze eigenrisicodragers te worden. Als hij dat doet, dan zijn zijn premies in het publieke stelsel lager.

In deze bijdrage komt het eigenrisicodragen aan de orde. Eigenrisicodragen komt immers steeds meer in de belangstelling te staan, onder andere omdat door de Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnetters (Wet Modernisering ZW) de premiedifferentiatie uitgebreid is tot vangnetters in de ZW en het Wga-gedeelte van de WIA-premie. Daardoor dreigen premies voor bedrijven met veel vangnetters te stijgen en kan eigenrisicodragen aantrekkelijker worden.

De beslissing van een werkgever om eigenrisicodragers te worden, is primair een verzekeringstechnische: is het ziekte- en arbeidsongeschiktheidsverzuim in een bedrijf zo laag dat het voordeliger is om dit zelf te gaan dragen (eventueel bij een particuliere verzekeraar te verzekeren)?<sup>[4]</sup> En kan, als het risico intreedt, de werkgever zodanige maatregelen nemen dat de schade beperkt wordt, bijvoorbeeld door de betreffende werknemer in eigen of aangepast werk te re-integreren? Uit een evaluatie van de financiering van de Wga blijkt dat er signalen zijn dat private verzekeraars hun verzekeringen te goedkoop hebben aangeboden en dat dit verliezen heeft opgeleverd.<sup>[5]</sup> Uit het rapport blijkt ook dat werkgevers tot dusver nog maar weinig van de faciliteiten van de verzekeraars, zoals re-integratie, gebruik hebben gemaakt.<sup>[6]</sup>

In deze bijdrage zal ik ingaan op de vraag welke beperkingen er voor eigenrisicodragers zijn om in individuele

gevallen invloed uit te oefenen op beperking van het risico en de lasten.

## 2.Korte geschiedenis

Sinds jaar en dag bestond voor de Ziektewet de mogelijkheid om het eigen risico te dragen. Met de invoering van de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte – een radicale vorm van eigenrisicodragen - werd het eigenrisicodragen van de ziekteverzekering opgeheven.<sup>[7]</sup> Wel voerde de Wet premiedifferentiatie en marktwerking bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (Pemba) in 1996 eigenrisicodragen in voor de WAO. De werkgever kreeg de mogelijkheid om voor vijf jaar de kosten van de WAO-uitkeringen geheel zelf te dragen, waardoor hij maximaal kon profiteren van het door hem ingezette preventie- en re-integratiebeleid, aldus het kabinet.<sup>[8]</sup> Door de confrontatie met de WAO-lasten zou de werkgever geprikkeld worden zijn werkorganisatie zo in te richten dat het beroep op de WAO zo gering mogelijk zal zijn. Door ook private verzekeringen de ruimte te geven zou ook de publieke uitvoering geprikkeld worden tot kostenbewust handelen.<sup>[9]</sup>

Ook de WIA laat eigenrisicodragen toe, en wel voor de Wga-uitkeringen.<sup>[10]</sup> De regeling is grotendeels dezelfde voor WAO en Wga (zie par. 3), zij het dat deze voor de WIA op tien jaar werd gesteld.

Na afschaffing van eigenrisicodragen voor de ZW bleek dat sommige werkgevers (vooral uitzendbureaus) behoefte hadden het eigen risico te dragen. Aangezien hier loondoorbetalingsverplichting bestaat, betreft eigenrisicodragen bij de ZW alleen de vangnetters (zie par. 3 voor de afbakening daarvan). Dit leidde tot de Wet eigen risico dragen Ziektewet.<sup>[11]</sup> De Wet Modernisering ZW nu bepaalt dat werkgevers die het eigen risico voor de Wga dragen voor hun werknemers, dit ook moeten gaan doen voor hun vangnetters (vanaf 2016), tenzij ze terugkeren naar het publieke bestel. Het eigenrisicodragerschap is dus ongedeeld, met andere woorden je kunt niet slechts voor bepaalde categorieën van je werknemers eigenrisicodragers zijn. Wel kan men kiezen of men voor ZW, Wga of allebei de wetten eigenrisicodragers wordt. Zoals al vermeld in par. 1 introduceerde de Wet Modernisering ZW ook gedifferentieerde premies voor vangnetters in ZW en WIA.

## 3.Voor welke uitkeringen is de eigenrisicodragers aansprakelijk?

De eigenrisicodragers is aansprakelijk gedurende tien jaar (vanaf aanvang uitkering) voor Wga-uitkeringen (loongerelateerde en vervolguutkeringen) van de werknemer die op de eerste dag van de wachttijd voor zijn arbeidsongeschiktheidsuitkering (wachttijd) bij hem in dienst was. De Iva-uitkering (bestemd voor duurzaam volledig arbeidsongeschikten) valt niet onder het eigen risico. Indien het eigenrisicodragen eindigt, blijft de werkgever het risico dragen voor zover de eerste ziektedag ligt vóór het einde van het eigenrisicodragen.

De arbeidsongeschiktheidsbeoordeling van (ex)werknemers van een eigenrisicodragers geschiedt door het UWV, op gelijke wijze als bij degenen die in het publieke bestel verzekerd zijn. De eigenrisicodragers kan het UWV de uitkering laten betalen of zelf betalen. Als de eigenrisicodragers nalaat de uitkering te betalen, dan betaalt het UWV deze en verhaalt het deze op de eigenrisicodragers. In die zin is de werknemer beter af dan bij loondoorbetaling bij ziekte, waar hijzelf voor zijn rechten moet opkomen als de werkgever in gebreke blijft.

Ter opfrissing van het geheugen: de Wga kent verschillende uitkeringen. Is de werknemer niet duurzaam arbeidsongeschikt, maar wel meer dan 35%, en voldoet hij aan de referentie-eisen, dan ontvangt hij een loongerelateerde uitkering, waarvan de duur even lang is als de WW-uitkering zou zijn geweest. Als hij, na afloop van de loongerelateerde uitkering, ten minste 50% van de verdien capaciteit verdient, dan heeft hij recht op een loonaanvullingsuitkering. Verdient hij minder of niets, dan heeft hij recht op een vervolguutkering. De vervolguutkering is een percentage van het minimumloon, afhankelijk van de arbeidsongeschiktheidsklasse waarin betrokkene zich bevindt.

De eigenrisicodragers nu moet de loongerelateerde Wga-uitkering betalen, en daarna van de loonaanvullingsuitkering alleen het gedeelte corresponderend met de vervolguutkering, en dus niet de hele loonaanvullingsuitkering. De reden is dat de loonaanvulling afhankelijk is van de vraag of iemand nog werkt. Voor de eigenrisicodragers zou het daarom kostbaarder zijn als de werknemer werkt, terwijl het wel de bedoeling is dat hij de werknemer hierbij ondersteunt. Vandaar de beperking van de lasten tot de vervolguutkering.

Voor ZW-uitkeringen is art. 63b ZW van belang. Eigenrisicodragen betreft ZW-uitkeringen (ex art. 29 lid 2 onderdeel a, b en c ZW) aan personen die op grond van een andere arbeidsverhouding dan een arbeidsovereenkomst

verzekerd zijn en aan werknemers van wie de arbeidsovereenkomst tijdens de wachttijd voor de WIA is geëindigd; en het betreft ZW-uitkeringen die zijn toegekend op grond van de nawerkingsbepalingen (ziek worden binnen vier weken na einde verzekering). Niet alle uitkeringen voor vangnetters vallen dus onder het eigenrisicodragen, o.a. uitkeringen voor vrouwen in verband met zwangerschap en voor orgaandonoren, aangezien dat zou kunnen leiden tot risicoselectie.

Er is wel een belangrijk verschil met de Wga: bij aanvang van het eigenrisicodragen neemt de werkgever namelijk niet het risico over van reeds lopende ZW-uitkeringen. Hij is aansprakelijk als de eerste ziektedag gelegen is op of na de dag waarop het eigenrisicodragerschap start.

De eigenrisicodrager voor de ZW bereidt de primaire besluiten over het recht op ziekgeld voor; het UWV neemt deze besluiten. Dit impliceert dat de eigenrisicodrager de gegevens vergaart die relevant zijn voor het door het UWV te nemen besluit. Het gaat onder meer over de vraag of de ex-werknemer ziek is in de zin van de ZW. Net zoals de werkgever bij de loondoorbetalingsverplichting die vraag door de bedrijfsarts/arbo-arts moet laten beantwoorden, moet de eigenrisicodrager dit ook laten doen. Voorts gelden voor de eigenrisicodrager een aantal verplichtingen die op grond van de Wet verbetering poortwachter ook voor de gewone werkgever gelden.

ZW-uitkeringen, ook als ze betaald worden door de eigenrisicodrager, vormen geen loon in de zin van het BW. Ook al is loondoorbetaling bij ziekte een vorm van eigenrisicodragen, het gaat dus om verschillende regelingen.

#### 4. Hoever strekt de aansprakelijkheid van de eigenrisicodrager?

##### 4.1 Inlooprisko's arbeidsongeschiktheidsuitkeringen

Zoals we in par. 3 zagen, draagt de eigenrisicodrager het risico van de betaling van de Wga-uitkering aan de verzekerde die op de eerste dag van de wachttijd tot hem in dienstbetrekking stond. Bepalend voor de vraag of de werkgever de kosten moet dragen is derhalve of een werknemer *op het moment dat hij ziek wordt* bij hem in dienst is. Is dat het geval, dan is niet relevant of het dienstverband inmiddels is geëindigd, bijvoorbeeld door ontslag of omdat de dienstbetrekking van rechtswege is geëindigd. Als ervoor gekozen zou zijn de betalingsverplichting te koppelen aan het (voort)bestaan van de dienstbetrekking, dan zou een werkgever relatief eenvoudig onder zijn verplichtingen uit kunnen komen, door de werknemer ontslag te geven of alleen werknemers op een tijdelijk contract aan te nemen.<sup>[12]</sup> Vandaar dus deze regeling.

De werkgever moet dus goed nagaan voor welke werknemers hij verantwoordelijk is als hij eigenrisicodrager wordt. Stel: een werknemer heeft een arbeidsovereenkomst tot 1 januari 2014. Zij wordt ziek op 1 november 2013. Twee jaar later wordt haar een Wga-uitkering toegekend. Als haar werkgever per 1 juli 2014 eigenrisicodrager wordt, dan is de werknemer dus al weer geruime tijd uit dienst. Toch is het uitkeringsbedrag (tien jaar vanaf november 2015) voor zijn rekening, aangezien hij tijdens de wachttijd (november 2013-november 2015) eigenrisicodrager werd en zij ziek werd toen zij bij hem in dienst was. Omdat de werknemer slechts een maand ziek was tijdens het dienstverband, zal de werkgever misschien helemaal niet geweten hebben dat ze in de WIA zou kunnen komen. Hij zal dus ook geen (re-integratie)maatregelen hebben genomen. De uitkering aan degene die in de wachttijd voor de Wga zit als zijn werkgever eigenrisicodrager wordt, valt onder het inlooprisko. Nogal wat zaken bij de CRvB betroffen werkgevers die dit over het hoofd hadden gezien.<sup>[13]</sup> Hun beroep was niet succesvol: het inlooprisko is expliciet in de wet geregeld. Bovendien is eigenrisicodragen vrijwillig, de eigenrisicodrager heeft een onderzoeksplicht bij het aangaan van het eigenrisicodragerschap, en moet op basis van dat onderzoek zelf beoordelen of hij tot eigenrisicodragen wil overgaan.<sup>[14]</sup> Het argument dat deze regeling tegen het verzekeringsprincipe indruist, omdat het gaat om een zekere gebeurtenis uit het verleden die daarom niet meer verzekeraar is, werd niet gehonoreerd. Volgens de CRvB mag een bepaling van een wet in formele zin immers niet worden getoetst aan een fundamenteel rechtsbeginsel indien dit niet is neergelegd in eenieder verbindende verdragsbepaling.<sup>[15]</sup> Een werkgever die eigenrisicodrager wil worden, kan aan het UWV vragen om informatie over lopende uitkeringen, maar als hij niet alle relevante informatie krijgt komt dat voor zijn rekening en risico, behalve uiteraard als hij misleid is door het UWV. In een zaak waarin het UWV gemeld had dat er geen lopende uitkeringen waren, terwijl kort daarna een arbeidsongeschiktheidsuitkering werd toegekend, oordeelde de Raad dat er geen sprake was van misleiding. Het kan nu eenmaal voorkomen dat een uitkering met

terugwerkende kracht wordt toegekend.<sup>[16]</sup>

In een zaak had de werkgever bepleit dat er een causaal verband moet zijn tussen de aanvankelijke oorzaak van arbeidsongeschiktheid en de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid die uiteindelijk leidde tot de toekenning van de WAO-uitkering.<sup>[17]</sup> Stel: een werknemer wordt ziek door overspannenheid, en de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd. De psychische klachten genezen, maar vervolgens wordt hij binnen de wachttijd vanwege hartproblemen arbeidsongeschikt en krijgt hij een uitkering. Valt dit risico nog onder het eigenrisicodragerschap? De Raad was van oordeel dat het voldoende is dat het arbeidsongeschiktheidsgeval binnen de wachttijd valt. Dit past bij het doel van het eigenrisicodragen, namelijk dat de vormgeving zodanig is dat deze voorkomt dat een werkgever alsnog vrij gemakkelijk de arbeidsongeschiktheidslasten zou kunnen afwentelen op de sector.

#### 4.2 Toerekening bij na de wachttijd ingetreden of verhoogde arbeidsongeschiktheid

De WAO en WIA kennen een bepaling die het mogelijk maakt dat men recht heeft op uitkering of een hogere uitkering als de arbeidsongeschiktheid na afloop van de reguliere wachttijd toeneemt (art. 43a WAO, art. 55 WIA), de zogeheten Amber-bepaling. Gedeeltelijk arbeidsongeschikten kunnen zodoende bij toename van hun arbeidsongeschiktheid binnen vijf jaar na de intrekking of na toekenning/herziening van de beoordeling aanspraak maken op een hogere uitkering. De bepaling geldt ook voor diegenen die bij einde wachttijd minder dan 15%/35% arbeidsongeschikt geacht werden. De arbeidsongeschiktheid moet dan wel voortvloeien uit 'dezelfde oorzaak'.

Deze bepaling beoogt de re-integratie van (ex)arbeidsongeschikten te bevorderen. Aangezien als gevolg van deze Amber-regeling een werknemer, als hij ziek wordt, snel een arbeidsongeschiktheidsuitkering krijgt, zijn de kosten (loondoorbetaling bij ziekte) voor de nieuwe werkgever immers lager. Ook worden de kosten van deze uitkering niet aan de nieuwe werkgever toegerekend, zodat de werknemer gemakkelijker aangenomen wordt. Als de 'oude' werkgever eigenrisicodrager is, betekent deze regeling echter dat hem alsnog kosten kunnen worden toegerekend, ook al is de werknemer niet meer bij hem in dienst. De discussie in dit soort gevallen gaat over de vraag of er sprake is van dezelfde oorzaak. Voor de oude werkgever is dit lastig aan te tonen, aangezien hij de werknemer niet zelf kan laten keuren; alleen zijn gemachtigde (arts of advocaat) heeft toegang tot de medische rapportages van het UWV.

De CRvB heeft als hoofdlijn dat buiten twijfel dient te staan dat de toegenomen arbeidsongeschiktheid voortvloeit uit een andere ziekte-oorzaak, wil de Amber-regeling niet van toepassing zijn.<sup>[18]</sup> Daarbij berust de bewijslast in beginsel op degene die het standpunt huldigt dat er geen verband bestaat tussen de eerdere en de latere uitval. Dit is dus een benadering die gunstig is voor werknemers. Deze benadering heeft de Raad ook toegepast bij eigenrisicodragers en heeft tot gevolg dat wanneer de eigenrisicodrager stelt dat er geen oorzakelijk verband is, op hem de bewijslast rust. Geklaagd werd dat deze jurisprudentie nadelig is voor eigenrisicodragers; de Raad merkte echter op dat de uitleg van art. 43a WAO niet wordt bepaald door de vraag wie de uitkering moet betalen.<sup>[19]</sup>

De eigenrisicodrager kan dus ook aansprakelijk zijn voor werknemers die al lang uit dienst zijn en/of bij een andere werkgever werkzaam zijn.

#### 4.3 Overgang van onderneming

Art. 84 lid 3 WIA betreft de gevolgen van overgang van onderneming.<sup>[20]</sup> Dezelfde regeling is ook te vinden in de ZW (art. 63b). Toerekening bij overgang van onderneming geschiedt als (1) de werkgever die de onderneming verkrijgt eigenrisicodrager is of wordt of (b) als de werkgever die de onderneming overdraagt eigenrisicodrager is.

Het begrip overgang van onderneming is hetzelfde als dat van art. 7:662 BW, zodat het UWV rekening moet houden met de op dit terrein geldende, niet altijd eenvoudige, criteria, en zo nodig (feiten)onderzoek moet doen.<sup>[21]</sup>

Er zijn echter ook verschillen met BW-bepalingen omtrent overgang van onderneming, die dienen om te voorkomen dat werkgevers hun aansprakelijkheid ontlopen. Zo vindt in geval van een overgang bij faillissement

toerekening van uitkeringen aan de overnemende onderneming ook plaats als de verzekerde op de eerste dag van de wachttijd in dienst was van de overgedragen onderneming. De betreffende werknemer hoeft dus niet in dienst getreden te zijn van de overnemende onderneming. Deze verschillen met de regeling van art. 7:662 BW volgen uit het uitgangspunt dat er geen mogelijkheid mag zijn om toerekening van uitkeringen te ontlopen door failliet te gaan en door te starten, of door zieke werknemers te ontslaan vóór de overgang naar een eigenrisicodrager.

Deze regels kunnen met zich meebrengen dat een eigenrisicodrager voor verrassingen komt te staan. Hij blijkt verantwoordelijk voor uitkeringen waar hij niet op gerekend heeft. Ook heeft hij geen maatregelen kunnen nemen om het risico te beperken. Denk ook aan de situatie dat een werknemer van een eigenrisicodrager wel mee over gaat naar een andere onderneming.

In de volgende casus vond de CRvB echter geen reden voor een toerekening. Het ging om een zaak waarin sprake is geweest van overgang van onderneming van BV I naar BV II, en kort daarop van BV II naar BV III. Slechts in de laatste situatie was sprake van een overgang van onderneming naar een eigenrisicodrager. De betrokken arbeidsongeschikt geworden (ex-)werknemers waren evenwel slechts in dienst geweest bij BV I, en niet van BV II. De WAO-uitkeringen van betrokkenen konden niet worden toegerekend aan BV II, omdat bij deze transactie geen eigenrisicodragende onderneming betrokken was.

De Raad onderkende wel het probleem dat een eigenrisicodragende onderneming die een onderneming wil overnemen op deze wijze van bepaalde risico's af kan komen, door namelijk een BV tussen de over te nemen onderneming en zichzelf te schuiven, maar zag geen basis voor een ruime interpretatie van de wettelijke bepalingen omdat daarvoor in de wet geen ruimte werd geboden.<sup>[22]</sup>

## 5. Maatregelen en re-integratie

Omdat het eigenrisicodragerschap bij ziekte zich beperkt tot vangnetsituaties, is de regeling omtrent het nemen van besluiten anders ingericht dan bij de Wga. Deze werknemers zijn immers per definitie niet (meer) in dienst van de eigenrisicodrager, zodat er geen arbeidsrelatie is. Het is daarom veel moeilijker om bepaalde vormen van medewerking aan controle of re-integratie af te dwingen. Wga-gerechtigden kunnen nog wel in dienst zijn, al is dat lang niet altijd het geval. Het UWV neemt daarom de besluiten en de eigenrisicodrager bereidt die voor. Het UWV doet ook de bezwaar- en beroepsprocedures.

Art. 63a ZW geeft de eigenrisicodrager een aantal eigen bevoegdheden ter voorbereiding van primaire besluiten en de verzuimbegeleiding. Deze corresponderen met die van de werkgever bij de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte.

Omdat er geen sprake (meer) is van een dienstbetrekking tussen de eigenrisicodrager en betrokkene, legt art. 63a lid 2 ZW de juridische basis voor de eigenrisicodrager om zijn gewezen werknemer verplichtingen op te leggen in het kader van de genoemde werkzaamheden, zoals deelname aan een geneeskundig onderzoek.

Uit art. 26 lid 2 WIA volgt dat de eigenrisicodrager verantwoordelijk is voor re-integratie-activiteiten, ook tijdens de ZW-periode. Als hij dat onvoldoende doet, dan kan de periode van de ZW-uitkering worden verlengd.

Tijdens de ZW-periode kan de eigenrisicodrager echter niet zelf maatregelen opleggen, bijvoorbeeld als betrokkene passende arbeid of scholing weigert. Hij zal dus het UWV moeten inschakelen om een maatregel op te leggen (bijvoorbeeld wegens niet-nakomen van art. 30 ZW). Aangezien er geen dienstverband is met de werknemer zijn er ook geen verplichtingen die uit de arbeidsovereenkomst volgen.<sup>[23]</sup>

In de WIA staan ook verplichtingen tijdens de wachttijd. Art. 88 biedt het UWV de bevoegdheid een maatregel op te leggen als de verzekerde zijn verplichting ingevolge art. 28, lid 2 WIA niet is nagekomen, namelijk om tijdens de wachttijd mee te werken aan door zijn werkgever of door de werkgever aangewezen deskundige gegeven redelijke voorschriften of getroffen maatregelen die erop gericht zijn om hem in staat te stellen passende arbeid te verrichten; voldoende re-integratie-inspanningen te verrichten en een adequate behandeling te ondergaan voor zijn ziekte of gebrek. Onder werkgever wordt tevens verstaan eigenrisicodrager, aldus dit artikel. Art. 89 geeft echter niet de eigenrisicodrager de bevoegdheid om een sanctie op te leggen. Hij is afhankelijk van het UWV.

Als de werknemer nog in dienst is van de eigenrisicodrager, dan heeft deze wel mogelijkheden om sancties te treffen, en wel door uitsluiting van de loondoorbetaling (art. 7:629 lid 3 BW). Bij werknemers die niet meer in dienst zijn, is die mogelijkheid er niet.

Toch kan het voordelen hebben om eigenrisicodragers te zijn voor de ZW als men dit ook voor de Wga is. De eigenrisicodragers kan dan immers veel beter tijdens de wachtperiode zicht houden op en invloed uitoefenen op de ontwikkeling van de arbeidsongeschiktheid van de vangnetter. Hij is anders afhankelijk van re-integratie- en controle-activiteiten van het UWV.

Aanvoeren dat het UWV tekort geschoten is bij re-integratie, zal de werkgever niet vaak helpen. Zo had een werkgever gesteld dat het UWV in de periode na de toekenning (november 2008) tot het tijdstip waarop ze eigenrisicodragers werd (januari 2010) in het geheel niet heeft voldaan aan zijn verplichting om de werknemer te herbeoordelen of te re-integreren. Het kan niet zo zijn dat het UWV zaken op zijn beloop laat, wettelijke verplichtingen schendt en vervolgens de negatieve gevolgen afwentelt op de werkgever, aldus deze eigenrisicodragers. De CRvB oordeelde echter dat de enkele omstandigheid dat het UWV werknemer niet tijdig aan een herbeoordeling heeft onderworpen, niet tot de conclusie kan leiden dat het UWV uitkering niet zou mogen toerekenen. Werkgever had ook zelf tijdig om een dergelijke herbeoordeling kunnen vragen. Dat ze aanvankelijk nog geen eigenrisicodragers was, stond daaraan niet in de weg. Ook de enkele omstandigheid dat het UWV geen pogingen heeft ondernomen de werknemer te re-integreren, kan niet tot de conclusie leiden dat het UWV niet had mogen verhalen.<sup>[24]</sup>

Bij de Wga heeft de eigenrisicodragers meer bevoegdheden. Ingevolge art. 89 WIA kan de eigenrisicodragers maatregelen opleggen, namelijk de Wga-uitkering gedeeltelijk en blijvend, geheel en tijdelijk, of gedeeltelijk en tijdelijk weigeren indien de werknemer zijn plichten niet heeft nageleefd. De eigenrisicodragers kan ook betrokkene de betaling van de uitkering weigeren indien die persoon de verplichting, bedoeld in art 27, lid 4 WIA (deelname aan een re-integratietraject) niet is nagekomen.

De eigenrisicodragers blijft verantwoordelijk voor de re-integratie gedurende de gehele periode dat hij de Wga-uitkering moet betalen.<sup>[25]</sup> Hij bevordert de inschakeling in de arbeid van 'zijn' Wga-er in zijn bedrijf of in het bedrijf van een andere werkgever. Hij treft ook maatregelen gericht op behoud, herstel of bevordering van de mogelijkheid tot het verrichten van arbeid van de verzekerde. Het UWV en de eigenrisicodragers hebben inhoudelijk dezelfde re-integratieverplichting.<sup>[26]</sup>

## 6. Procesrechtelijke perikelen

In de vorige paragraaf ging het om de mogelijkheden om het risico terug te dringen door controle en re-integratie. Soms kan de eigenrisicodragers echter van mening zijn dat de werknemer niet aan de voorwaarden voor een Wga-uitkering voldoet. Hij kan toekenning dan proberen aan te vechten. De werkgever is in geval van eigenrisicodragers immers belanghebbende in de zin van art. 1:2 Awb bij een besluit over een uitkering.<sup>[27]</sup> Er zijn drie hoofdcategoryën besluiten waar de werkgever tegen op kan komen. De eerste is die van besluiten die aan de werknemer zijn gericht (toekenningsbesluiten). Het enkele feit dat de toekenning van de arbeidsongeschiktheidsuitkering aan werknemer nog niet rechtens onaantastbaar is geworden, aangezien de eigenrisicodragers daar nog een procedure tegen heeft lopen, maakt echter niet dat de uitkering niet kan worden verhaald. Het bezwaar – en eventueel beroep – tegen de toekenning van de arbeidsongeschiktheidsuitkering heeft immers geen schorsende werking. Als de werkgever de procedure wint, en de uitkering wordt ingetrokken, dan gebeurt dat overigens in beginsel niet met terugwerkende kracht, en geldt zelfs een uitlooptermijn van twee maanden.

De tweede category betreft het toerekeningsbesluit, waarin wordt bepaald dat een werkgever als eigenrisicodragers verantwoordelijk is voor de betaling van een uitkering.

De derde category is het verhaalsbesluit, waarin het bedrag wordt verhaald dat het UWV heeft betaald dat voor rekening van de eigenrisicodragers is.

Sinds oktober 2006 is de CRvB van oordeel dat het toerekeningsbesluit een besluit is, dat in rechte kan worden aangevochten.<sup>[28]</sup> Wel is het zo dat de rechterlijke beoordeling hiervan in de regel een beperkte strekking heeft; er worden geen feiten en omstandigheden bij betrokken die geen verband houden met de wettelijke voorwaarden. Een toets aan bijvoorbeeld algemene beginselen van behoorlijk bestuur kan eerst bij het verhaalsbesluit aan de orde komen.<sup>[29]</sup> De werkgever moet zich dat goed realiseren, want anders maakt hij kosten voor een onnodige procedure.

Grievens tegen het verhaalsbesluit hoeven zich niet te beperken tot de hoogte of berekening van het verschuldigde bedrag, maar kunnen ook de toerekening van de uitkering betreffen, bijvoorbeeld over de vraag of er sprake is van overgang van onderneming.

De vraag of de uitkering terecht is toegekend en/of het juiste bedrag is vastgesteld kan echter slechts één keer aan de orde kan komen, namelijk bij de procedures over het toekenningsbesluit. Anders zou de werknemer te lang in onzekerheid verkeren over zijn uitkeringspositie en zou het kunnen gebeuren dat verschillende procedures leiden tot verschillende uitkomsten. De eigenrisicodragers moet dus alert zijn. Als het toekenningsbesluit 'in kracht van gewijsde' is gegaan heeft hij meestal geen argumenten meer om toerekening aan te vechten.

Als de werkgever niet tijdig zijn bezwaren heeft aangevoerd tegen toekenning, moet hij een herbeoordeling afwachten. Tegen besluiten hierover kan de werkgever wel procederen. Het gaat dan over later gelegen perioden. De werkgever kan om herbeoordeling verzoeken, maar moet deze wel motiveren. Dat betekent dat de werkgever dus feiten en omstandigheden moet aanvoeren die een herkeuring rechtvaardigen. Hij kan dus niet (succesvol) op een willekeurig moment of periodiek om herkeuring vragen.

Bij de procedures over de uitkering geldt de medische besluitenregeling, die inhoudt dat de werkgever zelf geen toegang heeft tot de medische gegevens. Hij kan daarvoor wel een arts of advocaat inschakelen. De CRvB erkende dat de werkgever daardoor niet op geheel gelijke voet als de werknemer en het bestuursorgaan aan het geding kan deelnemen, maar dat kon de werkgever niet baten.<sup>[30]</sup>

De Raad onderkende ook dat de werkgever de werknemer niet door een arts van zijn keuze kan laten onderzoeken en dat zijn controlemogelijkheden op de arbeidskundige aspecten van de zaak beperkt zijn. Maar ook deze omstandigheden konden niet met succes worden ingeroepen. Wel mochten de werkgever niet de arbeidskundige stukken geweigerd worden, ook al noemen deze de medische beperkingen. Anders zou de werkgever onevenredig in zijn procesbelang worden geschaad.<sup>[31]</sup>

## 7. Analyse en conclusies

Een volledige beantwoording van de vraag die gesteld werd in de titel van deze bijdrage – kunnen eigenrisicodragers hun eigen risico beïnvloeden? – vergt veel empirisch onderzoek. Welke maatregelen nemen werkgevers precies om arbeidsongeschiktheid te voorkomen en wat doen ze aan re-integratie van zieke werknemers? Daarover is maar weinig algemeen bekend. Een problematisch gevolg van de toenemende decentralisatie van uitvoering en van privatiseringen (in welke vorm dan ook) is dat er nog maar weinig informatie is over de uitwerking van maatregelen. Deze bijdrage heeft zich toegespitst op de vraag wat in een werkgever in een individueel geval, als ziekte al is ingetreden, kan doen om de schadelast te beperken. In die situatie zijn de mogelijkheden zeer beperkt, zoals we hebben gezien. Daarvoor zijn verschillende redenen.

De eerste is dat de belangen van de werknemer niet nadelig mogen worden beïnvloed. De werknemer heeft daarom in beginsel dezelfde rechten en plichten als onder het publieke stelsel. Zo is het UWV de instantie die de besluiten over de uitkering neemt.

De eigenrisicodragers is dus in belangrijke mate afhankelijk van handelen en besluiten van het UWV. Traagheid van het UWV, bijvoorbeeld bij de beoordeling of bij re-integratie, zal in beginsel geen reden zijn om aan toerekening van de uitkeringen te ontkomen.

Ten tweede heeft de eigenrisicodragers, als betrokkene niet in dienst is, slechts beperkte bevoegdheden om hem te re-integreren als hij niet meewerkt. De eigenrisicodragers kan wel maatregelen laten opleggen, maar kan daarmee dus enkel indirect invloed uitoefenen.

Ten derde heeft de eigenrisicodragers soms maar beperkt zicht op de situaties waarin uitkeringen aan hem kunnen worden toegerekend. Denk aan werknemers waarvan de arbeidsovereenkomst is afgelopen tijdens het dienstverband, aan toerekening als gevolg van Amber, aan toerekening bij overgang van onderneming. Aangezien voorkomen moet worden dat de werkgever zijn verantwoordelijkheid afschuift, gelden hier strikte regels, waardoor ook in gevallen waarin toerekening nogal vérgaand lijkt, toch geen afwijking van de regels mogelijk is. Dergelijke benaderingen hebben weinig meer te maken met vergroting van verantwoordelijkheid van de werkgever, maar vormen eerder een vorm van risico-aansprakelijkheid.

Deze regels lijken me onvermijdelijk, gegeven de systematiek waarvoor gekozen is. Het betekent echter ook dat bij de keuze voor het eigenrisicodragers deze aspecten meegewogen worden. Een werkgever moet dus niet alleen

kijken of hij in staat is om een goed preventie- en re-integratiebeleid te voeren, maar ook of er sprake is van zo'n schaalgrootte van zijn onderneming dat hij de kosten kan dragen van risico's waar hij geen of weinig invloed op heeft (of dat de verzekering die dekt – sommige verzekeringen dekken bijvoorbeeld niet de inlooprisico's).

Opmerkelijk is ook dat prikkels elkaar soms kunnen tegenwerken. We zagen dit al bij de loonaanvullingsuitkering, waar als de Wga-er werk krijgt, bijvoorbeeld van zijn werkgever, deze met hogere uitkeringslasten geconfronteerd zou worden, en dan geen belang zou hebben bij re-integratie. Om dit te voorkomen, kan het UWV maar beperkt de kosten van de uitkering verhalen op de eigenrisicodrager.

Ook de positie van het UWV kan door de prikkelbenadering beïnvloed zijn. 'Door ook private verzekeringen de ruimte te geven zou de publieke uitvoering geprikkeld worden tot kostenbewust handelen', werd in par. 2 de memorie van toelichting van de Pemba geciteerd. Concurrentie wordt dus bevorderd. Opmerkelijk is dan wel dat het UWV besluiten neemt die gevolgen kunnen hebben voor de 'concurrent'.

Ook bij de vraag of volledige arbeidsongeschiktheid duurzaam is of niet, kan het UWV eigen belangen hebben. Voor het UWV is het aantrekkelijk om geen duurzame arbeidsongeschiktheid aan te nemen, want dan hoeft geen Iva-uitkering te worden toegekend, die ten laste van het UWV is. De werkgever zal dus moeten aantonen dat de werknemer duurzaam arbeidsongeschikt is. Dat is een moeilijke kwestie, zeker als de werknemer niet meewerkt. De eigenrisicodrager kan echter de werknemer, zeker als die niet meer bij hem in dienst is, niet dwingen zich te onderwerpen aan een medisch onderzoek om de benodigde gegevens te verkrijgen.

De precieze praktijk is natuurlijk onbekend en ik ga uit van goede trouw, maar vanuit de prikkeltheorie zou het wel goed denkbaar zijn dat kostenbewustzijn ook bij genoemde voorbeelden een rol speelt. Terwijl van oudsher de uitvoeringsorganisatie als publiekrechtelijk orgaan de belangen van de werknemer goed in acht moest nemen, kan een dergelijke objectieve rol nu veel moeilijker zijn, nu er zoveel verschillende belangen (werknemer, werkgever, wellicht nieuwe werkgever, verzekeraar, UWV zelf) een rol spelen.

Een werkgever moet dus goed nagaan of het voordelig en haalbaar is om eigenrisicodrager te worden. Meer macro gezien zou in een evaluatie van het eigenrisicodragerschap te zijner tijd kritisch bekeken moeten worden wat de voordelen van dit ingewikkelde stelsel zijn, waarbij ook de effecten genoemd in dit artikel worden meegewogen.

---

## Voetnoten

### Voetnoten

- [1] Prof. mr. F.J.L. Pennings is hoogleraar sociaal recht te Utrecht; hij is ook hoofdredacteur van dit tijdschrift.
- [2] Voor de instrumenten heeft het kabinet zich onder meer laten inspireren door het WRR-rapport *Belang en Beleid. Naar een verantwoordelijke uitvoering van de werknemersverzekeringen*, Den Haag: SDU-uitgeverij, 1994.
- [3] Zie over premiedifferentiatie en vangnetters ook P. Burger & P. Fluit, 'Over het leed dat Bezava heet. De complicaties van de nieuwe Ziektewet voor de 'vangnetter' en de ex-werkgever', *TRA* 2013/12.
- [4] Over premies geven verzekeraars geen openheid; bij grote bedrijven zijn de premies op het individuele bedrijf afgestemd.
- [5] B. Cuelenaere e.a., *Ontwikkeling hybride financiering WGA*, Leiden: AStri 2013, p. 77.
- [6] B. Cuelenaere e.a., *Ontwikkeling hybride financiering WGA*, Leiden: AStri 2013, p. 77.
- [7] Met de loondoorbetalingsverplichting in de Ziektewet werd immers een radicale vorm van eigenrisicodragen voor alle werkgevers ingevoerd.
- [8] *Kamerstukken II 1995/96*, 24698, nr. 3, p. 24.
- [9] *Kamerstukken II 1995/96*, 24698, nr. 3, p. 24.
- [10] E.J.A. Franssen, 'Het eigenrisicodragerschap voor de WIA: meer haken en ogen dan men denkt', *ArbeidsRecht* 2008/14.
- [11] Wet van 14 november 2002, *Stb.* 2002, 584.
- [12] *Kamerstukken II 1995/96*, 24698, nr. 3, p. 25.
- [13] Sommige verzekeringen dekken het inlooprisico niet. Zoals te verwachten is, acht de Raad dit niet van belang voor de aansprakelijkheid van de werkgever: CRvB 6 november 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK2828.



- [14] CRvB 10 oktober 2006, *LJN* AZ0127, *USZ* 2006/330, *JB* 2006/327, *RSV* 2006/353.
- [15] CRvB 3 juli 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ5894, *USZ* 2009/274, met verwijzing naar het Harmonisatiewet-arrest (HR 14 april 1989, *LJN* AD5725).
- [16] CRvB 26 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2009:BK2828.
- [17] CRvB 21 mei 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM6577.
- [18] Onder andere in zijn uitspraak van 20 april 2004, *LJN* AP0012.
- [19] CRvB 19 december 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BG8576.
- [20] Zie ook I.M. Dijkmans, 'Eigenrisicodragerschap bij overgang van onderneming: wat zijn de valkuilen?', *ArbeidsRecht* 2011/51.
- [21] CRvB 12 maart 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL7360.
- [22] CRvB 27 november 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BG8851.
- [23] Overigens heeft de werkgever die in het publieke bestel is gebleven en met gedifferentieerde premies in verband met vangnetters geconfronteerd wordt, nog minder bevoegdheden dan de eigenrisicodrager. Er wordt momenteel geëxperimenteerd met postcontractuele bedingen in arbeidsovereenkomsten. Burger en Fluit (zie noot 3) wijzen er overigens op dat de mogelijkheden om naleving hiervan af te dwingen waarschijnlijk beperkt zijn.
- [24] CRvB 17 mei 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:CA2154.
- [25] P.S. Fluit, 'WIA en reïntegratie', *SR* 2006/2, p. 9.
- [26] Kamerstukken I 2005 /06, 30034, C, p. 47/48.
- [27] CRvB 24 september 2002, *LJN* AE8200.
- [28] CRvB 10 oktober 2006 ECLI:NL:CRVB:2006:AZ0127, *USZ* 2006/330 en *RSV* 2006/353.
- [29] CRvB 8 juli 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BR3073.
- [30] Zie hierover ook al CRvB 20 juli 2001, *LJN*: AB2857.
- [31] CRvB 10 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AZ0126, *USZ* 2006/329.