TIEN AANBEVELINGEN VOOR DE WETGEVER TEN AANZIEN VAN DE POSITIE VAN DE WERKGEVER BIJ ARBEIDSONGESCHIKTHEID VAN WERKNEMERS

AUTEUR
Mr. J.P.M. van Zijl

In de afgelopen tien jaar heeft de regering de wetgeving op het gebied van arbeidsongeschiktheid van werknemers een groot aantal malen gewijzigd met het oogmerk een halt toe te roepen aan het steeds maar oplopende aantal (met name) WAO-uitkeringen. Met name wetten als de Wulbz[1], de Pemba[2], de Wet verbetering poortwachter[3] en de Wet uitbreiding loondoorbetalingsverplichting bij ziekte 2003[4] hebben er voor gezorgd dat de positie van de werkgever in geval van arbeidsongeschiktheid van een werknemer een geheel andere is dan een tiental jaren geleden.

Werd de werknemer toen ziek, dan had hij op grond van de Ziektewet recht op ziekengeld ter grootte van 70% van het dagloon, op grond van CAO's en individuele arbeidsovereenkomsten door de werkgever meestal gedurende doorgaans ten minste een jaar, maar in elk geval 'gedurende betrekkelijk korte tijd', aangevuld tot 100%. Was de werknemer na 52 weken nog steeds arbeidsongeschikt voor zijn eigen werk en bovendien ongeschikt voor gangbare arbeid, dan had hij recht op een WAO-uitkering ter grootte van 70% van zijn dagloon. Sinds 1 augustus 1993 bestond al wel het 'WAO-gat', maar dat werd via CAO's en individuele arbeidsovereenkomsten doorgaans afgedekt met verzekeringen bij private verzekeringsmaatschappijen. De WAO-premie werd op het loon van de werknemer ingehouden. Controle en begeleiding van het ziekteverzuim en reïntegratie van arbeidsongeschikt geworden werknemers was een taak van de bedrijfsverenigingen, bijgestaan door de Gemeenschappelijke Medische Dienst (GMD).
Anno 2005 is de situatie voor de werkgever drastisch gewijzigd. Wordt de werknemer ziek, dan betaalt de werkgever eerst twee jaar lang het loon tijdens ziekte door ter grootte van 70% van het dagloon. CAO's en individuele arbeidsovereenkomsten regelen nog steeds aanvullingen tot 100%, maar de regering heeft met de sociale partners afspraken gemaakt om te voorkomen dat CAO's gedurende de eerste twee ziektejaren verplichten tot doorbetaling van meer dan (in totaal) 170%. Is de werknemer na 104 weken nog steeds arbeidsongeschikt voor zijn eigen werk en bovendien ongeschikt voor gangbare arbeid, dan heeft hij recht op een WAO-uitkering van 70% van het dagloon. De WAO-premie wordt door de werkgever voldaan. Een deel van deze WAO-premie, de gedifferentieerde WAO-premie, wordt (althans voor grote werkgevers) zodanig vastgesteld dat werkgevers zelf grosso modo gedurende de eerste vier jaren de lasten dragen van de WAO-uitkeringen van de werknemers die tijdens het dienstverband met de werkgever arbeidsongeschikt zijn geworden. In plaats daarvan kan de werkgever er voor kiezen de WAO-uitkering gedurende de eerste vier jaren zelf te betalen. Controle en begeleiding van het ziekteverzuim is een wettelijke taak van de werkgever, die zich daarbij verplicht moet laten bijstaan door een onafhankelijke en zelfstandige arbodienst. De reïntegratie van de arbeidsongeschikte werknemer is eveneens een wettelijke taak van de werkgever, zolang het dienstverband bestaat. Kan de werkgever de werknemer niet binnen zijn eigen bedrijf te werk stellen, dan moet hij met hulp van een reïntegratiebedrijf werk voor de (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte werknemer zoeken bij een andere werkgever. Blijft de werkgever met de reïntegratie in gebreke, dan wordt hij bestraft met een verlenging van de verplichting het loon aan de zieke werknemer door te betalen, die kan oplopen tot 52 weken.
Hoewel in die tien jaren natuurlijk ook maatregelen zijn genomen die de arbeidsongeschikte werknemer in zijn rechtspositie hebben getroffen, is het toch vooral de werkgever wiens positie een structurele wijziging heeft ondergaan. Het is zelfs niet overdreven te stellen dat de overheid, die onmachtig bleek het probleem van het steeds maar toenemende aantal WAO-uitkeringen op te lossen, zich van het probleem heeft ontdaan door het op het bordje van de werkgever achter te laten. Een behoorlijke heroverweging van de positie van de werkgever is daarbij echter grotendeels achterwege gebleven. Überhaupt heeft de wetgever in zijn haast om het oplopende aantal WAO-uitkeringen een halt toe te roepen zich weinig tijd gegund voor reflectie, of voor het afwachten van de effecten van eerder genomen maatregelen.
Nu de wetgever doende is de plannen voor een

nieuwe WAO (beter gezegd: de Wet Werk en Inkomen naar Arbeidsvermogen) in wetgeving om te zetten is het hoog tijd voor een herbezinning op de positie van de werkgever. Ik doe de wetgever daarbij tien aanbevelingen in de hoop dat die bij het komende wetgevingsproces ter harte genomen zullen worden.

Aanbeveling 1: De wetgever dient een nieuwe afweging te maken omtrent het recht van de werkgever op een eerlijk proces (en in dat verband op de kennisname van medische gegevens omtrent de arbeidsongeschiktheid van de werknemer) en het recht van de werknemer op bescherming van zijn privacy (ten aanzien van die medische gegevens).

Voor wat betreft de Wet Pemba heeft de Centrale Raad van Beroep[5] die afweging gemaakt door te bepalen, dat de werkgever recht heeft op kennisname van deze medische gegevens niet alleen door een arts, zoals de wetgever gewild heeft[6], maar ook door zijn advocaat, aan wie dan echter geheimhouding wordt opgelegd ten opzichte van zijn eigen cliënt. De Centrale Raad van Beroep is daarmee op de stoel van de wetgever gaan zitten, die inzage door de advocaat van de werkgever uitdrukkelijk had uitgesloten.[7] Reden hiervan was twijfel of voldoende voorzieningen ter bescherming van de medische gegevens van de werknemer zouden kunnen worden getroffen.[8] Vanuit het oogpunt van inbreuk op de privacybescherming van de werknemer is op de belangenafweging die de Centrale Raad van Beroep heeft gemaakt, kritiek geuit door het College bescherming persoonsgegevens.[9] Ik zelf heb de kritiek vertolkt vanuit het oogpunt van het recht op een eerlijk proces van de werkgever.[10] De vraag welk belang wanneer dient te prevaleren en waarom, is te principieel om aan de rechter over te laten, laat staan dat de wetgever zich er zonder nadere overweging bij neer zou mogen leggen dat de rechter van een door de wetgever uitdrukkelijk gemaakte afweging van belangen afwijkt. Die belangenafweging dient dan ook alsnog door de wetgever te worden gemaakt.

Aanbeveling 2: De wetgever dient het recht van de werkgever op kennisname van de medische gegevens van de werknemer (en de wijze waarop die kennisname plaats kan vinden) ook wettelijk vast te leggen ten aanzien van de doorbetaling van loon tijdens ziekte.

Ten aanzien van de premiedifferentiatie in de WAO en het eigenrisicodragen in de WAO is het recht op en de wijze van kennisname van de medische gegevens in de wet geregeld[11], zij het dat de Centrale Raad van Beroep daarvan is afgeweken.[12] Ten aanzien van de doorbetaling van loon tijdens ziekte, inmiddels toch geldend voor een periode van twee jaar, is daarover niets in de wet geregeld. Tegelijkertijd bestaat er vanwege het ontmoedigende karakter van de procedure rond de deskundigenverklaring ('second opinion') van het UWV ook niet veel jurisprudentie over de doorbetaling van loon tijdens ziekte.[13] Anders dan bij de Wet Pemba ontbreekt een wetsartikel[14] dat de rechter de mogelijkheid biedt om de medische gegevens onder oplegging van geheimhouding aan de advocaat van de werkgever ter inzage te geven[15], hoewel de wetgever wel melding heeft gemaakt van de mogelijkheid dat de rechter de advocaat van de werkgever geheimhouding zou kunnen opleggen.[16] Het alsnog totstandkomen van een wettelijke regeling op dit punt is dringend gewenst.

Aanbeveling 3: Het recht op inzage van de medische gegevens van de werknemer namens de werkgever door een arts, advocaat of bijzondere gemachtigde dient niet pas in beroep te gelden, maar ook bij het nemen van het primaire besluit en ook in bezwaar.

Omdat de Centrale Raad van Beroep[17] heeft bepaald dat de waarborgen voor een eerlijk proces die art. 6 EVRM biedt, pas in beroep gelden en niet in bezwaar, heeft de werkgever pas in beroep de mogelijkheid om niet alleen met een medisch oog (door middel van een arts) maar ook met een juridisch oog (door middel van een advocaat) te controleren of het besluit over de WAO-uitkering van een werknemer op de juiste manier wordt genomen. Dit leidt tot beroepsprocedures waarin de werkgever[18] pas na bezwaar en gaandeweg de beroepsprocedure geïnformeerd kan worden omtrent de kans van slagen van het beroep. Het instellen van beroep en de toegang tot de rechter wordt daarmee op onredelijke wijze ontmoedigd. Uitgaande van de belangenafweging die de Centrale Raad van Beroep heeft gemaakt, zou de wetgever er in dienen te voorzien dat de werkgever het recht op inzage van de relevante (medische en niet-medische) stukken door een arts of advocaat[19] niet alleen reeds in de bezwaarfase heeft, maar ook al bij het nemen van het besluit zelf. De werkgever zou in staat moeten worden gesteld een arts en/of advocaat aan te wijzen, en deze zou door het UWV in de gelegenheid moeten worden gesteld om commentaar te geven op de stukken die aan een besluit omtrent de WAO-uitkering ten grondslag worden gelegd. Aldus wordt bovendien bewerkstelligd dat in de besluit- en bezwaarfase tegenwicht wordt geboden aan (bezwaar-) verzekeringsartsen en (bezwaar-) arbeidsdeskundigen van het UWV, die anders nog wel eens geneigd blijken te zijn hun oren te veel te laten hangen naar de werknemer, en hun besluiten mede te baseren op informatie van de werknemer, die niet bij de werkgever geverifieerd wordt.[20] Eenzelfde regeling dient te worden getroffen ten aanzien van beslissin-

gen van de bedrijfsarts van de arbodienst omtrent het al dan niet bestaan van arbeidsongeschiktheid en second opinions van verzekeringsartsen van het UWV ter zake.

Aanbeveling 4: In procedures waarin de werkgever de juistheid van een besluit omtrent de WAO-uitkering van een werknemer betwist, dient de rechter vast te stellen of en in welke mate de WAO-uitkering ten laste van de werkgever dient te komen. In een nieuwe beslissing op het bezwaarschrift dient het UWV dan uitsluitend nog te beslissen over de gevolgen van de uitspraak voor de WAO-uitkering van de werknemer.

Procedures over de WAO-uitkering van een werknemer zijn voor een werkgever nu bijna eindeloos. Als de rechter na bezwaar, beroep en eventueel hoger beroep een uitspraak doet, houdt die uitspraak niet meer in dan dat het besluit omtrent de WAO-uitkering onvoldoende gemotiveerd is en dat het UWV daarom een nieuwe beslissing op het bezwaarschrift dient te nemen. Een termijn waarbinnen die beslissing moet worden genomen, ontbreekt in de wet.[21] Het UWV blijkt bijzonder moeilijk te bewegen te zijn tot het nemen van een nieuwe beslissing op het bezwaarschrift. De enig mogelijke actie daartegen (het instellen van beroep bij de rechter tegen de fictieve weigering om een nieuwe beslissing op het bezwaarschrift te nemen) is weinig effectief, omdat die slechts leidt tot een opdracht aan het UWV om binnen een bepaalde termijn alsnog een nieuwe beslissing op het bezwaarschrift te nemen, maar niet of slechts zelden tot bijvoorbeeld het opleggen van een dwangsom aan het UWV.[22] Indien al een nieuwe beslissing op het bezwaarschrift is genomen, kan deze beslissing inhouden dat met een andere motivering tot dezelfde uitkomst wordt gekomen, of dat nog steeds een WAO-uitkering wordt toegekend, maar met indeling in een lagere arbeidsongeschiktheidsklasse. Indien de werkgever daartegen bezwaar behoudt, dient hij opnieuw beroep bij de rechter in te stellen. Niet alleen in theorie, maar ook in de praktijk zijn procedures over de WAO-uitkering van een werknemer voor een werkgever dan ook bijna eindeloos.[23] De wetgever dient daarom te bepalen dat de procedure bij de rechter dient te worden afgesloten met een uitspraak van de rechter omtrent de juiste beslissing ten aanzien van de WAO-uitkering, tenminste voorzover het de gevolgen van die uitkering voor de werkgever betreft.[24]
Indien de gevolgen voor de werkgever van de WAO-uitkering van de werknemer bestaan uit verhoging van de gedifferentieerde WAO-premie, dient de correctie waar de werkgever recht op heeft direct plaats te vinden in de jaren waarover die te hoge gedifferentieerde WAO-premie is betaald, en niet door toerekening van een negatieve WAO-uitkering over het jaar van intrekking of herziening van die uitkering, welke dan slechts leidt tot een correctie ten aanzien van de premie die twee jaar later betaald wordt.[25] In die jaren heeft de werkgever immers bijna per definitie een andere loonsom, zodat van een volledige en juiste correctie nooit sprake kan zijn, terwijl de correctie helemaal niet aan de orde komt, indien de werkgever inmiddels eigenrisicodrager is geworden of opgehouden is werkgever te zijn, of indien de premiedifferentiatie inmiddels is afgeschaft.[26]

Aanbeveling 5: De kwaliteit van de WAO-keuringen dient te worden verbeterd.

Uit diverse officiële bronnen blijkt dat één van de belangrijkste oorzaken van het hoge aantal WAO-uitkeringen is gelegen in de sterk tekortschietende kwaliteit van de WAO-uitkeringen door het UWV. Ik wijs daarbij op:

- een mededeling van toenmalig Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Hoogervorst in november 2000 (onder meer in de Tweede Kamer), volgens welke tien procent en mogelijk enkele tientallen procenten van de WAO-ers ten onrechte een uitkering krijgt;
- de Standaardrapportage van het College Toezicht Sociale Verzekeringen van december 2000: *De rol van de standaard 'geen duurzaam benutbare mogelijkheden' in de rapportages van verzekeringsartsen*, in welke rapportage onder meer werd geoordeeld dat het oordeel 'geen duurzaam benutbare mogelijkheden' door verzekeringsartsen in slechts een kwart van de gevallen op de juiste manier onderbouwd werd en dat in een kwart van de rapportages tegenstrijdigheden voorkomen;
- het rapport van de Inspectie Werk en Inkomen juni 2002: *Geschikt of ongeschikt. De rol van arbeidsdeskundigen bij de WAO-beoordeling*, volgens welk rapport negen door de uitvoeringsinstellingen als 'goed' gekwalificeerde arbeidsdeskundigen werden gevolgd, waarbij bleek dat de manier waarop zij hun informatie verzamelden niet zorgvuldig was en dat in eenderde van de gevallen twijfels bestonden over de juistheid van de vastgestelde mate van arbeidsongeschiktheid (zowel te hoog als te laag);
- het jaarverslag over 2002 van de Inspectie Werk en Inkomen van 21 mei 2003, volgens welk verslag de tekortkomingen in de medische en arbeidskundige dossiers sinds de bovengenoemde rapportages alleen maar groter geworden zijn;
- het rapport van het Centraal Planbureau *Prikkels voor UWV* van juni 2003, volgens welk rapport keuringsartsen en arbeidsdeskundigen beschikken over de nodige beslissingsruimte, volgens welk rapport zij bij het invullen van die ruimte beperkte tijd en mid-

delen hebben en dat dit bij twijfel kan leiden tot een ruimhartiger opstelling ter voorkoming van tijdrovend bezwaar of beroep of vanwege het sociale gevoel van de keuringsartsen, terwijl het UWV geen inzicht heeft in keuringsbeslissingen per arts of per kantoor;
- het rapport van de Inspectie Werk en Inkomen van mei 2004: *De manager de baas? Een onderzoek naar de WAO-managers en hun integrale verantwoordelijkheid voor het werk van verzekeringsartsen*, waaruit blijkt dat de verzekeringsartsen van het UWV door de managers van het UWV eigenlijk niet of nauwelijks inhoudelijk aangestuurd (kunnen) worden, terwijl uit de weerlegging door de Inspectie van de kritiek van het UWV op dat rapport blijkt dat in 2003 het UWV zelf 33% van de WAO-dossiers van verzekeringsartsen en 25% van de WAO-dossiers van de arbeidsdeskundigen als onvoldoende heeft aangemerkt (hetgeen bovendien nog eens een toename betekende ten opzichte van het voorgaande jaar).

Een nieuwe WAO invoeren zonder dit probleem structureel aan te pakken, heeft veel weg van 'dweilen met de kraan open'. Aangezien het de werkgevers zijn die de WAO-uitkeringen betalen, mogen de werkgevers ook van de regering verlangen dat deze zorg draagt voor WAO-keuringen van een behoorlijk niveau.

Aanbeveling 6: Loondoorbetaling tijdens ziekte, verhoging van de gedifferentieerde WAO-premie en eigenrisicodragen van de WAO-uitkering dienen achterwege te blijven indien de ziekte c.q. arbeidsongeschiktheid van de werknemer het gevolg is van medische ingrepen die worden ondernomen vanuit een uitsluitend cosmetisch oogmerk.

De regering heeft besloten de kosten van dergelijke medische ingrepen van cosmetische aard niet langer te vergoeden, maar heeft geen regeling getroffen om te voorkomen dat de werkgever wel loon moet doorbetalen in de periode waarin de werknemer als gevolg van een dergelijke medische ingrepen van cosmetische aard arbeidsongeschikt is. Een dergelijke regeling dient alsnog tot stand te komen.

Aanbeveling 7: Loondoorbetaling tijdens ziekte en toekenning van een WAO-uitkering dienen niet slechts achterwege te blijven indien de arbeidsongeschiktheid het gevolg is van opzet van de werknemer, maar ook indien die het gevolg is van bewuste roekeloosheid van de werknemer.

Volgens oude jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep[27] (zowel ten aanzien van de toekenning van een WAO-uitkering, als ten opzichte van de Ziektewet, welke laatste jurisprudentie weer van belang is voor de verplichting tot doorbetaling van loon tijdens ziekte) mag de uitzondering dat geen WAO-uitkering wordt toegekend als de arbeidsongeschiktheid het gevolg is van opzet, alleen worden toegepast indien de opzet van de werknemer er op gericht was om arbeidsongeschikt te worden. Voorwaardelijk opzet (het willens en wetens aanvaarden van de kans om arbeidsongeschikt te worden) is daartoe niet voldoende. Dit klemt in het bijzonder in gevallen waarin de arbeidsongeschiktheid van werknemers het gevolg is van een verkeersongeval, dat is veroorzaakt door overmatig gebruik van alcohol door de werknemer zelf. In strafrechtelijke zin worden de gevolgen van een dergelijk ongeval de werknemer zonder meer aangerekend, met ernstige gevolgen. Tegelijkertijd heeft het geen consequenties voor het recht op loondoorbetaling of het recht op de WAO-uitkering van de werknemer, terwijl de gevolgen daarvan inmiddels vergaand voor rekening van de werkgever komen.[28] Temeer daar de werknemer ook buiten het geval van opzet zelf aansprakelijk is voor schade die hij aan de werkgever of derden toebrengt indien die schade het gevolg is van bewuste roekeloosheid[29], is er alle aanleiding om de werknemer het recht op doorbetaling van loon tijdens ziekte en het recht op WAO-uitkering ook te ontzeggen indien zijn arbeidsongeschiktheid het gevolg is van bewuste roekeloosheid.

Aanbeveling 8: De werkgever dient in geval van arbeidsongeschiktheid van een werknemer, die veroorzaakt is door de onrechtmatige daad van een derde, een volwaardig en zelfstandig recht te krijgen tot verhaal van de geleden schade op die derde.

De regeling van het verhaal van schade als gevolg van doorbetaling van loon aan een arbeidsongeschikte werknemer is per 1 februari 1996 gewijzigd. Was het voorheen zo dat de werkgever geen eigen schade kon verhalen, maar slechts de schade van de werknemer zelf (via overdracht van de vordering van de werknemer op de schuldige partij), sinds 1 februari 1996 kan de werkgever ook de eigen schade verhalen.[30] Verhaal is echter slechts mogelijk voor het bedrag van het nettoloon[31] (niet: de inhoudingen en werkgeverslasten en ook niet een hogere WAO-premie in latere jaren ten gevolge van het feit dat de werknemer recht krijgt op een WAO-uitkering) dat de werkgever op grond van de individuele arbeidsovereenkomst of CAO verplicht was door te betalen. Reïntegratiekosten van de werkgever kunnen wellicht worden verhaald, als het kosten betreft waarvan de werknemer zelf vergoeding had kunnen vorderen als hij ze gemaakt had.[32] Maar kosten van begeleiding van het ziekteverzuim komen weer niet voor verhaal in aanmerking, laat staan winst- of omzetderving. De werkgever die eigenrisicodrager is kan het nettobedrag van de WAO-uitkering verhalen.[33] Het UWV kan ook het

bedrag van de netto-WAO-uitkering verhalen, hetgeen dan voor werkgevers die gedifferentieerde WAO-premie betalen (overigens pas sinds 2002) leidt tot vermindering van de door de werkgever te betalen gedifferentieerde WAO-premie.[34] Voorwaarde daartoe is dat de werkgever het tijdens ziekte doorbetaalde loon met succes heeft verhaald op degene die schuldig is aan de arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Op verzoek van de werkgever wordt dan vervolgens het bedrag van de bij het vaststellen van de hoogte van de gedifferentieerde WAO-premie in aanmerking te nemen arbeidsongeschiktheidsuitkeringen gedurende vijf jaren verlaagd met een compensatiebedrag, dat afhankelijk is van het deel van het loon dat de werkgever heeft kunnen verhalen, zodat ook hier slechts sprake is van een compensatie op nettobasis. De achtergrond van deze beperkte regeling[35] is dat de wetgever eigenlijk heeft beoogd slechts vergoeding van schade mogelijk te maken, die de werknemer zelf heeft geleden, en dat daarnaast slechts ruimte voor vergoeding van schade door de werkgever bestaat, indien en voorzover het betreft de van de werknemer naar de werkgever 'verplaatste schade' (dat wil zeggen: schade waarvan de werknemer ook zelf vergoeding zou hebben kunnen vorderen als hij de kosten zelf had voldaan)[36] en vergoeding van het door de werkgever tijdens ziekte doorbetaalde loon kan worden gevorderd. Vanuit de gedachte dat de werknemer zelf slechts schade lijdt tot het bedrag van het nettoloon, is het verhaalsrecht van de werkgever aldus ook beperkt gebleven tot nettobedragen. De sterk toegenomen kosten van de werkgever ter zake van de arbeidsongeschiktheid van de werknemer rechtvaardigen echter een zelfstandig verhaalsrecht van de werkgever dat niet is afgeleid van, of beperkt tot, het bedrag dat de werknemer had kunnen vorderen, maar dat uitgaat van de eigen kosten van de werkgever.

Aanbeveling 9: De verlenging van de loondoorbetaling wegens het niet tijdig doen door de werkgever van aangifte van arbeidsongeschiktheid van de werknemer, dient te worden vervangen door een sanctie die beter past bij de aard van de overtreding.

De werkgever die niet na ten hoogste dertien weken en één dag de wettelijk verplichte[37] aangifte bij het UWV doet van de arbeidsongeschiktheid van de werknemer, ziet zich als gevolg daarvan geconfronteerd met een verlenging van de loondoorbetalingsverplichting gedurende de duur van de vertraging waarmee de aangifte is gedaan.[38] In de praktijk wordt deze aangifte van arbeidsongeschiktheid vaak door de arbodienst namens de werkgever gedaan. In gevallen waarin deze ten onrechte achterwege blijft, wordt de fout vaak pas geconstateerd als de werknemer een WAO-uitkering aanvraagt, omdat het UWV dan constateert dat er geen aangifte van arbeidsongeschiktheid is die correspondeert met deze aanvraag en de werknemer en werkgever ook dan mededeelt dat om die reden de aanvraag voor de WAO-uitkering wordt geweigerd. In de praktijk was dan de verlenging van de loondoorbetalingsverplichting tot een halfjaar opgelopen. Nu de verlenging van de loondoorbetalingsverplichting tijdens ziekte is verlengd van 52 naar 104 weken, zal het verzuim in deze gevallen pas na anderhalf jaar worden geconstateerd. Een dergelijke forse sanctie werd in 1996 bij het invoeren van een loondoorbetalingsverplichting van 52 weken door de wetgever noodzakelijk geacht, vanuit de gedachte dat de bedrijfsverenigingen in staat moesten zijn om de schade die het gevolg zou zijn van de toekenning van een WAO-uitkering aan de werknemer te beperken, door tijdig reïntegratiemaatregelen te treffen.[39] Door de Wet REA en de Wet verbetering poortwachter zijn de reïntegratieverplichtingen echter op de werkgever komen te rusten, zodat (thans) het UWV sowieso geen schadebeperkende maatregelen meer treft. De Wet verbetering poortwachter heeft er voor gezorgd dat schade als gevolg van het nalaten van schadebeperkende maatregelen voor rekening van de werkgever komt door middel van verlenging van de loondoorbetalingsverplichting, terwijl de Wet verlenging loondoorbetalingsverplichting tijdens ziekte 2003 er voor gezorgd heeft dat de verlenging van de loondoorbetalingsverplichting wegens het treffen van te weinig reïntegratie-inspanningen door de werkgever cumuleert met de verlenging van de loondoorbetalingsverplichting wegens het niet tijdig doen van aangifte van arbeidsongeschiktheid door de werkgever.[40] Deze melding van arbeidsongeschiktheid is sindsdien voor het UWV alleen nog van belang om de ingangsdatum van de wachttijd voor de WAO te kunnen verifiëren.[41] Bij een dergelijke verplichting past niet een zo forse sanctie als die waarin art. 7:629 lid 11 BW thans voorziet, maar bijvoorbeeld een sanctie als die welke gesteld is op het niet doen van herstelmelding[42] of een omkering van de bewijslast ter zake van het intreden van de wachttijd ten nadele van de werkgever.

Aanbeveling 10: Het UWV dient de Ziektewetuitkering die wordt toegekend aan een werknemer die bij indiensttreding arbeidsgehandicapt was spontaan alsnog met terugwerkende kracht toe te kennen, indien en zodra het UWV kennis krijgt van het feit dat de werknemer arbeidsongeschikt is.

De werkgever die een werknemer in dienst neemt die al arbeidsgehandicapt is, heeft er recht op dat aan de werknemer ziekengeld op grond van de Ziektewet wordt toegekend, zodat hij dit kan verrekenen met het door te betalen loon.[43] De werkgever is echter niet per definitie

op de hoogte van het feit dat de werknemer arbeidsgehandicapt was, omdat de werknemer dat op grond van de wetsgeschiedenis van de Wet REA voor de werkgever mag verzwijgen.[44] Op grond daarvan wordt in die gevallen ook het ziekengeld niet tijdig aangevraagd, omdat de werkgever niet weet dat hij de daartoe vereiste aangifte van arbeidsongeschiktheid bij het UWV binnen twee dagen moet doen[45] en niet pas binnen dertien weken en één dag.[46] Sinds 2003 kent het UWV het ziekengeld wel op verzoek van de werkgever met terugwerkende kracht toe[47], maar dat verzoek zal de werkgever alleen doen als hij inmiddels weet dat de werknemer bij indiensttreding arbeidsgehandicapt was. Het belang van de werkgever brengt met zich mee, dat het UWV het ziekengeld uit eigen beweging met terugwerkende kracht toekent, indien het alsnog (bijvoorbeeld door middel van de aangifte van arbeidsongeschiktheid na dertien weken en één dag) kennis krijgt van de arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Dat zou dan wel betekenen dat de werkgever op die manier alsnog kennis krijgt van het feit dat de werknemer bij indiensttreding al arbeidsgehandicapt was. In dat verband bepleit het College bescherming persoonsgegevens dat de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een afweging maakt op welk moment de werkgever van dat feit kennis mag nemen.[48] Die afweging dient mijns inziens niet de minister te maken, maar de wetgever, hetgeen kan geschieden in het kader van het wetgevingsproces ter zake van de nieuwe WAO. Overigens heeft het Lisv in 1999 als beleidslijn aangenomen dat de toekenning van het ziekengeld ook zonder expliciet verzoek van de werkgever ambtshalve (en tot 100% van het dagloon) wordt gedaan, maar aan die beleidslijn wordt inmiddels geen uitvoering meer gegeven.[49]

Behalve de bovengenoemde tien aanbevelingen zijn nog wel andere te bedenken. Waar het om gaat is dat de wetgever zich structureel beraadt op de positie van de werkgever als het gaat om de arbeidsongeschiktheid van werknemers. Een dergelijke heroverweging is al te lang achterwege gebleven.

Mr. J.P.M. van Zijl is advocaat te Tilburg.

Noten

1. Wet Uitbreiding Loondoorbetalingsverplichting Bij Ziekte, wet van 8 februari 1996, Stb. 1996, 134.
2. Wet premiedifferentiatie en marktwerking bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, wet van 24 april 1997, Stb. 1997, 175.
3. Wet van 29 november 2001, Stb. 2001, 628.
4. Wet van 19 december 2003, Stb. 2003, 555.
5. CRvB 20 juli 2001, USZ 2001/199, RSV 2001/205.
6. Art. 88c WAO.
7. Art. 88g WAO. Zie daaromtrent: memorie van toelichting wetsontwerp nr. 24 698, nr. 3, p. 97.
8. Memorie van toelichting wetsontwerp nr. 24 698, nr. 3, p. 97.
9. De zieke werknemer en privacy. Regels voor de verwerking van persoonsgegevens van zieke werknemers, College bescherming persoonsgegevens mei 2004.
10. Zie mijn artikel 'Geheimhouding van advocaat ten opzichte van cliënt-werkgever', Advocatenblad 6 september 2002, p. 6-8, en mijn artikel 'Pemba: een eerlijk proces voor de werkgever?' SMA 2002, p. 567-576.
11. Art. 88 e.v. WAO.
12. CRvB 20 juli 2001, USZ 2001/199, RSV 2001/205.
13. In haar jaarrede voor de Nederlandse Juristen Vereniging van 8 juni 2001 (zie: NJB 2001, p. 1248-1252) vraagt voorzitster mevrouw W.M.G. Eekhof-De Vries waar toch al die geschillen over ziekte zouden zijn gebleven die zij in de jaren zestig, eerst als rechter bij de Raden van Beroep te Haarlem en Amsterdam en later als raadsheer van de Centrale Raad van Beroep per dag met een hele stapel op haar bureau aantrof. Van kantonrechters die daar na de invoering van de Wet uitbreiding loondoorbetaling bij ziekte op 1 maart 1996 over moesten beslissen, had zij begrepen dat zij op dat gebied geen zaak zagen.
14. Zoals art. 8:32 lid 2 Awb
15. Conform aan de oplossing die de Centrale Raad van Beroep bij de Wet Pemba heeft gekozen in zijn uitspraak van 20 juli 2001, USZ 2001/199, RSV 2001/205.
16. Nota n.a.v. het verslag wetsontwerp 24 439, nr. 6, p. 41.
17. CRvB 13 februari 2002, USZ 2002/101.
18. Althans de werkgever die zijn belangen in een juridische procedure ook door een jurist behartigd wenst te zien.
19. Of andere bijzondere gemachtigde.
20. Bijvoorbeeld omtrent het al dan niet bestaan van een arbeidsconflict en de daaraan gekoppelde mogelijkheid om de bedongen werkzaamheden bij de eigen werkgever te hervatten.
21. Art. 87d WAO kent slechts een termijn van zeventien weken voor het nemen van de eerste beslissing op het bezwaarschrift. Als die termijn al analoog van toepassing wordt geacht, wordt deze termijn in de praktijk vrijwel steeds zeer ruim overschreden.
22. Zie hierover echter het initiatiefwetsvoorstel nr. 29934 dat op 14 december 2004 bij de Tweede Kamer is ingediend.
23. Hierbij dient nog eens bedacht te worden dat de bepaling van art. 6 van het Besluit premiedifferentiatie WAO met zich meebrengt dat een uiteindelijk positieve beslissing voor de werkgever niet eens leidt tot directe premierestitutie over de jaren waarin een te hoge gedifferentieerde WAO-premie in rekening is gebracht, maar slechts tot een globale correctie in het premiejaar gelegen twee jaar na het jaar van intrekking of herziening van de WAO-uitkering. Voor de eigenrisicodrager is niet eens in de wet bepaald hoe de werkgever schadeloos wordt gesteld voor de ten onrechte betaalde WAO-uitkering.
24. Dat daarmee verschil ontstaat tussen de gevolgen van de beslissing over de WAO-uitkering voor de werkgever en die voor de werknemer kan geen argument zijn, aangezien dat verschil onder de huidige wetgeving ook al bestaat. Art. 36b lid 1 WAO maakt dit onderscheid door te bepalen, dat het bezwaar of beroep van de werkgever slechts kan leiden tot herziening of intrekking van de WAO-uitkering van de werknemer nadat zes weken zijn verstreken sinds de dag van de uitspraak van de rechter of van de beslissing op het bezwaarschrift van het UWV, behoudens indien de te hoge WAO-uitkering te wijten is aan eigen schuld of toedoen van de werknemer.
25. Zoals op grond van art. 6 Besluit premiedifferentiatie WAO het geval is. Zie dienaangaande: CRvB 11 november 2004, nr. 011851, WAO.
26. Zoals ten aanzien van kleine werkgevers in 2003 het geval was, zonder dat bij die afschaffing een voorziening ter zake getroffen werd. Zie dienaangaande: CRvB 11 november 2004, nr. 011851, WAO.
27. CRvB 27 april 1977, RSV 1977/90 en CRvB 12 januari 1983, RSV 1983/108.
28. Zie voor een geval waarin wel opzet werd aangenomen toen de werknemer arbeidsongeschikt werd ten gevolge van een verkeersongeval waarbij de werknemer onder invloed van alcohol een auto bestuurde: Ktr. Amersfoort 12 december 2001, JAR 2002/34. Anders echter: Ktr. Heerlen 4 juli 2001, JAR 2001/247.
29. Art. 7:661 BW.
30. Art. 6:107a BW.
31. HR 12 december 1986, NJ 1987, 958 en recent nog: HR 24 oktober 2003, JAR 2003/279.
32. Art. 6:107 lid 1 BW.
33. Art. 90 lid 3 WAO.
34. Art. 6 Besluit premiedifferentiatie WAO.
35. Het zogenaamde 'civiele plafond' van art. 6:107a B.W. Zie hieromtrent: M.J.F. Goethals: 'Wettelijk regresrecht werkgever', Arbeidsrecht 1996, 10.
36. Art. 6:107 BW.
37. Art. 38 lid 2 Ziektewet.
38. Art. 7:629 lid 11 BW.
39. Memorie van toelichting bij Wet uitbreiding loondoorbetalingsverplichting bij ziekte, wetsontwerp 24 439, nr. 3, p. 41-43.
40. Memorie van toelichting bij Wet uitbreiding loondoorbetalingsverplichting bij ziekte 2003, wetsontwerp nr. 29 231, nr. 3, p. 36.
41. Memorie van toelichting bij Wet uitbreiding loondoorbetalingsverplichting bij ziekte 2003, wetsontwerp nr. 29 231, nr. 3, p. 22.
42. Op grond van art. 38 lid 4 ZW: betaling van een boete van ten hoogste € 454.
43. Art. 29b Ziektewet. De uitkering bedraagt 100% van het dagloon in de eerste 52 weken en 70% van het dagloon in de tweede 52 weken.
44. Zie: memorie van toelichting bij Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten, wetsontwerp nr. 25 478, nr. 3, p. 31.
45. Zoals art. 38a lid 1 Ziektewet voor arbeidsgehandicapte werknemers vereist.
46. Zoals art. 38 lid 1 Ziektewet voor gewone werknemers vereist.
47. Aldus althans het College bescherming persoonsgegevens in De zieke werknemer en privacy. Regels voor de verwerking van persoonsgegevens van zieke werknemers, mei 2004, p. 109.
48. College bescherming persoonsgegevens in De zieke werknemer en privacy. Regels voor de verwerking van persoonsgegevens van zieke werknemers, mei 2004, p. 65.
49. Mededeling M 99.027 van het Lisv van 9 april 1999. Voorzover bekend is deze mededeling nooit ingetrokken, zodat het vreemd is dat daaraan geen uitvoering meer wordt gegeven. Overigens erkent ook het Lisv blijkens punt 7 van het te voeren beleid in de mededeling de spanning tussen de bescherming van de privacy van de arbeidsgehandicapte werknemer en het belang van de werkgever bij toekenning van de voordelen die verbonden zijn aan het feit dat hij een arbeidsgehandicapte werknemer in dienst heeft genomen.