

F.J.L. Pennings

Rede in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Utrecht op 16 november 2009

1. Inleiding

Stel, u hebt een bakkerij, met één bakker en twee winkelbedienden in dienst. U bakt zelf ook. Uw bakkerij bakt lekker Duits brood en voor uw taartjes komen de klanten speciaal naar u toe. U hebt een mooie omzet. Dan, op een zekere dag, wordt uw bakker ernstig ziek. Niet alleen de beoefenaren van het sociaal recht weten wat de consequenties daarvan zijn, maar ook ‘leken’ beseffen: u moet haar het loon doorbetalen, in ieder geval 70% daarvan.

Op gegeven moment gaat het weer wat beter met de gezondheid van uw personeelslid, maar zij kan niet meer lang achtereen staan en zij heeft ook hevige pijnklachten bij grote temperatuurwisselingen.

U hebt nu de verplichting om haar re-integratie te bevorderen en u moet in principe voor passend werk zorgen. Als u dat niet lukt – zowel in de bakkerij als in de winkel moet het werk staande worden verricht en zijn er vaak grote temperatuurwisselingen; voor de administratie hebt u al iemand in dienst – dan staat tegenover de loonbetaling geen arbeidsprestatie. Bovendien moet u re-integratie-activiteiten blijven ondernemen. Dat kan ook betekenen dat u werk voor haar moet zoeken bij een andere werkgever.

Laten we ons verplaatsen in de werknemer. Stel, haar gezondheidstoestand verbetert sterk en ze kunt haar oude werk weer gewoon doen. Haar werkgever laat haar dat werk ook weer doen. Na twee maanden valt ze weer uit met dezelfde klachten. Ze hoort van de dokter dat dit patroon normaal is bij deze ziekte. Ze zult regelmatig uitvallen, maar ze kan ook vaak haar oude werk weer doen. Op een bepaald moment is ze weer hersteld en aan het werk gegaan, en dan biedt de werkgever, die er weinig trek in heeft om steeds het loon door te moeten betalen als ze weer eens ziek bent, een royale ontslagregeling aan. Als ze niet akkoord gaat, dan zal zij, zo dreigt hij, een ontslagvergunning aanvragen. Wat moet ze doen? Komen er problemen als ze een WW- of – in geval dat ze weer ziek wordt – ZW-uitkering aanvraagt?

De werkgever en de werknemer in dit voorbeeld hebben te maken met een grote mate van onzekerheid: welke gevolgen heeft welk handelen? En beiden zullen – vanuit verschillende invalshoek – ontevreden over de regelingen zijn. De werkgever: waarom draai ik voor de kosten op? Waarom ben ik verantwoordelijk voor dit risico? De werknemer: waarom ben ik zo afhankelijk van de werkgever terwijl ik toch ziek ben?

Deze gevoelens worden nog sterker als we de casus wat aanpassen en het personeelslid tijdens een skivakantie arbeidsongeschikt laten worden.

De hier beschreven verantwoordelijkheden voor inkomen en re-integratie zijn ontstaan als gevolg van veranderingen in wetgeving aan het eind van de vorige eeuw. De regeling voor de inkomensverantwoordelijkheid bij ziekte is toen verplaatst van de Ziektewet naar het Burgerlijk Wetboek, met andere woorden van het socialezekerheidsrecht naar het arbeidsrecht. Ik zal in par. 2 de gevolgen van overhevelingen bespreken en ingaan op de vraag of er bij dergelijke overhevelingen wel voldoende rekening wordt gehouden met de kenmerken van het rechtsgebied waarnaar overgeheveld is.

Er zijn ook andere vormen van overhevelingen van arbeidsrecht naar de sociale zekerheid, maar daar zal ik niet op ingaan. Zo gebeurt het regelmatig dat inkrimpingen van het socialezekerheidsstelsel gerepareerd worden in cao- of vergelijkbare regelingen. Dit zijn echter vooral financieel relevante verschuivingen. Ik wil het hier hebben over verschuivingen die problemen veroorzaken als gevolg van verschillen in de aard van het rechtsgebied.

Ik zal eerst ingaan op het terrein waarmee ik mijn rede begonnen ben, een onderdeel dat al overgeheveld is, namelijk de inkomensvoorziening bij ziekte (par. 2). Daarna zal ik de voorstellen van de Commissie-Bakker bespreken om de WW-uitkering te vervangen door een verplichting van de werkgever om het loon door te betalen en re-integratiepogingen te ondernemen (par. 3). Dit is nog slechts een *voorstel* voor overheveling. Bespreking ervan is toch al belangrijk omdat op dit terrein vergelijkbare knelpunten dreigen als bij de overheveling van de verantwoordelijkheid bij ziekte. Dit zijn twee voorbeelden van overheveling van het socialezekerheidsrecht naar het arbeidsrecht. Menigeen zal zich inmiddels afvragen: gaat het ook de andere kant op? Ik zal hiervan ook een voorbeeld geven. Dit betreft de wijziging van de WW, waardoor problemen die eerst in het arbeidsrecht spelen worden opgelost door de WW te veranderen, zonder goed rekening te houden met de kenmerken van deze wet (par. 4). Daarna zal ik ingaan op de werkgeversaansprakelijkheid bij arbeidsongevallen en voorstellen om deze regeling over te hevelen naar de sociale zekerheid (par. 5). Na bespreking van deze voorbeelden zal ik de schutting bespreken waarover deze overheveling heeft plaatsgevonden (par. 6).

2. Verantwoordelijkheid voor de inkomensvoorziening bij ziekte: van Ziektewet naar Burgerlijk Wetboek

2.1 Achtergrond van de overheveling

De aanleiding om de verantwoordelijkheid voor de inkomensvoorziening bij ziekte van de Ziektewet naar de werkgever over te hevelen was dat in de jaren '80 en '90 het aantal mensen dat een ZW- of WAO-uitkering ontving bleef groeien. 'Nederland is ziek', aldus toenmalig premier Lubbers. Op gegeven moment ontstond de politieke overtuiging dat deze situatie alleen kon worden veranderd door werkgevers verantwoordelijk te maken voor de inkomensvoorziening bij ziekte. Of en in welke

mate de vooronderstellingen omtrent het ziekteverzuim juist waren, zal ik hier in het midden laten.

Aanvankelijk, in 1994, gold de verplichting om het loon door te betalen slechts gedurende een relatief korte periode: zes en twee weken voor resp. een grote en een kleine werkgever. Twee jaar later werd de periode uitgebreid tot 52 weken; sinds 2004 is de periode 104 weken.¹

De Ziektewet is blijven bestaan als vangnet voor de zieke werknemer, namelijk voor het geval de werknemer geen werkgever meer heeft en voor een aantal situaties waarin loondoorbetaling onwenselijk werd geacht. Dat geldt bijvoorbeeld voor sommige personen die ziek of gedeeltelijk arbeidsgeschikt zijn en weer aan het werk gaan bij een andere werkgever. De situaties waarin de Ziektewet de inkomensvoorziening over neemt zijn zeer strikt geformuleerd en vormen een limitatieve opsomming. Buiten de in de wet genoemde gevallen kan de Ziektewet dus niet de verplichting van de werkgever overnemen om het loon door te betalen. Dit om te voorkomen dat werkgevers hun verplichtingen afschuiven. Ook in penibele situaties, zoals in mijn voorbeeld van de bakker, is er geen ruimte voor de Ziektewet om de inkomensverantwoordelijkheid over te nemen.

Met de overheveling van de verantwoordelijkheid voor de inkomensvoorziening bij ziekte werd beoogd werkgevers, maar ook werknemers, sterke prikkels te geven opdat laatstgenoemden aan het werk blijven, of in het oude werk of in nieuw werk re-integreren. Verwacht werd dat de werkgever – nu hij² zelf de rekening moet betalen bij ziekteverzuim – beter op het ziekteverzuim zal letten. Ook vanwege de toegangsvoorwaarden tot de Wet Wia heeft de werkgever er belang bij dat de werknemer terugkeert in eigen of aangepast werk. Blijft de werkgever immers in gebreke bij de re-integratie van de werknemer, dan kan de loondoorbetalingsperiode met maximaal twaalf maanden verlengd worden. De werkgever dient, om een dergelijke loonsanctie te voorkomen, aan de hand van een plan van aanpak, dat hij samen met de werknemer moet opstellen, re-integratie-activiteiten te ondernemen en daarmee ervoor te zorgen dat de werknemer zo snel mogelijk weer in eigen of aangepast werk kan terugkeren. Belangrijk doel van de overheveling van de inkomensverantwoordelijkheid bij ziekte is de toestroom tot de Wia te beperken.

Met de Wet Verbetering poortwachter werden de re-integratieverplichtingen nader uitgewerkt, waardoor het voor de werkgever en de werknemer duidelijker werd welke re-integratieverplichtingen er bestonden. De werkgever is o.a. verplicht de inschakeling van de werknemer in het eigen bedrijf te bevorderen. Ook dient de werkgever maatregelen te treffen waardoor de werknemer in staat is eigen of aangepast werk te verrichten (art. 7:658a BW). Als het nodig is, moet hij dus de werkplek aanpassen. De werkgever dient zelfs te bevorderen dat de werknemer in het bedrijf van een andere werkgever aan de slag kan, indien hij niet kan terugkeren in het eigen bedrijf

Artikel 7:658a BW geeft de werknemer enerzijds een handvat om medewerking van de werkgever aan zijn re-integratie af te dwingen. Anderzijds heeft de werknemer ook de verplichting om mee te werken aan zijn re-integratie en kan niet-meewerken betekenen dat hij uitgesloten is van het recht op loon gedurende de betreffende periode

1 De periode werd van 52 tot 104 weken verlengd per 1 januari 2004, door de Wet verlenging loondoorbetalingsverplichting bij ziekte van 19 december 2003, *Stb.* 2003, 555.

2 Of zij – ik zal voor de leesbaarheid ‘hij’ aanhouden.

(artikel 7:629, lid 3, sub c, d, e). Zelfs het opzegverbod bij ziekte is door de Wet verbetering poortwachter doorbroken voor het geval dat de werknemer passende arbeid weigert (artikel 670b, lid 3 BW).

Beleidsmakers en -studies blijken over het algemeen positief over de loondoorbetalingsverplichting en Wet Verbetering poortwachter (WVP). In een literatuurstudie uit 2006 van de Inspectie werk en inkomen³ wordt instemmend een conclusie van het Sociaal-Cultureel Planbureau aangehaald: ‘Met de invoering van de Wvp en mogelijk de Wia’ – het citaat is uit 2005 – ‘lijkt het WAO-volume probleem dat zolang beleidsresistent is gebleken, op termijn beheersbaar te worden’.⁴ De instroom tot de arbeidsongeschiktheidsregeling is inderdaad verminderd: in 1999 stroomden 127.000 personen in, en in 2008 nog maar 25.327 personen en in 2009 29.335 personen.⁵ Het ziekteverzuim daalde van 5,4 naar 4,3 procent in 2008.⁶

Ziektecijfers zijn vaak problematisch, al is het maar omdat werkgevers er momenteel minder belang bij hebben om kortlopende ziekmeldingen te melden. Ook weten we niet wat nu de situatie is van mensen die zich onder de oude regelingen ziek of arbeidsongeschikt zouden hebben gemeld. Goed onderzoek op dit terrein is erg arbeids- en tijdsintensief en kan pas na geruime tijd betrouwbare resultaten opleveren. Ik zou er sterk op willen aandringen dat dit onderzoek geschiedt.

Het tot dusver verrichte evaluatie-onderzoek is sterk op beleid gericht en wordt vooral uitgevoerd door beleidsadviesbureaus. De gevolgen voor de werknemers komen hierin niet aan de orde, zoals de vraag: wordt de werknemer niet te vroeg terug naar werk gestuurd, tot schade van zijn gezondheid? Is risicoselectie toegenomen? Wat is de kwaliteit van de plannen van aanpak? Hoe vaak komt het voor dat de werknemer ontslagen wordt tijdens ziekte of tussen perioden van ziekte? Hierover zijn weinig recente gegevens beschikbaar.

Een studie uit 1995 – dus kort na de invoering van de loondoorbetaling bij ziekte - toonde aan dat er inderdaad sprake kan zijn van risicoselectie.⁷ De laatste mij bekende studie naar risicoselectie is uit 2001. Ook uit deze studie blijkt dat risicoselectie een rol speelt, en wel bij eenderde van de werkgevers.⁸ Sinds dit onderzoek is er weer veel gebeurd (invoering van Wia, WVP) en is ook de arbeidsmarkt gunstig geweest tot 2009. Wat het eindbeeld is, is niet bekend; veel blijft onzichtbaar. Dat risicoselectie nog steeds plaatsvindt, lijkt me echter geen wilde veronderstelling.

2.2 De vormgeving van de loondoorbetaling bij ziekte

De verplichting om het loon door te betalen is beknopt geregeld. Terwijl de Ziektewet zo'n 90 artikelen kent, regelen twee artikelen, art. 7:629 en 7:629a BW, de arbeidsrechtelijke verplichtingen met betrekking tot loondoorbetaling. Hier moet wel aan worden toegevoegd dat beide artikelen inmiddels als een kerstboom zijn behangen

3 Inspectie werk en inkomen, *Wet verbetering poortwachter. Een overzicht van ontwikkelingen op het terrein van de wet verbetering poortwachter*, Den Haag, 2006.

4 SCP, *Toekomst arbeidsmarkt en sociale zekerheid. Notitie op verzoek van vaste commissie voor Sociale Zaken en Werkgelegenheid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal*, SCP, Den Haag 2005.

5 Uww, *Informatie sociale verzekeringen naar sectoren 2009*, Amsterdam 2009, p. 25.

6 Gegevens van het CBS, www.cbs.nl.

7 S. Andriessen, T.J. Veerman en J. Vijgen, *Risicoselectie op de Nederlandse arbeidsmarkt*, Zoetermeer: Ctsv 1995.

8 T.J. Veerman e.a., *Werkgevers over ziekteverzuim, Arbo en reïntegratie*, Leiden 2001.

met leden die de verplichtingen en rechten nader aangeven. Bovendien zegt het aantal bepalingen natuurlijk maar heel weinig. Zo moeten in het kader van de ZW ook allerlei zaken geregeld worden, zoals wie werknemer is voor deze wet, waar dat bij art. 7:629 BW niet hoeft.

Het Burgerlijk Wetboek legt enkel de hoofdverplichtingen en de rechten van de werkgever en werknemer vast. De werknemer heeft recht op doorbetaling van 70% van het loon, tot 70% van het maximumdagloon, gedurende maximaal 104 weken, met als ondergrens het minimumloon. Dan volgen de verplichtingen voor de werknemer, of beter gezegd: het recht van de werkgever om de loondoorbetaling te schorsen of op te schorten. De werkgever heeft dit recht als de werknemer de ziekte door opzet heeft veroorzaakt of valse informatie heeft verstrekt tijdens de aanstellingskeuring waardoor niet kan worden vastgesteld of hij aan de belastbaarheidseisen van de functie voldoet; voorts kan de loonbetaling geschorst worden als de werknemer niet meewerkt aan passende arbeid of aan maatregelen om passende arbeid te verkrijgen, als hij niet meewerkt aan een plan van aanpak, of als hij te laat een Wia-uitkering aanvraagt. De wet geeft een limitatieve opsomming. De werkgever mag de betaling van het loon opschorten voor de tijd dat de werknemer zich niet houdt aan redelijke voorschriften die de werkgever heeft gegeven omtrent het verstrekken van de inlichtingen die de werkgever behoeft om het recht op loon vast te stellen.

Voorts mag het loon dat de werknemer verdient in werkzaamheden die hij verricht gedurende de tijd dat hij de bedongen arbeid niet kan verrichten afgetrokken van het loon dat de werkgever verschuldigd is op grond van artikel 7:629 BW. Ook is een bepaling opgenomen met betrekking tot de rechtspositie van de werknemer die bij een andere werkgever aan de slag gaat: indien de werknemer passende arbeid verricht, blijft de arbeidsovereenkomst onverkort in stand; dat geldt ook als dit passende arbeid is bij een andere werkgever (artikel 7:629 BW, lid 12).

Vervolgens is in art. 629a BW geregeld dat als er een geschil is over de vraag of de werknemer ziek is, passende arbeid kan verrichten of zijn re-integratieverplichtingen is nagekomen een deskundigenoordeel moet worden gevraagd, in principe te geven door een deskundige van het Uvv. Dit oordeel is vereist voordat men het geschil aan de rechter kan voorleggen. Het artikel verlangt dat de deskundige zijn onderzoek onpartijdig en naar beste weten moet verrichten en dat de deskundige die arts is bij de behandelend arts informatie kan inwinnen.

Dit zijn de wettelijke bepalingen die het recht op loondoorbetaling bij ziekte betreffen. Er zijn ook nog andere artikelen die invloed kunnen hebben op de loondoorbetaling. Ik denk hierbij aan de Wet op de medische keuringen, die ingevoerd is om risicoselectie bij de aanstelling tegen te gaan.⁹ Ingevolge deze wet zijn medische keuringen alleen bij de aanstelling toegestaan, indien aan de vervulling van de functie bijzondere eisen aan de medische geschiktheid worden gesteld. Ook is de al genoemde Wet Verbetering poortwachter zeer van belang voor de rechten en plichten van werkgever en werknemer.

Personen die persoonlijke diensten voor een particulier verrichten voor minder dan vier dagen per week hebben slechts gedurende maximaal zes weken het recht op loondoorbetaling. Na deze periode wordt aan betrokkenen ook geen Ziektewetuitkering uitbetaald, zodat er voor hen een belangrijke lacune is in de bescherming.

⁹ Wet op de medische keuringen, wet van 5 juli 1997, Stb. 365.

Als een zieke werknemer akkoord gaat met ontslag, is de werkgever bevrijd van zijn loonbetalingsplicht. Het Uvw kan in die situatie echter een benadelingshandeling van de werknemer aannemen en het ziekgeld op basis van de ZW weigeren. Deze weigeringsgrond kan ook van belang zijn als een regelmatig zieke werknemer tijdens de periode dat hij beter is ontslagen wordt en hij zich daar niet tegen verzet. Als hij vervolgens weer ziek wordt, en ZW-uitkering aanvraagt, kan een benadelingshandeling aangenomen worden. In mijn casus waarin de bakker de ontslagregeling zou accepteren speelt dit gevaar.

2.3 *Knelpunten in de regelgeving*

Ik heb de bepalingen betreffende de loondoorbetaling hier weergegeven, om het kader te kunnen schetsen voor de rechtspositie van de zieke werknemer. Ik zal nu ingaan op een aantal knelpunten die tot dusver zijn gebleken.

Het ziektebegrip

Een eerste onderwerp betreft de omschrijving van het ziektebegrip. De term 'ziekte' is opgenomen in art. 7:629 BW: recht op loondoorbetaling bestaat als de werknemer de bedongen arbeid niet verricht omdat hij in verband met arbeidsongeschiktheid tengevolge van ziekte daartoe verhinderd was. Wat de term ziekte betekent, is niet nader aangegeven.

Belangrijk uitgangspunt bij de bestrijding van het ziekteverzuim is dat oneigenlijk ziekteverzuim moet worden verminderd. Als er dus geen arbeidsongeschiktheid is vanwege medische redenen, dan zou de werknemer niet als ziek moeten worden beschouwd. Nu is het helemaal niet zo eenvoudig vast te stellen wanneer er sprake is van objectieve medische redenen. Bovendien weten we uit de jurisprudentie over de ZW en WAO dat ook al kan de medische oorzaak van een bepaalde ziekte, zoals het chronisch vermoeidheidssyndroom of ME, (nog) niet objectief-medisch worden vastgesteld, de conclusie dat er geen sprake is van ziekte niet altijd bevredigend is. Vanaf 1996 heeft de Centrale Raad van Beroep criteria in de jurisprudentie ontwikkeld die toelaten dat in sommige gevallen waarin geen afwijkingen kunnen worden gevonden toch arbeidsongeschiktheid wordt aangenomen. Dit is mogelijk als de (onafhankelijke) medische deskundigen die over een verzekerde geadviseerd hebben een duidelijke, consistente en goed onderbouwde visie hebben dat betrokkene beperkingen heeft.¹⁰ In de regel zal in zo'n situatie een onafhankelijk deskundige gevraagd worden te adviseren. Indien deze deskundige en behandelend artsen en huisartsen eensluidende van oordeel zijn¹¹ dat er sprake is van beperkingen, dan worden de objectief medische redenen verlangd door de wet aangenomen.

Terwijl het voor het Uvw al vaak lastig is om met dit vraagstuk om te gaan, zal het voor bedrijfsartsen vaak nog moeilijker zijn om te beoordelen wanneer er sprake is van ziekte. Op de achtergrond spelen de belangen van de werkgever om zijn verplichtingen tot loondoorbetaling te beperken bovendien een rol, hetgeen de benadering door de arts kan beïnvloeden.

Een gebied waar gemakkelijk een discussie over ziek of niet-ziek kan ontstaan omdat niet-medische factoren een rol spelen betreft arbeidsconflicten. In geval van een

10 CRVB 1 mei 1996, RSV 1996/161.

11 De verzekeringsarts mag wel een andere visie hebben.

arbeidsconflict kan iemand zich zeer beroerd voelen, slapeloze nachten hebben en zich 'ziek' voelen. Terwijl ziekmelding in een dergelijke situatie onder de ZW gewoon was, zijn bedrijfsartsen veel terughoudender om in een dergelijke situatie ziekte aan te nemen. In de zgn STECR-werkwijzer, welke dient ter advisering van bedrijfsartsen, is de te volgen benadering neergelegd.¹² Bouwens en De Groot hebben al gewezen op de verschillen tussen de STECR-werkwijzer en de jurisprudentie van de CRvB onder de Ziekwet.¹³ De CRvB neemt namelijk aan dat een situatie waarin de figuur van de werkgever voor de werkneemster 'stress' betekende, op zichzelf niet inhoudt dat er sprake is van ziekte in de zin van de ZW, maar dat de als gevolg hiervan opgeroepen nerveuze stoornissen wel als ziekte dienen te worden aangemerkt.¹⁴ De STECR-werkwijzer beveelt bedrijfsartsen in deze situatie aan wel een afkoelingsperiode aannemen, maar geen langerdurende ziekte. Het kan dus ook gebeuren dat in situaties waarin het conflict niet opgelost is en de werksituatie geen mogelijkheden biedt het te ontlopen, een werknemer die ziekteverschijnselen vertoont niet ziek wordt geacht.

Dergelijke knelpunten komen niet alleen voort uit het summiere karakter van de regeling in het BW, maar vooral ook omdat er een spanningsrelatie bestaat tussen de werkgever en de zieke werknemer. De werkgever wil immers – hetgeen goed te begrijpen is – zijn loonrisico beperken.

Een criterium van de ZW dat ook in het BW voorkomt kan daarom in de relatie werkgever-werknemer een striktere toepassing krijgen. Bovendien stapt een werknemer tijdens een arbeidsrelatie in het algemeen veel minder snel naar de rechter dan dat dit gebeurt over socialezekerheidskwesties. Daardoor kunnen open of vage termen in het arbeidsrecht veel langer of steeds onduidelijk blijven.

Een tweede knelpunt is dat het BW niet duidelijk maakt hoe de aanvang van de ziekte moet worden bepaald. Een werknemer kan immers op een gegeven moment klachten krijgen en pas een tijd later uitvallen. Mag de werkgever betrokkene dan met terugwerkende kracht ziek melden. Het Hof Den Bosch vond dat het aanvaarden van een ziekmelding met een jaar terugwerkende kracht in het geval iemand met beperkingen heeft doorgewerkt in strijd zou zijn met het wettelijk systeem met betrekking tot ziekte en re-integratie. Hij zou daardoor een kortere periode hebben waarin het loon wordt doorbetaald en waarin de werkgever hem moet helpen bij re-integratie.¹⁵

Gelet op het belang van de werknemer is dit een juist oordeel. De definiëring van het ziektebegrip dwingt echter niet tot deze interpretatie en er kan dus ook heel anders over gedacht en geoordeeld worden.¹⁶ De werknemer was immers ziek vanaf het moment dat hij de bedongen arbeid niet meer zonder aanpassingen volledig kan verrichten, niet vanaf de melding van de ziekte. Als op basis van de laatste redenering in dit soort situaties ziekte met terugwerkende kracht wordt aangenomen, kan dit er toe leiden dat de werknemer nog maar voor een korte periode of helemaal niet meer een beroep kan doen op de loondoorbetaling- en re-integratiebepalingen. Dit zal zich ook voordoen als een werknemer eerst niet ziek wordt geacht, maar wel na een deskundigenoordeel of zelfs pas

¹² www.STECR.nl.

¹³ W. Bouwens en E. de Groot, 'Niet-werken vanwege een arbeidsconflict: recht op loon?', *Tra* 2009, p. 5.

¹⁴ CRvB 22 februari 1974, *RSV* 1974/257.

¹⁵ Hof Den Bosch 12 februari 2008, *JAR* 2008/71; *RAR* 2008/71.

¹⁶ Aldus ook P. Charbon en R. Heida, 'Wie bepaalt of de werknemer ziek is (als de werknemer dat zelf niet vindt)?', *Tra* 2009, p. 19.

na het vonnis van de kantonrechter. Het verdient aanbeveling om deze situatie beter te regelen, zodat een dergelijk effect zich niet kan voordoen.

Ziek bij aanvang verzekering

Er zijn ook knelpunten die in eerste instantie alleen voor de werkgever bestaan, maar waarvan het effect als een boemerang kan terugkeren naar de werknemer. Een daarvan is de situatie waarin de werknemer al ziek was bij aanvang van de dienstbetrekking.¹⁷ De werkgever kan niet weigeren het loon door te betalen als de werknemer al ziek was bij de aanvang van de dienstbetrekking of als de ziekte na korte tijd intreedt, behoudens het al genoemde geval dat de werknemer valse informatie heeft verstrekt en daardoor de toetsing aan de voor de functie opgestelde belastbaarheidseisen niet juist kon worden uitgevoerd. Zoals we ook hebben gezien mag de werkgever, omdat selectie op gezondheid de arbeidsmarktpositie van werknemers met een ziekte of handicap erg zou belemmeren, in beginsel werknemers niet selecteren op ziekte bij de aanstelling. Hierop ziet de al genoemde Wet op de medische keuring (WMK).

Dat daarmee de kous niet af is, blijkt uit jurisprudentie over loondoorbetaling of over ontslag als de werknemer bij zijn sollicitatie niet verteld heeft dat hij bepaalde gebreken heeft. Zo kennen we uit de jurisprudentie het geval van een medewerkster salarisadministratie die voor één jaar in dienst was genomen. In week zeven en in week elf is zij uitgevallen. Vervolgens vraagt de werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst, omdat zij tijdens de sollicitatieprocedure geen melding heeft gemaakt van haar beperkingen. Ook heeft zij niet gemeld dat zij een WGA-uitkering ontvangt en dat zij ongeschikt is voor de functie. De kantonrechter ontbindt in deze zaak de arbeidsovereenkomst zonder een vergoeding toe te kennen. Hij hanteert als criterium voor de vraag of de verzwijging van informatie een dringende reden voor ontslag opleverde: had de werknemer redelijkerwijs moeten begrijpen dat bepaalde informatie van redelijk belang was voor de werkgever? De kantonrechter vond dat het extra van belang was dat ze niet had mogen zwijgen omdat de WMK geen keuring toestond.¹⁸

Dat is natuurlijk wel een eigenaardig argument, want de WMK is juist ingevoerd ter bescherming van de werknemers tegen de risicoselectie. Op deze manier wordt de bescherming die deze wet biedt ondergraven. Overigens had de kantonrechter wel begrip voor de reden waarom de werknemer haar arbeidsongeschiktheid had verzwegen. Ze wilde immers weer aan de slag en zou met vermelding van haar ziekteverleden de kans daarop verkleinen. De kantonrechter vond echter het verzwijgen kennelijk een te zware belasting voor de werkgever.

Dat is niet onbegrijpelijk, maar de uitspraak doorkruist wel de beoogde bescherming van de werknemer. Bovendien negeert de kantonrechter daarmee de reflexwerking van het opzegverbod bij ziekte door de ontbinding niet op ziekte te baseren, maar op zwijgen in het voortraject. Overigens zou deze werknemer in deze casus onder de no-risk polis vallen, omdat een werknemer die onmiddellijk voorafgaand aan de

¹⁷ De Ziektewet geeft van oudsher het Uvw een weigeringsbevoegdheid in het geval een werknemer al ziek is voor aanvang van de *verzekering* (art. 44 ZW). Voor de bepaling van de verzekering zijn aaneensluitende dienstbetrekkingen van belang. Het gaat dus niet om de vraag of men al ziek was bij de indiensttreding van de laatste werkgever, maar bij de eerste in een aaneengesloten rij. Op het moment van afronding van deze tekst (2010) is een voorstel aanhangig bij het Parlement om deze bevoegdheid te schrappen (Kamerstukken II, 2009-2010, nr. 32421, nr. 2, Artikel VIII, sub N). Als argumenten worden genoemd: moeilijke uitvoerbaarheid van de regeling; het uitgangspunt dat vrijwel iedereen kan werken en de rechtszekerheid voor de werknemer.

¹⁸ Ktr. Breda 2 juli 2008, JAR 2008/196.

dienstbetrekking een Wia-uitkering ontving gedurende vijf jaar na aanvang van de dienstbetrekking bij ziekte recht op ZW-uitkering heeft (art. 29b jo art. 90 ZW). Wat dat betreft was er geen reden om tot ontbinding over te gaan, zeker niet nu het een contract voor slechts een jaar betrof, aangezien de werkgever niet hoeft op te draaien voor de kosten van de loonbetalingsverplichting.

We zien hier dat, ook al bieden de wettelijke regelingen een bescherming, een zieke werknemer die poogt te re-integreren toch te maken kan krijgen met verlies van rechten, aangezien het belang van de werkgever – terecht of onterecht – in de rechterlijke afweging de doorslag geeft. Wellicht heeft de kantonrechter ook geen volledig zicht op de regelingen die de door hem gevreesde effecten wegnemen.

Bedongen arbeid

Onderdeel van de voorwaarden voor het recht op loondoorbetaling is dat de werknemer niet meer de *bedongen* arbeid kan verrichten. Het is niet altijd duidelijk wat de bedongen arbeid is. Uitgangspunt is de functie-omschrijving in de arbeidsovereenkomst. Vooral bij langdurige arbeidsrelaties kan echter inmiddels de bedongen arbeid gewijzigd zijn, vaak met impliciete instemming van partijen.

De term bedongen arbeid is een belangrijk ijkpunt voor de zieke werknemer: voorkomen moet immers worden dat de werkgever, door willekeurig ander werk aan te bieden dat de werknemer nog kan doen, aan zijn verplichtingen ontkomt.

Van belang is met name wat gebeurt als de zieke werknemer passende arbeid gaat verrichten. Er zal dan niet direct wilsovereenstemming zijn over het *wijzigen* van de overeengekomen functie of arbeid. In een re-integratieperiode wordt immers juist geleidelijk beproefd en beoordeeld of het verrichten van andere arbeid, tijdelijk of blijvend, tot de mogelijkheden behoort. Gedurende het verrichten van de passende arbeid wordt de werknemer ziek geacht zo lang als hij de bedongen arbeid niet kan verrichten. Dat is een belangrijk uitgangspunt voor toepassing van de loondoorbetalingsverplichting: als de werknemer ziek is, heeft hij bepaalde bescherming, zoals recht op doorbetaling van 70% van het loon, vakantieaanspraken, ontslagbescherming en re-integratie-inspanningen. Die vervallen dus niet als de werknemer passende arbeid verricht, zolang hij de bedongen arbeid maar niet kan verrichten. Om veilig te stellen dat als de werknemer passende arbeid bij een andere werkgever gaat verrichten, hij op de oorspronkelijke werkgever kan terugvallen, is in art. 7:629, twaalfde lid BW bepaald dat, indien de werknemer passende arbeid verricht, de arbeidsovereenkomst (met de oude werkgever) onverkort in stand blijft.

Dan gaat het overigens niet altijd goed. Zo kennen we uit de jurisprudentie het geval van een werknemer die blijvend ongeschikt was geworden voor het eigen werk als sloper. Hij werd vervolgens bij een nieuwe werkgever tewerkgesteld. Met de nieuwe werkgever sloot de werknemer een arbeidsovereenkomst voor een jaar, met een proeftijd. Na twee dagen werk werd hem door oude werkgever een ontslagverzoek voorgelegd, dat hij tekende. Een week later werd de arbeidsovereenkomst met de nieuwe werkgever beëindigd. Soms proberen werkgevers kennelijk zo onder hun verplichtingen uit te komen. Artikel 7:629, twaalfde lid BW beoogt de werknemer die bij een andere werkgever gaat werken te beschermen, maar als de oude overeenkomst is beëindigd, houdt de betekenis van dit artikel voor de betreffende werknemer op.

In deze zaak komt de kantonrechter de werknemer te hulp: tegen de achtergrond van artikel 7:629, twaalfde lid en de omstandigheid dat partijen bij aanvang van de nieuwe dienstbetrekking nog niet wisten of de werkgever blijvend geschikt was voor dit werk, kon de werkgever de werknemer niet aan dit ontslagverzoek houden.¹⁹

Rechters kunnen dus de werknemer te hulp komen, maar de benadering en de oplossing kunnen per geval verschillen. Het is duidelijk dat deze werknemer niet erg slim heeft gehandeld, maar waarschijnlijk liggen de kwaliteiten van onze sloper minder in intellectuele vaardigheden. Hij zal zich ook wel niet gerealiseerd hebben dat zijn ontslagname waarschijnlijk zal leiden tot weigering van zowel zijn recht op WW- als ZW-uitkering. Hij had de helpende hand van de kantonrechter dus hard nodig.

Soms houden werkgevers de werknemer die ander werk gaat verrichten een nieuw arbeidscontract voor. Als de werknemer dit tekent, wordt de nieuwe arbeid de bedongen arbeid. Als dit werk lager betaald wordt dan het oude werk, is loonaanvulling op grond van de loondoorbetalingsverplichting (artikel 7:629 BW) niet meer verplicht.

Artikel 7:629 BW bevat immers geen specifieke regeling voor de werknemer die na het doorlopen van de volledige loondoorbetalingsperiode van 104 weken en re-integratie in eigen of aangepaste arbeid wederom arbeidsongeschikt wordt. Op grond van de genoemde bepaling ontstaat daarom na het verstrijken van de termijn van 104 weken een nieuwe verplichting tot loondoorbetaling, indien daaraan voorafgaand van een volledig herstel van ten minste vier weken voor de bedongen arbeid sprake is geweest.

Als er sprake is van dat nieuwe bedongen arbeid dan is niet meer van belang of hij de oude bedongen arbeid kan verrichten; ziekte wordt dan beoordeeld aan de nieuwe arbeid. Werkgever en werknemer dienen dus wel heel alert te zijn.

Uit de jurisprudentie blijkt dat over deze kwestie inderdaad vragen kunnen rijzen.²⁰ Ten eerste de vraag wanneer een nieuwe periode kan gaan lopen na werkhervatting. Als de periode korter dan vier weken is, dan moet de voorgaande periode worden samengeteld, en dat betekent dat er geen nieuw recht ontstaat. Het Hof 's-Hertogenbosch nam tot uitgangspunt dat van een *volledig* herstel voor de bedongen arbeid gedurende vier weken sprake diende te zijn, alvorens een nieuwe loondoorbetalingsverplichting zou gaan lopen.²¹

Voorts speelt de vraag wanneer de aangepaste of nieuwe arbeid de nieuwe bedongen arbeid is geworden, zonder dat dit in een overeenkomst is vastgelegd. Een voorbeeld uit de jurisprudentie is dat van de service-medewerker, die in het kader van een re-integratie wordt omgeschoold tot kraanmachinist. Hij werkt vanaf 15 oktober 2007 tot 7 januari 2008, een kleine drie maanden dus. Het Hof nam het werk als kraanmachinist aan als de nieuwe bedongen arbeid, waardoor ongeschiktheid inhoudt dat een nieuwe periode van loondoorbetaling gaat lopen. Van belang hierbij waren de afspraken die inhielden dat betrokkene definitief dit werk ging doen, dat hij hiervoor gedurende ruim een half jaar werd opgeleid en hij door de Arbodienst geschikt werd geacht voor dit werk. Dit omscholingstraject toonde aan dat partijen het voornemen hadden dat voor betrokkene kraanmachinist de eigen arbeid zou worden.²²

19 Ktr Zwolle 17 november 2004, *JAR* 2005/129.

20 Ktr. Rotterdam 8 december 1999, *JAR* 2000/142.

21 Hof 's-Hertogenbosch 3 augustus 2004, *JAR* 2004/274.

22 Hof Amsterdam 21 juli 2009, Ljn BJ4534, *USZ* 2009, 345.

De kantonrechter Leeuwarden ging in de volgende zaak ook uit van nieuwe bedongen arbeid. Een werknemer was bezig met re-integratie na een hartinfarct. De bedrijfsarts adviseerde hierbij om in zes weken haar werkzaamheden op te bouwen tot een volledige werkweek. Na afloop van dit traject, dat goed is verlopen, beschouwde de werkgever werknemer voor 95% hersteld. De werkgever paste een proefperiode van zes maanden toe om de duurzaamheid van het herstel te testen. Eerst na afloop van die proefperiode werd werknemer volledig hersteld gemeld. Vervolgens viel werknemer binnen vier weken opnieuw uit, maar wegens een andere oorzaak. De werkgever was van mening dat de maximale loondoorbetalingstermijn was verstreken en stuurde aan op ontbinding. De kantonrechter achtte het aannemelijk dat werknemer na afloop van de eerste zes re-integratieweken in staat was haar arbeid volledig uit te voeren. Dat werknemer feitelijk niet volledig werkte (4 x 5,5 uur per dag in plaats van 4 x 6 uur per dag), doet hier niet aan af, omdat de reden hiervan was dat de werkgever haar niet volledig had ingeroosterd. De door de werkgever gehanteerde proefperiode van zes maanden waarbij werknemer voor 95% hersteld werd beschouwd, beruiste naar het oordeel van de kantonrechter op een wankelende basis, aangezien deze proefperiode niet met de bedrijfsarts was overlegd en hiervoor ook overigens geen medisch objectieve noodzaak leek te bestaan.²³

Indien een werkgever een nieuw contract met de passende arbeid als de bedongen arbeid aanbiedt, kan hij zich ook in de vingers snijden. Indien de werknemer namelijk ten minste vier weken deze bedongen arbeid heeft verricht en dan hiervoor uitvalt, begint weer een nieuwe periode van 104 weken te lopen.

Men zou het wenselijk kunnen achten dat de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever ten aanzien van een werknemer beperkt zou zijn tot maximaal 104 weken (afgezien van een loonsanctie) en dat de ZW het dan overneemt. Dit zou zowel gunstig zijn voor de werkgever die anders wel zwaar belast kan worden, en ook voor de werknemer, aangezien de werkgever anders wel zeer sterk geneigd zal zijn om hem na 104 weken te ontslaan. De CRvB heeft echter bevestigd dat er geen recht is op ZW-uitkering indien de werknemer nog een werkgever heeft, ook niet als de werknemer opnieuw uitvalt nadat de maximale loondoorbetalingsperiode is vervuld.²⁴ Artikel 29, tweede lid ZW geeft namelijk een limitatieve opsomming van situaties waarin ZW-uitkering kan worden betaald. De Raad verwees naar de Memorie van Toelichting bij de Wulbz, waarin is opgemerkt dat 'indien bij ziekte geen recht bestaat op loon, dit echter niet automatisch betekent dat de betrokkene recht heeft op ZW-uitkering'.²⁵ De Raad achtte het niet op zijn weg liggen, zo overwoog hij, dat als er al sprake is van een lacune in de wetgeving, om deze zelf te dichten; dat vond hij een taak voor de wetgever.

Bezinning op de vraag of de werkgever na 104 weken nog wel het loonrisico moet dragen bij ziekte, in ieder geval voor de eerste vijf jaar, is volgens mij zeer wenselijk. Onder bepaalde voorwaarden is dit risico overigens al weggenomen, maar niet in alle gevallen. Als het gaat om hervatting bij de oorspronkelijke werkgever is voor deze zgn. *no risk* polis onder andere vereist dat de werknemer een WIA-uitkering heeft (artikel 29b, lid 4 ZW). Bij werkhervatting hoeft hier uiteraard lang niet altijd sprake te zijn.

23 Ktr Leeuwarden 16 oktober 2009, Ljn BK1711.

24 CRvB 28 juli 2010, RSV 2010, 242; USZ 2010, 250.

25 *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 439, nr. 3, blz. 67 en 68.

Men hoeft maar weinig inlevingsvermogen te hebben om te beseffen dat werkgevers een nieuwe periode van 104 weken wat veel van het goede zullen vinden; indirect slaat dat weer terug op de werknemer. Diens re-integratie kan hiermee erg belemmerd worden, want een werkgever kan er ook voor kiezen na twee jaar het contract te beëindigen in plaats van nieuwe passende arbeid aan te bieden.

De zieke werknemer en privacy

Om te kunnen beoordelen of er een loondoorbetalingsverplichting bestaat of om re-integratiemogelijkheden te beoordelen, heeft de werkgever veel informatie nodig. Weliswaar gaat de medische informatie door de filter van de bedrijfsarts, maar daarmee is zeker niet gezegd dat de privacybescherming niet onder druk komt te staan. De verplichtingen van de werknemer om informatie te geven over zijn ziekte en om mee te werken aan medisch onderzoek zijn slechts heel globaal geregeld (artikel 7:629, zesde lid BW). Eigenlijk is de verplichting slechts indirect geregeld: de werkgever is bevoegd de betaling van het loon op te schorten voor de tijd gedurende welke de werknemer zich niet houdt aan door de werkgever schriftelijk gegeven voorschriften omtrent het verstrekken van de inlichtingen die de werkgever behoeft om het recht op loon vast te stellen. De verplichtingen van de werknemer moeten dus schriftelijk zijn vastgelegd. Dat kan in de individuele arbeidsovereenkomst, maar zal in de praktijk in een reglement of cao gebeuren. Ook moeten ze redelijk zijn, maar dat is wel een heel onduidelijk begrip, zeker in dit verband. Voorts moeten ze moeten nodig zijn voor de werkgever om het recht op loon vast te stellen.

Verdere randvoorwaarden voor de verplichtingen ontbreken in het BW. Aan sommige andere wetten of regelingen (zoals de Wet bescherming persoonsgegevens) en andere bepalingen (zoals het goedwerkgeverschap) zijn wel enige beperkingen te ontleen die de bevoegdheden van de werkgever en de verplichtingen van de werknemer beperken. De precieze reikwijdte is echter onzeker. Aangezien de werkgever de loonkosten draagt bij ziekte en de verplichting heeft om re-integratie te bevorderen, ontstaat hier een belangrijke spanning met de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van de zieke werknemer. Uit het promotie-onderzoek van Ivo van der Helm blijkt dat er inderdaad lacunes zijn in de bescherming van de privacy.²⁶ Hij concludeert dat onvoldoende is gegarandeerd dat de werkgever niet zelf op de hoogte raakte van de aard van de ziekte en dat onvoldoende geregeld is in hoeverre (onaangekondigd) huisbezoek toegelaten is. Ook is onduidelijk welke methoden toelaatbaar zijn, zoals het inzetten van een privédetective. Een ander twistpunt is of, en zo ja in welke gevallen, en op welke wijze de bedrijfsarts mag verlangen dat de werknemer bepaalde medische handelingen ondergaat.²⁷

Dit zijn slechts enkele van de knelpunten. We moeten hierbij, net als bij de eerder besproken problemen, vaststellen dat van belang is dat een arbeidsrelatie een ander kader biedt dan het socialezekerheidsrecht. Daardoor ontstaan binnen het arbeidsrecht problemen die zich niet zo snel voordoen binnen het socialezekerheidsrecht. Ook kunnen ze in het arbeidsrecht een grotere omvang krijgen dan in het socialezekerheidsrecht. Aan het Uvw moet bij aanvraag van een ZW-uitkering uiteraard ook informatie verstrekt

26 I. van der Helm, *De privacybescherming van de zieke werknemer*, Deventer, 2009. Zie ook S. van de Velde en A. Terhorst, *De zieke werknemer en privacy. Regels voor de verwerking van persoonsgegevens van zieke werknemers*, CBP, Den Haag, 2008.

27 Van der Helm (2008), p. 294.

worden en binnen deze organisatie vindt ook uitwisseling van informatie plaats. Het verschil met de werkgever is echter dat de laatste een groot eigen belang heeft bij gegevens over zijn zieke werknemer, aangezien hij zijn loondoorbetalingsverplichting wil minimaliseren. De informatiebehoefte kan dan de grenzen van de persoonlijke levenssfeer in belangrijke mate overschrijden, zoals blijkt uit de inzet van zelfs privédetectives. Ofschoon de rechtspraak in beginsel afkeurend staat tegen de inzet van detectives voor loondoorbetalingskwesties, aangezien het in strijd wordt geacht met het goedwerkgeverschap, wordt het bewijs dat de privédetectives hebben verkregen veelal wel door de rechter toegelaten.²⁸ De rechter maakt namelijk een belangenafweging tussen werkgever en werknemer, en het belang van de werkgever weegt dan zwaar mee. Bij een beoordeling van een ZW-geschil is een afweging van eigen belangen van het Uwv tegenover die van de werknemer niet aan de orde. Het Uwv wordt ook niet geacht om eigen belangen te hebben, maar als publiekrechtelijke uitvoeringsorganisatie de wet goed uit te voeren. Inzetten van privédetectives past daar niet bij. Afgezien daarvan zal de bestuursrechter ook geen belangenafweging van partijen uitvoeren bij de toelaatbaarheid van bewijs, maar toetsen aan de wet en beginselen van behoorlijk bestuur, zoals zorgvuldigheid. De uitkomst van deze toets zal derhalve heel anders zijn dan wanneer een werkgever de wederpartij is.

Berekening aftrek inkomsten

Een andere kwestie die onduidelijk is, betreft de vraag hoe hoog het loon is dat de werkgever ingevolge artikel 7:629 BW moet betalen als de zieke werknemer arbeid verricht, maar minder dan voorheen verdient. Het betreft derhalve de situatie dat de werknemer passend werk gaat verrichten in het kader van de re-integratie-activiteiten die van zijn werkgever en hem verwacht worden. De vraag luidt hoe de inkomsten uit zijn werk moeten worden verrekend. In de jurisprudentie is dit al een paar keer aan de orde geweest.²⁹ Stel dat iemand eerst 2000 euro per maand verdient, hij heeft dus recht op 70% van de loondoorbetaling. Nu gaat hij voor de helft van de tijd gaat werken in zijn eigen functie. Op hoe veel loon heeft hij nu recht? Blijft hij in totaal recht houden op 70% van het oude loon, van 2000? Argument hiervoor is dat de werknemer die gedeeltelijk in staat is te werken volgens het BW niet gedeeltelijk maar volledig ziek. Als de werknemer het werk gedeeltelijk of aangepast doet, dan levert dat nog geen recht op loon op, maar 70% van het oude loon omdat hij ziek is. Een andere redenering is dat hij 1000 euro ontvangt voor zijn werk (hij werkt immers de helft van de tijd), en 70% van de niet-gewerkte helft, dus 700, totaal 1700 euro, hetgeen neerkomt op 85% van 2000.

De meeste werknemers krijgen in het eerste ziektejaar op basis van hun cao 100% doorbetaald, dus deze vraag speelt in de praktijk niet vaak. Ze kan zich natuurlijk wel voordoen, zeker in het tweede ziektejaar.

Artikel 7:629, lid 5 BW regelt dat de inkomsten in mindering worden gebracht voor werk dat de werknemer ondanks zijn ziekte *elders dan bij zijn werkgever* heeft verricht. Voor die situatie geldt een prorata korting van 70% op de verdiensten. Men houdt met andere woorden 30% van die verdiensten over, die bovenop de

28 Van der Helm (2008), p. 154.

29 Zie ook P.C. Vas Nunes, 'De werknemer in therapeutische beweging', *Arbeid Integraal* 2007, 3, p. 31 e.v.

loondoorbetaling van 70% komen. De wet kent echter geen bepaling over de verrekening van inkomsten in geval van hervatten bij de eigen werkgever.

Voor de hand ligt dat de inkomstenbepaling bij een derde naar analogie ook geldt bij werkhervatting voor de eigen werkgever. Anders loont arbeid niet, terwijl dat wel de bedoeling is. Bij gebreke aan een wettelijke regeling is deze zaak echter nog niet beslist.

Geschillen over ziekte

Het Uvw kan een deskundigenadvies worden gevraagd, indien er een geschil is of de werknemer ziek is of dat arbeid passend is. De deskundigenprocedure lijkt op het eerste gezicht een eenvoudige, goed toegankelijke procedure om tot een oordeel te komen. De procedure is echter niet omschreven in de wet. Hierdoor kan onduidelijk zijn welke maatstaven de Uvw-deskundige aanlegt. De Centrale Raad van Beroep heeft uitgemaakt dat het deskundigenoordeel geen besluit is in de zin van de Awb, zodat het oordeel geen voorwerp kan zijn van rechterlijke toetsing door de bestuursrechter. Het deskundigenoordeel wordt wel getoetst als het geschil aan de kantonrechter wordt voorgelegd. Bij het oordeel van de Raad zal een rol hebben gespeeld dat als het deskundigenoordeel wel door de bestuursrechter getoetst kan worden, er verschil kan ontstaan tussen de oordelen van de bestuursrechter en kantonrechter over dezelfde kwestie. Voor de betreffende werknemer is de lacune in rechtsbescherming echter ongewenst, zoals ook Heerma van Voss heeft betoogd in een column in het blad *Tra*.³⁰ Dit is des te problematischer aangezien in de praktijk het deskundigenoordeel niet altijd helder gemotiveerd blijkt te zijn.³¹

Er ontstaat met name een probleem als de deskundige tot het oordeel komt dat de werknemer niet ziek is, en de werknemer vindt dat hij wel ziek is. Als de werknemer vervolgens niet aan het werk gaat, hoeft de werkgever niet het loon door te betalen. De werknemer is immers niet ziek, althans volgens de deskundige. Het geschil kan aan de kantonrechter worden voorgelegd, maar daar is tijd gemoeid, soms wel twee maanden. Als de werkgever het loon niet doorbetaalt, heeft de werknemer een inkomensprobleem, waarvoor geen voorziening bestaat. De ZW mag in dit geval geen voorschot geven.

Soms stellen werkgevers dat er sprake is van werkweigering als de werknemer niet aan het werk wil omdat hij nog ziek meent te zijn, terwijl de deskundige vindt dat hij niet ziek is. Dat kan zelfs aanleiding zijn tot een ontslagprocedure. Of de werknemer gelijk heeft kan pas veel later worden vastgesteld. Het is daarom een belangrijke lacune in de rechtsbescherming dat de werknemer het oordeel van de deskundige niet in een snelle procedure aan kan vechten.

Indien men de jurisprudentie leest over de WW dan valt het aandeel zaken op van werknemers die werkloos zijn geworden na een periode van ziekteverzuim. Tijdens de periode van ziekte geldt in beginsel een opzegverbod. Zoals we gezien hebben, kan dat opzegverbod doorbroken worden als de werknemer onvoldoende meewerkt aan re-integratie of passende arbeid. De werknemer kan echter wel worden ontslagen als hij niet ziek geacht wordt. Vandaar dat het oordeel van het Uvw cruciaal is. Vanzelfsprekend

30 G.J.J. Heerma van Voss, 'Behoorlijkheid bij het deskundigenoordeel van het Uvw', *Tra* 2008, nr. 1, p. 3.

31 Zie ook P. Charbon en R. Heida, 'Wie bepaalt of de werknemer ziek is (als de werknemer dat zelf niet vindt)?', *Tra* 2009, 8/9, p. 18; R. Heida en D. Buijs, 'Het deskundigenoordeel '(on)geschiktheid tot werken' kritisch beschouwd', *SR* 2007, p. 80.

mag een werknemer niet zo maar worden ontslagen, maar er kan wel snel een arbeidsconflict ontstaan als de werknemer meent dat hij nog ziek is en daarom niet wil werken, en de werkgever vindt dat hij de aan de slag moet. In zo'n situatie zou óf een snelle procedure moeten kunnen worden gevolgd, óf de ZW zou als vangnet moeten kunnen worden opengesteld in afwachting tot het oordeel van de rechter. Anders dreigt de werknemer, die immers gelijk kan hebben als hij zich nog ziek acht, tussen wal en schip te belanden.

Loondoorbetaling in grensoverschrijdende situaties

De overheveling van de verantwoordelijkheid van de Ziektewet naar de werkgevers heeft ook gevolgen voor grensoverschrijdende situaties. Ik zal daar in het kader van deze rede kort over zijn. Van belang is wel te vermelden dat de Coördinatieverordening, momenteel Verordening 883/2004, ook van toepassing is op de verplichting van de werkgever om het loon door te betalen. De verordening is immers zodanig geformuleerd dat ze ook betrekking heeft op de verplichtingen van de werkgever of de reder met betrekking tot ziekte-uitkeringen.³² In het *Paletta*-arrest³³ is dit bevestigd.³⁴

Het levert voor menig rechtshulpverlener en werkgever een verrassing op als ze geconfronteerd worden met een zieke werknemer in een grensoverschrijdende situatie. Als een werknemer in het buitenland verblijft en zich daar ziek meldt, geschiedt ingevolge de zojuist genoemde verordening de controle namelijk door de uitvoeringsinstantie in het betreffende land. De werkgever is aan dit oordeel gebonden, tenzij hij een *second opinion* laat uitvoeren. Dat moet wel in de verblijfplaats van de werknemer gebeuren. De nieuwe verordening geeft op dit terrein wel een versoepeling. In het *Rindone*-arrest,³⁵ gewezen onder de voorganger (verordening 1408/71) van de huidige coördinatieverordening, had het Hof van Justitie namelijk uitgemaakt dat de bepaling omtrent de controle bij ziekte niet zo geïnterpreteerd mag worden dat hieruit een verplichting voor de werknemer afgeleid mag worden om terug te gaan naar de bevoegde staat om zich aldaar te laten controleren. 'Een dergelijke verplichting zou onverenigbaar zijn met het vereiste respect voor de gezondheidstoestand van de werknemer', aldus het Hof. De nieuwe verordening (dat wil zeggen de toepassingsverordening 987/2010) kent een soepeler regeling. Het argument van het Hof is nu een criterium geworden: artikel 87, tweede lid bepaalt dat het debiteurorgaan zich het recht voor behoudt de rechthebbende door een arts van zijn keuze te laten

32 Zie ook F.J.L. Pennings, *Europees socialezekerheidsrecht*, Kluwer, 2010. Het is nog onduidelijk wat precies wordt verstaan onder de regelingen betreffende de verplichtingen van de werkgever met betrekking tot de in art. 3, lid 1 van de verordening bedoelde prestaties. In lid 1 staat dat de verordening van toepassing is op alle wettelijke regelingen betreffende o.a. prestaties bij ziekte. Vallen nu de verplichtingen van de Wet verbetering poortwachter er ook onder? Dat zou betekenen dat een werkgever voor een werknemer die in bijvoorbeeld Duitsland woont en daar ziek wordt, in Duitsland re-integratiemaatregelen moet organiseren. Mijn Tilburgse promovenda Saskia Montebovi verricht een onderzoek naar deze vraag.

33 HvJ 3 juni 1992, zaak 45/90, *Jur.* 1992, I-3423.

34 We kunnen er, gelet op dit arrest, veilig vanuit gaan dat ook de Nederlandse verplichting tot loondoorbetaling ingevolge artikel 7:629 BW onder de verordening valt. In de Memorie van Toelichting bij de Wet uitbreiding loondoorbetaling bij ziekte wordt dit ook door het kabinet erkend, *Kamerstukken II* 1995/96 24 439, nr. 3, p. 50.

35 HvJ 12 maart 1987, zaak 221/86, *Jur.* 1987, 1339. Het is dan overigens wat vreemd om vol te houden dat een werknemer niet zou mogen reizen in een ziekteperiode die 104 weken duurt, maar tot dusver is er nog geen regeling of jurisprudentie die afwijkt van de al genoemde Rindone-regel. Dat er re-integratiemaatregelen worden getroffen is overigens wel in het belang van zowel werkgever als werknemer want dit is een toegangsvoorwaarde voor de WIA.

onderzoeken. De rechthebbende kan echter alleen worden verzocht zich naar de lidstaat van het debiteurorgaan te begeven, indien hij in staat is de reis te ondernemen zonder dat dit zijn gezondheid schaadt en mits reis- en verblijfkosten voor rekening komen van het debiteurorgaan. In ieder individueel geval dient dus onderzocht te worden of reizen schadelijk is voor de gezondheid van betrokkene. Deze benadering lijkt meer in overeenstemming te zijn met de huidige opvattingen over ziekte, waar juist ook activering voorop staat dan blijkt uit het *Rindone*-arrest. Overigens zullen in de praktijk waarschijnlijk maar heel weinig werknemers zich aan strikte toepassing van de *Rindone*-regel hebben vastgeklampt, maar de nieuwe regel van de verordening is een duidelijke verbetering.

Naast de controleregeling zijn er nog andere knelpunten. U kunt zich voorstellen dat het bij werknemers die twee werkgevers in verschillende landen hebben ingewikkeld kan worden. Wie moet dan het loon doorbetalen, wat is de interactie tussen een ZW-uitkering in het ene land en de loondoorbetalingsverplichting van de Nederlandse werkgever?

De benadering van de coördinatieverordening is duidelijk: ook al is de inkomensbescherming bij ziekte doorgeschoven naar het arbeidsrecht, de verordening blijft gewoon van toepassing, met alle consequenties vandien, ook al is bij werkgevers de uitvoering hiervan lastiger. Uitgangspunt van het Hof van Justitie is hierbij – zoals uit vele arresten blijkt – dat lidstaten niet hun verplichtingen mogen kunnen ontlopen door hun stelsel op een bepaalde manier in te richten. Binnen het EU-recht heeft de overheveling van bepalingen van arbeidsrecht naar sociale zekerheid dus geen effect, de regels blijven ‘gewoon’ van toepassing.³⁶

Spanning met internationale normen

De overheveling van de inkomensverantwoordelijkheid bij ziekte naar de werkgever heeft ook spanning met internationale normen opgeleverd. Ook deze zal ik hier niet in detail bespreken; in mijn Tilburgse oratie³⁷ heb ik er al over gesproken en een van mijn promovendae, Barbara Hofman, heeft haar tanden in dit onderwerp gezet.³⁸ Vermeldenswaard is echter dat zowel het Europees Comité van Sociale Rechten (ECSR) als het Comité van Deskundigen van de IAO zeer kritisch zijn over de overheveling. Om het kort samen te vatten, het ECSR vindt dat er spanning of strijd is met artikel 12 van het Europees Sociaal Handvest. Naar het oordeel van het Comité is de privatisering in strijd met de solidariteitsgedachte, die naar zijn oordeel het best wordt gediend door een stelsel dat wordt gefinancierd uit premies of belastingen, aangezien daarmee een vorm van risicospreiding wordt bereikt. Bij de loondoorbetaling bij ziekte is de individuele werkgever immers verantwoordelijkheid voor de loondoorbetaling en is de solidariteit verbroken met andere werkgevers, een solidariteit die eerder wel in een verplichte sociale verzekering, de Ziektewet, bestond.

Nu zal men wellicht de schouders ophalen bij deze verminderde solidariteit; per slot van rekening zijn de meeste werkgevers mans genoeg om zelf voorzieningen te

³⁶ Wat precies de consequenties zijn is onderwerp van het in noot 32 genoemde promotie-onderzoek.

³⁷ F.J.L. Pennings, *De betekenis van internationale normen voor de Nederlandse sociale zekerheid*. Deventer 2004.

³⁸ Het proefschriftonderzoek is inmiddels afgebroken, maar de resultaten ervan zeer neergelegd in B. Hofman en F.J.L. Pennings, *Privatisering en activering in de Nederlandse sociale zekerheid en solidariteit – een internationaal perspectief*, Deventer: Kluwer 2013.

treffen, bijvoorbeeld door een private verzekering af te sluiten. Toch ligt hier een probleem dat ook de werknemers kan raken: als er belangrijke financiële prikkels zijn om de kosten voor ziekteverzuim terug te dringen, en deze druk dus niet vereffend wordt door een sociale verzekering, dan bestaat het gevaar dat de werkgever ertoe overgaat zware vormen van risicoselectie uit te voeren. Dat kan betekenen dat hij al het mogelijke doet om te voorkomen dat hij werknemers met een verhoogd risico in dienst neemt of dat hij probeert deze te lozen. Deze effecten treden nu op, al is het moeilijk uit te maken wat de omvang hiervan is.³⁹ Vandaar dat het verminderen van de onderlinge solidariteit van werkgevers ook gevolgen heeft voor de rechtspositie van de werknemer.

Ook het Comité van Deskundigen van de IAO is kritisch over de overheveling. Het Comité overwoog dat de hervormingen die gebruik proberen te maken van de positieve effecten van privatiseren en marktwerking, terwijl de negatieve effecten daarvan in het basis-socialezekerheidsstelsel worden opvangen, geen precedent in de geschiedenis van sociale zekerheid in Europa kennen. 'Het is slechts natuurlijk dat ze vele nieuwe organisatie- en bestuurlijke problemen doen rijzen bij een dergelijk gemengd stelsel, met name tijdens de overgangperiode, wanneer de nieuwe vormen van overheidstoezicht, de democratische deelname van de verzekerden in het bestuur van de verzekeringsinstantie, de herverdeling van het risico, de financiële last en verantwoordelijkheid in de maatschappij en de beginselen van non-discriminatie en solidariteit met de meest kwetsbare groepen nog moeten worden vastgelegd.' Vandaar dat het Comité deze ontwikkeling heel nauwgezet wil volgen.⁴⁰

In het licht van deze discussie is van belang dat ook andere landen, zoals Duitsland, een stelsel hebben waarin de werkgever gedurende een periode het loon moet doorbetalen aan zieke werknemers. Deze stelsels zijn echter niet door internationale toezichtsorganen bekritiseerd. De loondoorbetalingsperiode is in deze stelsels weliswaar veel korter dan in Nederland, maar dat is niet het cruciale punt. Per slot van rekening bekritiseerde het Comité de Nederlandse regeling ook al toen de periode nog zes, resp. twee weken betrof. Bovendien zijn principes principes, dus zou de duur niet van belang moeten zijn. In de buitenlandse stelsels zijn er echter kleine, zij het enigszins principiële afwijkingen, die maken dat de effecten minder zwaar zijn. Zo bestaan tegen de Duitse *Entgeltfortzahlungsgesetz*, waarbij de werkgever gedurende zes weken het loon moet doorbetalen, geen bezwaren, aangezien deze wet inhoudt dat het door de werkgever te betalen loon afgetrokken wordt van de ziekte-uitkering. Daarmee geldt het vangnet ook in geval van werkgevers die onwillig of niet in staat zijn hun verplichtingen na te komen. Nederland heeft bewust voor gekozen een veel beperktere functie aan het vangnet te geven.

Er valt veel voor te zeggen om de vangnetfunctie van de Ziektewet een ruimer bereik te geven, waar deze gesignaleerde problemen kan opvangen. Voor een versoepeling is m.i. ook wel ruimte, aangezien de beoogde druk op de werkgevers inmiddels ook volgt uit andere bepalingen, zoals de van de werkgever en werknemer verlangde re-integratie-activiteiten. Deze worden immers inmiddels ook door andere maatregelen, zoals opgenomen in de Wet verbetering poortwachter, gecontroleerd en gehandhaafd. Denk aan

39 We hebben hiervoor al de weer wat oudere studie genoemd van S. Andriessen e.a., *Risicoselectie op de Nederlandse arbeidsmarkt*, Zoetermeer 1995.

40 Vastgesteld door het Comité van Deskundigen in de 2002/73e zitting, *Report of the Committee of Experts*, ad Verdrag 102, the Netherlands.

het re-integratieverslag dat moet worden ingeleverd bij de aanvraag voor een Wia-uitkering. Herbezinning op de vangnetfunctie van de ZW is daarom op zijn plaats.

2.4 Overheveling in het licht van de kenmerken van het arbeidsrecht

In juli 2009 hield mijn collega Irene Asscher haar afscheidsrede aan de Radbouduniversiteit in Nijmegen, waarin zij de ontwikkeling van het arbeidsrecht beschreef onder de titel: *Dienend sociaal recht*.⁴¹ Zij onderzoekt in deze rede eerst de traditionele doelstellingen van het sociaal recht, zoals onder meer vermeld door de eerste hoogleraren arbeidsrecht: Levenbach, Molenaar en Van Esveld. Volgens hen was het streven naar rechtvaardigheid, en het zo regelen dat de belangen van elk der partijen onderkend werden, essentieel voor het arbeidsrecht. Vervolgens gaat zij in op het doel van het sociaal recht zoals dat momenteel zou gelden, waarbij zij zich baseert op Kamerstukken en SER-adviezen. Daarmee vergelijkt ze overigens wel verschillende bronnen, waardoor het maar de vraag is of er echt sprake is van een ontwikkeling in de doelen van het arbeidsrecht. Hoe het ook zij, zij constateert dat het sociaal recht momenteel in sterke mate wordt gehanteerd ten behoeve van een hoger beleidsdoel, namelijk het bereiken van grotere arbeidsmarktparticipatie. Het sociaal recht is een vorm van dienend recht geworden, dienstbaar aan beleidswensen en economische doelstellingen. Ze erkent dat deze doelstellingen niet zo direct geformuleerd terug te vinden zijn in haar bronnen, maar ze leidt deze af uit de methoden die op een aantal terreinen van het arbeidsrecht recentelijk worden gehanteerd.⁴² Ik citeer: 'De methode die wordt aangewend om tot die vergrote arbeidsdeelname te komen ligt voor een deel in het terugtrekken van de overheid. De overheid trekt zich terug als uitvoerder, waar verwacht wordt dat van andere uitvoerders een grotere participatieprikkel zal uitgaan. Dat is de geschiedenis van de regelgeving rond inkomensderving bij ziekte.'⁴³ Vervolgens houdt ze een pleidooi voor een nieuwe inhoud van het begrip rechtvaardigheid in het sociaal recht, namelijk in de zin van maatschappelijk verantwoord ondernemen: respect voor het leefmilieu, de internationale minimumnormen en het respect voor grondrechten.

Dit is op zichzelf een heel zinvolle en idealistische oproep. We moeten echter de traditionele doelstelling en methode van het arbeidsrecht zelf niet zomaar achter ons laten. Het probleem met de benadering van Asscher-Vonk is niet alleen dat ze uit methoden een doelstelling probeert af te leiden, maar vooral dat ze met het naast elkaar plaatsen van de twee doelstellingen een schijnbare tegenstelling creëert. De nieuwe doelstelling, een grotere arbeidsmarktparticipatie, zal menigeen aanspreken, en niet ten onrechte. De indruk zou kunnen ontstaan dat men een keuze moet maken en dit zou kunnen leiden tot twee kampen. Dit is m.i. onnodig en onwenselijk.

Het is daarom goed om preciezer te kijken waar het probleem ligt. Asscher-Vonk geeft terecht aan dat de loondoorbetaling aan zieke werknemers een terrein is waarop partijen veel ruimte hebben gekregen om zelf hun zaken te regelen met het doel om hun hierdoor incentives te geven. Deze werden passend geacht om het doel te bereiken dat ze zich inzetten voor re-integratie. Zoals uit de hiervoor gegeven inventarisatie van

41 I. Asscher-Vonk, *Dienend sociaal recht*, Deventer, 2010.

42 Asscher-Vonk (2010), p. 26.

43 Idem.

knelpunten is gebleken, leiden niet alle manieren om deze op te lossen per definitie tot verhindering van de te bereiken doelstellingen. Met andere woorden, de partijen hebben meer ruimte gekregen dan nodig om dit doel te bereiken. Dit is derhalve geen onvermijdelijke ontwikkeling van het arbeidsrecht, maar meer een kwestie van noodzakelijke *fine tuning*.

Voor een nadere karakterisering van de knelpunten is van belang dat de inkomensverantwoordelijkheid voor zieke werknemers overgeheveld is van het socialezekerheidsrecht naar het arbeidsrecht. Beide rechtsgebieden kennen eigen kenmerken en principes. De Ziektewet is onderdeel van het sociaal bestuursrecht en ook de uitvoerder ervan, het Uwv, is daaraan onderworpen. Dat betekent dat de Ziektewet moet worden uitgevoerd met inachtneming van belangrijke beginselen, zoals zorgvuldigheid en evenredigheid. Bovendien dient het Uwv de uitkeringsaanvrager en -uitkeringsgerechtigde niet te zien als tegenpartij, maar moet het als bestuursorgaan de wet uit te voeren op zo'n manier dat alle rechten van betrokkene worden gerespecteerd. Dit betekent onder andere dat als het Uwv informatie heeft ten gunste van betrokkene deze in procedures moet worden overlegd. Dat dit in de praktijk soms wel eens vergeten wordt door Uwv-medewerkers of dat dit in de praktijk door cliënten niet steeds zo ervaren wordt, is een andere zaak. Aangezien het bestuursrecht het kader van de regeling vormde, kan het handelen van het Uwv immers steeds aan deze uitgangspunten getoetst worden.

Het arbeidsrecht wordt, veel meer dan het bestuursrecht, gekenmerkt door twee partijen die verschillende belangen kunnen hebben. De vrijheid van handelen van de werkgever wordt veel minder ingeperkt dan die van het Uwv. De eigen belangen van werkgever en werknemer kunnen groot zijn, hetgeen hun handelen sterk kan beïnvloeden. Er zijn wel beperkingen aan het gedrag van partijen, die onder meer voortvloeien uit het goedwerkgeverschap en goedwerknemerschap. Toch is de reikwijdte van deze bepalingen beperkt, al was het maar omdat een belangenafweging bij de toepassing van deze bepalingen een grote rol kan spelen. We hebben hiervan al een aantal voorbeelden gezien, zoals bij het ontslag van een werkneemster die al ziek was voor de aanvang van de dienstbetrekking en bij het gebruik van onrechtmatig of op dubieuze wijze verkregen bewijs.

Voor het arbeidsrecht is van oudsher ongelijkheidscompensatie een belangrijk kenmerk. Dat beginsel kwam twee jaar geleden nog eens uitgebreid aan de orde toen we het 100-jarig bestaan van de Wet op de arbeidsovereenkomst vierden, waarin de eerste uitwerkingen van dit beginsel te vinden zijn. Met de introductie van de ongelijkheidscompensatie werd afgeweken van het hoofdbeginsel van het contractuele privaatrecht, dat er sprake is van twee gelijke partijen. In arbeidsrelaties zijn partijen immers niet gelijk: de werknemer is voor zijn inkomen afhankelijk van de werkgever en kan daarom niet zomaar weigeren in te gaan op voorwaarden en eisen van de werkgever. De werkgever heeft een grote voorsprong in kennis en heeft economische macht over de werknemer. Vandaar dat er geen sprake is van onderhandelingen tussen gelijke partijen. De Wet op de arbeidsovereenkomst, uitgewerkt in het BW, kwam de werknemer daarom tegemoet, door onder andere bepaalde afspraken niet toe te staan die ongunstig zouden kunnen uitpakken voor de werknemer, zoals dat loon zou worden uitbetaald in een dranklokaal of in natura. Deze bepalingen staan nog steeds in het BW. Later zouden de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst en de Wet op het algemeen verbindend

verklaren van cao's de positie van de werknemer verder versterken, vooral door de werknemersorganisaties die voor hem opkomen bepaalde instrumenten in hand te geven.

Ook in recente wetgeving is ongelijkheidscompensatie nog steeds een wezenlijk beginsel. In artikel 7:629 BW, waarin de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte is vastgelegd, zijn bijvoorbeeld bepalingen opgenomen, die samenhangen met de ongelijkheidscompensatie. De wettelijke verplichting om 70% van het loon door te betalen, de onmogelijkheid om deze verplichting weg te contracteren en de limitatieve opsomming van weigerings-, schorsings- en opschortingsgronden zijn hiervan voorbeelden. We hebben echter in de huidige regeling ook knelpunten gezien waar de werknemer *geen* steun in de rug heeft gekregen. Ter ondervanging van de door mij gesignaleerde knelpunten zou bij de regeling van de loondoorbetaling op meer onderdelen ongelijkheidscompensatie moeten worden toegepast. Die constatering is des te meer van belang omdat de gebleken knelpunten voor een groot gedeelte zijn ontstaan omdat bij de overheveling van de inkomensverantwoordelijkheid bij ziekte naar het BW bewust weinig is geregeld. De wetgever wilde immers de vrijheid van werkgever en werknemer niet belemmeren om zelf de re-integratie te regelen. Ook wilde de wetgever voorkomen dat de werkgever zijn verplichtingen kan afschuiven op de publieke kas.

Als we deze context van de loondoorbetaling bij ziekte voor ogen houden, dan kan geconcludeerd worden, dat het probleem niet noodzakelijkerwijs in een verschillende opvatting over de doelstellingen van het arbeidsrecht ligt, maar meer hierin dat de traditionele methode van ongelijkheidscompensatie en de nieuwere methode van incentives onvoldoende op elkaar afgestemd zijn.⁴⁴

Incentives kunnen goed passen in die onderdelen van een regeling, waar ze van partijen verlangen dat ze activiteiten ondernemen die passen bij de betreffende situatie of bedrijfstak. De incentives dienen wel beperkt te blijven tot die onderdelen en ze moeten effectief en niet-schadelijk zijn. In de huidige regeling van de loondoorbetaling is er onvoldoende bescherming op onderdelen die niet rechtstreeks te maken hebben met de gewenste re-integratie-activiteiten. Ik heb een aantal zaken genoemd die te summier zijn geregeld: de meewerkingsverplichting van de werknemer om de ziekte vast te stellen en de re-integratie, de bepaling wanneer er sprake kan zijn van nieuwe bedongen arbeid, de bepaling van de hoogte van het inkomen, de bescherming tegen ontslag, etc.. Partijen worden hier kennelijk als gelijken beschouwd, terwijl ze dat zeker niet altijd zijn. Vanwege de ongelijkheid zouden er maatregelen ter realisering van ongelijkheidscompensatie moeten worden getroffen.

Men moet zich bij overheveling van verantwoordelijkheden goed bewust zijn van de eigen aard van het rechtsgebied. Overheveling van een verantwoordelijkheid voor de inkomensvoorziening gaat niet zonder problemen. Zo kunnen regels die worden toegepast op een arbeidsrelatie anders uitwerken dan in een socialezekerheidsrelatie. Als men hiermee onvoldoende rekening houdt kan sprake zijn van te weinig bescherming

44 In het arbeidsrecht zijn wel meer voorbeelden te vinden waar beide methoden worden toegepast. Een mooi voorbeeld vind ik hoe de positie van uitzendkrachten geregeld is. Aangezien het BW hierop van toepassing is verklaard, zouden de arbeidsrechtelijke bepalingen het uitzendwerk al snel moeilijk tot onmogelijk maken. Het vierde contract voor bepaalde tijd converteert immers tot een contract voor onbepaalde tijd en als er na een half jaar geen werk is moet toch het loon worden doorbetaald. Slechts bij cao kan hiervan worden afgeweken. Daarmee hebben vakbonden een belangrijk kontje in de rug gekregen en konden ze in de onderhandelingen over de cao de voor hen belangrijke zaken proberen geregeld te krijgen.

voor de werknemer: hij kan het slachtoffer worden van risicoselectie, ontslag of overplaatsing naar niet-passend werk.

Het uitgangspunt dat de huidige regeling in zijn geheel noodzakelijk is om de vrijheid te creëren die essentieel is voor geslaagde re-integratie van zieke werknemers dient verlaten te worden. In plaats daarvan zouden de inspanningen van de werkgever en werknemer zich moeten richten op het maken van een plan van aanpak voor re-integratie; dit kan gesanctioneerd, en overigens ook ondersteund, worden door het Uvw. We kunnen de loonsanctie in stand laten, evenals de bevoegdheid van de werkgever om de loonbetaling te weigeren als de werknemer niet meewerkt, en de bevoegdheid van het Uvw om de werknemer een sanctie bij de Wia op te leggen als hij onvoldoende heeft meegewerkt. Op de andere terreinen kunnen we zonder problemen voor de doelstellingen van de regeling wel komen tot een omvattende regeling, waarin ook ruimte is voor ongelijkheidscompensatie indien daarvoor aanleiding is. Dit is te meer mogelijk nu re-integratie bij ziekte in principe tot de praktijk van werkgevers is gaan horen. Dat kan betekenen dat op sommige terreinen de druk op werkgevers verlaagd kan worden, waar deze niet essentieel is.

Gelet op de vele aspecten die een rol spelen is het wenselijk een aparte wet Inkomensvoorziening en re-integratie bij ziekte te maken. Hierin zouden o.a. de verplichtingen van werkgever en werknemer, de privacy, de vangnetregeling, de rechtsbescherming en sancties geregeld kunnen worden. Risicoselectie moet worden tegengegaan met duidelijke boetes voor werkgevers en compensatie voor de werknemers. Een collectieve verzekering kan worden ingesteld voor kleine werkgevers, de vangnetvoorziening kan worden opengesteld voor huishoudelijk personeel na zes weken ziekte; de vangnetvoorziening kan ook openstaan voor werknemers als de werkgever onwillig is te betalen, met verhaalsmogelijkheid voor het Uvw. Nagegaan moet ook worden of de eigen werkgever na afloop van 104 weken loondoorbetaling niet bevrijd kan worden van een nieuwe periode van loondoorbetaling bij ziekte voor de komende vijf jaar. Ook de ontslagbescherming kan beter worden geregeld. En passant zouden enkele problemen met internationale normen kunnen worden opgelost.

Ik kan in het kader van deze oratie geen blauwdruk voor deze regeling schetsen, daarvoor ontbreekt de tijd. Bovendien wil ik ook het zicht niet ontnemen op de hoofdlijn van mijn betoog, dat overheveling van taken van het ene rechtsgebied naar het andere aandacht vraagt voor de kenmerken van het gastgebied. Ik wil daarom nu overgaan tot bespreking van een tweede voorbeeld, waarin sprake is van overheveling van verantwoordelijkheden.

3. De voorgestelde (gedeeltelijke) privatisering van de WW – de Commissie Bakker

3.1 Beschrijving van het plan

Een tweede voorbeeld van overheveling dat ik wil bespreken betreft het voorstel van de Commissie Bakker, dat ze in het rapport *Naar een toekomst die werkt* heeft gedaan voor

een Werkverzekering.⁴⁵ Het voorstel is (nog) niet aangenomen, en het is op dit moment niet meer zo actueel als gevolg van de economische ontwikkelingen. Het zou echter in de toekomst wel weer een rol kunnen gaan spelen, aangezien het overheveling beoogt van verantwoordelijkheden bij werkloosheid van Uww naar werkgevers.

De Commissie Bakker werd in januari 2008 ingesteld om de minister te adviseren over maatregelen ter verhoging van de arbeidsparticipatie. Ik zal het rapport hier niet als zodanig bespreken, maar enkel in relatie tot de privatisering van de WW.⁴⁶ Het rapport stelt voor om de huidige WW te vervangen door een zgn. Werkverzekering. De werknemer komt, als de werkgever hem wil ontslaan, eerst in een zogenaamde transferperiode. Tijdens de transferperiode moet de werkgever het loon doorbetalen en bevorderen dat de werknemer in nieuw werk terecht komt. Hiervan moet een prikkel uitgaan, zo is de vooronderstelling, om de werknemer al eerder, tijdens het dienstverband, te scholen en hem aldus 'employable' te houden. Naarmate de werknemer meer employable is, zal de transferperiode korter zijn.

Wat de werkgever precies moet doen tijdens de Werkverzekering is niet uitgewerkt; hij kan de werknemer zich laten scholen en/of helpen naar een andere werkgever over te stappen, en daarbij gebruik maken van een re-integratiebedrijf of uitzendbureau. De werknemer moet tijdens de transferperiode uit zijn werkbudget aan zijn re-integratie meebetalen, voor ten hoogste de helft van de omvang van het werkbudget.

We zullen hier niet ingaan op de relatie tussen de huidige economische crisis en het voorstel van de commissie, al rijst hier natuurlijk wel een belangrijk, en ook wel voor de hand liggend probleem: hoe functioneert het plan bij grote werkloosheid? Ik wil me hier echter beperken tot het aspect van de overheveling van een socialezekerheidsregeling – de inkomensvoorziening voor werklozen – naar de werkgever, althans tijdens de duur van de transferperiode. Opvallend is dat ook hier, net als bij de loondoorbetaling bij ziekte is gebeurd met bepalingen van de Ziektewet, bepalingen uit de WW overgenomen zijn om de transferperiode en werkverzekering te regelen. Deze bepalingen zijn van groot belang voor de rechten en plichten van werkgever en werknemer. Een voorbeeld is dat voor het recht op loondoorbetaling (de transferfase) de werknemer aan de WW-referte-eis moet voldoen (hij moet in 26 van de 36 weken gewerkt hebben voor aanvang van de werkloosheid). Ook wordt de duur van de Werkverzekeringsperiode berekend zoals nu in de WW geschiedt (vier-uit-vijf-eis).⁴⁷ De duur van de transferfase hangt af van de duur van het dienstverband, maar is niet langer dan zes maanden. Na de transferperiode vindt een poortwachertoets plaats (die nog niet verder uitgewerkt is), om na te gaan of werkgever en werknemer zich voldoende hebben ingespannen om werk te vinden. Daarna volgt een zogenoemde sectorgefinancierde periode van zes maanden, waarin de werknemer een uitkering ontvangt vergelijkbaar met de huidige WW. Na deze periode volgt de zogenoemde

45 Verschenen op 16 juni 2008.

46 Zie ook F.J.L. Pennings, 'de Werkverzekering: flexibiliteit en zekerheid in balans?', *Tra* 2009, p. 5.

47 In de huidige WW wordt de basisuitkering van drie maanden verlengd als de werknemer in ten minste vier kalenderjaren die liggen in de vijf kalenderjaren onmiddellijk vóór de eerste werkloosheidsdag loon heeft ontvangen over ten minste 52 dagen per jaar. Indien men aan deze zogenoemde vier-uit-vijf eis voldoet, wordt de uitkeringsduur verlengd met een maand voor ieder volledig kalenderjaar waarin men 52 dagen kan aantonen (plus de jaren tussen het 18^e levensjaar en 1998) dat het arbeidsverleden de duur van drie kalenderjaren overschrijdt. De totale uitkeringsduur is echter niet langer dan 38 maanden.

Voorziening voor werk en inkomen, de duur hiervan is nader te bepalen en de uitkeringshoogte neemt dan af. De Voorziening kent geen partner- of vermogenstoets.

De commissie stelt voorts wijziging van het ontslagrecht voor.⁴⁸ De preventieve ontslagtoets vervalt en er geldt nog slechts een wettelijke opzegtermijn van één maand. Als er geen overeenstemming is over het ontslag, dan kan het op initiatief van de werknemer door de rechter worden getoetst op de vraag of er een gegronde reden is voor het ontslag. Opzegverboden, zoals het opzegverbod tijdens ziekte, en discriminatieverboden blijven gelden, aldus de commissie.

De commissie gaat niet in op de werking van de Werkverzekering in andere situaties dan die waarin de werkgever geheel afscheid wil nemen van een werknemer. Ze noemt alleen een vangnet voor betalingsonmacht van de werkgever. De huidige WW voorziet ook in uitkering bij arbeidsurenverlies als het dienstverband blijft doorbestaan. Een aparte vorm daarvan is werktijdverkorting. Het is niet duidelijk hoe de Werkverzekering hierin gaat voorzien?

Knelpunten

Tijdens de transferperiode krijgt de werknemer geen WW-uitkering, maar de werkgever moet het loon doorbetalen. Laten we vooropstellen dat als een werkgever erin zou slagen om een werknemer bij zijn ontslag meteen te laten overstappen naar een aantrekkelijke, duurzame baan, dit een mooi resultaat is. Het is beter dan dat de werknemer lange tijd aangewezen is op een werkloosheidsuitkering. Dat neemt niet weg dat we moeten kijken of de regeling goed in elkaar zit en of er geen mensen uit de boot vallen.

Belangrijk punt is ten eerste de ontslagbescherming. De werknemer kan worden opgezegd en heeft slechts een korte opzegtermijn, een maand. Aangezien de preventieve toets bij Uwv Werkbedrijf wordt afgeschaft, zal de werknemer, als hij het ontslag wil aanvechten, dit bij de rechter moeten doen. De ontslagprocedure zou binnen één maand moeten zijn beslist, want de opzegtermijn is één maand. Dit is echter verre van realistisch; meestal zal dat niet lukken binnen een periode van een maand en zeker niet als de mogelijkheid van hoger beroep wordt gecreëerd.⁴⁹ Men kan zich voorstellen dat re-integratie zeer moeizaam verloopt als de werkgever en de werknemer nog verwickeld zijn in een ontslagprocedure. Dat is niet enkel een juridisch probleem, maar is in de praktijk van groot gewicht.

Daarnaast is onduidelijk welke criteria gelden voor het werk dat werknemers moeten accepteren en/of de re-integratie-ondersteuning die ze van de werkgever kunnen verwachten. Binnen het kader van de WW gelden momenteel criteria voor passende arbeid. Hoe ruim dit begrip ook is gedefinieerd in de WW en hoe casuïstisch het ook geïnterpreteerd wordt, het geeft randvoorwaarden aan en deze kunnen aan de rechter voorgelegd worden. Het Uwv moet, zoals bij de ZW al opgemerkt, als bestuursorgaan de voor de WW toepasselijke regels toepassen en deze kunnen getoetst worden, onder andere aan beginselen van behoorlijk bestuur. Binnen een arbeidsverhouding is een dergelijke toets veel lastiger te realiseren.

48 S.S.M. Peters, 'Ontslag(zeker) van Donner tot Bakker', *SMA* 2009, p. 397.

49 Gelet op de huidige kritiek op de beperking in rechtsgangen is het overigens sterk de vraag of het bij één instantie kan blijven, nu het geen preventieve toets betreft.

Voorts is het onduidelijk hoe zal worden bepaald of de werkgever voldoende re-integratie-initiatieven heeft ondernomen. De commissie stelt een poortwachertoets voor, maar deze lijkt enkel de toegang tot de WW, dus de werknemer, te betreffen. De commissie spreekt niet over verlenging van de transferperiode bij in gebreke blijven van de werkgever. Zo'n verlenging is ook moeilijk te realiseren, want de werknemer is al ontslagen, terwijl er voor een loondoorbetalingsverplichting nog een arbeidsovereenkomst moet zijn. Om een verlenging van de loondoorbetalingsverplichting mogelijk te maken, zou de poortwachertoets de vorm van een ontslagvergunning moeten hebben. Dat is niet bepaald consistent met de voorstellen van de commissie met betrekking tot het ontslagrecht.

De commissie laat zich er niet over uit hoe de poortwachertoets moet worden ingericht. Bij de loondoorbetaling bij ziekte zijn de beperkingen en mogelijkheden van de werknemer van groot belang en heeft de bedrijfsarts een belangrijke rol. Uit het re-integratierapport dat bij aanvraag voor een Wia-uitkering moet worden ingediend moet blijken dat maatwerk verricht is. De werkgever kan de zieke werknemer dus niet zomaar wat werk laten doen. De zieke werknemer kan zich bovendien verzetten tegen niet-passend werk door een deskundigenoordeel aan het Uvw te vragen. Na twee jaar volgt bij onvoldoende inspanningen de rekening voor de werkgever, in de vorm van verlengde loondoorbetaling. De loonsanctie is mogelijk, omdat na de loondoorbetalingsperiode bij ziekte de Wia-periode begint. Een dergelijke stok achter de deur bestaat niet bij de transferperiode van de Werkverzekering en is ook moeilijk hier in op te nemen. Per slot van rekening is de arbeidsovereenkomst beëindigd met het ontslag. Het is dan niet meer mogelijk om later alsnog de oude werkgever aan te spreken op re-integratie over loondoorbetaling. De waarborgen die bij ziekte bestaan ontbreken derhalve vanwege de aard van het risico bij werkloosheid. Dat betekent dat de kansen dat een werknemer geconfronteerd wordt met arbeid die niet passend is en zelfs met schijnconstructies waardoor de werkgever van hem af kan veel groter zijn dan bij ziekte.

De werkgever heeft er immers een groot belang bij dat de werknemer van de loonlijst wordt afgevoerd en liefst zo snel mogelijk. Als de werknemer ander werk aanneemt, is de verantwoordelijkheid van de oude werkgever weg. Een werkgever kan dus proberen zo snel mogelijk van de werknemer af te komen, door hem in bijvoorbeeld uitzendwerk of bij een andere werkgever te laten re-integreren. Natuurlijk zal niet elke werkgever dit doen. Er zijn voorbeelden bekend van grote bedrijven dit in het kader van een afvloeiing bij een bedrijfsreorganisatie adequate maatregelen treffen om werknemers weer aan het werk te krijgen. We moeten echter ook oog hebben voor de situaties waarin een werkgever anders handelt. Het is dan van groot belang dat er een goede bescherming is en ook hier past een sluitende regeling in de vorm van een nieuwe wet. Deze wet moet er voor zorgen dat de gewaarborgd is dat de re-integratie-activiteiten van de werkgever duurzaam zijn.

Een tweede hoofdkritiekpunt op de regeling is dat de commissie het recht op de transferperiode koppelt aan de WW-referte-eis. De bedoeling van de transferperiode is dat de werknemer geholpen wordt om aan nieuw werk te komen. Waarom zou dat niet hoeven bij kortdurende dienstverbanden? Het ligt eerder voor de hand om na een kortlopend dienstverband de werkgever slechts een gedeelte van de transferperiode te laten betalen en de rest van de periode uit de WW, maar de werkgever wel de verplichting te geven met re-integratie door te gaan. Het lijkt erop dat als een bepaalde

regeling bezwarend wordt gevonden voor de werkgever, de kwestie dan maar niet meer geregeld wordt, en dan de gevolgen laat aan de werknemer.

Het is wederom hier niet de plaats om uitgebreid in te gaan op grensoverschrijdende aspecten. Van belang is echter wel om te weten dat volledig werkloze grensarbeiders recht hebben op een WW-uitkering uit het woonland. Voor bedrijven in de grensstreken wordt het dus wel heel aantrekkelijk werknemers uit resp. België of Duitsland aan te trekken. Als zij werkloos zijn, zijn ze nergens toe verplicht.

Opmerkelijk is ook dat de Commissie Bakker geen aandacht besteedt aan de verhouding tussen de voorgestelde veranderingen in uitkeringsvoorwaarden en internationale verdragen, terwijl inmiddels toch duidelijk is dat Nederland nog steeds spitsroeden moet lopen voor internationale fora naar aanleiding van eerdere veranderingen in de Ziektewet. Vergelijkbare problemen doen zich ook voor met het voorstel voor de Werkverzekering. Internationale verdragen stellen eisen aan de minimumduur die gegarandeerd wordt van de werkloosheidsuitkering, spreken van passende arbeid en verlangen solidariteit door middel van een verzekering.⁵⁰

3.3 *Conclusies*

Het lijkt er op dat loondoorbetaling bij werkloosheid nog moeilijker te regelen is dan bij ziekte. Net als bij de loondoorbetaling bij ziekte is het van belang om te beseffen dat de relatie tussen Uvw en werknemer een andere is dan tussen een werkgever en een werknemer. Dat is zeker het geval als de werkgever het loon moet doorbetalen zonder dat er een arbeidsprestatie tegenover staat en als hier grote financiële belangen mee gemoeid zijn.

Indien men er voor zou kiezen om het voorstel van de Commissie Bakker te volgen, dan moet ook hier in de nieuwe regeling de ongelijkheidscompensatie niet vergeten worden. Dat zou kunnen door te regelen dat als de werknemer wederom werkloos wordt tijdens de theoretische duur van zijn WW-periode, de oude werkgever een nieuwe transferperiode krijgt van zes maanden. Dat zou dus een bepaling vergen zoals van art. 7:629, lid 12 BW, maar nu gekoppeld aan de theoretische duur van de werkloosheid. Ook zou de regeling verbeterd worden door de werknemer het recht te geven om een deskundigenadvies te vragen over de passendheid van het werk.

Dat is wellicht niet de benadering die de Commissie Bakker voor ogen staat, maar wel een voor de hand liggende regeling indien men naar analogie van de regeling bij de zieke werknemer ook bij de werkloze werknemer de werkgever het loon wil laten door betalen. Als men die consequentie niet wil, dan kan men beter van de overheveling van deze inkomensvoorziening van de WW naar het arbeidsrecht afzien.

Ook is het onvermijdelijk dat er een vangnet-WW blijft bestaan. De Commissie Bakker wilde de vangnet-WW beperken tot uitsluitend situaties van betalingsonmacht van de werkgever. Er zijn echter ook andere situaties die de WW nu regelt en waar de transferperiode niet bij past. Denk aan een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die afloopt, een WAO-er die afgeschat wordt, aan grensarbeiders en andere categorieën migranten die in Nederland wonen en in het buitenland werkten, seizoenswerkloosheid, etc, etc. Denk ook aan kleine werkgevers en ontslagen in economisch ongunstige tijden.

⁵⁰ Op de relatie tussen de werkverzekering en internationale verdragen heeft zich mijn Utrechtse promovenda Kim Hermans gebogen, zie K.H. Hermans, *De WW en nieuwe sociale risico's*, Deventer: Kluwer, 2014.

Aangezien ook voor de transferperiode veel geregeld dient te worden, zou ook hier een wet voor zowel de loondoorbetaling als de vangnet-WW gewenst zijn. Zo'n wet heeft bovendien tot voordeel dat zaken die de commissie Bakker niet bespreekt (zoals deeltijdwerkloosheid, seizoenswerkloosheid etc.) alsnog adequaat in dezelfde wet kunnen worden geregeld.

4 De aanpassing van de verwijtbaarheidstoets in de WW

In het voorgaande heb ik een aantal voorbeelden gegeven van overhevelingen van het arbeidsrecht naar de sociale zekerheid. Ik zal nu ingaan op een beweging de andere kant op. Het gaat om de wijziging van de weigeringsgronden van artikel 24 WW door de Wet wijziging WW-stelsel. Met deze wijziging werd tegemoet gekomen aan de problematiek dat met het oog op bepalingen van de WW werknemers verweer moesten voeren tegen hun ontslag, ook al zagen ze de onvermijdelijkheid ervan in, dit waren de zgn. proformaprocedures. Tot voor de wijziging van de WW luidde artikel 24 dat de werknemer verwijtbaar werkloos was geworden, indien hij zich verwijtbaar zodanig had gedragen dat hij redelijkerwijs had moeten begrijpen, dat dit gedrag de beëindiging van zijn dienstbetrekking tot gevolg zou kunnen hebben. Met deze formulering werd beoogd om de werkloosheidskassen optimaal te beschermen: een werknemer moest alles doen om te voorkomen dat hij werkloos werd. Dat kon betekenen dat de werknemer verwijtbaar werkloos was geworden, indien dit gedrag voorzienbaar tot ontslag zou kunnen leiden, terwijl het gedrag van de werknemer op zichzelf niet fout was. Bij verwijtbare werkloosheid volgde in beginsel een volledige weigering van de uitkering.

Werknemers moesten zich in principe tot de kantonrechters of de (toenmalige) CWI wenden om hun ontslag te bestrijden, aangezien ze anders als verwijtbaar werkloos konden worden aangemerkt. Dit werkte zowel belastend op de uitkeringsorganisatie als op het rechterlijk apparaat. Bovendien kon ondanks zo'n procedure vaak maar moeilijk of niet worden vastgesteld wat zich werkelijk had voorgedaan. Meer recent werd de visie ontwikkeld dat vanuit de gewenste arbeidsmobiliteit verzet tegen ontslag niet per definitie wenselijk is.⁵¹

Vanwege deze overwegingen werd de tekst van artikel 24, lid 2 aanhef en sub a WW ingrijpend gewijzigd. De tekst luidt nu: De werknemer is verwijtbaar werkloos geworden indien: (a.) aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt in de zin van artikel 7:678 BW en de werknemer terzake een verwijt kan worden gemaakt. (..)

De nieuwe formulering beperkt verwijtbare werkloosheid tot werkloosheid als gevolg van een dringende reden tot beëindiging van de dienstbetrekking. De bepaling verwijst naar artikel 7:678 BW, dat dringende redenen omschrijft als zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer die ten gevolge hebben, dat van de werkgever redelijkerwijze niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren. Het tweede lid van dit artikel bevat een niet-limitatieve reeks voorbeelden van dringende redenen.

Laten we voorop stellen dat er positieve kanten zitten aan de regeling. De oude regeling leidde tot draconische sancties, ook bij zeer onschuldig handelen of nalaten. Van

51 Aldus werd ook betoogd in een SER-advies, SER, *Advies 05/06, Ontslagpraktijk en Werkloosheidswet*, Den Haag, 2005 p. 63.

belang was immers of objectief voorzien was of het gedrag zou kunnen leiden tot ontslag. Zo kon ook het drinken van een kop koffie onder werktijd in sommige sectoren al leiden tot ontslag en ook tot volledige weigering van de WW-uitkering. Ik verzin het niet, het geval komt uit de jurisprudentie, waarbij wel aangetekend moet worden dat uiteindelijk de hoogste rechter met deze maatregel niet akkoord ging.⁵² In veel andere gevallen kon de rechter echter niet corrigerend optreden, aangezien toepassing van de wetstekst in dat geval onontkoombaar was.

Men zou ook nog kunnen verwijzen naar internationale bepalingen, zoals IAO-verdrag 102. Artikel 69 van dit verdrag geeft een limitatieve reeks mogelijkheden voor schorsing van het recht op uitkering. Bij de hier aan de orde zijnde WW-sancties is overigens geen sprake van schorsing van het recht op uitkering, maar van een weigering van dit recht. Het zal duidelijk zijn dat de eisen daarvoor nog zwaarder moeten zijn. In verband met verwijtbare werkloosheid als gevolg van ontslag door de werkgever is artikel 69(f) van genoemd verdrag van belang, dat als schorsingsmogelijkheid noemt dat het risico veroorzaakt is door opzettelijk wangedrag van betrokkene. De oude formulering van de WW liet in veel meer gevallen weigering toe dan bij opzettelijk wangedrag. Het Comité van Deskundigen bekritiseerde op grond van deze bepaling de Britse regeling die te ruime mogelijkheden kende om werkloosheidsuitkeringen te schorsen.⁵³ De Nederlandse regeling is in dit verband voor zover wij weten niet aan de orde gesteld. De huidige regeling van artikel 24 WW voldoet wel aan de norm van artikel 69.

4.2 *Knelpunten*

De knelpunten op dit terrein zijn heel anders dan bij de twee vorige onderwerpen. Dat komt onder andere omdat er geen sprake is van een echte overheveling, in die zin dat een onderdeel van het arbeidsrecht is overgeheveld naar de WW. Wel is een bepaald probleem binnen het arbeidsrecht – onzekerheid bij onderhandelingen over ontslag of er wel recht op WW bestaat – (grotendeels) opgelost, door de WW veel sterker het arbeidsrecht te laten volgen. Men zou kunnen zeggen: de schutting tussen het arbeidsrecht en het sociaalzekerheidsrecht is neergehaald.

De vraag is echter of dit terecht is gebeurd en hoe met de gevolgen ervan moet worden omgegaan. De huidige regeling heeft de WW ondergeschikt gemaakt aan het arbeidsrecht. Een gedraging die eerder wel tot verwijtbare werkloosheid leidde, wordt niet langer als zodanig aangemerkt. Dit geldt bijvoorbeeld voor gevallen waarin de werknemer wel duidelijk in gebreke is geweest en daarom ontslagen wordt, maar waarbij de gedraging geen dringende reden is voor ontslag. Indien de werknemer zich niet verzet tegen het ontslag levert dit arbeidsrechtelijk geen problemen op en ook geen nadelige gevolgen voor zijn uitkering. Dat kan betekenen dat de werknemer veel sneller akkoord gaat met een beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst dan voorheen.

52 CRVB 20 augustus 1991, RSV 1992/9.

53 Zie voor opmerkingen over deze verenigbaarheid F.J.L. Pennings, 'Hoofdstuk 4. De bevordering van werkgelegenheid en de bescherming tegen werkloosheid', in: A.T.J.J. Jacobs (red.), *Het Nederlandse sociale zekerheidsrecht en de minimum-normen van de Internationale arbeidsorganisatie en de Raad van Europa*, Deventer 1992, p. 84 – 127; over de uitspraken in de Britse kwestie, zie S. Roberts, 'The Impact of Social Security Conventions: The United Kingdom', in: F. Pennings (red.), *Between Soft and Hard Law. The Impact of International Social Security Standards on National Social Security Law*, The Hague 2006, p. 65.

Het Uvw heeft in paragraaf 1 van de Beleidsregels toepassing artikel 24 en 27 WW 2006⁵⁴ neergelegd dat als het initiatief tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst bij de werkgever ligt, wordt onderzocht of er een arbeidsrechtelijke dringende reden voor de werkgever aanwezig was om de werknemer te ontslaan. In een zaak waarin de Raad op 18 februari 2009 uitspraak deed, had appellant betoogd dat het onwenselijk is dat het Uvw en vervolgens de bestuursrechter een eigen standpunt innemen over de aanwezigheid van een dringende reden met voorbijgaan aan hetgeen de kantonrechter in een ontbindingsbeschikking heeft vastgesteld en overwogen. De Raad overwoog dat de aangehaalde beleidsregel, waarin het Uvw invulling heeft gegeven aan de onderzoeksplicht, niet strijdig is met artikel 3:2 AWB en in overeenstemming met doelstelling van de wetwijziging om de ontslagpraktijk te versoepelen en de pro forma procedures terug te dringen.⁵⁵ De Raad geeft hiermee aan dat de onderzoeksplicht niet verder hoeft te gaan dan de Beleidsregels aangeven en dat de bevoegdheid om onderzoek te verrichten al volgt uit artikel 3:2 AWB.

Eenzijds is dit gunstig voor de werknemer. Onzekerheid of hij na ontslag een WW-uitkering krijgt is met deze regeling weggenomen. Er zitten echter ook nadelige kanten aan. Voor de werkgever is hiermee het ontslag veel gemakkelijker geworden, aangezien de werknemer veel minder zal protesteren. Daarmee is ook de kans groot dat juist ook werknemers met minder goede kansen op de arbeidsmarkt eerder hun baan verliezen. Ze zullen echter wel veel minder gemakkelijk weer aan een baan komen dan ons vaak wordt voorgespiegeld. Mobiliteit op de arbeidsmarkt en tewerkstelling van oudere werknemers is immers vaak veel beperkter dan men zou wensen. Ten derde bestaat het risico dat als de WW zo zeer wordt gebruikt als vangnet voor de arbeidsmarkt, dat het beroep erop zo groot wordt dat er wederom bezuinigingen nodig zijn.

Afgelopen jaren hebben met name arbeidsrechtjuristen pleidooien gehouden om de WW open te stellen en geen drempels op te werpen.⁵⁶

De Centrale Raad van Beroep heeft in een zestal uitspraken van 18 februari 2009 over artikel 24 lid 2 onder a ww moeten oordelen.⁵⁷ De Raad heeft hierin overwogen aan te sluiten bij de jurisprudentie van de Hoge Raad over het ontslag op staande voet. Dit betekent echter niet dat de Raad de uitspraak van de kantonrechter in een bepaalde zaak steeds overneemt. Van belang is hierbij dat, volgens de jurisprudentie van de Raad, niet de gevolgde procedure van belang is, maar de ontslaggrond.⁵⁸ Niet alleen bij ontslag op staande voet of ontbinding wegens dringende redenen, maar ook als een arbeidsovereenkomst op grond van gewichtige omstandigheden ontbonden wordt, of een beëindigingsovereenkomst gesloten wordt of een werknemer tijdens de proeftijd ontslagen wordt, en aangenomen kan worden dat er een dringende reden is.

De jurisprudentie van de Raad betekent dat ten eerste moet worden bekeken of de reden die voor het ontslag wordt gegeven past bij de gronden vermeld in artikel 7:678 BW. Voorts speelt de vraag welke betekenis moet worden toegekend aan het oordeel in een arbeidsrechtelijke procedure of er al dan niet sprake is van een dringende reden. Hier wordt in de literatuur verschillend over gedacht. Bouwens verwachtte dat de Centrale

54 Besluit van 26 september 2006, *Stcrt.* 2006, 190.

55 Zie onder CRVB 18 februari 2009, *LJN* BH2387; *USZ* 2009/68 m.nt. Boot.

56 O.m. R.M. Beltzer, 'Over een opmerkelijk ww-plan', *SMA* 2005, p. 59-60, R.L. van Heusden, 'Kabinetsvoorstel ww: Wie B zegt moet ook A zeggen', *SMA* 2005, p. 154-166.

57 Zie o.m. CRVB 18 februari 2009, *LJN* BH2387; *USZ* 2009/68 m.nt. Boot.

58 O.a. CRVB 18 februari 2009, *LJN* BH2388, *USZ* 2009/70.

Raad van Beroep zich in WW-zaken niet aan het oordeel van de civiele rechter over het bestaan van een dringende reden in de zin van artikel 7:678 BW gebonden zal achten. Broens heeft zich voorstander getoond van het overnemen van het civielrechtelijk oordeel in WW-aanspraken van de werknemer.⁵⁹ Boot beval nadrukkelijk aan dat de bestuursrechter het oordeel van de civiele rechter volgt, tenzij gemotiveerd wordt uiteengezet waarom het onverkort volgen daarvan tot een met de toepassing van de WW onverenigbaar resultaat zou leiden. Damsteegt betoogde dat het civielrechtelijk oordeel moet worden gevolgd indien de civiele rechter zich expliciet en gemotiveerd heeft uitgelaten over het bestaan van een dringende reden.⁶⁰

De Centrale Raad van Beroep lijkt wel genegen om de rechtspraak van de Hoge Raad te volgen, maar dat is niet hetzelfde als steeds de uitspraak van een kantonrechter in een concrete procedure volgen. Het probleem bij het volgen van een kantonrechttersuitspraak is immers dat de civiele rechter lijdelijk is. Hij zal dus maar beperkt doorvragen naar de reden van het ontslag als partijen een bepaalde voorstelling van zaken geven. Zij kunnen die voorstelling van zaken dan ook juist afstemmen met het oog op de WW.

Naast de vraag wat de reden voor het ontslag is, rijst de vraag hoe om te gaan met de eis in de jurisprudentie van de Hoge Raad dat voor ontslag op staande voet een subjectief dringende reden vereist is. Als er objectief gezien wel sprake is van een dringende reden (bijvoorbeeld in het geval de werknemer diefstal bij zijn werkgever heeft gepleegd), maar de werkgever heeft geen noodzaak gezien de arbeidsovereenkomst met de desbetreffende werknemer onverwijld op te zeggen, dan zal de werknemer (in principe) niet verwijtbaar werkloos worden geacht. Als de werkgever bijvoorbeeld eerst met betrokkene wil overleggen om onderling een oplossing te vinden (bijvoorbeeld overplaatsing naar een andere afdeling), dan is er kennelijk geen sprake van een subjectief dringende reden.

Het is m.i. echter niet juist om erop aan te dringen dat de Centrale Raad altijd het oordeel van de kantonrechter volgt of er een dringende reden is.⁶¹ Anders zou het kunnen gebeuren dat een bepaalde gedraging zonder meer objectief dringend is te kwalificeren, maar de werkgever om de werknemer 'te sparen' even wacht en dan overgaat tot een ontbindingsprocedure. Daardoor zou het kunnen gebeuren dat de werkloosheidskassen toch opdraaien voor werknemers die zich op ernstige wijze misdragen. Het zou ook kunnen betekenen dat in precies hetzelfde geval de werkgever wel overgaat tot ontslag op staande voet en in het andere niet, terwijl dat verschil moeilijk te rechtvaardigen verschillen geeft. Ofschoon het in ontslagzaken gemakkelijk zou zijn voor de daarbij betrokken partijen dat de WW automatisch volgt, is het niet juist om met uitsluitend een arbeidsrechtelijke invalshoek het WW-recht te bekijken. In het arbeidsrecht spelen immers andere principes, zoals lijdelijkheid van de rechter. Lijdelijkheid van de rechter in arbeidszaken is mogelijk, onder andere omdat de consequenties van de opstelling van

59 S. Broens, 'De beleidsregels in het kader van de versoepelde WW: kan de praktijk de pro forma vaarwel zeggen?', *SR* 2007, 28,

60 Zie W.H.A.C.M. Bouwens, 'Verwijtbaar werkloos', *SMA* 2008, p. 173, G.C. Boot in zijn noot onder *USZ* 2007/303 en in zijn artikel, 'Kantonrechter, bestuursrechter en verwijtbare werkloosheid', *TRA* 2009, p. 12-15 en Damsteegt in haar noot onder *USZ* 2007/266.

61 In een van de februarizaken was er sprake van een vechtpartij waarbij met een mes bedreigd werd. In dit geval besloot de werkgever naar een oplossing te zoeken en ontsloeg de werknemer niet. De Raad oordeelde dat er geen sprake was van een subjectief dringende reden.

partijen bij henzelf liggen; in bestuursrechtelijke procedures liggen de consequenties bij een derde, het Uvw, althans de door hem beheerde kassen.

Een volgende vraagpunt betreft de bevoegdheid van het Uvw om te onderzoeken of er sprake is van een dringende reden. In een van de zaken waarin de Raad op 18 februari 2009 uitspraak deed, had de appellant betoogd dat het onwenselijk is dat het Uvw en vervolgens de bestuursrechter een eigen standpunt innemen over de aanwezigheid van een dringende reden met voorbijgaan aan hetgeen de kantonrechter in een ontbindingsbeschikking heeft vastgesteld en overwogen. Uit de jurisprudentie van de Raad van 18 februari 2009 volgt niet dat het Uvw beperkt zou zijn in zijn *bevoegdheid* om onderzoek te verrichten, al mag het dit onderzoek wel beperken. In ieder geval verwerpt de Raad de stelling van betrokkene dat het Uvw geen van het oordeel van de kantonrechter afwijkend standpunt zou mogen innemen. Voor een dergelijk oordeel moet uiteraard wel toereikend onderzoek worden gedaan.

Een derde kwestie betreft de situatie waarin een werknemer de werknemer een ontbindingsverzoek heeft ingediend, maar hij zijn ontbindingsverzoek heeft ingetrokken op het moment dat de kantonrechter te kennen gaf dat hij niet tot toekenning van een vergoeding zou overgaan. Vervolgens dient de werkgever een ontbindingsverzoek in en de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden. In de WW-zaak die hierop volgde is de vraag aan de orde of de volgende weigeringsgrond aan de orde is: 'De werknemer is verwijtbaar werkloos geworden indien de dienstbetrekking is beëindigd door of op verzoek van de werknemer zonder dat aan de voortzetting ervan zodanige bezwaren waren verbonden, dat deze voortzetting redelijkerwijs niet van hem kon worden gevergd' (de zgn. b-grond).

De rechtbank Alkmaar oordeelde dat de werknemer weliswaar in eerste instantie het initiatief had genomen tot beëindiging van zijn dienstverband, maar dat nu hij zijn ontbindingsvergoeding niet had gehandhaafd niet geoordeeld kan worden dat de dienstbetrekking is beëindigd 'door of op verzoek van de werknemer'.⁶²

Boot acht de uitkomst van de uitspraak van de rechtbank Alkmaar juist. Hij meent dat de letterlijke tekst van de wetsbepaling geen ruimte biedt voor het oordeel dat de werknemer 'door of op verzoek van de werknemer' is geëindigd. Hij wees er tevens op dat in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel het element 'initiatief tot beëindiging' is gebezigd, maar dan uitsluitend in relatie tot de beëindiging met wederzijds goedvinden; bij die vorm van beëindiging van de arbeidsovereenkomst kan relevant zijn wie het initiatief tot die beëindiging heeft genomen. Ten aanzien van een ontbindingsverzoek gaat het er echter niet om wie het initiatief tot de ontbindingsprocedure heeft genomen, maar (veel exacter) wie het ontbindingsverzoek heeft ingediend en de ontbinding daarmee 'op diens verzoek' plaatsvindt. Volgens Fluit⁶³ zou de wettekst juist wel ruimte bieden voor het oordeel dat in voornoemde situatie sprake is van overtreding van de verplichting in de zin van artikel 24 lid 2, onder b, WW. Hij stelt zich op het standpunt dat de wettekst (alsook de wetsgeschiedenis) enige ruimte zou kunnen bieden voor een feitelijke benadering van de b-toets.

Voor bovenstaande beoordeling is de vraag of de dienstbetrekking 'is beëindigd op verzoek van de werknemer'. In het onderhavige geval is de dienstbetrekking niet beëindigd op verzoek van de werknemer. Wel zou men de beëindiging door de werkgever

62 Rechtbank Alkmaar 28 augustus 2008, *LJN* BF0386; *USZ* 2008/311, m.nt. Boot.

63 P.S. Fluit, 'Ontslag 'door of op verzoek van de werknemer' na de Wijziging WW-stelsel', *TRA* 2009, 28.

kunnen toeschrijven aan de werknemer; het eerdere verzoek van de werknemer tot ontbinding werkt dan als het ware door. Men dient immers te voorkomen dat als aantoonbaar het initiatief bij de werknemer ligt, de b-grond niet van toepassing is. Dit zou zowel tegen de systematiek van de wet ingaan, als de wet te weinig beschermen tegen oneigenlijk gebruik. In de uitspraken van 18 februari 2009, behandeld in de vorige paragraaf, blijkt dat niet de route, maar de ontslagreden van doorslaggevende betekenis is voor de beantwoording van de vraag of een werknemer verwijtbaar werkloos is geworden in de zin van artikel 24 lid 2 sub a ww. Betoogd zou kunnen worden dat dit uitgangspunt niet alleen geldt voor de a-grond, maar ook voor de b-grond.

Overigens geldt bij de b-grond dat de werknemer niet verwijtbaar werkloos is, indien van hem niet gevergd kan worden de dienstbetrekking te laten voortbestaan. We zien hier wederom dat de reden en niet de route van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst voorop staat. Nu de betrokken werknemer eerst een verzoek tot ontbinding had ingediend, had hij kennelijk met het oog op de WW al geoordeeld dat er sprake was van een goede reden om ontslag te nemen, zodat toepassing van de b-grond in dit geval hem niet tekort doet.

We zien derhalve dat er een aantal situaties zijn waarin het vanuit het arbeidsrecht gezien eenvoudiger zou zijn als het WW-recht de situatie van het arbeidsrecht naadloos overneemt. Men moet echter ook hier voor ogen houden dat beide gebieden belangrijk van elkaar verschillen: in het arbeidsrecht is het geen probleem als een werknemer een ontbindingsverzoek indient, en het later terugtrekt, waarop de werkgever het alsnog indient. Voor het socialezekerheidsrecht zijn de consequenties heel anders, vandaar dat hier niet op de automatische piloot kan worden gevaren op de uitkomsten van de arbeidsrechtelijke procedure. Dat levert overigens niet per definitie onjuiste of onwenselijke resultaten op, zoals eerder bij proformaprocedures wel het geval kon zijn. De werknemer in de laatste situatie had immers een verzoek tot ontbinding ingediend, dus als er geen complicatie was geweest in de procedure, had hij ook te maken gehad met de b-grond van de WW. De werknemer is dus niet benadeeld voor de WW. Anderzijds is een beschermingsconstructie voor de WW nog steeds van belang.

4.3 *Conclusies*

In deze paragraaf is een wetswijziging besproken waardoor de toegang tot de WW verbreed is; nog maar in enkele, nauw omschreven situaties wordt verwijtbare werkloosheid aangenomen. Daarmee wordt het veel eenvoudiger om bij ontslag in de WW te komen. Deze wetswijziging kwam tot stand onder andere naar aanleiding van oproepen om het zgn. proformaverweer overbodig te maken. Een terechte oproep. We hebben echter ook gezien dat er bewegingen zijn om de WW open te stellen voor nog meer situaties, zoals wanneer er wel een dringende reden is, maar de werkgever niet direct gehandeld heeft, of als een werknemer een ontbindingsverzoek indient en het daarna weer intrekt, maar vervolgens toch de arbeidsovereenkomst ontbonden wordt.

We moeten hierbij onderkennen dat de rol van de kantonrechter een andere is dan die van de bestuursrechter; ook worden de financiële consequenties van gedrag in het arbeidsrecht op een andere manier verdeeld dan wanneer men een beroep doet op de sociale zekerheid. We moeten zelfs onderkennen dat de gevolgen van een partijopstelling die niet overeenkomstig de werkelijkheid is in het arbeidsrecht anders zijn dan

in het socialezekerheidsrecht. Waar in het arbeidsrecht de werkgever als gevolg van zijn opstelling de kosten draagt en de kantonrechter daar, als gevolg van zijn lijdelijkheid, niet druk over hoeft te maken, ligt dat bij een bestuursrechter anders. Schijnconstructies kunnen niet alleen de financiële degelijkheid van een stelsel ondergraven, maar ook de geloofwaardigheid. Het is dan ook van belang om de WW niet enkel te zien als verlengstuk van het arbeidsrecht.

5. Overheveling aansprakelijkheid voor beroepsongevallen van BW naar sociale zekerheid

Het laatste onderwerp betreft wederom om een voorstel voor overheveling, wederom van het arbeidsrecht naar het socialezekerheidsrecht. Het voorstel werd enkel gedaan in de literatuur en heeft (nog) niet de steun van de wetgever.

Aanleiding voor het voorstel was de problematiek rond artikel 7:658 BW. Op grond van dit artikel is de werkgever verplicht om zijn werknemers te laten werken onder omstandigheden die voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden op de werkplek schade lijdt.⁶⁴ Het artikel bevat ook een aansprakelijkheidsbepaling: de werkgever is aansprakelijk als de werknemer schade lijdt. De werkgever is echter alleen aansprakelijk als hij verwijtbaar tekort is geschoten in het nakomen van zijn verplichtingen en de schade daardoor is ontstaan. Het betreft dus een vorm van schuldaansprakelijkheid, zij het dat de werkgever, als de werknemer aantoont dat hij schade geleden heeft in de uitoefening van zijn werkzaamheden, de bewijslast heeft om het tegendeel daarvan aan te tonen. De werkgever gaat slechts vrijuit als hij kan aantonen dat hij niet tekortgeschoten is in zijn zorgplicht. Of als er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de werkgever, waarbij de eventuele tekortkoming van de werkgever als oorzaak van het ongeval of ziekte in het niet valt. Deze regel is een klassiek voorbeeld van ongelijkheidscompensatie. Van verwijtbaar tekort komen is bijvoorbeeld sprake indien de werkgever Arbo-regels heeft overtreden. Daarnaast heeft de werkgever een zorgplicht en als hij deze niet nakomt, kan hij ook aansprakelijk zijn op grond van genoemd artikel. Die bewijslast is zwaar. Zo beschouwde de Hoge Raad in een zaak het feit dat er capabel toezichthoudend en leidinggevend personeel was aangesteld, niet zonder meer voldoende om te kunnen zeggen dat de werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan.⁶⁵ Evenmin is het voldoende voor de werkgever om te stellen dat hij veiligheidsinstructies heeft gegeven - de werkgever moet er immers rekening mee houden dat een dagelijkse routine de werknemer er licht toe kan brengen om niet alle voorzichtigheid in acht te nemen.⁶⁶

Bij schade opgelopen buiten de werkplek (bijvoorbeeld in het woon/werk-verkeer of als thuiswerker) kan artikel 7:658 BW niet toegepast worden.

Inmiddels heeft de Hoge Raad met betrekking tot het deelnemen aan het verkeer als uitgangspunt ontwikkeld dat de werkgever ex art. 7:611 aansprakelijk is voor de schade –

64 Zie onder meer A.C.J.M. Geers, *Recht en Humanisering van de arbeid*, Deventer 1988, p. 146-169; L. Bier, *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten*, Deventer 1995.

65 HR 15 oktober 1982, *NJ* 1984/21.

66 HR 14 april 1978, *NJ* 1979/245.

recentelijk ook voor fietsers – als hij geen behoorlijke verzekering voor zijn werknemer heeft afgesloten.⁶⁷

In andere landen worden zowel de socialezekerheidsregelingen als schadevergoedingen bij arbeidsongevallen en beroepsziekten geregeld in één wettelijke regeling. Nu zijn ook daar regelmatig geschillen over wat onder arbeidsongeval valt en de regelingen worden hierom vaak bekritiseerd.

In ons op het arbeidsrecht gebaseerde stelsel is dit probleem echter groter omdat het vanwege de koppeling aan de aansprakelijkheid van de individuele werkgever (nog) moeilijker is om tot een bevredigende oplossing te komen.

Een private verzekering zoals verlangd door de HR is een begin van een oplossing. Het is echter nog onzeker welke eisen de rechter aan de verzekering zal stellen en of deze in alle gevallen toereikende dekking geeft. Het is daarom nuttig te denken over een collectieve wettelijke verzekering. Deze kan een betere risicospreiding en een groter bereik hebben dan een individuele niet-verplichte verzekering. Bovendien kan deze verzekering ook op schade buiten het verkeer betrekking hebben, zoals als gevolg van geweld door de cliënt bij de werknemer thuis, en op bepaalde beroepsziekten die moeilijk zijn te relateren aan het werk (denk aan de asbestzaken). Een dergelijke regeling geeft ook de gewenste duidelijkheid over de verlangde dekking.

De benadering van de Hoge Raad is – indien men naar de uitkomst kijkt – m.i. begrijpelijk en men zou zich zelfs nog wel in meer casusposities die onderwerp van een arrest waren kunnen voorstellen dat de HR werkgeversaansprakelijkheid had aangenomen. Natuurlijk is het niet bevredigend dat een werkgever aansprakelijk is voor schade waar hij helemaal niets aan kan doen. Evenmin is het echter bevredigend dat een werknemer, die zich inzet voor zijn baas, met lege handen komt te staan. Vanuit de invalshoek van het arbeidsrecht zou men dan voor de zwakkere partij moeten kiezen. Ik gebruik hier de wat vage notie ‘invalshoek van het arbeidsrecht’, want vanuit de invalshoek en de systematiek van het Burgerlijk Wetboek valt ook kritiek te geven op de benadering. Met name de Maastrichtse hoogleraar privaatrecht, Ton Hartlief heeft dit met verve gedaan. Hij benaderde de problematiek vooral vanuit het privaatrecht, waarbij hij minder oog had voor het arbeidsrecht. Aangezien hij de knelpunten met de privaatrechtelijke systematiek onaanvaardbaar vond, pleitte hij ervoor de kwestie over te hevelen naar het socialezekerheidsrecht. Zo heet zijn artikel omineus: ‘Vonk/Van der Hoeven, het einde van art. 7:658 BW en een terugkeer naar de Ongevallenwet’.⁶⁸ Dit is een duidelijk voorbeeld van over de schutting gooien.

6. De schutting

De titel van deze oratie, *Over de schutting*, vergt wellicht enige uitleg. De schutting waar ik op doel, is die tussen de twee onderdelen van mijn vakgebied: arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht. Anders dan in menig ander land, zijn deze twee vakgebieden in ons land vaak verbonden in een en dezelfde sectie of vakgroep, en ook vaak, zoals hier in Utrecht, in dezelfde leerstoel, Sociaal recht. Dat heeft tot groot voordeel dat beide onderdelen in samenhang met elkaar worden behandeld. Het is goed dat men

⁶⁷ HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332.

⁶⁸ T. Hartlief, ‘Vonk/Van der Hoeven, het einde van art. 7:658 BW en een terugkeer naar de Ongevallenwet’, *AV&S* 2003, p. 3 e.v.

bijvoorbeeld weet welke gevolgen een bepaalde wijze van ontslag heeft voor het recht op WW-uitkering. En dat men weet hoe een werknemer die ziek is of arbeidsongeschikt wordt, toch aan het arbeidsproces kan of moet blijven deelnemen en hoe het socialezekerheidsstelsel hierbij kan helpen of tegenwerken.

De schutting is een nuttige metafoor om de samenhang van het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht te beschrijven. Er bestaat een grote samenhang tussen beide gebieden, het zijn als het ware tuinen. Als men aan de ene kant een grote boom neerzet, heeft dit gevolgen voor de andere kant van de schutting: minder zonlicht, meer bladeren, wortels onder de schutting door. Men moet dus beide kanten van de schutting goed kennen. Het arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht zijn echter niet alleen door de schutting verbonden, maar ook van elkaar gescheiden.

In 1993 besprak mijn collega Wil Fase in zijn Maastrichtse oratie *Wederzijds begrip*⁶⁹ de samenhang tussen arbeidsrecht en sociale zekerheid. Hij stelde zich de vraag of bepalingen van het arbeidsrecht en het sociale zekerheidsrecht voldoende op elkaar aansluiten. In dat kader besprak hij verschillende voorbeelden waarin dat niet het geval is. Hij bepleitte een betere afstemming van begrippen en regels, om te voorkomen dat werknemers door de slechte aansluiting benadeeld worden. *Wederzijds begrip* dus, zoals de titel van zijn oratie luidde. *Wederzijds begrip* vereist kennis van beide rechtsgebieden, aldus de boodschap van zijn verhaal. Ofschoon de door Fase genoemde voorbeelden inmiddels door de tijd ingehaald zijn, is de door hem bepleite afstemming nog steeds actueel. Hij bepleitte met andere woorden, dat je over de schutting moet kijken.

De ontwikkelingen die ik in de voorgaande paragrafen heb beschreven vormen een nieuwe ontwikkeling en zijn fundamenteel anders van aard dan genoemd door Fase. Het gaat immers niet zozeer om de interactie van de vakgebieden, want de relatie tussen de Ziektewet, de loondoorbetalingsverplichting en de Wia is op zich goed geregeld. In plaats daarvan is een bepaalde verantwoordelijkheid, de loondoorbetaling bij ziekte, van de sociale zekerheid naar het arbeidsrecht verschoven. Bij de overheveling over de schutting zijn wel voorzieningen getroffen, zoals in artikel 7:629 BW om de loondoorbetaling in goede banen te leiden. Toch meen ik dat bij de overheveling te gemakkelijk is gezegd dat de wetgever de werkgever en werknemer de ruimte moeten laten om de re-integratie van de zieke werknemer te realiseren. Daarbij is onvoldoende aandacht besteed aan het feit dat aan de andere kant van de schutting, het arbeidsrecht en de arbeidswereld dus, de verhoudingen tussen de actoren anders zijn. Als gevolg van de financiële belangen van werkgever kunnen er eerder en andere problemen ontstaan dan onder de Ziektewet.

De loondoorbetalingsverplichting en WVP hebben werkgevers onmiskenbaar geactiveerd om zich meer in te spannen voor re-integratie en dat is een goede ontwikkeling. Voor deze activering is het arbeidsrecht noodzakelijk. Voor de overheveling op zich kunnen dus goede redenen zijn. Er is tot dusver echter te weinig oog voor de kenmerken en spanningen waarbinnen de verantwoordelijkheid voor de zieke werknemer moet functioneren. De loondoorbetalingsregeling in het BW is voor een belangrijk gedeelte ontleend aan de Ziektewet. Zo zijn de hoogte van de loondoorbetalingsverplichting, de wachtdagen en de maximering aan deze wet ontleend. Ook de schorsingsmogelijkheden komen voor een deel uit de wet. Zoals we hebben

69 W.J.P.M. Fase, *Wederzijds begrip, over de aansluiting tussen het arbeids- en sociale verzekeringsrecht*, Deventer, 1993.

gezien is de uitvoerder van de ZW, het Uvw, aan het sociale bestuursrecht onderworpen. De relatie tussen werkgever en werknemer is een andere.

In de relatie tussen de werkgever en de werknemer spelen weliswaar het goedwerkgeverschap en het goedwerknemerschap een rol, waaraan een aantal motiverings- en zorgvuldigheidsnormen zijn te ontleen, maar het kader waarin deze normen zijn geplaatst is een ander dan dat van het bestuursrecht. Met name zal bij de toets aan deze normen ook een belangenafweging plaatsvinden tussen werkgever en werknemer. Zo corrigeert de rechter soms de werkgever, zoals we hebben gezien bij de sloper die de beëindigingsovereenkomst werd voorgelegd. Maar de belangenafweging kan ook heel anders uitpakken, zoals bij de zieke werkneemster die haar ziekte verzweg en van wie de arbeidsovereenkomst ontbonden werd. Immers, juist ook de sterk vergrote last die volgt uit de loondoorbetalingsverplichting voor de werkgever maakt dat het gewicht van het belang van de werkgever bij een belangenafweging zwaar weegt. Binnen de verhouding werknemer en Uvw speelt een dergelijke belangenafweging niet; daar is het toetsingskader meer eenzijdig kan men zeggen aan de wet. Het Uvw heeft verder geen eigen belangen hierbij.

Hierdoor is het kader waarbinnen de loondoorbetalingsregeling wordt uitgevoerd een andere dan binnen de Ziektewet, waardoor er aanmerkelijk grotere spanningen ontstaan en de werkgever verschillende belangen moet zien te verenigen. Het respecteren van de privacy van de werknemer kan immers een adequate controle en een adequaat re-integratiebeleid in de weg staan.

Mijn stelling is dat de inkomensvoorziening niet simpelweg overgeheveld had mogen worden van de sociale zekerheid naar het arbeidsrecht, maar dat de eigen aard van het arbeidsrecht een strikt kader verlangt waarbinnen de verplichtingen en rechten van werkgevers en werknemers moeten worden geregeld. Hierin moet aandacht zijn voor de bijzondere positie van werkgever en werknemer en de grote financiële belangen die hierbij een rol spelen. De schutting dient ter bezinning op de verschillen van de vakgebieden: men kan niet zomaar overhevelen. Wel moet men erover heen kijken en aansluitproblemen voorkomen.

Wat ik hier heb gezegd over de loondoorbetaling bij ziekte geldt in beginsel ook voor de plannen van de Commissie Bakker met betrekking tot de werkverzekering. Ook hier wordt een overheveling over de schutting beoogd, en ook hier moet goed gekeken worden naar de consequenties. Ten eerste naar welke functies de WW momenteel allemaal heeft, en of de Werkverzekering die allemaal over kan nemen. Ten tweede ook naar de uitwerking van het spanningsveld dat op het terrein van het arbeidsrecht ontstaat als de werkgever de inkomensverantwoordelijkheid voor de werkloze werknemer (tijdelijk) moet overnemen.

Pleidooien om de schutting helemaal neer te halen hebben we gezien bij de toepassing van de WW na inwerkingtreding van de Wet wijziging WW-stelsel. Ik heb aangegeven dat ook hier oog moet zijn voor de verschillen in rechtstelsels en dat men niet eenvoudigweg kan verlangen dat het ene gebied zich dienstbaar maakt om de problemen op het andere gebied op te lossen.

Ten overvloede, maar om alle misverstanden te voorkomen: mijn verhaal over de schutting betekent niet dat sociaalrechtbeoefenaren zich terug moeten trekken op ieders eigen gebied. Juist integendeel, het verlangt dat als men een voorstel doet voor wijziging van regelingen of verantwoordelijkheden, men zich moet oriënteren op de consequenties

voor het andere gebied. Het vergt dus juist een geïntegreerde benadering, maar niet een waarin men, als men problemen constateert op een gebied, het probleem doorschuift naar het andere.

De plaats van het recht en opzichte van andere disciplines

Loondoorbetaling bij ziekte en re-integratie zijn onderwerpen waar verschillende disciplines mee bezig zijn, waaronder ook economen, artsen, organisatiewetenschappers en sociologen. Als ik een discipline vergeet, dan is dat niet met opzet. Daarnaast is het een onderwerp voor beleidsmakers en beleidsonderzoekers. Vanuit genoemde disciplines kan zeer waardevolle informatie worden gegeven over effecten van deze regeling. Ik noemde al de grote behoefte aan betrouwbare evaluatiegegevens, waar ook vanuit mijn discipline behoefte aan is. Evaluatiegegevens brengen echter niet alle aspecten van een regeling in beeld.

Voor het recht zijn ook individuele situaties van belang. Een werknemer met gezondheidsklachten die niet aangenomen wordt, een werknemer die ontslagen wordt omdat hij te vaak ziek is, een kleine werkgever die failliet gaat omdat hij te veel zieke werknemer heeft, het zijn serieuze problemen die uit de analyse van de regelingen, met voeding uit de praktijk, volgen en waarbij aanbevelingen gedaan kunnen worden voor verbetering.

De functie van een juridische analyse is onder andere om de gevolgen van een regeling voor een individuele werknemer of werkgever bloot te leggen. Een jurist wil, anders dan beleidsmakers, de stelling ‘waar gehakt wordt, vallen spaanders’ niet accepteren en kan vanuit zijn discipline de tekortkomingen van de regeling aanwijzen en bovendien verklaren waarom een bepaalde regeling tekortgeschoten is.

7. Conclusies

De loondoorbetalingsverplichting en WVP hebben de werkgever en werknemer onmiskenbaar geactiveerd en dat is een goede ontwikkeling. Voor die activering is het arbeidsrecht noodzakelijk. Er is tot dusver echter te weinig oog voor de problemen bij de bescherming van betrokken partijen, onder het motto: voor het grote doel, moeten de spaanders die vallen voor lief worden genomen.

Vanuit het recht zijn ook individuele situaties van belang. Een werknemer met gezondheidsklachten die niet aangenomen wordt, een werknemer die ontslagen wordt omdat hij te vaak ziek is, een kleine werkgever die failliet gaat omdat hij te veel zieke werknemer heeft, het zijn serieuze problemen die uit de analyse van de regelingen, met voeding uit de praktijk, volgen en waarbij aanbevelingen gedaan kunnen worden voor verbetering.

Belangrijke onderdelen die betrekking hebben op de positie van de werknemer en werkgever zijn niet geregeld. We hebben er een aantal genoemd: de meewerkingsverplichting van de werknemer om de ziekte vast te stellen en de re-integratie, de bepaling wanneer er sprake kan zijn van nieuwe bedongen arbeid, de bepaling van de hoogte van het inkomen, de bescherming tegen ontslag etc. Partijen worden hier kennelijk als gelijken beschouwd en er zijn geen maatregelen ter ongelijkheidscompensatie getroffen.

Mijn stelling is dat overheveling van het sociale zekerheidsrecht naar het arbeidsrecht tekort schiet, indien niet voldoende rekening wordt gehouden met de eigen aard van beide gebieden; voor overheveling de andere kant op, geldt in principe hetzelfde. De regeling van art. 7:629 BW is voor een belangrijk gedeelte ontleend aan de Ziektewet. Zo zijn de hoogte van de loondoorbetalingsverplichting, de wachtdagen en de maximering aan deze wet ontleend. Ook de schorsingsmogelijkheden komen voor een deel uit de wet. Zoals we hebben gezien is de uitvoerder van de ZW, het Uvw, aan het sociale bestuursrecht onderworpen. De relatie tussen werkgever en werknemer is een andere. In deze relatie spelen weliswaar het goedwerkgeverschap en het goedwerknemerschap een rol, waaraan een aantal motiverings- en zorgvuldigheidsnormen zijn te ontleen, maar het kader waarin deze normen zijn geplaatst is een ander dan dat van het bestuursrecht. Met name zal bij de toets aan deze normen ook een belangenafweging plaatsvinden tussen werkgever en werknemer. Zo corrigeert de rechter soms de werknemer, zoals we hebben gezien bij de sloper die de beëindigingsovereenkomst werd voorgelegd. Maar de belangenafweging kan ook heel anders uitpakken, zoals bij de zieke werkneemster die haar ziekte verzweeg en van wie de arbeidsovereenkomst ontbonden werd. Immers, juist ook de sterk vergrote last die volgt uit de loondoorbetalingsverplichting voor de werkgever maakt dat het gewicht van het belang van de werkgever bij een belangenafweging zwaar weegt. Binnen de verhouding werknemer en Uvw speelt een dergelijke belangenafweging niet; daar is het toetsingskader meer eenzijdig kan men zeggen aan de wet. Het Uvw heeft verder geen eigen belangen hierbij.

Hierdoor is het kader anders waarbinnen de loondoorbetalingsregeling wordt uitgevoerd een andere dan binnen de Ziektewet, waardoor er aanmerkelijk grotere spanningen ontstaan en de werkgever verschillende belangen moet zien te verenigen. Het respecteren van de privacy van de werknemer kan immers een adequate controle en een adequaat re-integratiebeleid in de weg staan.

Voor alle duidelijkheid, het is geen nostalgie of een contrarevolutie. Integendeel, er bestaan soms goede argumenten voor de te bespreken ruilverkavelingen, Terugdraaien ervan zou meer kosten dan het oplevert, en er zouden zelfs weer nieuwe ruilverkavelingsproblemen kunnen ontstaan. Van belang is echter dat als er sprake is van ruilverkaveling binnen het sociaal recht, er goed rekening wordt gehouden met eisen van zorgvuldigheid, het realiseren van ongelijkheidscompensatie. Men dient, met andere woorden, een bepaald probleem niet over de schutting te gooien, maar er een goede oplossing voor te vinden.

Mijn leerstoel heeft de naam Sociaal recht. Daarmee wordt uitgedrukt dat zowel het arbeidsrecht als het socialezekerheidsrecht tot het vakgebied behoren. Aan de Nederlandse universiteiten komt deze omschrijving van leergebieden vaker voor, zij het niet bij alle. In onze buurlanden kennen deze vakgebieden wel vaak een eigen leerstoel. Al in het verdere verleden werd de noodzaak van samenhang van beide gebieden benadrukt, maar het lijkt erop dat de noodzaak alleen maar is toegenomen. Ging het in het verleden vooral om een betere afstemming van beide gebieden, hetgeen met technische oplossingen te bereiken was, de overheveling van hele onderdelen brengt met zich mee dat de aard van een bepaald vakgebied beïnvloed wordt. In ieder geval moet men zowel het donorgebied als het ontvangende gebied goed kennen. En om misverstanden te voorkomen: overheveling betekent niet dat het donorgebied kleiner

wordt, althans wat regelgeving betreft. Vangnetregelingen, overlappende regelingen en internationale aspecten maken het alleen maar gecompliceerder.

Het is daarom nuttig om beide vakgebieden in één leerstoel Sociaal recht te verenigen. Vanwege de essentiële samenhang tussen de gebieden is het vakgebied ook niet te beschouwen als een deelgebied, profilering zo men wil, van het privaatrecht, bestuursrecht of internationaal recht, maar een eigen vakgebied.