

University of Groningen

Toegang tot het recht bij ziekte en arbeidsongeschiktheid

Rijpkema, Abraham Meindert Pieter

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2013

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Rijpkema, A. M. P. (2013). Toegang tot het recht bij ziekte en arbeidsongeschiktheid: procedures en rechtsbescherming in de publiek-private mix Groningen: Kluwer

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Toegang tot het recht bij ziekte en arbeidsongeschiktheid

Procedures en rechtsbescherming in de publiek-private mix

Van dit proefschrift is een handelseditie verschenen in de Serie Monografieën Sociaal recht, ISBN 978 90 13 11954 1

ISBN 10306065

Ontwerp omslag: Bert Arts bNO

© 2013, A.M.P. Rijpkema

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl of kunt u opvragen via de klantenservice.

RIJKSUNIVERSITEIT GRONINGEN

Toegang tot het recht bij ziekte en arbeidsongeschiktheid

Procedures en rechtsbescherming in de publiek-private mix

Proefschrift

ter verkrijging van het doctoraat in de
Rechtsgeleerdheid
aan de Rijksuniversiteit Groningen
op gezag van de
Rector Magnificus, dr. E. Sterken,
in het openbaar te verdedigen op
donderdag 7 november 2013
om 16.15 uur

door

Abraham Meindert Pieter Rijpkema

geboren op 3 juni 1982
te Winschoten

Promotores: Prof.dr. G.J. Vonk
Prof.mr.dr. W.A. Zondag
Copromotor: Mr.dr. A. Tollenaar

Beoordelingscommissie: Prof.mr.dr. H.E. Bröring
Prof.mr. S. Klosse
Prof.dr. J. de Ridder

VOORWOORD

Promoveren doet denken aan een 'regulatory welfare state', maar dan wel één in optima forma. Enerzijds veel eigen verantwoordelijkheid in het onderzoek, anderzijds duidelijke kaders, begeleiding en deskundigenoordelen waar nodig. Hiermee bleef ik op koers. Hiervoor wil ik mijn promotores Gijs Vonk en Wijnand Zondag en mijn copromotor/dagelijks begeleider Albertjan Tollenaar hartelijk danken. Ook wil ik Herman Bröring, Saskia Klosse en Ko de Ridder hartelijk danken voor hun bereidheid zich in de beoordelingscommissie te buigen over het resultaat van mijn inspanningen.

Promoveren doe je alleen, maar eenzaam ben je met alle hulp van anderen nooit. De lijst van alle mensen die ik hiervoor dankbaar ben is te lang voor een voorwoord: mijn vakgroepgenoten bij Bestuursrecht & Bestuurskunde, in het bijzonder mijn kamer-genoten Lorenzo Squintani en Alex Corra, mijn promovendi-genoten in binnen- en buitenland en alle andere personen met wie ik de afgelopen jaren al mijn ervaringen mocht delen. Bijzondere dank gaat uit naar Jan Bernard Marsman en Alex Corra voor hun bereidheid te paranimfen.

Ook Instituut GAK wil ik hartelijk danken voor de ondersteuning van mijn onderzoek en het overkoepelende project 'Public governance in the welfare state', met name Alex Brenninkmeijer, Herman Bolt, Wim van Oorschot, Cor van Montfort en Boudien Krol voor hun begeleiding van en belangstelling voor mijn onderzoek.

Haarlem, augustus 2013

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

HOOFDSTUK 1

Inleiding tot het onderzoek / 1

- 1.1 Inleiding / 1
- 1.2 Centrale vraag / 3
- 1.3 Deelvragen / 5
- 1.4 Methodologie / 7
- 1.5 Leeswijzer / 7

HOOFDSTUK 2

Sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid tussen publiek en privaat / 9

- 2.1 Inleiding / 9
- 2.2 Voor 1901: zelfvoorziening, private verzekeringen en aansprakelijkheidsrecht / 10
- 2.3 Na 1901: de Ongevallenwet, Ziektewet en Invaliditeitswet / 11
- 2.4 Na 1967: de Ziektewet en de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering / 14
- 2.5 Na 1992: van publiek naar privaat / 16
- 2.6 De huidige verhouding tussen publiek en privaat / 21
- 2.7 Conclusie / 22

HOOFDSTUK 3

Het normatieve kader: toegang tot het recht / 25

- 3.1 Inleiding / 25
- 3.2 Toegang tot het recht verkend / 25
- 3.3 Toegang tot het recht in dit onderzoek / 28
 - 3.3.1 Transparantie / 29
 - 3.3.2 Consistentie / 31

- 3.3.3 Finaliteit / 32
- 3.4 Functie van het normatieve kader / 33
- 3.5 Conclusie / 33

HOOFDSTUK 4

Toegang tot het recht bij ziekte / 35

- 4.1 Inleiding / 35
- 4.2 Loondoorbetaling bij ziekte / 36
 - 4.2.1 Rechten en plichten / 36
 - 4.2.2 Procedures / 40
 - 4.2.3 Bijzondere waarborgen / 46
- 4.3 Procedures getoetst / 48
 - 4.3.1 Transparantie / 48
 - 4.3.1.1 Kenbaarheid van het deskundigenoordeel-vereiste / 48
 - 4.3.1.2 Kenbaarheid van de loonstop / 51
 - 4.3.2 Consistentie / 54
 - 4.3.2.1 Rechtsbescherming tegen het deskundigenoordeel / 54
 - 4.3.2.2 Zorgvuldigheid bij de totstandkoming van het deskundigenoordeel / 56
 - 4.3.2.3 De loonvorderingsprocedure en privacy / 64
 - 4.3.3 Finaliteit / 69
 - 4.3.3.1 Definitieve afwijzing van een loonvordering zonder deskundigenoordeel / 69
 - 4.3.3.2 Beperkingen aan het deskundigenoordeel in hoger beroep / 74
- 4.4 Conclusie / 75

HOOFDSTUK 5

Toegang tot het recht bij de overgang van ziekte naar arbeidsongeschiktheid / 79

- 5.1 Inleiding / 79
- 5.2 Overgang van ziekte naar arbeidsongeschiktheid / 80
 - 5.2.1 Rechten en plichten / 80
 - 5.2.2 Procedures / 86
 - 5.2.2.1 Publiekrechtelijke procedures / 86
 - 5.2.2.2 Privaatrechtelijke procedures / 86
 - 5.2.3 Bijzondere waarborgen / 87
- 5.3 Procedures getoetst / 88
 - 5.3.1 Transparantie / 88
 - 5.3.1.1 Beperkingen aan gerichte informatieverstrekking vanuit het UWV / 89
 - 5.3.1.2 Onbepaaldheid van de re-integratieverplichtingen / 91
 - 5.3.2 Consistentie / 96
 - 5.3.2.1 De vaststelling van de wachttijd / 97
 - 5.3.2.2 De motivering van de loonsanctie / 99
 - 5.3.2.3 Het ontbreken van begunstigingstermijnen / 101
 - 5.3.2.4 Ex tunc-toetsing in bezwaar / 102
 - 5.3.3 Finaliteit / 104
 - 5.3.3.1 De afdwingbaarheid van een loonsanctiebesluit / 104

- 5.3.3.2 De afwikkeling van een onrechtmatig loonsanctiebesluit / 108
- 5.3.3.3 De loonsanctie in een loonvorderingsprocedure / 110
- 5.4 Conclusie / 112

HOOFDSTUK 6

Toegang tot het recht bij arbeidsongeschiktheid / 115

- 6.1 Inleiding / 115
- 6.2 Het eigenrisicodragerschap in de Wet WIA / 116
 - 6.2.1 Rechten en plichten / 116
 - 6.2.2 Procedures / 119
 - 6.2.3 Bijzondere waarborgen / 120
- 6.3 Procedures getoetst / 122
 - 6.3.1 Transparantie / 122
 - 6.3.1.1 Onzekerheid over de omvang van het eigen risico / 122
 - 6.3.1.2 De verhouding tussen eigenrisicodragers en werknemer: publiek of privaat? / 126
 - 6.3.2 Consistentie / 128
 - 6.3.2.1 De invloed van werknemers op het eigenrisicodragerschap / 128
 - 6.3.2.2 De re-integratietaak / 131
 - 6.3.2.3 De sanctiebevoegdheid / 134
 - 6.3.2.4 De keuzeruimte van de werkgever / 136
 - 6.3.2.5 Toezicht op het publieke belang / 138
 - 6.3.2.6 Privacy bij het eigenrisicodragerschap / 140
 - 6.3.3 Finaliteit / 142
 - 6.3.3.1 Gefragmenteerde besluitvorming / 143
 - 6.3.3.2 Afwikkeling van onrechtmatige besluiten / 145
- 6.4 Conclusie / 146

HOOFDSTUK 7

Conclusies van het onderzoek / 149

- 7.1 Inleiding / 149
- 7.2 Bevindingen in beeld / 149
- 7.3 Aanbevelingen in beeld / 153
- 7.4 Het onderzoek in 'regulatory welfare state'-perspectief / 156
- 7.5 Slotbeschouwing / 159

Samenvatting / 161

Summary / 167

Literatuur / 173

Jurisprudentie / 185

Afkortingen / 191

Curriculum vitae / 193

HOOFDSTUK 1

Inleiding tot het onderzoek

1.1 Inleiding

De werknemer die door ziekte niet in staat is te werken en wil weten wat dit voor hem betekent, komt voor allerlei vragen te staan. Hij zal bijvoorbeeld willen weten wat de gevolgen zijn voor zijn inkomen en of hij een beroep kan doen op bepaalde voorzieningen. Ook zal de werknemer duidelijkheid willen over wat precies van hem wordt verwacht. Vooral wanneer hem aanspraken worden ontzegd, nemen dit soort vragen in belang toe. Zijn bestaanszekerheid is dan immers in het geding. Ook de werkgever kan in onduidelijkheid en onzekerheid verkeren over de vraag wat hij moet doen. Wordt hij geconfronteerd met een ziekmelding van zijn werknemer, dan zal hij willen weten wat hiervan precies de consequenties zijn.

De antwoorden op dit soort vragen zijn door de veranderingen in de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid gedurende de afgelopen twintig jaar anders komen te luiden dan voorheen. Vanaf de jaren 1990 is de publiekrechtelijke aanspraak op ziekgeld grotendeels vervangen door de privaatrechtelijke loon- doorbetalingsplicht bij ziekte. De vormgeving bij langdurige arbeidsongeschiktheid is nog altijd publiekrechtelijk. Toch is ook hier de betrokkenheid van de werkgever vergroot met figuren als premiedifferentiatie en eigenrisicodragerschap. Parallel hieraan is het belang van re-integratie toegenomen. De werknemer heeft recht op inkomensbescherming wanneer hij door ziekte niet kan werken op voorwaarde dat hij zo snel mogelijk herstelt en zijn werkzaamheden hervat. Kortom, met de verschuiving van een publieke naar een meer private vormgeving zijn de verantwoordelijkheden anders verdeeld tussen overheid, werkgever en werknemer. Nederland onderscheidt zich hiermee van veel andere landen, waarin een publieke vormgeving van de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid het uitgangspunt is.¹

De decollectivering en individualisering die zich in de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid hebben voorgedaan, zijn te plaatsen in het bredere perspectief van de wijze waarop de laatste decennia het Nederlandse rechtstelsel is

1 Veel andere westerse landen kenmerken zich door publieke, collectieve stelsels. Individuele verantwoordelijkheden zijn hierin beperkt. Zie onder meer Pieters 2002. Duitsland en het Verenigd Koninkrijk kennen bijvoorbeeld weliswaar ook vormen van loondoorbetaling bij ziekte, maar deze zijn niet zo vergaand als in Nederland. Voor een beschrijving van de Duitse en Britse sociale zekerheid bij ziekte zie Hoogendijk 1999, p. 221-282. Zie ook Scheil-Adlung & Sandner 2010. Zie voorts de overzichten van de ILO die toegankelijk zijn via: www.ilo.org.

ingericht. Door de keuze voor bepaalde vormen van regulering heeft Nederland veel kenmerken gekregen van wat in de literatuur wordt aangeduid als een *regulatory state*.² Dit verre van eenduidige begrip ziet op de wijze waarop de overheid private partijen aanstuurt. De overheid staat zo veel mogelijk op afstand en stelt de kaders waarbinnen de verantwoordelijke partijen vrij kunnen functioneren. De kaders worden zodanig vormgegeven dat publieke belangen, die voorheen door de overheid zelf werden behartigd, ook door private partijen worden geborgd.³

De *regulatory state* kenmerkt zich dus niet alleen door het toekennen van verantwoordelijkheden aan private partijen, maar ook door regulering van de invulling van deze verantwoordelijkheden. In dit kader wordt ook wel de term gereguleerde marktwerking gebruikt. De regulering hoeft overigens niet noodzakelijkerwijs in de mal te zijn gegoten van het klassieke *command and control*-model. Ook het reguleren en stimuleren van zelfregulering behoren tot de mogelijkheden.⁴

Vormen van de *regulatory state* zijn te herkennen op verschillende terreinen. In de gas- en elektriciteitsvoorziening en het openbaar vervoer zijn bijvoorbeeld allerlei staatsbedrijven in private handen gekomen.⁵ Als het gaat over de veranderingen in de sociale zekerheid, kan ook de term 'regulatory welfare state' worden gehanteerd. Dit begrip wordt geassocieerd met een vormgeving waarbij de sociale zekerheid niet direct door de overheid zelf wordt uitgevoerd, maar hooguit op afstand door de overheid wordt aangestuurd. De sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid is hiervan niet het enige voorbeeld. Er kan bijvoorbeeld ook worden gewezen op de uitbesteding van de gemeentelijke re-integratietaken in het kader van de bijstand aan particuliere re-integratiebedrijven en de contractuele inkadering hiervan.⁶ Ook de gereguleerde markt van zorgverzekeringen binnen de kaders van de Zorgverzekeringswet springt in het oog.

In dit onderzoek staat de vraag centraal in hoeverre de wetgever erin is geslaagd het publieke belang van de *toegang tot het recht* te borgen in de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid. Er is specifiek gekozen voor toegang tot het recht, omdat dit publieke belang als voorwaarde kan worden gezien voor de borging van andere publieke belangen, zoals bestaanszekerheid, gelijke behandeling en privacy.⁷

Dit hoofdstuk geeft een uiteenzetting van de hoofdlijnen van het onderzoek. Allereerst wordt in de volgende paragraaf de centrale vraag nader geformuleerd. Deze wordt vervolgens uitgewerkt in vijf deelvragen (paragraaf 1.3). Hierna wordt een

2 Zie voor een overzicht van literatuur over de 'regulatory state' Moran 2002.

3 WRR 2000.

4 De Búrca & Scott noemen dit 'new governance' in tegenstelling tot 'old governance'. Zie De Búrca & Scott 2006, p. 2. Zie ook Vonk & Tollenaar 2010.

5 Zie Wilkeshuis 2010.

6 Zie Corra & De Ridder 2013.

7 Ook effectiviteit en efficiëntie kunnen worden gezien als afzonderlijke publieke belangen. Over de wijze waarop deze belangen door het nieuwe stelsel bij ziekte en arbeidsongeschiktheid worden gediend zie onder meer de evaluatie van de Wet WIA, *Kamerstukken II*, 2010/11, Bijlage bij kamerstuk 32 716, nr. 1. De cijfers lijken er op te wijzen dat de veranderingen succes hebben in de zin dat het ziekteverzuim is gedaald en er minder mensen arbeidsongeschikt zijn. Zie hierover ook Van Sonsbeek & Gradus 2010, De Jong e.a. 2010, p. 308-309.

beschrijving gegeven van de te hanteren methodologie (paragraaf 1.4) en wordt het hoofdstuk afgesloten met een korte leeswijzer (paragraaf 1.5).

1.2 Centrale vraag

In dit onderzoek staat de volgende vraag centraal:

‘Welke gevolgen heeft de verschuiving van publiek naar privaat in de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid voor de toegang tot het recht van de werkgever en van de werknemer?’

Eén van de terugkerende thema's in de wetsgeschiedenis van het huidige stelsel is de vraag wat de verschuiving van publiek naar privaat betekent voor de toegang tot het recht. Steeds als de werkgever op de voorgrond treedt en de overheid een terugtrekkende beweging maakt, is een belangrijk aandachtspunt hoe dit doorwerkt in de rechtsbescherming.

Het debat over de uitbreiding van de loondoorbetaling bij ziekte is illustratief voor het soort argumenten dat in dit verband wordt uitgewisseld. Eén van de punten van kritiek op dit voorstel was dat de werknemer slechter af zou zijn in de privaatrechtelijke loonvorderingsprocedure dan in de publiekrechtelijke procedures over ziekgeld. Zo zou de civiele rechter zich passiever opstellen dan de bestuursrechter. Hierdoor zou de werknemer zijn aangewezen op procesvertegenwoordiging. Ook werd gevreesd dat procedures langer zouden gaan duren en meer zouden gaan kosten.⁸

De regering reageerde als indiener van het wetsvoorstel op dit soort kritiek door de verschillen tussen het bestuursrecht en het civiele recht te relativieren. De overeenkomsten zouden groter zijn dan de verschillen en de publieke en private stelsels zouden bovendien naar elkaar toe groeien. Ook werd er op gewezen dat de werkwijzen van de civiele rechters en bestuursrechters nauwelijks zouden uiteenlopen. De verwachting werd uitgesproken dat de lijdelijkheid van de civiele rechter geen nadelige consequenties met zich zou meebrengen.⁹ De regering bracht ook de bijzondere inrichting van de loonvorderingsprocedure naar voren. Deze week op bepaalde punten af van het algemene burgerlijk procesrecht. Hierbij was inspiratie gezocht in het bestuursprocesrecht. Zo zouden de griffierechten laag zijn en zou de werknemer in beginsel niet worden veroordeeld in de proceskosten.¹⁰ Ook de mogelijkheid van de werknemer om zonder procesvertegenwoordiging te procederen in eerste aanleg deed volgens de regering denken aan bestuursrechtelijke procedures.¹¹

Kortom, uit de discussie komt nadrukkelijk het beeld naar voren dat het de bedoeling noch de verwachting van de wetgever was dat de kwaliteit van de rechtsbescherming

8 *Handelingen II* 1995/96, 29, p. 2218 en p. 2250, *Handelingen II* 1995/96, 32, p. 2482-2483.

9 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr. 6, p. 23-24, *Handelingen II* 1995/96, 31, p. 2395. *Handelingen II* 1995/96, 32, p. 2516-2517.

10 In 2013 bedraagt het griffierecht bij de kantonrechter voor een loonvordering van meer dan € 500,- en niet meer dan € 12.500,- € 213,-. Bedraagt de vordering meer dan € 12.500,-, dan is dit € 448,-. Voor onvermogenen geldt een verlaagd tarief van € 75,-. Ter vergelijking, voor bestuursrechtelijke zaken over een uitkering is de hoogte van het griffierecht € 44,-. Zie de bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken en artikel 8:41 Awb.

11 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 14.

zou worden aangetast. Wel werd verschillend gedacht over de vraag wat de precieze gevolgen zouden zijn van de verschuiving van publiek naar privaat voor de toegang tot het recht.

De wetgever kon niet voorzien wat precies de gevolgen van de verschuiving van publiek naar privaat zouden zijn voor de toegang tot het recht. Dit nodigt uit tot het doen van onderzoek waarin dit kan worden vastgesteld. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gekeken wat het betekent dat bestuursrechtelijke en civielrechtelijke procedures parallel aan elkaar lopen of op elkaar volgen. Ook kan worden nagegaan hoe bijzondere voorzieningen die de wetgever heeft getroffen, zoals de verplichting om een deskundigenoordeel aan te vragen bij het UWV voordat over het recht op loondoorbetaling kan worden geprocedeerd, de toegang tot het recht beïnvloeden.

Wat de gevolgen van de verschuivingen in dit rechtsgebied zijn voor de toegang tot het recht, heeft meer in het bijzonder belang, omdat veel kritiek door de regering werd beantwoord met het argument dat de rechtsbescherming hetzelfde niveau zou houden als voorheen. Dat partijen zich altijd tot een rechter konden wenden, werd voorts als argument gebruikt om de normen in wet- en regelgeving algemeen van aard te houden.¹² Het stelsel steunt dus ook in belangrijke mate op het correctievermogen van de rechter. Dit vereist wel dat de rechter in concrete zaken deze rol kan vervullen en hiertoe ook bereid is.

Geen enkel onderzoek staat op zichzelf. In elk onderzoek wordt in meer of mindere mate voortgebouwd op eerdere studies en worden er nog niet verkende aspecten uitgediept. Ook de veranderingen in de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid zijn al het onderwerp geweest van analyses in uiteenlopende disciplines. Sociaalrechtelijke onderzoekers hebben zich wat dit betreft niet onbetuigd gelaten.

Als het om sociaalrechtelijk onderzoek gaat, kan naast de artikelen in vakbladen en bijdragen in bundels, met name worden gewezen op een reeks van dissertaties die de afgelopen jaren zijn verschenen met betrekking tot de inkomensbescherming bij kort- en langdurende arbeidsongeschiktheid. Verschillende onderzoeken zetten de veranderingen in een breder perspectief. Zo zijn de veranderingen in de jaren 1980 en 1990 vanuit uiteenlopende invalshoeken onderzocht. Fluit ging bijvoorbeeld op gestructureerde wijze na in hoeverre de herstructureringsmaatregelen in deze jaren het solidaire karakter van de Ziektewet (ZW), de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) en de Werkloosheidswet (WW) hebben veranderd.¹³ Liedorp richtte zich op de vraag in hoeverre zich in deze periode een verandering heeft voorgedaan in de wijze waarop door de overheid met wetgeving wordt gestuurd. Dit ging zij na op het terrein van inkomensbescherming, re-integratie en preventie met betrekking tot kort- en langdurende arbeidsongeschiktheid.¹⁴

12 Dit argument is bijvoorbeeld te zien in de parlementaire behandeling van de vormgeving van de privacybescherming in het kader van de loondoorbetaling bij ziekte. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 27-28 over het niet uitwerken van een regeling voor de afweging van de belangen van werkgever en werknemer rond het al dan niet openbaren van de medische gegevens van de werknemer.

13 Fluit 2001.

14 Liedorp 2002.

Barentsen richtte zich op de ontwikkeling van en de verhouding tussen werkgeversaansprakelijkheid, wettelijke bedrijfsongevallenverzekering en de WAO als 'algemene' arbeidsongeschiktheidsverzekering.¹⁵ Ook de uitbreiding van de loondoorbetalingsplicht bij ziekte is aanleiding geweest voor verschillende studies.

Hoogendijk ging na of in het stelsel met de loondoorbetalingsplicht bij ziekte (toen nog gedurende het eerste ziektejaar) het vraagstuk van de ongelijkheidscompensatie in voldoende mate de aandacht van de wetgever had gekregen. Hierbij woog zij ook af of dit tot een evenwichtig resultaat van rechten en plichten had geleid.¹⁶ Wat de inkomensbescherming bij ziekte betreft, onderzocht Sparrius – na een historisch overzicht te hebben gegeven van de ontwikkelingen in de verantwoordelijkheidsverdeling op dit terrein – hoe vanaf de jaren 1990 het stelsel in het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht is vormgegeven en in hoeverre de hierbij veranderde verantwoordelijkheidsverdeling voldoet aan bepaalde constitutionele en internationaal-rechtelijke voorwaarden.¹⁷ Of de inkomensbescherming bij ziekte voldoet aan bepaalde randvoorwaarden is voor wat betreft de privacybescherming van de werknemer onderzocht door Van der Helm.¹⁸

De specifieke vraag hoe de veranderingen in de inkomensbescherming bij kort- en langdurende arbeidsongeschiktheid uitwerken in de rechtsbescherming kreeg in bovengenoemde onderzoeken in meer of mindere mate de aandacht, maar was hierin nooit het centrale onderwerp.¹⁹ Dit onderzoek, dat juist wordt ingestoken vanuit het perspectief van toegang tot het recht, beoogt het aspect van de gevolgen van de veranderingen voor de rechtsbescherming verder uit te werken. Bij deze analyse kunnen ook bijdragen op dit terrein worden betrokken die de laatste jaren zijn verschenen in de sociaalrechtelijke literatuur en annotaties bij voor dit onderwerp significante uitspraken.

1.3 Deelvragen

De centrale vraag wordt uitgewerkt in vijf deelvragen. Deze luiden als volgt:

1. *Hoe heeft de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid zich ontwikkeld tussen publiek en privaat?*
2. *Wat wordt voor de doeleinden van dit onderzoek verstaan onder toegang tot het recht?*
3. *Zijn er knelpunten in de toegang tot het recht van werkgever en werknemer bij geschillen over ziekte?*
4. *Zijn er knelpunten in de toegang tot het recht van werkgever en werknemer bij geschillen over verlenging van de loondoorbetalingsperiode?*
5. *Zijn er knelpunten in de toegang tot het recht van werkgever en werknemer bij geschillen rondom het Wet WIA-eigenrisicodragerschap?*

15 Barentsen 2003.

16 Hoogendijk 1999.

17 Sparrius 2001.

18 Van der Helm 2009.

19 Eén van de aandachtspunten van Sparrius was bijvoorbeeld de verenigbaarheid van de veranderingen met de vereisten die voortvloeien uit het recht op toegang tot de rechter. Zie Sparrius 2001.

1. Hoe heeft de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid zich ontwikkeld tussen publiek en privaat?

Om het huidige stelsel in perspectief te plaatsen wordt bij de beantwoording van deze deelvraag de historische ontwikkeling van de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid geschetst. Hieronder wordt in dit onderzoek verstaan de publiek- en privaatrechtelijke inkomensbescherming voor werknemers bij kort- en langdurende arbeidsongeschiktheid. De invalshoek bij het beschrijven van de ontwikkelingen zijn de verschuivingen tussen publiek en privaat die dit rechtsgebied hebben gekenmerkt.

2. Wat wordt voor de doeleinden van dit onderzoek verstaan onder toegang tot het recht?

Deze deelvraag ziet op de inkadering van het begrip toegang tot het recht in dit onderzoek. Na een verkenning van de wijze waarop dit begrip door verschillende disciplines pleegt te worden benaderd, wordt een normatief kader ontwikkeld aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of de inrichting van procedures en rechtsbescherming de toegang tot het recht positief of negatief beïnvloedt.

Het normatieve kader staat centraal in de knelpuntenanalyses die in het kader van de volgende drie deelvragen worden uitgevoerd. Deze deelvragen hebben betrekking op de kwaliteit van enkele van de procedures die zijn voortgekomen uit de verschuiving van publiek naar privaat. Het gaat om procedures bij geschillen over de loonaanspraak bij ziekte, bij de verlenging van de wettelijke loondoorbetalingsperiode en bij het Wet WIA-eigenrisicodragerschap.

3. Zijn er knelpunten in de toegang tot het recht van werkgever en werknemer bij geschillen over ziekte?

Bij de uitwerking van deze deelvraag staat de loonvorderingsprocedure op grond van artikel 7:629 BW centraal. Bijzondere aandacht gaat hierbij uit naar het deskundigenoordeel van het UWV. Dit heeft verschillende functies. Aan de ene kant dient het als een belangrijk bewijsmiddel in een loonvorderingsprocedure. Dit betekent dat het deskundigenoordeel ook verdere procedures (bij de rechter) kan voorkomen, omdat partijen zich bij het oordeel kunnen neerleggen zonder door te procederen. Aan de andere kant kan een deskundigenoordeel ook in de weg staan van een inhoudelijke beoordeling, omdat bij het ontbreken hiervan de loonvordering in beginsel wordt afgewezen.

4. Zijn er knelpunten in de toegang tot het recht van werkgever en werknemer bij geschillen over verlenging van de loondoorbetalingsperiode?

Bij de beantwoording van deze deelvraag richt de aandacht zich op procedures over het verlengen van de loondoorbetaling bij ziekte. Centraal hierbij staan de besluiten die het UWV neemt rondom de loonsanctie. Er wordt een loonsanctie met een verlenging van de loondoorbetalingsperiode van ten hoogste 52 weken opgelegd bij schending van de re-integratieverplichtingen die de werkgever tegenover het UWV heeft om instroom van de werknemer in de Wet WIA te voorkomen. Zijn de tekortkomingen in de re-integratie hersteld, dan wordt de loonsanctie op aanvraag van de werkgever bekort.

5. Zijn er knelpunten in de toegang tot het recht van werkgever en werknemer bij geschillen rondom het Wet WIA-eigenrisicodragerschap?

Deze deelvraag spitst zich toe op procedures die spelen rond het Wet WIA-eigenrisicodragerschap. In het kader van deze vraag wordt aandacht besteed aan twee rechtsverhoudingen. In de eerste verhouding gaat het om procedures tussen enerzijds de eigenrisicodrager en anderzijds het UWV (en de Belastingdienst) over het bestaan en de reikwijdte van het eigenrisicodragerschap. De tweede verhouding betreft procedures tussen eigenrisicodrager en werknemer over besluiten die worden genomen in het kader van de uitoefening van de re-integratietask op grond van de Wet WIA.

1.4 Methodologie

Het onderhavige onderzoek is juridisch van aard. Dit houdt in dat op systematische wijze relevante wet- en regelgeving, jurisprudentie en literatuur worden bestudeerd. Bij de beantwoording van de deelvraag over de historische ontwikkeling van de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid tussen publiek en privaat wordt hoofdzakelijk geput uit de literatuur. Hetzelfde geldt voor de beantwoording van de deelvraag over toegang tot het recht. Dit begrip wordt eerst verkend aan de hand van enkele empirische en juridische benaderingen. Hierop wordt vervolgens voortgebouwd bij de eigen uitwerking van het begrip in een normatief kader. Dit kader dient ertoe om knelpunten voor de toegang tot het recht op te sporen en te ordenen. Ook kunnen er op basis van het kader uitspraken worden gedaan over de mate waarin de toegang tot het recht in de knel komt.

Bij de beantwoording van de drie bijzondere deelvragen waarin vanuit het opgestelde normatieve kader in de opeenvolgende fasen wordt onderzocht welke knelpunten bestaan in de geselecteerde procedures, wordt gebruik gemaakt van de toepasselijke wet- en regelgeving met de achterliggende wetsgeschiedenis en de jurisprudentie. In de analyse worden ook beschouwingen uit de literatuur betrokken.

1.5 Leeswijzer

Het onderzoek bestaat uit een algemeen en een bijzonder deel. In het algemene deel worden de twee kaderscheppende deelvragen beantwoord met een schets van de geschiedenis van de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid (hoofdstuk 2) en een uiteenzetting van het in dit onderzoek te hanteren normatieve kader van toegang tot het recht (hoofdstuk 3).

In het bijzondere deel van het onderzoek worden de drie concrete deelvragen beantwoord met knelpuntenanalyses in de geselecteerde procedures. Hoofdstuk 4 richt zich op de sociale zekerheid bij ziekte, hoofdstuk 5 op de overgang van ziekte naar arbeidsongeschiktheid en hoofdstuk 6 op de sociale zekerheid bij arbeidsongeschiktheid. De knelpuntenanalyses in deze hoofdstukken worden steeds voorafgegaan door een selectie van de te onderzoeken procedures en een schets van de hoofdlijnen hiervan.

In hoofdstuk 7 worden de conclusies van het onderzoek gepresenteerd. Hierbij worden enkele bevindingen uit de eerdere hoofdstukken uitgelicht en worden ook aanbevelingen besproken. Daarnaast worden de conclusies van het onderzoek in 'regulatory welfare state'-perspectief geplaatst.

HOOFDSTUK 2

Sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid tussen publiek en privaat

2.1 Inleiding

Kenmerkend aan het socialezekerheidsrecht is de frequentie waarmee het verandert.¹ Dit is niet anders voor de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid. Met name de ontwikkelingen van de laatste twintig jaar springen in het oog. Deze kunnen worden gekwalificeerd als een verschuiving van publiek naar privaat met een individualisering van risico's die voorheen publiek en collectief werden gedragen. Het meest in het oog springende voorbeeld hiervan is de uitbreiding van de werkgeversverantwoordelijkheid voor de loondoorbetaling bij ziekte, een proces dat ook wel wordt aangeduid als de 'privatisering van de Ziektewet'.

In dit hoofdstuk wordt nagegaan hoe het stelsel in het verleden heeft bewogen tussen de uitersten van publiek en privaat en hoe dit heeft uitgewerkt in het recht en de procedures. Het doel van dit hoofdstuk is niet om een uitputtend historisch overzicht te geven, maar om enkele hoofdlijnen uit te lichten gezien vanuit publiek/privaat-perspectief.² Hierbij is bijzondere aandacht voor procedures die eigen zijn aan dit rechtsgebied, zoals procedures die voorzien in de inbreng van deskundigen.

Vanuit het gekozen publiek/privaat-perspectief kan op grond van de vormgeving van de sociale zekerheid een grove periodisering worden gemaakt in vier fasen:

- 1) Voor 1901: zelfvoorziening, private verzekeringen en aansprakelijkheidsrecht;
- 2) Na 1901: de Ongevallenwet, Ziektewet en Invaliditeitswet;
- 3) Na 1967: de Ziektewet en de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering; en
- 4) Na 1992: van publiek naar privaat.

Bij bovenstaande indeling moet wel, zoals bij elke periodisering, de kanttekening worden geplaatst dat de gekozen jaartallen zijn te beschouwen als globale aanduidingen. Door bepaalde jaartallen te gebruiken bij het aanduiden van keerpunten, kunnen belangrijke veranderingen inzichtelijk worden gemaakt.

1 Vgl. Noordam 2005a en Noordam 2005b.

2 Bij het schetsen van de hoofdlijnen van de historische ontwikkeling is gebruik gemaakt van verschillende historische overzichten van de sociale zekerheid zoals Neeleman e.a. 1998, Roebroek & Hertogh 1998, Noordam 1998a, Noordam 1998b, Van Gerwen 2000a, Van Gerwen 2000b, Van Leeuwen 2000a en Van Leeuwen 2000b, Jaspers e.a. 2001 en Rommelse 2011.

In de volgende vier paragrafen wordt voor elke fase geschetst hoe het stelsel was vormgegeven. Hierbij wordt steeds aandacht besteed aan de te onderscheiden aanspraken van de werknemer en wie hierover beslissingen nam. Ook wordt gekeken welke geschillen hierover konden ontstaan en hoe deze konden worden beslecht. In paragraaf 2.6 wordt een schets gegeven van het huidige stelsel. Het hoofdstuk sluit af met een conclusie (paragraaf 2.7).

2.2 Voor 1901: zelfvoorziening, private verzekeringen en aansprakelijkheidsrecht

Tot 1901 was de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid voornamelijk een private aangelegenheid. Werknemers waren veelal op zichzelf aangewezen om voorzieningen te treffen.³ Aan het recht konden zij weinig aanspraken ontleen.

Eén van de mogelijkheden die voor werknemers openstond om hun inkomen bij ziekte en arbeidsongeschiktheid zeker te stellen was het afsluiten van een verzekering. Dit was echter alleen weggelegd voor de werknemers die zich het betalen van de premies konden veroorloven. Werd een verzekering afgesloten, dan was de onderlinge verzekering de meest gangbare vorm.⁴ Een onderlinge verzekering bood werknemers de mogelijkheid risico's gezamenlijk te dragen. Voorbeelden hiervan zijn ambachts- en knechtsbussen. Deze aan gilden verbonden fondsen ontstonden vanaf het begin van de zestiende eeuw.

Onderlinge verzekeringen kwamen eeuwenlang hoofdzakelijk voor in het gildewezen. De gilden werden aan het begin van de negentiende eeuw afgeschaft. Dit betekende echter niet het einde van het gebruik van onderlinge verzekeringen. Het gebruik hiervan nam juist toe, nu vooral onder beroepsgenoten of vakverenigingslieden. Hiermee gingen onderlinge verzekeringsvormen zich voor het eerst richten op een bredere doelgroep. Ten tijde van de industrialisering in de tweede helft van de negentiende eeuw ontstonden ook voor het eerst fondsen in fabrieken en bedrijfstakken.⁵ Het kwam voor dat ook werkgevers een bijdrage leverden aan deze fondsen, bijvoorbeeld omdat zij zorg wilden dragen voor hun werknemers.⁶ De werkgeversbijdragen werden ook uit eigenbelang gedaan, bijvoorbeeld om gekwalificeerd personeel aan te trekken.⁷ De onderlinge verzekeringen waren verder niet de enige verzekeringen waarvan het gebruik toenam. Het eind van de negentiende eeuw zag ook een groei van commerciële verzekeringen.⁸

3 Als in dit hoofdstuk wordt gesproken over werknemers, wordt uitgegaan van een ruim werknemersbegrip. Hieronder worden arbeiders in brede zin begrepen. Strikt genomen kan pas vanaf de inwerkingtreding van de Wet op de arbeidsovereenkomst (1909) worden gesproken over werknemers.

4 Zie over onderlinge verzekeringen Van Genabeek 1998a, Van Genabeek 1999, Van Oorschoot, Boos & Geleijnse 1996, p. 30-31.

5 Zie over fabrieks- en bedrijfstakfondsen Van Genabeek 1998b en Schwitters 1991, p. 143-152.

6 Zie Schwitters 1991, p. 165-172.

7 Zie Schwitters 1991, p. 158-165.

8 Schwitters 1991, p. 204.

Een geheel andere weg die openstond voor werknemers om hun inkomen zeker te stellen bij arbeidsongeschiktheid, was het aansprakelijkheidsrecht. Was de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid werkgerelateerd, dan kon een werknemer proberen een schadevergoeding te krijgen van zijn werkgever. Indien de werkgever weigerde deze te verstrekken, was de werknemer gedwongen om zijn werkgever voor de rechter te dagen. Voor veel werknemers was dit een te hoge drempel.⁹

Voor de volhardende werknemer was de procedure niet eenvoudig. Op hem rustte als eisende partij de bewijslast. Omdat de werkgever een schuldaansprakelijkheid had, was het dragen van deze bewijslast geen lichte opgave. Het stelsel bood de werknemer weinig aanknopingspunten. Voor ondernemingen golden nog geen wettelijke veiligheidsnormen en zorgvuldigheidsnormen waren nog betrekkelijk onbepaald. Dit betekende dat het voor de werknemer moeilijk was om aan te tonen dat een gedraging van zijn werkgever onrechtmatig of onvoorzichtig was geweest.¹⁰ Een complicerende factor was dat de werknemer gedurende de procedure verstoken was van inkomsten. Bovendien betekende een gunstige uitkomst van de procedure niet altijd dat de werknemer zijn recht kreeg. Zelfs als zijn vordering werd toegewezen, liep de werknemer het risico dat zijn werkgever geen verhaal bood.¹¹

Naast de bovengenoemde mogelijkheden stonden voor werknemers ook andere wegen op. Zo konden zij een beroep doen op de hulp en liefdadigheid van anderen. Zij konden zich bijvoorbeeld wenden tot hun familie, vrienden of buren. Ook konden werknemers, net als alle burgers, een beroep doen op de armenzorg. Deze werd lokaal georganiseerd, waarbij het particuliere initiatief (burgerlijk of kerkelijk) het uitgangspunt was. De publieke sociale zekerheid was deze periode dus beperkt tot een vangnetfunctie. Bovendien was de armenzorg vormgegeven als een gunst en niet als een recht.¹²

2.3 Na 1901: de Ongevallenwet, Ziektewet en Invaliditeitswet

In de vorige paragraaf is gebleken dat de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid eeuwenlang vooral door werknemers (en soms ook werkgevers) werd georganiseerd. Vanaf het einde van de negentiende eeuw begon de opvatting ingang te vinden dat hier ook een rol voor de overheid was weggelegd.¹³ Overheidsingrijpen zou vereist zijn, omdat de bestaande arrangementen tekortschoten. Een belangrijke factor in deze omslag in het denken was de zogenoemde 'sociale kwestie'. Hierin werden maatschappelijk ongewenste bijproducten van de industriële revolutie, zoals slechte arbeidsomstandigheden, lage lonen en hoge werkloosheid, blootgelegd. Ook de onzekere positie van werknemers bij ziekte en arbeidsongeschiktheid kwam ter discussie te staan.

9 Schwitters 1991, p. 257.

10 Schwitters 1991, p. 186.

11 Zie Schwitters 1991, p. 197-199.

12 Zie over deze hulpvormen de verschillende bijdragen hierover in Neeleman e.a. 1998.

13 Van Gerwen & Van Leeuwen 2000a, p. 386.

De wetgever begon vanaf het begin van de twintigste eeuw voor het eerst specifiek op werknemers gerichte sociale verzekeringen in te voeren.¹⁴ De eerste hiervan was de Ongevallenwet (1901). Hiermee werd dekking geboden aan werknemers die arbeidsongeschikt werden door een werkgerelateerde oorzaak (*risque professionnel*). Met de Ziektewet (1930) en Invaliditeitswet (1919) werd ook bescherming gecreëerd voor werknemers die door een buiten het werk gelegen oorzaak arbeidsongeschikt werden (*risque social*).¹⁵

Naast de invoering van sociale verzekeringen, begon de wetgever deze periode ook de arbeidsrechtelijke bescherming nader vorm te geven. Eén van de aandachtspunten hierbij was de inkomensbescherming bij ziekte. Met de Wet op de Arbeids-overeenkomst (1909) werd onder meer een civielrechtelijke loondoorbetalingsplicht bij ziekte ingevoerd in het Burgerlijk Wetboek. Deze hield in dat de werkgever zijn zieke werknemer gedurende 'eenen betrekkelijk korten tijd' het loon door moest betalen.¹⁶ Het belang van deze loondoorbetalingsverplichting boette in door de ontwikkeling van de Ziektewet. De arbeidsrechtelijke sociale zekerheid was hieraan complementair in de vorm van bovenwettelijke aanvullingen van het ziekgeld op grond van een (collectieve) arbeidsovereenkomst.¹⁷

Ongevallenwet (1901)

De Ongevallenwet gaf werknemers in bepaalde risicovolle bedrijven recht op een uitkering bij werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid (*risque professionnel*). Hiermee was het als het ware een aansprakelijkheidsverzekering voor werkgevers. Wanneer de Ongevallenwet van toepassing was, was het voor werknemers niet meer mogelijk schadevergoeding te vorderen bij de civiele rechter.

De Ongevallenwet werd uitgevoerd door de Rijksverzekeringsbank. Dit publiekrechtelijke orgaan beoordeelde de aanvragen en betaalde de uitkeringen. Werkgevers konden ofwel premies betalen of als eigenrisicodrager rechtstreeks de uitkeringen financieren. Het risico kon eventueel worden herverzekerd bij een particuliere verzekeringsmaatschappij. Vanaf 1923 konden werkgevers er ook voor kiezen om de uitvoering over te laten aan een Raad van Arbeid. De Raden van Arbeid kenden net als de Rijksverzekeringsbank een publiekrechtelijke vormgeving, maar boden bij de uitvoering ook plaats aan vertegenwoordigers van werkgevers en werknemers.

De rechtsbescherming tegen beslissingen van de Rijksverzekeringsbank of een Raad van Arbeid was publiekrechtelijk vormgegeven.¹⁸ De Beroepswet (1902) bepaalde dat werknemers zich in eerste aanleg konden wenden tot een Raad van Beroep. Deze

14 Een belangrijk voorbeeld voor deze wetten was de vormgeving van het Duitse stelsel van sociale verzekeringen. Hierin bestonden reeds verplichte verzekeringen voor ziekte, bedrijfsongevallen, invaliditeit en ouderdom. Zie Noordam 1998a, p. 571-572. Zie ook Schwitters 1991, p. 244-250.

15 De Ongevallenwet en de Invaliditeitswet waren niet alleen een arbeidsongeschiktheidsregeling. Zij dienden tevens als pensioenvoorziening. Zie Noordam 1998a, p. 578 en p. 587.

16 Zie Sparrius 2001, p. 17-22 en Hoogendijk 1999, p. 22.

17 Hoogendijk 1999, p. 30.

18 Zie voor een gedetailleerd overzicht van door de Beroepswet geregelde procedures Faber 1992, p. 110-169.

kende een vorm van lekenrechtspraak met werkgever- en werknemer-leden onder het voorzitterschap van een jurist. Hoger beroep stond open bij de Centrale Raad van Beroep.¹⁹

Ziektewet (1930) en Invaliditeitswet (1919)

De Ziektewet en de Invaliditeitswet dekten het *risque social* en boden hiermee bescherming aan werknemers, die geen beroep konden op de Ongevallenwet. De Ziektewet bestreek de eerste zes maanden waarin de werknemer door ziekte niet kon werken en de Invaliditeitswet de hierop volgende periode.

De uitvoering van de Invaliditeitswet lag net als de Ongevallenwet bij de Rijksverzekeringsbank of bij een Raad van Arbeid. De Ziektewet kende daarentegen vanaf zijn inwerkingtreding in 1930 een duale uitvoering. Dit hield in dat de uitvoering kon liggen bij een publiekrechtelijke Raad van Arbeid of bij een privaatrechtelijke bedrijfsvereniging.²⁰ De privaatrechtelijke vormgeving van bedrijfsverenigingen betekende dat een privaatrechtelijk element werd geïntroduceerd in een verder publiekrechtelijk stelsel. De uitvoering door zowel de Raden van Arbeid als de bedrijfsverenigingen werd overigens wel volledig genormeerd door het publiekrecht. Verder bood een bedrijfsvereniging net als een Raad van Arbeid ruimte aan vertegenwoordigingen van werkgevers en werknemers.

In 1952 bracht de Organisatiewet sociale verzekeringen wijzigingen in de uitvoering. Op grond van deze wet kwam de uitvoering van alle werknemersverzekeringen bij de bedrijfsverenigingen te liggen. De Raden van Arbeid werden opgeheven en de Rijksverzekeringsbank werd belast met de uitvoering van de sociale voorzieningen. Bedrijfsverenigingen konden de uitvoering volledig zelf op zich nemen of hierbij een administratiekantoor inschakelen, zoals het Gemeenschappelijk Administratiekantoor (GAK).

Tegen beslissingen in het kader van de Invaliditeitswet stond dezelfde rechtsgang open als bij de Ongevallenwet. Tegen beslissingen van de Raden van Arbeid kon beroep worden ingesteld bij de Raden van Beroep en hoger beroep bij de Centrale Raad van Beroep. De Ziektewet week hier enigszins van af. Dit vloeide voort uit het hierboven genoemde duale karakter van de uitvoering van deze wet. Ging het om een beslissing van een Raad van Arbeid was de procedure hetzelfde. Bij een beslissing van een bedrijfsvereniging stond daarentegen weliswaar hoger beroep open bij de Centrale Raad van Beroep, maar voor de procedure in eerste aanleg moest de werknemer zich wenden tot een scheidsgerecht. Dit was een instantie die door de bedrijfsverenigingen zelf was ingesteld.

De scheidsgerechten kenden enkelvoudige en meervoudige kamers. De enkelvoudige kamers waren in het bijzonder bedoeld voor de beslechting van geschillen waarin medische aspecten speelden. Opmerkelijk is dat in de procedure in de

¹⁹ De Centrale Raad van Beroep had zijn eerste zitting in 1903. Zie Faber 2003, p. 5.

²⁰ Het ontstaan van bedrijfsverenigingen loopt niet parallel met de Ziektewet. De eerste bedrijfsverenigingen werden opgericht in 1923. Zij werden toen belast met de uitvoering van de Land- en Tuinbouwongevallenwet. Dit was één van de bijzondere arbeidsongeschiktheidsregelingen die naast de Ongevallenwet ontstond. Zie Noordam 1998a, p. 589.

enkelvoudige kamer een arts optrad als rechter. Bovendien was hoger beroep tegen zijn uitspraak niet mogelijk. De overige geschillen werden behandeld door meervoudige kamers. Net als in de Raden van Beroep hadden hierin een werkgever- en werknemer-lid zitting, doorgaans onder voorzitterschap van een jurist. Tegen de uitspraken van de meervoudige kamer kon worden opgekomen bij de Centrale Raad van Beroep.

Met een aanpassing van de Beroepswet zijn in 1957 de bijzondere scheidsrechten in het kader van de Ziektewet opgeheven. Er werd toen gekozen voor een uniformering van de geschilbeslechting in het kader van de werknemersverzekeringen met een rechtsgang bij de Raden van Beroep in eerste aanleg en de mogelijkheid van hoger beroep bij de Centrale Raad van Beroep.

Kortom, de overheid ging zich deze periode met de invoering van de Ongevallenwet, de Ziektewet en de Invaliditeitswet steeds meer bemoeien met de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid. Werkgever en werknemer bleven echter ook zelf verantwoordelijk. Dit kreeg bijvoorbeeld vorm binnen de nader uitgewerkte kaders van het arbeidsrecht. De medeverantwoordelijkheid van werkgever en werknemer kwam ook tot uiting in de uitvoering van de sociale verzekeringen. Hoewel aanvankelijk werd gekozen voor een publiek uitvoeringsmonopolie werd de betrokkenheid van werkgevers en werknemers geleidelijk vergroot.

2.4 Na 1967: de Ziektewet en de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering

In de jaren 1930 en 1940 werd in een periode van grote economische crisis en de hierop volgende oorlogsjaren de roep om een uitbreiding van de publieke sociale zekerheid steeds luider. In het Verenigd Koninkrijk werd bijvoorbeeld in het invloedrijke *Beveridge Report* (1942) gepleit voor de invoering van een stelsel dat ieder burger recht op bestaanszekerheid bood.²¹ Het Nederlandse equivalent hiervan is het rapport van de commissie-Van Rhijn (1945). Hierin werd de gemeenschap, georganiseerd in de staat, aangewezen als de verantwoordelijke voor de sociale zekerheid.²²

De veranderingen kregen in de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid in 1967 vorm in een gewijzigde Ziektewet en de invoering van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering. Met de WAO werd een einde gemaakt aan het onderscheid tussen het *risque professionnel* en het *risque social* dat had bestaan met de Ongevallenwet en de Invaliditeitswet.²³ Dit betekende dat alle werknemers nu, ongeacht de oorzaak van hun arbeidsongeschiktheid, recht hadden op dezelfde bescherming. De ZW dekte het eerste jaar dat de werknemer door ziekte niet kon werken. De WAO dekte de periode hierna.

²¹ Jansen & Loonstra 2001, p. 98.

²² Fase 2001, p. 55.

²³ Met deze fundamentele keuze voor het *risque social* onderscheidt Nederland zich van andere landen. De hoofdregel in het buitenland is nog steeds dat er aparte regelingen bestaan voor het *risque social* en het *risque professionnel*.

Wat de uitvoering van de ZW en de WAO betreft, werd aangesloten bij de in 1952 met de Organisatiewet sociale verzekeringen gemaakte keuze om de uitvoering van de werknemersverzekeringen bij bedrijfsverenigingen te leggen. De bedrijfsverenigingen behielden hun mogelijkheid van bijstand door een administratiekantoor. Daarnaast werden zij verplicht om zich bij beslissingen waarin de mate van arbeidsongeschiktheid werd vastgesteld te laten adviseren. Deze adviserende taak werd toegekend aan de Gemeenschappelijke Medische Dienst (GMD).

Tegen beslissingen van de bedrijfsverenigingen in het kader van de ZW en de WAO stond de eerder geüniformeerde rechtsgang bij de Raden van Beroep en de Centrale Raad van Beroep open. De vormgeving van deze procedures was vastgelegd in de Beroepswet.

Gezien de aard van de geschillen op dit terrein verdient één procedure bijzondere vermelding, de zogenoemde vaste deskundigenprocedure. De Beroepswet voorzag vanaf 1955 in deze procedure om te voorzien in de beslechting van de geschillen die deels afhankelijk waren van de beantwoording van vragen waarvoor medische deskundigheid was vereist. Het doel van de vaste deskundigenprocedure was om zo snel mogelijk uitsluitsel te krijgen over de punten die partijen verdeeld hielden. De achterliggende gedachte was dat hoe meer tijd verstreek na de datum in geschil, hoe moeilijker het zou worden om de feiten vast te stellen. De gang van zaken in de vaste deskundigenprocedure was dat een vaste deskundige de voorzitter van de Raad van Beroep adviseerde over de vraag of sprake was van arbeidsongeschiktheid door ziekte. De voorzitter nam dit advies doorgaans over.

Dat de vaste deskundigenprocedure was ingericht op snelle geschilbeslechting, werkte ook door in de procedurele mogelijkheden voor de werknemer. Hij moest zich in beginsel bij de beschikking van de voorzitter neerleggen. Er bestond wel de mogelijkheid om op een beperkt aantal gronden verzet aan te tekenen. Dit gold voor het geval fouten waren gemaakt in de procedure, het geschil zich niet beperkte tot een medisch geschilpunt en indien de voorzitter afweek van het advies van de vaste deskundige. Slaagde het beroep op een verzetsgrond, dan kon alsnog de gewone procedure worden gevolgd. Ook de mogelijkheden om hoger beroep aan te tekenen waren beperkt. Hoger beroep tegen de uitkomst van de vaste deskundigenprocedure stond alleen open bij procedurele fouten.

De beperkingen aan de procedurele mogelijkheden in de vaste deskundigenprocedure leidden ertoe dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens werd geroepen om zich over de procedure uit te spreken. Het Hof oordeelde in 1986 in het *Feldbrugge*-arrest dat de procedure niet in overeenstemming was met artikel 6 EVRM.²⁴ Dit leidde tot een aanpassing van de procedure door de Nederlandse wetgever. De beperkte verzetsgronden werden afgeschaft. Voortaan bleef de mogelijkheid bestaan om de vaste deskundigenprocedure te volgen, maar de werknemer had nu wel de mogelijkheid om alsnog toegang te krijgen tot de gewone procedure.²⁵

24 EHRM 29 mei 1986, NJ 1987, 432, m.nt. E.A. Alkema (*Feldbrugge/Nederland*).

25 Zie ook Rijkema, Tollenaar & Vonk 2011. In deze bijdrage wordt het *Feldbrugge*-arrest als aanknopingspunt genomen om de huidige regeling van deskundigenoordelen te beoordelen.

2.5 Na 1992: van publiek naar privaat

Vanaf de jaren 1970 kreeg de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid steeds meer kritiek te verduren. Door (dreigende) overbelasting van het stelsel begonnen de kosten uit de hand te lopen. Dit leidde ertoe dat in de jaren 1980 (voor het eerst) werd ingegrepen. Er werd gekozen om volumemaatregelen te treffen, zoals het verlagen van het uitkeringsniveau. Deze sorteerden echter onvoldoende effect. Eén van de oorzaken hiervan was dat werkgevers en werknemers oneigenlijk gebruik maakten van de WAO als afvloeiingsregeling. Gevolg hiervan was dat het aantal WAO-gerechtigden bleef stijgen. In het begin van de jaren 1990 lag dit aantal tegen de één miljoen.

In de politiek begonnen nu voor het eerst meerderheden te ontstaan voor fundamentele hervormingen. Een belangrijke invloed ging hierbij uit van de parlementaire enquête van de commissie-Buurmeijer (1992-1993).²⁶ Het onderwerp hiervan was het functioneren van de uitvoeringsorganen. Eén van de conclusies van de commissie was dat de centrale positie van werkgevers en werknemers in de uitvoering ongewenste gevolgen had. Het kwam er op neer dat zij zich meer lieten leiden door hun eigen belangen op de korte termijn dan de belangen van het stelsel op de lange termijn.

De commissie-Buurmeijer riep de overheid op om in te grijpen. Er werd onder meer de aanbeveling gedaan om de bedrijfsverenigingen op te heffen en onafhankelijke uitvoeringsorganen op te richten. Er werden ook andere voorstellen gedaan, zoals uitbreiding van de loondoorbetalingsplicht bij ziekte en de invoering van premiedifferentiatie. Ook moest er een grotere nadruk worden gelegd op preventie en re-integratie.

Veel van de aanbevelingen van de commissie-Buurmeijer werden vanaf de jaren 1990 vertaald in de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid. Voor de sociale zekerheid bij ziekte grepen de veranderingen met wijzigingen van de Ziektewet en het Burgerlijk Wetboek het meest in. De loondoorbetalingsperiode bij ziekte werd eerst in 1994 met de Wet Terugdringing Ziekteverzuim uitgebreid tot twee weken voor kleine werkgevers en zes weken voor grote werkgevers.²⁷ In 1996 werd dit met de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte voor alle werkgevers uitgebreid tot 52 weken.²⁸ Met ingang van 1 januari 2004 breidde de Wet verlenging loondoorbetalingsverplichting bij ziekte 2003 dit uit tot 104 weken.²⁹

De achterliggende gedachte bij de uitbreiding van de loondoorbetalingsplicht bij ziekte was om werkgevers aan te zetten tot betere preventie en re-integratie.³⁰ Zij zouden immers voortaan rechtstreeks worden geconfronteerd met de kosten van de arbeidsongeschiktheid in hun onderneming. De verschuiving naar een private sociale zekerheid ging echter niet gepaard met de afschaffing van de Ziektewet. De Ziektewet

26 Zie *Kamerstukken II* 1992/93, 22 730, nrs. 7-8.

27 *Stb.* 1993, 750.

28 *Stb.* 1996, 134.

29 *Stb.* 2003, 555.

30 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 3.

bleef bestaan, maar dan als vangnet voor bepaalde groepen werknemers die zich niet konden wenden tot een werkgever.

Een andere ingrijpende verandering deze periode was de vergroting van de verantwoordelijkheid van werkgevers voor de re-integratie van hun werknemers. Dit betreft niet alleen de verhouding tussen de werkgever en zijn werknemer, maar ook die tussen de werkgever en het uitvoeringsorgaan. Gedurende de loondoorbetalingsperiode, die in beginsel gelijk loopt aan de wachttijd voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering, wordt van werkgevers verwacht om instroom in de arbeidsongeschiktheidsregeling te voorkomen. Hierop wordt door de overheid toezicht gehouden. Aan dit toezicht werd eerst vorm gegeven met tussentijdse toetsen en een boetestelsel. In 2002 is dit met de Wet verbetering poortwachter veranderd. In de zogenoemde poortwachtersystematiek toetst het UWV aan het einde van de wachttijd de re-integratieinspanningen van de werkgever.³¹ Indien uit deze toets blijkt dat de werkgever is tekortgeschoten, wordt de loondoorbetalingsperiode met ten hoogste 52 weken verlengd. De tussentijdse betrokkenheid van het UWV is verder beperkt.

Wat de sociale zekerheid bij arbeidsongeschiktheid betreft, bleef de vormgeving van het stelsel volledig publiekrechtelijk. Ook hier werd echter de betrokkenheid van werkgevers vergroot. Eerst werd in 1992 met de Wet terugdringing arbeidsongeschiktheidsvolume de zogenoemde bonus/malusregeling geïntroduceerd.³² Op grond van deze regeling werden werkgevers beloond bij het in dienst nemen van een arbeidsgehandicapte (bonus) en kregen zij juist een boete (malus) opgelegd wanneer zijn werknemer instroomde in een arbeidsongeschiktheidsregeling.³³ De bonus/malusregeling bleek echter juridisch onhoudbaar, omdat de besluiten waarbij een werkgever werd beboet door het uitvoeringsorgaan niet deugdelijk konden worden gemotiveerd. Dit soort besluiten konden de rechterlijke toets niet doorstaan.³⁴ Omdat een ruimere motivering de privacy van de werknemer in het geding zou brengen, konden geen beschikkingen meer worden genomen op grond van de regeling.

De mislukking van de bonus/malusregeling weerhield de wetgever er niet van te blijven zoeken naar andere instrumenten om de werkgever rechtstreeks te confronteren met de kosten van arbeidsongeschiktheid. In 1998 werden premiedifferentiatie en eigenrisicodragerschap geïntroduceerd (Wet Premiedifferentiatie en marktwerking bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen).³⁵ Bij premiedifferentiatie wordt de hoogte van de premie afgestemd op het arbeidsongeschiktheidsrisico bij de werkgever. Eigenrisicodragerschap houdt in dat een werkgever er voor kan kiezen de uitkeringen rechtstreeks te financieren. Hier staat dan tegenover dat hij wordt vrijgesteld van het betalen van de gedifferentieerde premie.

Op 29 december 2005 trad de opvolger van de WAO, de Wet WIA, in werking.³⁶ De WAO blijft voor de bestaande gevallen van kracht. De wetgever wilde met de Wet WIA benadrukken wat de werknemer nog kan (arbeidsgeschiktheid) en niet wat hij niet

31 *Stb.* 2001, 625.

32 *Stb.* 1992, 82.

33 *Kamerstukken II* 1990/91, 22 228, nr. 3, p. 17-30.

34 CRvB 15 februari 1995, ECLI:NL:CRVB:1995:ZB1348, AB 1995, 426, m.nt. L.J.M. de Leede.

35 *Stb.* 1997, 175.

36 *Stb.* 2005, 572.

meer kan (arbeidsongeschiktheid).³⁷ De Wet WIA kent twee regelingen. Mensen die volledig en duurzaam arbeidsongeschikt zijn, komen in de Inkomensverzekering Volledig en duurzaam Arbeidsongeschikten (IVA). Zijn er nog arbeidsmogelijkheden, dan kan aanspraak worden gemaakt op de regeling Werkhervatting Gedeeltelijk Arbeidsongeschikten (WGA). De uitkeringsstructuur van de WGA is er op gericht de arbeidsmogelijkheden zo veel mogelijk te benutten. Meer werken moet ook lonen. De Wet WIA kent net als de WAO premiedifferentiatie en eigenrisicodragerschap.

De voornoemde veranderingen in de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid zijn vergezeld gegaan van uiteenlopende maatregelen. Deze waren bedoeld om eventuele ongewenste gevolgen op te vangen. Het meest sprekende voorbeeld van een dergelijke maatregel is de Wet op de medische keuringen die in werking trad op 1 januari 1998.³⁸ De achterliggende gedachte van deze wet is dat een werkgever mogelijk meer geneigd is tot risicoselectie: het selecteren van werknemers op basis van een inschatting van hun arbeidsongeschiktheidsrisico. Het stelsel confronteert hem immers rechtstreeks met de financiële gevolgen van ziekte en arbeidsongeschiktheid. Met de Wet op de medische keuringen wordt beoogd de risicoselectie tegen te gaan door het gebruik van medische keuringen aan strikte voorwaarden te verbinden. Verder is het werkgevers niet toegestaan om werknemers medische vragen te stellen.

De hervormingen die vanaf de jaren 1990 zijn doorgevoerd hebben evenmin de uitvoeringsorganisatie onberoerd gelaten. Ook deze werd in navolging van de aanbevelingen van de commissie-Buurmeijer grondig op de schop genomen. De meest ingrijpende verandering is de grote rol die werkgevers kregen als uitvoerder van de loondoorbetaling bij ziekte. Deze taak lag voorheen bij de bedrijfsverenigingen.

Ook de publieke uitvoering van de WAO stond ter discussie. De wetgever wilde aanvankelijk de uitvoering meer privaat maken en deze overlaten aan private uitvoeringsorganen. In 2000 werd er echter voor gekozen om de uitvoering toch publiek te houden. Een belangrijke overweging hierbij was dat de onafhankelijkheid moest worden geborgd. Dit leidde in 2002 tot de invoering van de Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen.³⁹ Een belangrijk onderdeel van deze wet was de oprichting van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV). Dit orgaan werd onder meer belast met de uitvoering van de Ziektewet en de WAO en later ook de Wet WIA.

Bij de publiekrechtelijke vormgeving van de arbeidsongeschiktheidsregelingen moet de kanttekening worden geplaatst dat het UWV niet het uitvoeringsmonopolie heeft. Zoals gezegd kan een werkgever er voor kiezen om eigenrisicodrager te worden in de Wet WIA. De consequentie hiervan is dat hij ook verantwoordelijk is voor delen

37 In de Wet WIA zijn veel van de aanbevelingen van de commissie-Donner uitgewerkt. Vgl. Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid 2001.

38 *Stb.* 1997, 365.

39 *Stb.* 2001, 624.

van de uitvoering. Wat hierbij in het bijzonder in het oog springt, is dat de werkgever bij het nemen van bepaalde besluiten wordt aangemerkt als bestuursorgaan.

De grote veranderingen in het recht werken niet alleen door in de uitvoering, maar ook in de procedures en de rechtsbescherming. Dat de loondoorbetalingsplicht bij ziekte privaatrechtelijk is vormgegeven, brengt met zich mee dat geschillen hierover ook binnen de kaders van het burgerlijk procesrecht worden beslecht. Indien een werknemer zich niet kan vinden in een loonstop en hij loondoorbetaling wil afdwingen, moet hij dit doen door een loonvordering in te stellen bij de kantonrechter.

De wetgever heeft de verschuiving van publiekrechtelijke procedures over ziekengeld naar privaatrechtelijke procedures over loondoorbetaling bij ziekte wel omkleed met enkele bijzondere waarborgen, die op het publiekrecht zijn geënt. De verplichte voorprocedure van het deskundigenoordeel van het UWV is hiervoor illustratief. Deze doet enigszins denken aan de bezwaarprocedure die een belanghebbende moet hebben gevolgd voordat hij beroep kan instellen bij de bestuursrechter.

Ook is wat de kosten van procedures betreft aansluiting gezocht bij het bestuursprocesrecht. Zo is de werknemer in een loonvorderingsprocedure bij de kantonrechter in eerste aanleg lage griffierechten verschuldigd en wordt hij in beginsel niet in de proceskosten veroordeeld. Opvallend is wel dat het uitgangspunt van lage kosten om een laagdrempelige toegang tot procedures te hebben onder druk staat. In 2013 zijn bijvoorbeeld de kosten van het deskundigenoordeel aanzienlijk verhoogd. Vanaf 2005 kostte een deskundigenoordeel € 50,-. Hierbij maakte het niet uit of het verzoek om een deskundigenoordeel werd gedaan door een werknemer of een werkgever.⁴⁰ Met ingang van 1 januari 2013 brengt het UWV voor een deskundigenoordeel bij de werkgever € 400,- in rekening en bij de werknemer € 100,-.⁴¹

Dat geschillen in het kader van de WAO en de Wet WIA publiekrechtelijk worden beslecht is niet veranderd. Een belangrijk verschil is echter dat de werkgever in procedures tussen het UWV en de werknemer derde-belanghebbende is geworden. Hij kan bijvoorbeeld opkomen tegen de toekenning van een uitkering. Dit werkt immers door in de hoogte van zijn premies of, in geval van eigenrisicodragerschap, zijn verplichting om de uitkering te betalen.

Wat de publiekrechtelijke procedures betreft, moet ook worden gewezen op de veranderingen die zich in het bestuurs(proces)recht en de rechterlijke organisatie hebben voorgedaan vanaf de jaren 1990. In 1992 is een einde gekomen aan de Raden van Beroep en de vaste deskundigenprocedure.⁴² Tegenwoordig buigen de rechtbanken (sector bestuursrecht) zich in eerste aanleg over socialezekerheidszaken. Het hoger beroep ligt net als voorheen bij de Centrale Raad van Beroep. Met de invoering van de Algemene wet bestuursrecht zijn de rechters in socialezekerheidszaken gaan werken binnen dezelfde bestuurs(proces)rechtelijke kaders die van toepassing zijn op andere bestuursrechtelijke deelgebieden.

40 Zie het Besluit kosten aanvraag deskundigenoordeel 2005, *Stcrt.* 2005, 37.

41 Zie de Beleidsregel kosten aanvraag deskundigenoordeel 2013, *Stcrt.* 2012, 27131.

42 *Stb.* 1992, 278.

Wat alle procedures in het huidige stelsel, of zij nu publiek- of privaatrechtelijk van aard zijn, gemeen hebben, is dat werkgevers partij en belanghebbende zijn geworden. Niet alleen staan zij tegenover hun werknemers in civielrechtelijke loonvorderingsprocedures, maar zij zijn door de premiedifferentiatie, dan wel het eigenrisicodrager-schap, ook belanghebbende of zelfs bestuursorgaan geworden in bestuursrechtelijke procedures met betrekking tot de Wet WIA-rechten van hun werknemers.

Het voorgaande leidt voorts tot een complicatie die onbekend was in het voormalige stelsel: spanning tussen het recht op privacy van de werknemer en het recht op een eerlijk proces van de werkgever. Geschillen vonden voorheen plaats tussen een werknemer en het uitvoeringsorgaan. De werkgever stond hier volledig buiten. In het huidige stelsel moet ook de werkgever zijn rechten en plichten kunnen vaststellen. Medische gegevens van de werknemer kunnen hierbij van belang zijn. De wetgever heeft dit probleem erkend. Geprobeerd is een evenwicht te vinden tussen de botsende belangen van werkgever en werknemer door in 1998 een bijzondere procedure te introduceren in de WAO, de zogenoemde medische besluitenregeling.⁴³ In de Wet WIA is deze later als medische beschikkingenregeling opgenomen.⁴⁴ Op grond van de medische beschikkingenregeling moet een werkgever, indien de werknemer geen toestemming geeft voor inzage in zijn gegevens, zich laten vertegenwoordigen door een gemachtigde. Het dossier wordt gesplitst in een medisch en een niet-medisch gedeelte. Hetzelfde geldt voor de behandeling van de zaken, waarbij de werkgever zich bij het medische gedeelte moet laten vertegenwoordigen.

Aanvankelijk gold de medische besluitenregeling voor alle fasen van de procesgang. In 2001 oordeelde de Centrale Raad van Beroep echter dat op de gerechtelijke fase de regeling van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing is. Deze regeling biedt weliswaar gelijksoortige waarborgen als de medische beschikkingenregeling van de Wet WIA, maar hij is niet categorisch van toepassing. In het kader van artikel 8:32 lid 2 Awb kan de rechter een afweging maken of voldoende aanleiding bestaat om de regeling toe te passen. De medische beschikkingenregeling biedt die ruimte niet.

Het evenwicht dat in Nederland is gevonden tussen het recht op privacy van de werknemer en het recht op een eerlijk proces van de werkgever lijkt door een arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens uit 2012 opnieuw te moeten worden bijgesteld.⁴⁵ Voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens lijkt het recht op privacy namelijk het zwaarst te wegen. Terwijl in Nederlandse procedures de werkgever zich kan laten vertegenwoordigen door een gemachtigde die inzage krijgt in de medische gegevens, vindt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens het voldoende dat de werkgever beschikt over de mogelijkheid om te vragen om de benoeming van een deskundige. In dit licht lijken de medische beschikkingenregeling van de Wet WIA en de regeling van artikel 8:32 lid 2 Awb een te groot belang toe te kennen aan de bescherming van de procespositie van de werkgever (zie ook paragraaf 4.3.2.3).

43 Artikel 88 tot en met 88g WAO.

44 Artikel 103 tot en met 110 Wet WIA.

45 EHRM 27 maart 2012, nr. 20041/10, AB 2012/240, m.nt. A.C. Hendriks (*Eternit/Frankrijk*).

2.6 De huidige verhouding tussen publiek en privaat

De ontwikkelingen die zijn beschreven in de vorige paragraaf hebben geleid tot het huidige stelsel met zijn mengeling van publiek en privaat. Hierin hebben werknemers eerst gedurende 104 weken recht op een uitkering op grond van de Ziektewet. Dit ziekingeld komt echter niet tot uitbetaling, wanneer de werknemer tegenover zijn werkgever een recht heeft op loondoorbetaling bij ziekte. Werknemers zonder werkgever vallen in het vangnet van de Ziektewet. Is de werknemer na de 104 weken niet hervat in de bedongen arbeid, maar blijft hij ander werk verrichten voor de werkgever, dan heeft hij in beginsel geen recht meer op loondoorbetaling bij ziekte, als hij uitvalt uit deze arbeid. Dit is alleen anders bij een (stilzwijgende of uitdrukkelijke) wijziging van de bedongen arbeid (zie paragraaf 4.2.1).

De positie van werknemers die een beroep kunnen doen op hun werkgever of in het vangnet van de Ziektewet vallen, was vanaf de invoering van de loondoorbetalingsplicht bij ziekte gelijk. Hierin werd het uitgangspunt van de wetgever weerspiegeld dat de verschuiving van publiek naar privaat voor de werknemer geen verslechtering mocht inhouden. Aanvankelijk was de zorg vooral dat de werknemer die onder de loondoorbetalingsplicht bij ziekte zou vallen slechter af zou zijn in vergelijking met de werknemer die een beroep zou kunnen doen op de Ziektewet. De paradox is echter dat inmiddels een trend is ingezet, waarin juist deze 'vangnetter' in een ongunstigere positie komt te verkeren. In de Ziektewet zijn namelijk elementen geïntroduceerd die doen denken aan de Wet WIA. Dit is bijvoorbeeld te zien in de bijstelling van het arbeidsongeschiktheids criterium dat aan het eind van 2012 werd doorgevoerd voor vangnetters.⁴⁶ Deze bijstelling voorziet onder meer in de aanpassing van het ziektebegrip van artikel 19 ZW. Het voorheen bestaande criterium, waarbij 'zijn arbeid' (de laatstelijk verrichte arbeid) als maatstaf geldt, is vervangen door het criterium zoals dat nu geldt op grond van de Wet WIA (art. 19aa ZW). Dit strengere criterium wordt van toepassing na één ziektejaar. Zieke vangnetters worden dan opnieuw beoordeeld door het UWV. Voorts worden de duur en de hoogte van het ziekingeld verlaagd. Er is een loongerelateerde uitkering ingevoerd waarvan de duur afhankelijk is van het arbeidsverleden. Na afloop van de loongerelateerde uitkering wordt het ziekingeld uitbetaald ter hoogte van 70 procent van het wettelijk minimumloon (art. 29e ZW).

De wijzigingen hadden aanvankelijk 1 januari 2013 voor alle gevallen in werking moeten treden, maar uiteindelijk is besloten om mensen met een tijdelijk dienstverband buiten de wind te houden, terwijl andere categorieën van personen pas vanaf 1 januari 2014 geconfronteerd zullen worden met de nieuwe systematiek.⁴⁷ Ongeacht hoe de veranderingen van de Ziektewet precies vorm krijgen, inmiddels is duidelijk geworden dat een gelijke rechtspositie voor zieke werknemers en zieke vangnetters niet langer in steen is gebeiteld.

⁴⁶ Zie de Wet van 4 oktober 2012 tot wijziging van de Ziektewet en enige andere wetten om ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid van vangnetters te beperken (Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnetters).

⁴⁷ Kamerstukken II 2011/12, 33 241, A.

In het huidige stelsel kunnen de meeste werknemers bij ziekte voor hun inkomensbescherming een beroep doen op hun werkgever. Zoals gezegd is deze verhouding privaatrechtelijk vormgegeven. Weigert de werkgever het loon door te betalen, dan kan de werknemer een loonvordering instellen en zich tot de kantonrechter wenden. De privaatrechtelijke verhouding kent een bijzonder publiekrechtelijke element: ontbreekt een deskundigenoordeel van het UWV, dan wordt de loonvordering in beginsel afgewezen.

De loondoorbetalingsperiode bij ziekte loopt in beginsel gelijk aan de wachttijd voor de Wet WIA. Dit betekent dat werkgevers en werknemers gedurende deze periode niet alleen verplichtingen hebben tegenover elkaar, maar ook tegenover het UWV. De verplichtingen tegenover het UWV komen er op neer dat werkgevers en werknemers zich moeten inspannen om een beroep op de Wet WIA te voorkomen. Oordeelt het UWV bij de behandeling van een Wet WIA-aanvraag dat een werkgever zich onvoldoende heeft ingespannen, dan wordt de aanvraag opgeschort en de verplichte loondoorbetalingsperiode met maximaal 52 weken verlengd. Op verzoek van de werkgever wordt deze zogenoemde loonsanctie bekort, indien het UWV vaststelt dat de geconstateerde tekortkomingen zijn hersteld. Wordt geconstateerd dat een werknemer is tekortgeschoten, dan heeft dit gevolgen voor zijn uitkering.

De tweede helft van de beoordeling van de aanvraag (eventueel na opschorting bij het opleggen van een loonsanctie), is de vaststelling of een werknemer recht heeft op een WGA- of een IVA-uitkering. De WGA en IVA worden uitgevoerd door het UWV. Voor de WGA bestaat echter de mogelijkheid dat de werkgever de uitvoering op zich neemt. Voor dit eigenrisicodragerschap is toestemming vereist van de Belastingdienst. Voordat deze toestemming wordt verleend, treedt de Belastingdienst in overleg met het UWV. Is de werkgever eigenrisicodrager geworden, dan gaat het UWV er toe over om risico toe te rekenen aan de eigenrisicodrager. De eigenrisicodrager kan vervolgens de uitkeringen rechtstreeks betalen of dit door het UWV laten doen. Verstrekt het UWV de uitkeringen, dan verhaalt het de kosten hiervan op de eigenrisicodrager.

2.7 Conclusie

Werknemers die voor zichzelf inkomensbescherming zoeken bij kort- of langdurende arbeidsongeschiktheid door ziekte hebben eeuwenlang te maken gehad met publieke en private arrangementen. Hierbij waren zij vrijwel geheel op zichzelf aangewezen. Het was slechts in beperkte mate mogelijk een beroep te doen op de overheid. Alleen in de lokale armenzorg bestond publieke betrokkenheid. Deze was echter niet als recht, maar als gunst vormgegeven.

Bij de wetgever begon echter aan het einde van de negentiende eeuw de overtuiging te groeien dat de private arrangementen tekortschoten. Overheidsinterventie zou vereist zijn. Vanaf het begin van de twintigste eeuw leidde dit tot de opbouw van een publieke sociale zekerheid. De overbelasting hiervan was vervolgens voor de wetgever aanleiding om aan het einde van de twintigste eeuw opnieuw private oplossingen te verkennen.

Wordt de historische ontwikkeling overzien, dan vallen enkele zaken op. Een constante in de historische ontwikkeling van het stelsel is het belang van deskundigenbewijs. Wat de precieze verhouding tussen publiek en privaat ook is, de inbreng van deskundigen is hoe dan ook onmisbaar bij de beslechting van geschillen in dit rechtsgebied. Het stelsel heeft dan ook steeds voorzien in bijzondere procedures om hiermee om te gaan. Zo werden vanaf 1930 bij de scheidsgerechten geschillen in het kader van de Ziektewet beslecht door een arts die als rechter optrad. Bij de vaste deskundigenprocedure vanaf 1955 bleef de rechtsprekende functie weliswaar exclusief bij een rechter, maar bij het nemen van zijn beslissing werd hij geadviseerd door een aan de Raad van Beroep verbonden arts. Ook het huidige stelsel voorziet in een bijzondere voorziening voor deskundigeninbreng. Het (in beginsel) verplichte deskundigenoordeel van het UWV staat centraal in een loonvorderingsprocedure.

De veranderingen in het recht hebben steeds ook hun weerslag in de procedures. Een voorbeeld hiervan zijn de verschuivingen in de bewijslast. In het aansprakelijkheidsrecht was het aan de werknemer om te stellen en te bewijzen dat de oorzaak van zijn arbeidsongeschiktheid werkgerelateerd was. Deze zware bewijslast was één van de redenen om te kiezen voor een publieke vormgeving. De verschillende publieke regelingen die in de twintigste eeuw tot ontwikkeling kwamen, hadden vervolgens gemeen dat het aan het uitvoeringsorgaan was om zijn beslissingen voldoende te onderbouwen. Tegenwoordig moet de werknemer weer als eisende partij in een loonvorderingsprocedure zijn stellingen bewijzen. Dit is echter geen volledige terugkeer naar de situatie, zoals die voor de twintigste eeuw bestond. De werknemer wordt bijvoorbeeld tegemoet gekomen met voorzieningen als het deskundigenoordeel.

Geheel eigen aan de ontwikkelingen van de laatste twintig jaar is voorts de spanning tussen het recht op privacy van de werknemer en het recht op een eerlijk proces van de werkgever. Omdat de werkgever voorheen buiten de verhouding tussen zijn werknemer en het uitvoeringsorgaan stond, was dit geen probleem. Nu werkgevers uitvoerder zijn geworden, zijn zij ook belanghebbende en partij in allerlei procedures, of deze nu privaatrechtelijk of publiekrechtelijk van aard zijn. Dit vergt ook bijzondere voorzieningen, zoals de medische beschikkingenregeling in de Wet WIA.

Wordt het stelsel vanuit een wijder gezichtspunt gezien, dan kunnen de veranderingen die hebben geleid tot de huidige sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid ook in 'regulatory welfare state'-perspectief worden geduid. Te constateren valt dat de overheid de laatste decennia steeds meer op afstand is gaan staan en dat werkgevers en werknemers met de uitbreiding van de loondoorbetalingsplicht bij ziekte in het BW, de premiedifferentiatie en het eigenrisicodragerschap in de Wet WIA en de bijbehorende nadruk op preventie en re-integratie zelf verantwoordelijk zijn gemaakt.

Het is ook conform de omschrijving van een 'regulatory welfare state' dat de overheid op afstand staat, maar wel de kaders stelt voor de uitoefening van de verantwoordelijkheden door de betrokken partijen. Hierbij wordt er in het bijzonder op toe gezien dat publieke belangen worden geborgd. Dit gebeurt bijvoorbeeld door procedures laagdrempelig te maken, zoals in de loonvorderingsprocedure is gedaan met zijn publiekrechtelijk geïnspireerde elementen. Ook met instrumenten als het

deskundigenoordeel en de loonsanctie wordt de uitoefening van verantwoordelijkheden beïnvloed. Waar het overdragen van verantwoordelijkheden niet mogelijk werd geacht, is de overheid zelf de arrangementen blijven uitvoeren (vangnetfunctie van de Ziektewet).

Ook de wijze waarop de verantwoordelijkheden van werkgevers en werknemers worden ingekaderd, sluit aan bij de uitgangspunten van een 'regulatory welfare state'. De wetgever beperkt zich veelal tot het scheppen van algemene kaders en verwacht van de uitvoerende en rechtsprekende macht om eventuele lacunes in te vullen.

De vraag kan worden opgeworpen wat het huidige stelsel met zijn verhoudingen tussen overheid, werkgever en werknemer en met zijn bijzondere procedures betekent voor de toegang tot het recht. Op deze vraag heeft het onderhavige onderzoek betrekking. In de volgende hoofdstukken wordt eerst een normatief kader van toegang tot het recht uitgewerkt. Vervolgens worden per fase enkele procedures uitgelicht en onderzocht of deze ook knelpunten bevatten gezien vanuit het normatieve kader. De procedures die worden behandeld zijn sprekkende voorbeelden van de verschuiving van publiek naar privaat.

HOOFDSTUK 3

Het normatieve kader: toegang tot het recht

3.1 Inleiding

Dit onderzoek gaat over toegang tot het recht. De relevantie van dit publieke belang spreekt voor zich. Het is een fundamentele voorwaarde van ieder rechtsstelsel. Rechten moeten kunnen worden geëffectueerd.

Onder toegang tot het recht kan veel worden verstaan. Het doel van dit hoofdstuk is duidelijk te maken wat er in dit onderzoek mee wordt bedoeld. Tevens wordt beoogd vanuit de notie toegang tot het recht een normatief kader te ontwikkelen voor de beoordeling van procedurele knelpunten bij geschillen over ziekte en arbeidsongeschiktheid.

De opzet van dit hoofdstuk is om eerst in grote lijnen te schetsen hoe toegang tot het recht (of zijn Engelstalige equivalent *access to justice*) vanuit verschillende invalshoeken wordt benaderd (paragraaf 3.2). Hierbij is aandacht voor empirische en juridische benaderingen van het begrip. In dit onderzoek wordt gekozen voor een juridische invulling. In paragraaf 3.3 wordt deze keuze uitgewerkt door het opstellen van een normatief kader. De achtergrond van het onderzoek, de verschuiving van publiek naar privaat, is hierbij leidend. Het normatieve kader wordt uitgewerkt in drie aspecten: *transparantie*, *consistentie* en *finaliteit*. Na deze uitwerking wordt kort ingegaan op de functie van het normatieve kader in dit onderzoek (paragraaf 3.4). Het hoofdstuk sluit af met een slotbeschouwing (paragraaf 3.5).

3.2 Toegang tot het recht verkend

Toegang tot het recht is een breed begrip. Om een indruk te krijgen van de ruime reikwijdte ervan, wordt in deze paragraaf bekeken op welke manieren het begrip empirisch en juridisch kan worden geduid. Zoals gezegd, wordt in dit onderzoek gekozen voor een juridische invulling van toegang tot het recht. Dit neemt niet weg dat een brede verkenning van het begrip het inzicht kan vergroten in de diverse (ook niet-juridische) aspecten van toegang tot het recht in ruime zin. Hoewel dit niet de kern vormt van dit onderzoek, heeft een overzicht van allerlei factoren die ook een rol kunnen spelen in de verhoudingen tussen werknemer, werkgever en overheid vanuit dit perspectief een toegevoegde waarde.

Empirische benadering

De empirische bestudering van toegang tot het recht wordt veelal verricht vanuit het perspectief van rechtzoekenden. Dit wordt op verschillende manieren ingevuld. In een economisch onderzoek naar de toegang tot het recht kan bijvoorbeeld worden onderzocht hoe rechtzoekenden als 'rationele actoren' beslissen om al dan niet te procederen. Hierbij maken zij een inschatting van de verwachte kosten (bijvoorbeeld geld, tijd en moeite) en baten (bijvoorbeeld genoegdoening of schadevergoeding).¹ Bij deze inschatting zijn de middelen waarover een rechtzoekende beschikt een belangrijke factor. Partijen die zich veel kunnen veroorloven (*haves*) kunnen gemakkelijker een procedure voeren dan partijen met weinig financiële draagkracht (*have-nots*).²

De beslissing om al dan niet te procederen is niet alleen afhankelijk van materiële aspecten. Ook immateriële, moeilijk kwantificeerbare aspecten worden meegewogen.³ Van belang is bijvoorbeeld de verhouding met andere partijen. Hoe hechter de band is tussen partijen, hoe minder zij geneigd zijn hun verhouding te juridiseren. Rechtzoekenden die van elkaar afhankelijk zijn, zullen veelal geneigd zijn zich terughoudend op te stellen om hun relatie niet op het spel te zetten (*relational distance-theorie*).⁴

Een ander immaterieel aspect dat bepalend is voor de mogelijkheden en beperkingen van rechtzoekenden om hun rechten te effectueren zijn hun sociale vaardigheden. Hiermee wordt bedoeld op eigenschappen die bepalen hoe gemakkelijk of juist hoe moeilijk het is voor iemand om zich in het maatschappelijke verkeer te bewegen.

Sociale vaardigheden zijn afhankelijk van allerlei factoren. Een belangrijke factor is ervaring in het voeren van procedures. Rechtzoekenden die slechts incidenteel procederen (*one-shotters*) zijn in het nadeel tegenover diegenen die dit structureel doen (*repeat players*).⁵ Dit geldt bijvoorbeeld voor de relatie tussen koper en verkoper en tussen huurder en verhuurder. Ook de verhouding tussen werknemer en werkgever is een goed voorbeeld. *Repeat players* kunnen in tegenstelling tot *one-shotters* profiteren van investeringen. Daarnaast brengt het regelmatig voeren van procedures schaalvoordelen met zich mee. Een voorbeeld van een schaalvoordeel is het spreiden van risico over meerdere procedures.⁶ Bij *one-shotters* moet wel de kanttkening worden geplaatst dat zij kunnen proberen hun achterstand in te halen met rechtsbijstand. Hiermee krijgen zij immers ondersteuning van rechtshulpverleners, die de *repeat players* bij uitstek zijn.⁷

1 Zie bijvoorbeeld Van Velthoven & Ter Voert 2004, p. 60-61, Van Velthoven & Klein Haarhuis 2010, Gramatikov 2008, Barendrecht, Mulder & Giesen 2006, Carlin 1966, Laemers, De Groot-Van Leeuwen, Fredriks 2007.

2 Galanter 1974.

3 Zie bijvoorbeeld Parker 1999, Thibaut & Walker 1978, Leventhal 1980, Laemers, De Groot-Van Leeuwen en Fredriks 2007. Een karakteristiek voorbeeld van onderzoek vanuit de sociaal-psychologische benadering is het werk van Genn, die kijkt welke weg naar het recht (*path to justice*) rechtzoekenden kiezen bij het oplossen van hun problemen (*justiciable problems*). Centraal staat wat zij doen en denken over het benutten van rechtsmiddelen. zie Genn & Beinart 1999.

4 Galanter spreekt in dit verband van de *density* van de relatie, zie Galanter 1974, p. 39

5 Galanter 1974.

6 Galanter 1974, p. 3-20.

7 Zie bijvoorbeeld Schuyt, Groenendijk & Sloot 1976; Rhode 2004, p. 20.

Een andere factor die bepalend is voor de sociale vaardigheden van een rechtzoekende is zijn opleiding. Verder is ter verbreding van aspecten als ervaring en opleiding het netwerk waar een beroep op kan worden gedaan een belangrijke factor. Een rechtzoekende kan relaties in zijn netwerk inschakelen om hem te helpen bij het halen van zijn recht.

Rechtvaardigheidsbeleving is ook een immaterieel aspect dat grote invloed heeft op de keuze van de rechtzoekende om al dan niet zijn recht te halen. Over rechtvaardigheidsbeleving bestaan verschillende theorieën. Een veel voorkomend onderscheid dat hierbij wordt gemaakt, is dat tussen *procedural justice* en *distributive justice*.⁸ Er zijn ook verdere onderverdelingen mogelijk.⁹

Onderzoek naar *procedural justice* richt zich op de vormgeving van procedures. Hieruit komt naar voren dat rechtzoekenden een procedure als rechtvaardig ervaren, als hierin het recht wordt toegepast door een onafhankelijke en deskundige geschilbeslechter. Rechtzoekenden moeten bovendien op een correcte wijze worden bejegend en voldoende worden betrokken. Zij moeten het gevoel hebben dat zij invloed kunnen uitoefenen op de uitkomst (*fair process effect* of *voice effect*). Hierbij hoort ook dat voor rechtzoekenden de mogelijkheid van hoger beroep moet openstaan.

Bij *distributive justice* ligt de nadruk op wat de uitkomst van een procedure betekent voor het rechtvaardigheidsgevoel van rechtzoekenden. De uitkomst van een procedure wordt bijvoorbeeld als billijk (*equitable*) ervaren als deze overeenkomt met vergelijkbare gevallen (*equality*) en aansluit bij de eigen behoefte (*need*).

Juridische benadering

De juridische benadering van toegang tot het recht kenmerkt zich door het beschrijven en analyseren van het recht. Hierbij worden vanuit een normatief gezichtspunt knelpunten opgespoord, die voor rechtzoekenden obstakels opwerpen.¹⁰

De maatgevende normen voor het normatieve gezichtspunt hebben hun basis in het geschreven en ongeschreven recht. In de eerste plaats is het in juridisch onderzoek niet ongebruikelijk om te verwijzen naar beginselen. Er kan bijvoorbeeld worden gekeken hoe procedures zich verhouden tot beginselen van behoorlijke rechtspleging of algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹¹ Een minder abstract aanknopingspunt om procedures te toetsen is het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).¹² Artikel 6 EVRM schrijft bijvoorbeeld voor dat procedures aan bepaalde basisvereisten moeten voldoen, zoals een eerlijke en openbare behandeling binnen een redelijke termijn door een onafhankelijke en onpartijdige rechter. Een rechtsmiddel moet bovendien effectief zijn (art. 13 EVRM). Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vindt dat de overheid er voor verantwoordelijk is dat iedere

8 Zie voor beschouwingen over *procedural justice* en *distributive justice* onder meer Thibaut & Walker 1978, Walker, Lind & Thibaut 1979, Leventhal 1980, Tyler 1988 en Fleischacker 2004.

9 Onder *procedural justice* kan bijvoorbeeld *interpersonal justice* en *informational justice* worden geschaard.

10 Zie bijvoorbeeld Van der Heijden 1984, De Waard 1987, Brenninkmeijer 1987, Barkhuysen, Brenninkmeijer & Van Emmerik 1998, p. 403-419 en Woolf 1996.

11 Zie hierover bijvoorbeeld De Waard 1987, Nicolai 1990 en Wenders 2010.

12 Cousins 2008.

burger zich bij een geschil tot een rechter moet kunnen wenden. Beperkingen zijn geoorloofd, als die maar niet de kern van het in het geding zijnde recht raken.

Het bijzondere belang van het EVRM ligt voorts in zijn rechtskracht. Er wordt op toegezien dat de uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens worden nageleefd in de staten die bij het verdrag zijn aangesloten. Voor de Nederlandse wetgever zijn arresten van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aanleiding geweest tot verschillende aanpassingen van het recht. Wat de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid betreft kan bijvoorbeeld worden gewezen op de gevolgen van het Feldbrugge-arrest voor de vaste deskundigenprocedure (zie paragraaf 2.4).

Juridisch onderzoek naar toegang tot het recht bestaat veelal uit knelpuntenanalyses in concrete procedures. De nadruk ligt hierbij op procedures waarin geschillen bindend worden beslecht. Dit zijn in de eerste plaats gerechtelijke procedures. Toegang tot het recht (*access to justice*) staat dan ook vaak gelijk aan toegang tot de rechter (*access to court*).

Er kan op verschillende manieren invulling worden gegeven aan de knelpuntenanalyses. Nagegaan kan bijvoorbeeld worden welke ontvankelijkheidseisen gelden om een procedure aan te gaan, welke termijnen gelden om een rechtsmiddel in te stellen en in hoeverre griffierechten worden geheven. Een ander aandachtspunt is de duur van procedures. Een rechtzoekende is doorgaans niet gebaat bij een (zeer) langdurige procedure. Hij wil veelal juist zo snel mogelijk uitsluitel krijgen.

Ook de zorgvuldigheid van procedures is een belangrijk aandachtspunt van het onderzoek. Dit aspect kan bijvoorbeeld worden onderzocht door te bezien hoe de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de geschilbeslechter zijn geborgd. Ook moet het beginsel van hoor en wederhoor in een procedure tot zijn recht komen.¹³ De partijen moeten op voet van gelijkheid hun zaak kunnen bepleiten.

Al met al hebben de empirische en de juridische benaderingen van toegang tot het recht veel raakvlakken. Het onderzoek in beide benaderingen richt zich in de kern op wat bepalend is om rechten te effectueren. In empirisch onderzoek wordt dit gedaan vanuit de belevings- en ervaringswereld van rechtzoekenden. In juridisch onderzoek wordt vanuit een normatief gezichtspunt onderzocht welke belemmeringen uit het recht voortvloeien.

3.3 Toegang tot het recht in dit onderzoek

Toegang tot het recht wordt in dit onderzoek ingevuld vanuit een juridische benadering. Het onderzoek richt zich dus niet zozeer op het feitelijke gebruik van procedures, als wel op de complicaties die in het recht besloten liggen of uit het recht voortvloeien. Voor de doeleinden van het onderhavige onderzoek wordt onder toegang tot het recht verstaan, de mogelijkheden van rechtzoekenden om hun in wetgeving vastgelegde materiële rechten vastgesteld te krijgen, gebruikmakend van de procedurele middelen

13 Zie onder meer White & Ovey 2010.

waarin het rechtsstelsel voorziet. Rechtzoekenden hebben hierbij allereerst te maken met de uitvoerders van de sociale zekerheid. Voor de werknemer kan dit zijn werkgever of het UWV zijn. Voor de werkgever is dit het UWV (en bij het eigenrisico-dragerschap soms ook de Belastingdienst). Deze uitvoerders nemen beslissingen die voor werkgever en werknemer rechtsgevolgen hebben. Bij een blijvend geschil kunnen rechtzoekenden zich wenden tot een onafhankelijke rechter.

Bij de procedurele middelen kunnen zich knelpunten voordoen, die de toegang tot het recht beperken. Om deze knelpunten op te sporen, worden in dit onderzoek enkele procedures onderzocht vanuit een normatief kader. Dit kader rust op drie pijlers: transparantie, consistentie en finaliteit.

Verondersteld kan worden dat juist deze aspecten door de verschuiving van publiek naar privaat onder druk komen te staan. In de huidige publiek-private mix weten rechtzoekenden bijvoorbeeld mogelijk niet wat hun rechten zijn en hoe zij deze kunnen effectueren (*gebrek aan transparantie*). Daarnaast kunnen bijzondere procedures zonder goede verklaring afwijken van wat rechtzoekenden verwachten op grond van de algemene kaders (*gebrek aan consistentie*). Ook kan het geschiloplossend vermogen van het stelsel in het geding komen, waardoor eindeloos moet worden geprocedeerd (*gebrek aan finaliteit*).

Transparantie, consistentie en finaliteit kunnen worden geconcretiseerd aan de hand van het recht. In de volgende paragrafen worden de drie aspecten op hoofdlijnen uitgewerkt door eerst een algemene omschrijving van elk aspect te geven en vervolgens enkele concrete aandachtspunten uit te lichten. Hierbij moet de kanttekening worden geplaatst dat geen alomvattende uitwerkingen van de begrippen wordt beoogd. Bij de invulling wordt de nadruk gelegd op die punten, die naar verwachting het meeste zullen spelen door de verschuiving van publiek naar privaat.

3.3.1 *Transparantie*

De sociale zekerheid staat bekend om zijn complexiteit.¹⁴ Voor de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid is dit niet anders. Door de verschuiving van publiek naar privaat is dit rechtsgebied er bovendien niet eenvoudiger op geworden. Hiermee is ook de noodzaak toegenomen voor maximale helderheid en duidelijkheid. Met transparantie wordt in dit onderzoek bedoeld op de mate waarin een rechtzoekende vooraf kan inschatten wat zijn rechten zijn en hoe hij deze kan effectueren.

Transparantie kan op verschillende manieren worden ingevuld.¹⁵ Juridisch kan het worden uitgewerkt in verschillende normen. In het Europese recht is bijvoorbeeld een ontwikkeling te zien van transparantie als afzonderlijk beginsel.¹⁶ Als zodanig begint het ook door te werken in de Nederlandse rechtsorde. Er wordt door sommigen zelfs gepleit voor een codificatie van het transparantiebeginsel in de Algemene

14 Zie bijvoorbeeld Noordam 2006.

15 Zie Scholtes 2012. Scholtes wijst erop dat de term ook kan worden misbruikt.

16 Zie bijvoorbeeld Prechal & De Leeuw 2007, Buijze & Widdershoven 2010, Drahmman 2010 en Drahmman 2012.

wet bestuursrecht.¹⁷ Uit het Europese transparantiebeginsel vloeit onder meer voort dat burgers toegang moeten hebben tot duidelijke informatie over hun rechten.¹⁸

In het Nederlandse recht bestaat geen afzonderlijk transparantiebeginsel. Wel heeft transparantie, zoals het in dit onderzoek wordt ingevuld, veel raakvlakken met het beginsel van rechtszekerheid. Dit vereist dat het recht duidelijk is geformuleerd, zodat de rechtzoekende weet waar hij aan toe is.¹⁹ Uit het rechtszekerheidsbeginsel vloeit tevens voort dat waar het recht vragen oproept, hier in beginsel voor de overheid een taak ligt om deze te beantwoorden.²⁰ Deze faciliterende invulling van overheidsverantwoordelijkheid hangt samen met de dienende rol van de overheid, die berust op beginselen als actieve informatieverstrekking, actief dienstbetoon en actieve rechtsbedeling.²¹

Als concretisering van de actieve opstelling van de overheid is in de literatuur onder meer voorgesteld om burgers een afdwingbaar recht op gerichte informatie te geven.²² Hieraan zouden bestuursorganen vervolgens ook gebonden zijn. De Nationale ombudsman gaat nog een stap verder en vindt dat de overheid deze informatie niet alleen op verzoek, maar ook uit eigen beweging moet verstrekken.²³ Transparantie kan op deze wijze een middel zijn om de rechtszekerheid te vergroten als de duidelijkheid van wet- en regelgeving te wensen overlaat. Een dergelijke informatieplicht is echter nog niet erkend in de rechtspraak. Weigert een bestuursorgaan informatie te verstrekken, dan is hiermee nog geen zelfstandige grond gegeven om een besluit te vernietigen.

Een plicht om op betrokkenen afgestemde informatie te verstrekken over hun rechten is nog niet uitgekristalliseerd. Aan een dergelijke plicht is overigens al wel concretere vorm gegeven ten aanzien van bestuurlijke overheidsinformatie. Op grond van de Wet openbaarheid van bestuur kan een burger een verzoek indienen om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid (art. 3 Wob). Een bestuursorgaan dient ook uit eigen beweging informatie te verstrekken over het beleid, zodra dat in het belang is van een goede en democratische besluitvorming (art. 8 Wob). De hoofdregel is dat informatie wordt verstrekt. Dit is alleen anders als één van de uitzonderingen van toepassing is. Deze uitzonderingen zijn limitatief opgenomen in de wet.

Wordt het voorgaande vertaald naar het stelsel bij ziekte en arbeidsongeschiktheid, dan valt op dat de wetgever zich in beginsel heeft beperkt tot het scheppen van algemene kaders. Worden deze verder onvoldoende uitgewerkt, dan is dit niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid. Hieruit volgt dat transparantie kan worden

17 Buijze & Van Widdershoven 2010.

18 Prechal & De Leeuw 2007, p. 61.

19 Vgl. Damen e.a. 2013, p. 57-61.

20 Het wordt als een overheidsverantwoordelijkheid gezien om de rechtszekerheid te bevorderen. Dit geldt in het bijzonder in bestuursrechtelijke verhoudingen, zie onder meer Damen e.a. 2013, p. 60-61.

21 Zie bijvoorbeeld Nicolai 1990, p. 413-476.

22 Zie bijvoorbeeld Buijze & Van Widdershoven 2010.

23 Zie behoorlijkheidsnorm 19 in Nationale ombudsman, 'Wat vindt u ervan?' Reflectie op burger en overheid. Verslag van de Nationale ombudsman over 2010, 2010, p. 173.

beoordeeld door na te gaan hoe de algemene kaders zijn vertaald in lagere regelgeving en beleidsregels. Een aandachtspunt is bijvoorbeeld of uitvoerders in beleidsregels van te voren aangeven hoe zij hun bevoegdheden zullen toepassen.

Waar wet- en regelgeving aan duidelijkheid te wensen overlaat, mag van uitvoerders een zekere gidsrol worden verwacht. Het UWV kan dit bijvoorbeeld doen door informatie te verstrekken aan rechtzoekenden. Dit kan op verzoek en zo nodig ook uit eigen beweging. Een ander aandachtspunt bij de transparantie van het stelsel is dus of op uitvoerders informatieplichten rusten en of deze ook kunnen worden afgedwongen.

Een bijzondere vraag die in verband met het voorgaande rijst, is of dit soort eisen ook kunnen worden gesteld aan werkgevers. De uitvoering is immers niet meer alleen voorbehouden aan de overheid, maar kan ook bij een werkgever liggen. Waar publiekrechtelijke normen niet van toepassing zijn, is het de vraag of uit het privaatrecht gelijksoortige normen kunnen worden gedestilleerd. Kan bijvoorbeeld van werkgevers op grond van verplichtingen uit hoofde van goed werkgeverschap worden verwacht dat zij hun werknemers de weg wijzen.²⁴

3.3.2 Consistentie

Consistentie is een eigenschap van het stelsel zelf. Net als transparantie hangt dit aspect nauw samen met rechtszekerheid. Ook inconsistenties leiden immers tot onduidelijkheid en onzekerheid bij rechtzoekenden. Hierdoor ontstaat zelfs het risico van willekeur. Inconsistenties kunnen bovendien het vertrouwen in het recht ondermijnen.²⁵

Juist in het stelsel van regels bij ziekte en arbeidsongeschiktheid kan de consistentie in het geding komen. De vermenging van publiek- en privaatrecht heeft immers tot gevolg dat niet alleen de algemene kaders van deze rechtsgebieden gelden, maar ook de bijzondere regels die uit het socialezekerheidsrecht en het arbeidsrecht voortvloeien. Hieruit kunnen inconsistenties voortvloeien tussen algemeen en bijzonder en tussen publiek en privaat. In dit onderzoek wordt daarom nagegaan hoe consistent de procedures zijn. Waar zich inconsistenties voordoen, wordt onderzocht of deze kunnen worden gerechtvaardigd.

Wat de publiekrechtelijke verhouding tussen algemeen en bijzonder betreft, kan worden onderzocht hoe de bijzondere socialezekerheidsrechtelijke procedures zich verhouden tot de kaders van het algemene bestuursrecht. Het uitgangspunt van de wetgever was een zo uniform mogelijk bestuursrecht. De bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht zouden in beginsel gelden voor alle bijzondere deelgebieden van het bestuursrecht. Dit zou alleen anders zijn als voor afwijking hiervan een bijzondere rechtvaardiging bestond. Om dit te beoordelen kan bijvoorbeeld worden nagegaan hoe bestuursrechtelijke beginselen als een zorgvuldige voorbereiding (art. 3:2 Awb), een deugdelijke motivering (art. 3:46 Awb) en een taakvervulling zonder vooringenomenheid (art. 2:4 Awb) vorm krijgen in het socialezekerheidsrecht. Hetzelfde kan worden

24 Heerma van Voss wijst bijvoorbeeld op de raakvlakken tussen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en het goed werkgeverschap. Zie Heerma van Voss 1999.

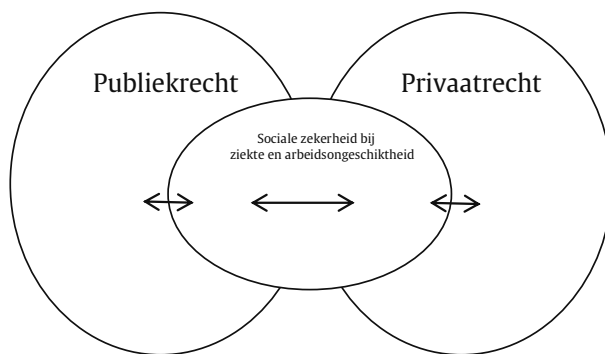
25 Zie bijvoorbeeld Nicolai 1990, p. 413-476.

gedaan bij voor het bestuursrecht centrale begrippen als bestuursorgaan (art. 1:1 Awb), belanghebbende (art. 1:2 Awb) en besluit (art. 1:3 Awb).

De privaatrechtelijke verhouding tussen algemeen en bijzonder wordt onderzocht door na te gaan hoe de loonvorderingsprocedure op grond van artikel 7:629 BW zich verhoudt tot het burgerlijk procesrecht. Hierbij kunnen bijvoorbeeld bijzondere procedurele voorzieningen rondom loondoorbetaling bij ziekte in het licht worden gehouden van gelijksoortige procedures in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv).

De consistentie tussen publiek- en privaatrechtelijke procedures wordt onderzocht door te analyseren wat de verhouding is tussen de socialezekerheidsrechtelijke procedures en de arbeidsrechtelijke procedures in dit rechtsgebied. Deze procedures kunnen immers parallel aan elkaar lopen of elkaar opvolgen. Ook kan worden gekeken of, in geval voor één fase in de procesgang een bijzondere procedurele voorziening is gecreëerd, dit ook is gedaan voor de andere fasen. In alle fasen doen zich immers gelijksoortige geschillen voor.

Een ander aandachtspunt ten aanzien van de consistentie tussen publiek en privaat is de wijze waarop in de publiek- en privaatrechtelijke procedures de feiten worden beoordeeld en de partijen worden bejegend. Er kunnen bijvoorbeeld verschillen liggen in de verdeling van de bewijslast. Ook wordt bezien in hoeverre rechters onderling elkaars uitspraken respecteren. Gebeurt dit niet, dan zijn tegenstrijdige uitkomsten van procedures niet uitgesloten.



Figuur 3.1 De sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid tussen publiek en privaat en tussen algemeen en bijzonder

3.3.3 Finaliteit

De vermenging van publiek en privaat kan ook de finaliteit van het stelsel raken. Hiermee wordt in dit onderzoek bedoeld op het geschiloplossend vermogen. Dit wordt opgevat als een resultante van tijdigheid en zorgvuldigheid. Rechtzoekenden moeten zo snel mogelijk een bindende uitspraak kunnen krijgen over hun geschil. Deze snelheid moet echter niet ten koste gaan van de zorgvuldigheid van de procedure, waarin het geschil wordt beslecht. Dit ondergraaft immers ook het

geschiloplossend vermogen. Worden bijvoorbeeld bepaalde geschilpunten niet of onvolledig beoordeeld, dan kunnen rechtzoekenden de noodzaak voelen om door te procederen.

Finaliteit is op verschillende manieren te beoordelen. Bij het bezien of procedures zijn ingericht op een tijdige geschilbeslechting kan bijvoorbeeld worden nagegaan in hoeverre termijnen gelden om rechtsmiddelen aan te wenden. Ook de duur van procedures is een aandachtspunt. Hierbij kan onder meer aansluiting worden gezocht bij artikel 6 EVRM, dat voorschrijft dat de gehele procesgang binnen een 'redelijke termijn' moet worden afgerond. Een ander aandachtspunt betreft de vraag of in een procedure het geschil in zijn geheel wordt beslecht of dat over deelaspecten moet worden doorgeprocedeerd. Vanuit het oogpunt van een tijdige geschilbeslechting moeten partijen zo weinig mogelijk stappen hoeven te zetten om hun recht te halen.

De zorgvuldigheid van de procedure is op meerdere wijzen te beoordelen. Omdat het in geschillen bij ziekte en arbeidsongeschiktheid veelal draait om deskundigen-inbreng, kan worden nagegaan hoe de kwaliteit hiervan wordt geborgd. Ook de invulling van het beginsel van hoor en wederhoor kan worden beoordeeld. In hoeverre kunnen partijen binnen een procedure op gelijke voet hun standpunten verwoorden?²⁶ Deze vraag is in het bijzonder van belang in dit rechtsgebied, omdat uit het recht op privacy van de werknemer grenzen aan de mate van openheid kunnen volgen. Een ander aandachtspunt is de motivering waarmee een procedure wordt afgerond. De vraag is dan of de motivering partijen in staat stelt om, goed geïnformeerd, de keuze te maken om zich ofwel neer te leggen bij de uitkomst ofwel door te procederen.

3.4 Functie van het normatieve kader

Zoals gezegd, dient het hierboven beschreven normatieve kader, bestaande uit de drie pijlers van transparantie, consistentie en finaliteit, ertoe om knelpunten op te sporen die de toegang tot het recht beïnvloeden. Daarbij fungeert het kader in de eerste plaats als een instrument voor het ordenen van dergelijke knelpunten. In de tweede plaats kunnen er redenerend vanuit het normatieve kader uitspraken worden gedaan over de mate waarin de toegang tot het recht bij de huidige stand van de procedures in de knel komt. Bij deze tweede, normatieve functie van het kader dient te worden begrepen dat transparantie, consistentie en finaliteit relatieve standaarden zijn. Of en in hoeverre ze worden bedreigd hangt af van de omstandigheden van het geval. Dit is niet iets dat zo maar kan worden gesteld, maar telkens moet worden beredeneerd en beargumenteerd. Daartoe wordt in de volgende hoofdstukken een poging ondernomen.

3.5 Conclusie

In de huidige mengeling van publiek- en privaatrecht kunnen rechtzoekenden in het duister tasten over wat zij moeten doen (*gebrek aan transparantie*). Hun onzekerheid wordt verder vergroot, wanneer de te volgen procedures vervolgens ook nog eens

²⁶ Harris, O'Boyle & Warbrick 2009, p. 251-253.

afwijken van de verwachtingen die zij ontleen aan het recht (*gebrek aan consistentie*). Bovendien kan het geschiloplossend vermogen van het stelsel worden ondermijnd door het samenlopen en op elkaar volgen van allerlei publiek- en privaatrechtelijke procedures (*gebrek aan finaliteit*). Door dit soort knelpunten komt al met al de toegang tot het recht van werkgever en werknemer in het geding.

Bij het voorgaande moet voor de volledigheid nog de kanttekening worden geplaatst dat transparantie, consistentie en finaliteit, zoals deze aspecten in dit onderzoek zijn ingevuld enige overlap kennen. Hierdoor is het niet uit te sluiten dat bepaalde knelpunten onder meerdere aspecten van het normatieve kader aan de orde zouden kunnen komen. Dit doet echter niets af aan de waarde van de onderverdeling in de drie aspecten, al was het alleen maar om de analyse te structureren.

In de volgende hoofdstukken (hoofdstukken 4, 5 en 6) wordt aan de hand van het normatieve kader gekeken welke knelpunten optreden bij de beslechting van geschillen over het recht op loon bij ziekte, de verlenging van de loondoorbetalingsplicht en bij het Wet WIA-eigenrisicodragerschap. Op basis van deze bevindingen worden vervolgens uitspraken gedaan over wat de publiek-private mix in dit rechtsgebied betekent voor de toegang tot het recht van werkgever en werknemer bij geschillen over ziekte en arbeidsongeschiktheid (hoofdstuk 7).

HOOFDSTUK 4

Toegang tot het recht bij ziekte

4.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat over de toegang tot het recht bij loondoorbetaling bij ziekte. Publiek- en privaatrecht zijn in deze fase sterk met elkaar verweven. Werknemers die door ziekte niet kunnen werken, hebben de eerste twee jaar van ziekte recht op ziekengeld (art. 19 ZW). Dit wordt echter niet uitgekeerd als de werknemer tegenover zijn werkgever een beroep kan doen op loondoorbetaling bij ziekte (art. 29 ZW en art. 7:629 BW).¹ Werknemers zonder werkgever kunnen zich wenden tot het UWV. Loondoorbetaling bij ziekte op grond van het Burgerlijk Wetboek is hiermee de hoofdregel en een uitkering op grond van de Ziektewet de uitzondering.

De loondoorbetalingsperiode bij ziekte is van 1994 tot 2004 stapsgewijs verlengd. Hierbij was de wetgever er steeds op gespitst om ongewenste gevolgen voor de rechtsbescherming te voorkomen (zie ook paragraaf 1.2). Om dit te bewerkstelligen, werden allerlei procedurele voorzieningen getroffen. Nu het stelsel van loondoorbetaling bij ziekte geruime tijd functioneert, kan dit stelsel nader worden bezien.

In dit hoofdstuk wordt eerst een overzicht geboden van de rechten en plichten bij loondoorbetaling bij ziekte en de procedures, die moeten worden gevolgd bij geschillen hierover. Hierbij is ook aandacht voor enkele bijzondere waarborgen (paragraaf 4.2). Vervolgens worden enkele procedures geanalyseerd tegen de achtergrond van het normatieve kader (paragraaf 4.3). Het hoofdstuk sluit af met een conclusie (paragraaf 4.4).

¹ In bepaalde gevallen bestaat er wel een recht op loondoorbetaling, maar kan de werknemer een beroep doen op ziekengeld. Een verzekerde heeft bijvoorbeeld bij arbeidsongeschiktheid door ziekte die het gevolg is van zwangerschap of bevalling recht op ziekengeld (art. 19 lid 2 ZW). De werkgever kan deze uitkering op grond van artikel 7:629 lid 5 BW verrekenen met het doorbetaalde loon. Hiermee wordt beoogd te voorkomen dat werkgevers afzien van het in dienst nemen van vrouwen vanwege het risico van zwangerschap.

4.2 Loondoorbetaling bij ziekte

In deze paragraaf wordt de systematiek van loondoorbetaling bij ziekte beschreven. Hierbij wordt ingegaan op de rechten en plichten en worden de procedures beschreven die openstaan bij geschillen hierover.²

4.2.1 Rechten en plichten

Loondoorbetaling bij ziekte (art. 7:629 lid 1 BW)

Een werknemer die door ziekte zijn werk niet kan doen heeft op grond van artikel 7:629 lid 1 BW gedurende 104 weken recht op loondoorbetaling. De loondoorbetalingsplicht staat niet op zichzelf. Hij gaat vergezeld met re-integratieplichten van werkgever en werknemer (art. 7:658a en 7:660a BW) en ontslagbescherming van de werknemer (art. 7:670 lid 1 BW).

De loondoorbetalingsplicht bij ziekte geldt voor de bedongen arbeid en heeft betrekking op 70 procent van het loon. Hierbij geldt voor de eerste 52 weken een minimum van het voor de werknemer geldende wettelijke minimumloon.³ Aangezien de loondoorbetalingsplicht is gerelateerd aan de bedongen arbeid, betekent een wijziging van de overeengekomen arbeid, dat hier ook een nieuwe loondoorbetalingsplicht bij ziekte van 104 weken bij hoort. Hierbij is vermeldenswaardig dat gezien het grote belang van een nieuwe loondoorbetalingsplicht van 104 weken de afgelopen jaren veel procedures te zien over de vraag of passende arbeid (stilzwijgend of uitdrukkelijk) is gewijzigd in de nieuwe bedongen arbeid.⁴ Wordt dit niet aangenomen, dan ontstaat een lacune in de inkomensbescherming. De regering ziet het echter als de verantwoordelijkheid van werkgever en werknemer om na de 104 weken afspraken te maken over de nieuwe bedongen arbeid. Het zou voorts niet aan de wetgever zijn om voor deze situatie een voorziening te bieden in de Ziektewet.⁵ De Centrale Raad van Beroep heeft ook geoordeeld dat bij uitval uit de passende arbeid op grond van de huidige bepalingen van de Ziektewet geen recht

2 Deze beschrijvende paragraaf geeft de grote lijnen weer van het recht en de procedures bij loondoorbetaling bij ziekte. Zie voor meer gedetailleerde beschrijvingen onder meer Hoogendijk 1999, Asscher-Vonk e.a. 2007 en Loonstra & Zondag 2010, p. 559-615.

3 Werkgevers kunnen geneigd zijn om een nieuwe loondoorbetalingsplicht te voorkomen. Het komt bijvoorbeeld voor dat werkgevers een hersteldmelding van de werknemer niet aanvaarden in een poging om de loondoorbetalingsperiode voort te laten duren. Is eenmaal de loondoorbetalingsperiode van 104 weken doorlopen, ontstaat in beginsel geen nieuwe loondoorbetalingsperiode. Zie bijvoorbeeld Ktr. Leeuwarden 16 oktober 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BK1711. In deze zaak werd een werkgever door de rechter tot de orde geroepen, omdat hij ten onrechte zijn werknemer voor 95 procent hersteld had verklaard en hierbij een proeftijd van zes maanden had gehanteerd.

4 Zie voor voorbeelden van dergelijke procedures HR 30 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8134, TRA 2011, 103, m.nt. C.J. Frikkee, Hof 's-Hertogenbosch 20 januari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH0657, JAR 2009/54 en Hof Amsterdam 29 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN8221, JAR 2010/230. Dit onderwerp is ook aangesneden in de literatuur. Zie bijvoorbeeld Laagland & Rayer 2010, Van der Ham & Zaman 2011 en Van Slooten 2013.

5 Dit standpunt werd verwoord in een brief van de Minister van SZW aan de Stichting van de Arbeid van 2 februari 2010.

op ziekgeld ontstaat.⁶ De werknemer kan dus onder omstandigheden met lege handen komen te staan.⁷

Het Burgerlijk Wetboek werkt niet uit wat precies onder ziekte wordt verstaan. Voor de invulling van het ziektebegrip wordt aansluiting gezocht bij de Ziektewet en de rechtspraak hierover. Hieruit volgt een definitie van ziekte als een verstoring van het evenwicht in het lichaam waarbij het lichaam streeft naar herstel van dit evenwicht op het oude of een lager niveau.⁸ De arbeidsongeschiktheid moet een te objectiveren medische oorzaak hebben. Bij de vaststelling hiervan is een belangrijke rol weggelegd voor deskundigen. Voorts is in de Ziektewet bepaald dat onder ziekte ook gebreken worden verstaan (art. 19 lid 4 ZW).

De eerste dag van de loondoorbetalingsperiode is de dag dat de werknemer door ziekte de met zijn werkgever bedongen arbeid niet volledig heeft kunnen verrichten. Om vast te stellen wat onder de bedongen arbeid moet worden verstaan, zijn volgens vaste rechtspraak de arbeidsovereenkomst en de wijze waarop hier invulling aan is gegeven leidend.⁹

Uitzonderingen

Het recht op loondoorbetaling bij ziekte is niet onvoorwaardelijk. De wet biedt hierop allerlei uitzonderingen, die voor een werkgever aanleiding kunnen zijn om de loondoorbetaling stop te zetten. Hierbij kan onderscheid worden gemaakt tussen de *loonuitsluitingsgronden* van artikel 7:629 lid 3 BW en de *loonopschortingsgrond* van artikel 7:629 lid 6 BW. Een loonuitsluiting houdt in dat het loon niet wordt betaald en dat bovendien het onderliggende recht vervalt. Bij een opschorting komt het loon niet tot uitbetaling, maar blijft het recht hierop bestaan. Dit betekent dat bij het wegvallen van de opschortingsgrond de werknemer alsnog aanspraak heeft op loondoorbetaling voor de periode waarop de opschorting zag.

Loonuitsluitingsgronden (art. 7:629 lid 3 BW).

Er bestaan verschillende loonuitsluitingsgronden. De eerste is dat de werknemer in het geheel geen recht heeft op loondoorbetaling bij ziekte als hij opzettelijk ziek is geworden (art. 7:629 lid 3 onder a BW). Een geslaagd beroep op deze loonuitsluitingsgrond is uitzonderlijk, omdat het voor de werkgever uiterst moeilijk is om te bewijzen dat de opzet gericht is op de ziekte.¹⁰ In een geval waarin de opzet niet kan worden bewezen, kunnen dezelfde feiten overigens wel leiden tot het stopzetten van een bovenwettelijke loonaanvulling. Voor het bovenwettelijke gedeelte

6 CRvB 28 juli 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BN2796.

7 Zie ook Bouwens 2011.

8 CRvB 14 mei 1936, AB 1936, p. 443.

9 Zie bijvoorbeeld HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 en HR 14 november 1997, NJ 1998, 149.

10 Zie ook onder meer Hoogendijk 1999, p. 91-99 en Willems 2005. Sommige rechters zijn genegen het opzetcriterium op te rekken. In één zaak werd bijvoorbeeld overwogen dat bij een cosmetische ingreep sprake is van een zekerheidsbewustzijn dat is gelijk te stellen met opzet. De ziekte werd voor rekening van de werknemer gebracht (Ktr. Middelburg 8 juli 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BX5083, JAR 2012/217, m.nt. C.S. Kehrer-Bot). Er werd ook opzet aangenomen in Ktr. Gouda 23 augustus 2007, JAR 2007/237, omdat de werknemer 'bij volle bewustzijn' had gekozen voor een zodanig alcohol- en drugsgebruik dat hij verslaafd was geraakt.

staat het partijen namelijk vrij te kiezen voor andere criteria. In een CAO kan bijvoorbeeld worden overeengekomen dat het recht op een loonaanvulling bij ziekte bij bewuste roekeloosheid vervalt. Bewuste roekeloosheid is een lichter criterium dan opzet.¹¹

Er is ook geen recht op loondoorbetaling bij ziekte als de werknemer ziek wordt door een gebrek waarover hij de werkgever valse informatie heeft verstrekt in het kader van een aanstellingskeuring. Deze valse informatie moet er dan toe hebben geleid dat de toetsing van de voor de functie opgestelde belastbaarheidseisen niet juist kon worden uitgevoerd (art. 7:629 lid 3 onder a BW). De loonuitsluitingsgrond is in de rechtspraak op grond van 'gewone verbintenisrechtelijke beginselen' verruimd tot een algemene plicht van de werknemer om uit zichzelf beperkingen, die relevant zijn voor de functie, te melden. Als de werknemer dit nalaat, kan dit tot gevolg hebben dat zijn recht op loondoorbetaling vervalt.¹²

Naast de bovenstaande loonuitsluitingsgronden die naar hun aard niet kunnen worden hersteld en er toe leiden dat er in het geheel geen loon wordt doorbetaald bij ziekte, kent de wet ook loonuitsluitingsgronden die beperkt zijn tot de duur dat zij gelden. Deze betreffen het herstel en de re-integratie van de werknemer. Van een werknemer wordt verwacht dat hij zich actief opstelt bij zijn re-integratie (art. 7:660a BW) en meewerkt aan de re-integratie-inspanningen van zijn werkgever (art. 7:658a BW). Dit houdt bijvoorbeeld in dat van hem wordt verwacht dat hij passende arbeid verricht. Dit is alle arbeid die voor de krachten en bekwaamheden van de werknemer is berekend, tenzij aanvaarding om redenen van lichamelijke, geestelijke of sociale aard niet van hem kan worden gevergd (art. 7:658a lid 4 BW).

De eerste van de loonuitsluitingsgronden met betrekking tot herstel en re-integratie is dat de werknemer geen recht heeft op loondoorbetaling bij ziekte, zolang hij zijn genezing belemmert of vertraagt (art. 7:629 lid 3 onder b BW). Hetzelfde geldt zolang de werknemer zonder deugdelijke grond geen passende arbeid verricht (art. 7:629 lid 3 onder c BW) of weigert mee te werken aan redelijke voorschriften of maatregelen van de (deskundige van) de werkgever, die op het verrichten van passende arbeid zijn gericht (art. 7:629 lid 3 onder d BW). Daarnaast bestaat geen recht op loondoorbetaling, zolang de werknemer zonder deugdelijke grond weigert mee te werken aan het plan van aanpak, dat werkgever en werknemer op grond van de Wet WIA voor de re-integratie moeten opstellen (art. 7:629 lid 3 onder e BW, zie ook paragraaf 5.2.1).

De werknemer heeft naast bovengenoemde loonuitsluitingsgronden ook geen recht op loondoorbetaling bij ziekte als hij zonder deugdelijke grond zijn Wet WIA-aanvraag te laat heeft ingediend (art. 7:629 lid 3 onder f BW). Bij een te late indiening loopt de loondoorbetalingsperiode bij ziekte in beginsel door (art. 7:629 lid 11 onder a BW), maar de werkgever heeft de mogelijkheid om met een beroep op deze grond de loondoorbetaling stop te zetten.

11 Zie HR 14 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC6699, NJ 2008, 567, m.nt. E. Verhulp.

12 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 9 november 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AT3397, JAR 2005/81, m.nt. M.S.A. Vegter.

Bij de meeste loonuitsluitingsgronden is duidelijk dat deze de volledige aanspraak van loondoorbetaling bij ziekte betreffen. Dit ligt anders voor de situatie dat een werknemer weigert passende arbeid te verrichten (art. 7:629 lid 3 onder c en d BW). Dit onderwerp is ook aan de orde geweest bij de parlementaire behandeling.¹³ De regering stelde dat er gevallen denkbaar zijn waarin een volledige beëindiging van de loondoorbetaling onredelijk zou zijn. Gewezen werd op een situatie waarin een werknemer slechts een geringe overtreding had begaan. De werknemer zou in dergelijke gevallen tegen misbruik van de sanctieregeling worden beschermd door de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW). De sanctie zou niet mogen worden toegepast als dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet aanvaardbaar zou zijn. Verder werd overwogen dat een regeling waarbij het verlies van de loonaanspraak zou zijn gerelateerd aan de aard en omvang van de overtreding onnodig en onwenselijk zou zijn gezien de conflictgevoeligheid hiervan.

In de jurisprudentie zijn zaken te vinden waarin rechters de hierboven beschreven lijn van de regering strikt volgen. Een volledige stopzetting wordt in beginsel toegelaten. Dit kan de werknemer tot medewerking aan de re-integratie aanzetten. Er kan hierbij wel worden gekeken of een uitzondering op zijn plaats is.¹⁴ Er zijn echter ook rechters die bereid zijn tot een meer evenredige benadering. Een volledige stopzetting wordt door hen disproportioneel gevonden.¹⁵ Het Hof Amsterdam overwoog bijvoorbeeld dat redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de uitzonderingen van artikel 7:629 lid 3 onder c en d BW op de regel van het eerste lid slechts betrekking hebben op het deel van de bedongen of aangepaste arbeid dat de werknemer hoewel daartoe in staat, zonder deugdelijke grond niet heeft verricht. De wetgeschiedenis zou volgens het hof geen aanwijzing voor het tegendeel bieden. Dit zou het recht van de werknemer op doorbetaling van het loon voor het deel dat hij arbeidsongeschikt is onverlet laten.¹⁶

Loonopschortingsgrond (art. 7:629 lid 6 BW)

Een werkgever mag het loon opschorten, zolang zijn werknemer redelijke en op schrift gestelde controlevoorschriften schendt. De opschorting kan worden gezien als

13 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 60.

14 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5362.

15 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 7 april 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT5977, *JAR* 2005/111, m.nt. B. Barentsen, Ktr. Amersfoort 22 juli 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ3489, *JAR* 2009/237, Ktr. Breda 18 december 1999, ECLI:NL:RBBRE:2009:BL6655, Ktr. Amsterdam 23 juni 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO0125, *JAR* 2010/236, Ktr. Enschede 25 september 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BX8766, *JAR* 2012/281.

16 De benadering van het Hof Amsterdam doet mijns inziens meer recht aan de socialezekerheidsrechtelijke functie van artikel 7:629 BW door de inkomensbescherming van de werknemer voorop te stellen. Een grammaticale interpretatie van artikel 7:629 BW biedt ruimte voor een gedeeltelijke loonstop. Bij de loonstopzettingsgronden staat dat het recht niet bestaat 'voor de tijd, gedurende welke' (art. 7:629 lid 3 onder c en d BW), wat kan worden gelezen als 'voor de uren, gedurende welke', en de werkgever kan niet een beroep doen op een grond om het loon 'geheel of gedeeltelijk' niet te betalen, als hij hier de werknemer niet van te voren op wijst (art. 7:629 lid 7 BW). Barentsen noemt in dit verband nog de mogelijkheid dat de rechter toetst of de loonstop in het concrete geval passend is en of de werkgever zorgvuldig heeft besloten tot het opleggen ervan. Deze toetsing op grond van het goed werkgeverschap zou lijken op een toetsing van een bestuursrechtelijk besluit aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Zie Hof Amsterdam 7 april 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT5977, *JAR* 2005/111, m.nt. B. Barentsen.

een middel om de werknemer tot medewerking aan te zetten. De werknemer moet meewerken aan het verstrekken van inlichtingen, omdat de werkgever moet kunnen vaststellen of artikel 7:629 BW van toepassing is. Zodra de werknemer meewerkt, moet de werkgever het achterstallige loon alsnog betalen.

4.2.2 Procedures

Wordt gekeken naar de gepubliceerde jurisprudentie, dan blijken procedures over loondoorbetaling bij ziekte vooral te gaan over de kernvragen of de werknemer arbeidsongeschikt is door ziekte en of de werknemer voldoende meewerkt aan zijn re-integratie. Bij deze vragen is gemakkelijk verschil van inzicht mogelijk. Dit geldt niet alleen voor werkgever en werknemer, maar ook voor de betrokken deskundigen. In deze paragraaf worden de procedures bij dit soort geschillen beschreven aan de hand van de mogelijke acties en reacties van werkgever en werknemer.



Figuur 4.1 De procedurele stappen bij loondoorbetaling bij ziekte

Beroep op loondoorbetaling bij ziekte

Vindt een werknemer dat hij door ziekte niet kan werken, dan legt hij zijn werkzaamheden neer. Hierbij moet hij zich houden aan de door zijn werkgever gestelde voorschriften. In een verzuimreglement kan bijvoorbeeld zijn bepaald welke procedure de werknemer moet volgen om zich ziek te melden.

Beoordeling van het recht

Of recht bestaat op loondoorbetaling bij ziekte wordt in beginsel beoordeeld door de werknemer en zijn werkgever. Zij kunnen zich hierbij laten adviseren door verschillende deskundigen. Kiest de werkgever voor een loonstop, omdat hij vindt dat geen recht bestaat op loondoorbetaling bij ziekte, dan kan hij zijn beslissing onderbouwen met de inbreng van zijn bedrijfsarts en andere deskundigen. De werknemer kan hier verklaringen van zijn behandelend artsen, zoals zijn huisarts of een specialist, tegen over stellen. Buiten deze partijdeskundigen, kunnen zowel werkgever als werknemer het oordeel van een onpartijdige deskundige vragen. Deze is doorgaans verbonden aan het UWV.

Deskundigen van de werkgever

Een werkgever moet zich bij het begeleiden van zieke werknemers in ieder geval laten ondersteunen door een geregistreerde bedrijfsarts (art. 14 lid 1 onder b Arbowet).¹⁷ Deze kan in dienst zijn van een arbodienst of werkzaam zijn als zelfstandige. De werkgever kan ook andere deskundigen inschakelen, zoals een arbeidsdeskundige, organisatiedeskundige of veiligheidsdeskundige.¹⁸

Van een werkgever wordt verwacht dat hij na een ziekmelding de bedrijfsarts inschakelt om zijn werknemer te onderzoeken. Doet de werkgever dit niet of te laat, dan kan dit onder meer leiden tot een loonsanctie van het UWV (zie ook paragraaf 5.2.1). Ook de civiele rechter kan aan het niet inschakelen van de bedrijfsarts gevolgen verbinden.¹⁹ De werknemer wordt geacht mee te werken aan het onderzoek van de bedrijfsarts. De bedrijfsarts geeft vervolgens de werkgever zijn oordeel of sprake is van arbeidsongeschiktheid door ziekte. Ook geeft hij aan welke mogelijkheden hij ziet om de werknemer weer aan het werk te krijgen. De bedrijfsarts verricht deze werkzaamheden zonder hierbij medische gegevens bloot te leggen. Zijn beroepsgeheim weerhoudt hem hier in beginsel van (art. 7:457 lid 1 BW).²⁰ Er worden wel medische gegevens openbaar gemaakt als de werknemer hier uitdrukkelijk toestemming voor geeft.

De bedrijfsarts neemt een bijzondere positie in tussen werkgever en werknemer. Omdat hij wordt ingehuurd door de werkgever, wordt zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid nogal eens in twijfel getrokken.²¹ Hierdoor kan in ieder geval de schijn ontstaan dat de bedrijfsarts niet onpartijdig is.

Deskundigen van de werknemer

Een werknemer zal zich doorgaans eerst wenden tot zijn behandelend arts. Deze kan een diagnose stellen en een behandeling voorschrijven. Vraagt de werknemer om een uitspraak over zijn arbeidsongeschiktheid door ziekte, dan kunnen behandelend artsen zich echter terughoudend opstellen. De Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG) adviseert hen om het afgeven van verklaringen te weigeren, omdat dit tot belangenconflicten kan leiden en de vertrouwensrelatie met de patiënt op het spel kan zetten. Bovendien zal de behandelend arts veelal niet op de hoogte zijn van de relevante criteria voor het

17 Een bedrijfsarts staat geregistreerd in het BIG-register voor sociaal-geneeskundigen. Dit register wordt bijgehouden door de Sociaal-Geneeskundigen Registratie Commissie. De sociale geneeskunde is een wettelijk erkend specialisme dat afzonderlijk wordt geregistreerd (art. 14 Wet BIG).

18 De werknemer is niet verplicht mee te werken aan het onderzoek van de deskundigen, die door zijn werkgever worden ingeschakeld. Hierbij kan ook meewegen dat de deskundige niet voldoende gekwalificeerd geacht wordt. Zie bijvoorbeeld Ktr. Utrecht 18 juli 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX2049, JAR 2012/219, waarin werd geoordeeld dat de werknemer niet hoefde mee te werken aan medisch onderzoek door een andere deskundige dan de bedrijfsarts.

19 Zie bijvoorbeeld Ktr. Emmen 27 juni 2001, JAR 2001/147.

20 Er is in beginsel geen sprake van een behandelingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:446 BW, maar bedrijfsartsen nemen in het algemeen aan dat de geheimhoudingsverplichting van overeenkomstige toepassing is (art. 7:464 BW).

21 Zie bijvoorbeeld De Zwart, Prins & Van der Gulden 2011, p. 6.

al dan niet toewijzen van bepaalde voorzieningen.²² Deze bezwaren hoeven de werknemer er echter niet van te weerhouden om een verklaring te vragen bij een andere arts, bij wie hij niet onder behandeling staat.

Onpartijdige deskundige van het UWV

Blijven werkgever en werknemer (en de door hen ingeschakelde deskundigen) verschillend denken over de vraag of de werknemer arbeidsongeschikt is door ziekte, dan voorziet het stelsel in de mogelijkheid om een oordeel te krijgen van een onafhankelijke en onpartijdige deskundige. De wetgever heeft hiervoor het UWV aangewezen vanwege zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid en zijn deskundigheid. Het deskundigenoordeel kan ook worden afgegeven door een deskundige die niet is aangewezen door het UWV. Dit moet dan worden bepaald bij CAO of publiekrechtelijke regeling (art. 7:629a lid 7 BW).

Het UWV stelt op verzoek van werkgever of werknemer een deskundigenoordeel op (art. 32 Wet SUWI). De deskundige is verplicht zijn onderzoek onpartijdig en naar beste weten te verrichten (art. 7:629a lid 3 BW). Bij het opstellen van een deskundigenoordeel kan een verzekeringsarts of een arbeidsdeskundige zijn betrokken. Stelt een verzekeringsarts het deskundigenoordeel op, dan kan hij bij zijn onderzoek ook behandelend artsen raadplegen (art. 7:629a lid 4 BW).

Het deskundigenoordeel bekleedt een bijzondere plaats in de loondoorbetalingsperiode bij ziekte. De wetgever beoogde met een relatief laagdrempelige procedure een effectief en efficiënt middel te bieden om geschillen te beslechten.²³ De verwachting was namelijk dat werkgever en werknemer zich in de regel zouden neerleggen bij deze 'publiekrechtelijke beslissing in een privaatrechtelijk geschil'. Het zou weliswaar niet bindend zijn, maar de rechter zou er in een loonvorderingsprocedure niet gauw van afwijken.²⁴ Het zou immers het onafhankelijke oordeel zijn van 'zijn wettelijke adviseur'.²⁵ Uit het voorgaande zou voortvloeien dat het deskundigenoordeel de rechter zou ontlasten door procedures te voorkomen. Zou het geschil toch uitmonden in een procedure, dan zou het deskundigenoordeel de bewijsvoering vereenvoudigen.²⁶

De aanvraag van een deskundigenoordeel

Een deskundigenoordeel is door werkgever en werknemer aan te vragen met een standaardformulier. Hier gelden geen termijnen voor. Het deskundigenoordeel wordt in beginsel binnen twee weken na ontvangst van het verzoek gegeven (art. 32a lid 3 Wet SUWI).²⁷ Bij de aanvraag moeten bepaalde documenten worden meegestuurd, zoals een arbeidsovereenkomst (inclusief functieomschrijving), probleemanalyse en plan van aanpak (zie ook paragraaf 5.2.1). Voor deskundigenoordelen worden

22 De KNMG heeft in 2003 voor het weigeren van het afgeven van een medische verklaring een standaard weigeringsbriefje opgesteld dat verkrijgbaar is in vier talen. In dit briefje wordt aan patiënten uitgelegd waarom de behandelend arts geen verklaring afgeeft. Zie www.knmg.nl.

23 *Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 23-28.*

24 Zie onder meer *Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr. 3, p. 17.*

25 *Kamerstukken II 1995/96, 24 439, B, p. 11-12.*

26 *Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 23-28.*

27 Deze termijn kan worden verlengd. De bijzondere bepalingen die in dit verband gelden voor besluiten zijn daarbij van overeenkomstige toepassing verklaard (art. 4:14 en art. 4:15 Awb).

kosten in rekening gebracht, die uit overwegingen van laagdrempeligheid laag zijn gehouden (art. 32a lid 2 Wet SUWI).²⁸ Met ingang van 1 januari 2013 zijn deze kosten wel aanzienlijk verhoogd. De werknemer is per deskundigenoordeel € 100,- verschuldigd als de werkgever € 400,-.²⁹ Voor die datum waren de kosten voor zowel werkgever als werknemer € 50,-.³⁰ Vanuit het oogpunt van de toegankelijkheid van de procedure is dit een ongewenste ontwikkeling.

Het deskundigenoordeel richt zich op de situatie op een bepaalde datum. Dit kan een ziekmelding zijn, die door de werkgever wordt betwist. Het kan ook het moment zijn waarop de werknemer door de werkgever geacht wordt weer te kunnen werken in de bedongen of passende arbeid. Het UWV geeft vier soorten deskundigenoordelen af: 1) over de ongeschiktheid tot werken (art. 32 lid 1 Wet SUWI), 2) over de vraag of passende arbeid voor handen is (art. 32 lid 3 onder a Wet SUWI), 3) over de nakoming van de re-integratieverplichtingen van de werknemer (art. 32 lid 2 Wet SUWI) en 4) over re-integratie-inspanningen van de werkgever (art. 32 lid 3 onder b Wet SUWI). De werkgever is bij het verzoeken van een deskundigenoordeel waarbij de medewerking van de werknemer vereist is, afhankelijk van de opstelling van de werknemer (art. 32a lid 1 Wet SUWI).

De loonvorderingsprocedure

Blijven werknemer en werkgever verschillend denken over het recht op loondoorbetaling bij ziekte, dan kan de werkgever kiezen voor een loonstop. De werkgever kan hier verschillende gronden voor hebben. Hij kan bijvoorbeeld vinden dat de werknemer niet ziek is of dat hij onvoldoende meewerkt aan zijn re-integratie.

Bijzondere vermelding verdient de situatie dat de werkgever kiest voor een loonstop, omdat hij de ziekte van de werknemer betwist, en er door partijen verschillend wordt gedacht over de vraag of sprake is van een situatie waarin de werknemer niet in staat is te werken door werkgerelateerde omstandigheden (bijvoorbeeld een arbeidsconflict). In dit verband wordt ook wel de term 'situatieve arbeidsongeschiktheid' gehanteerd. Hierbij kan worden opgemerkt dat 'situatieve arbeidsongeschiktheid' niet uitsluit dat sprake is van arbeidsongeschiktheid door ziekte en een loondoorbetalingsplicht op grond van artikel 7:629 BW. Als geen sprake is van arbeidsongeschiktheid door ziekte, kan de werknemer een beroep doen op artikel 7:628 BW. Indien de overeengekomen arbeid niet is verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen, behoudt de werknemer op grond van deze bepaling recht op loon.³¹

28 In deze overwegingen zijn ook de theoretische inzichten over de invloed van financiële draagkracht te herkennen. *Haves* kunnen gemakkelijker een procedure voeren dan partijen met weinig financiële draagkracht *have-nots*. Partijen kunnen worden tegemoetgekomen met lagere proceskosten. Zie paragraaf 3.2.

29 Zie Beleidsregel kosten aanvraag deskundigenoordeel 2013, *Stcrt.* 2012, 27131.

30 Besluit kosten aanvraag deskundigenoordeel 2005, *Stcrt.* 2005, 37.

31 Zie bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 19 mei 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AX8713, *JAR* 2006/187, Hof Leeuwarden 12 juli 2006, ECLI:NL:GHLEE:AY4100, *JAR* 2006/210, HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7669, *JAR* 2008/188. Ook in de literatuur zijn verschillende beschouwingen over situatieve arbeidsongeschiktheid te vinden. Zie bijvoorbeeld Bouwens & De Groot 2009, Vas Nunes & Heida 2009 en De Groot 2010.

Wat de grond voor de loonstop ook is, de werkgever moet de werknemer hiervan kennisgeven, onverwijld nadat bij hem het vermoeden van de grond is gerezen of redelijkerwijs had behoren te rijzen (art. 7:629 lid 7 BW). Doet hij dit niet, dan zal de rechter de loonvordering toewijzen.³² Het Hof Leeuwarden ging bijvoorbeeld niet inhoudelijk in op de door de werkgever aangevoerde grieven, omdat gesteld noch gebleken was dat de werkgever had voldaan aan de in artikel 7:629 lid 7 BW bedoelde verplichting om de werknemer van zijn voornemen om betaling van het loon op te schorten kennis te geven.³³ Uit bewijsoverwegingen zal de werkgever de kennisgeving in beginsel schriftelijk doen. De aankondiging van de loonstop kan een werknemer alsnog doen besluiten om zich neer te leggen bij het standpunt van zijn werkgever. Het is daarom ook van belang dat de kennisgeving plaatsvindt voor het moment dat het loon wordt stopgezet.³⁴

Wil de werknemer de loondoorbetaling bij ziekte afdwingen, dan moet hij zich met een loonvordering wenden tot de kantonrechter. Deze is in eerste aanleg bevoegd, omdat het een zaak betreft, die gaat over de arbeidsovereenkomst (art. 93 onder c Rv). De werknemer kan in deze procedure in persoon procederen (art. 79 lid 1 Rv).

Omdat de werknemer de eisende partij is, rust de bewijslast in beginsel op hem (art. 150 Rv). Hij zal stellen dat hij recht heeft op loondoorbetaling bij ziekte en hierbij de grond die de werkgever heeft aangedragen voor de loonstop bestrijden. Beide partijen kunnen hun stellingen onderbouwen met verklaringen van deskundigen.

Tegen het vonnis van de kantonrechter staat in beginsel hoger beroep open bij een gerechtshof.³⁵ Tegen het arrest van het hof staat eventueel cassatie open bij de Hoge Raad (art. 398 Rv). Voor de procedures in hoger beroep en cassatie gelden hogere drempels dan de procedure in eerste aanleg.³⁶ In hoger beroep en cassatie is procesvertegenwoordiging door een advocaat verplicht (art. 79 lid 2 Rv). Ook liggen de griffierechten hoger.³⁷

Verder worden loonvorderingsprocedures vaak in kort geding, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep, gevoerd vanwege het spoedeisende karakter (art. 254 lid 1 Rv). Zij gaan immers om het inkomen en daarmee de bestaanszekerheid van een werknemer. Het Hof Leeuwarden verwoordde dit door te stellen dat in de aard

32 Vgl. Rb. Assen 5 maart 2002, ECLI:NL:RBASS:2002:AG7858, JAR 2002/130.

33 Hof Leeuwarden 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY1290. Zie ook Ktr. Maastricht 6 september 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX7553.

34 Zie anders Birkhoff & Swets 2006. Zij lezen in artikel 7:629 lid 7 BW geen verplichting dat de werkgever de werknemer van tevoren waarschuwt. De bepaling zou alleen inhouden dat de werknemer onmiddellijk na het opleggen van de sanctie hiervan op de hoogte wordt gesteld.

35 Dit is alleen anders als de vordering waarover de kantonrechter heeft beslist niet meer bedraagt dan € 1750,- (art. 332 Rv).

36 Dat hoger beroep openstaat, draagt volgens de inzichten van de theorie van *procedural justice* ook bij aan de rechtvaardigheidsbeleving (zie paragraaf 3.2). Hierbij moet de kanttekening worden geplaatst dat te hoge kosten voor het instellen van hoger beroep deze rechtvaardigheidsbeleving kan ondergraven.

37 Voor een hoger beroep bij een gerechtshof geldt in 2013 voor vorderingen van meer dan € 500,- en niet meer dan € 12.500,- een griffierecht van € 299,- en voor vorderingen van meer dan € 12.500,- en niet meer dan € 100.000,- een griffierecht van € 683,-. Onvermogenszaken zijn € 299,- verschuldigd. Ter vergelijking, in hoger beroep bij de Centrale Raad van Beroep geldt voor dit soort zaken, ook bij een voorlopige voorziening, een tarief van € 118,-. Zie de bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken en artikel 8:109 Awb.

van de door werknemer gevorderde voorlopige voorziening, de loonvordering, het spoedeisend belang in eerste aanleg ligt besloten. Hiermee is de competentie van de appelrechter gegeven.³⁸ De werknemer kan in kort geding in eerste aanleg en in hoger beroep zonder procesvertegenwoordiging optreden. Als hij zich laat vertegenwoordigen, mag dit echter alleen door een advocaat zijn (art. 255 lid 1 Rv).

De inbreng van de eerder genoemde deskundigen is een gewichtige factor voor de uitkomst van de loonvorderingsprocedure. Kan één van de partijen zijn standpunt niet onderbouwen met een verklaring van een deskundige, dan zal de kans op een voor hem gunstige uitkomst van de procedure aanzienlijk afnemen. Het kan voorkomen dat er geen enkele deskundigenverklaring is. In één geval had de werkgever bijvoorbeeld geweigerd zijn bedrijfsarts in te schakelen, omdat hij meende dat de arbeidsongeschiktheid voortvloeide uit een arbeidsconflict. De werknemer had geen deskundigenoordeel bij zijn loonvordering gevoegd. Ook al kon de werkgever zijn loonstop niet onderbouwen met een verklaring van zijn bedrijfsarts, de kantonrechter wees de loonvordering af.³⁹

Een uitspraak als de bovenstaande is uitzonderlijk. Rechters zullen veelal van de werkgever verwachten dat hij bij iedere ziekmelding zijn bedrijfsarts inschakelt. De kantonrechter Leeuwarden overwoog bijvoorbeeld dat stopzetting van de loonbetaling een ingrijpende maatregel is, die voor een werknemer ingrijpende gevolgen heeft. Bij toepassing daarvan mag van een werkgever de grootst mogelijke zorgvuldigheid worden verwacht.⁴⁰ Een vermoeden van een arbeidsconflict maakte dit volgens de rechter niet anders, omdat dit arbeidsongeschiktheid door ziekte niet zou uitsluiten.

Dat de werkgever en werknemer deskundigenverklaringen kunnen inbrengen, betekent verder niet dat de rechter hier ook acht op moet slaan. De rechter heeft uiteindelijk in alle gevallen het laatste woord. Volgens de hoofdregel van het burgerlijk procesrecht is hij vrij in zijn waardering van het bewijs. De rechter mag aan ieder feitelijk gegeven dat het geding heeft opgeleverd de bewijskracht hechten die hem goedgeeft, voor zover de wet niet anders bepaalt.⁴¹

Het voorgaande betekent dat hij zelfs alle deskundigenverklaringen naast zich neer kan leggen en zijn eigen inschatting daarvoor in de plaats kan stellen. Een opmerkelijk voorbeeld hiervan is te vinden in een vonnis van de kantonrechter Zaandam. De rechter ging hierin niet alleen voorbij aan het oordeel van de bedrijfsarts, maar ook aan het oordeel van de deskundige van het UWV. Hij leidde uit zijn eigen waarneming op de terechtzitting en zijn ervaring in andere zaken af dat de werknemer zijn klachten niet simuleerde.⁴² Een dergelijke opstelling van de rechter, waarbij hij als het ware zelf als deskundige optreedt, is echter uitzonderlijk. De rechter gaat in een loonvorderingsprocedure doorgaans af op de feiten die met deskundigeninbreng zijn vastgesteld.

38 Hof Leeuwarden 17 augustus 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BN4505.

39 Ktr. Amsterdam 24 maart 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM6108, *JIN* 2010/775, m.nt. R.A. Heida.

40 Ktr. Leeuwarden 15 februari 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BP6842.

41 Vgl. HR 21 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB6187, *JAR* 2008/18.

42 Ktr. Zaandam 8 december 2009, ECLI:NL:KTGZAA:2009:BM0903, *JAR* 2010/83.

Spreken de verschillende verklaringen elkaar tegen, dan moet de rechter bepalen aan welke verklaring hij de meeste waarde hecht. In het algemeen toetst elke rechter of een advies van een deskundige inzichtelijk, consistent en concludent is.⁴³ Hij kan hierbij verschillende factoren betrekken. Voorop staat dat de rechter als leek op medisch gebied niet goed kan oordelen over de inhoud van de verklaring. Deze is slechts marginaal te toetsen. De kantonrechter Zwolle verwoordde dit in een loonvorderingsprocedure op treffende wijze:

'In de kern van de zaak gaat de discussie over de vraag of het deskundigenoordeel van verzekeringsarts [A] de toets der kritiek kan doorstaan. De kantonrechter is geen medicus en moet zijn beoordeling in het kader van dit kort geding (mede) daarom beperken tot de vraag of [A] in de gegeven omstandigheden heeft gehandeld zoals van een bekwaam en redelijk handelend verzekeringsarts mag worden verlangd. In het bijzonder: is zijn deskundigenoordeel, gegeven de omstandigheden, op een zorgvuldige wijze tot stand gekomen?'⁴⁴

De rechter zal in beginsel het deskundigenoordeel van het UWV als uitgangspunt nemen. In zijn oordeelsvorming betreft hij echter ook de andere deskundigenverklaringen. Dit is bijvoorbeeld te lezen in een arrest van het Hof Amsterdam, waarin overwogen werd dat de uitvoering van het deskundigenoordeel door een door het UWV benoemde deskundige weliswaar is bedoeld om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid te waarborgen, maar dat toch ook andere deskundigenverklaringen en gegevens relevant zijn bij de beslissing of sprake is van arbeidsongeschiktheid.⁴⁵

4.2.3 Bijzondere waarborgen

De wetgever heeft ook enkele procedurele voorzieningen getroffen die bijzondere vermelding verdienen. Naast de algemene regels die voor een civiele procedure voortvloeien uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, bevat het Burgerlijk Wetboek enkele (door het publiekrecht geïnspireerde) bijzondere bepalingen voor de loonvorderingsprocedure (art. 7:629a BW).⁴⁶

Eén bijzondere regel is dat de werknemer alleen in de proceskosten van de werkgever wordt veroordeeld bij kennelijk onredelijk gebruik van procesrecht (art. 7:629a lid 6 BW). Dit wijkt af van de algemene regel in het burgerlijk procesrecht dat de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van zijn wederpartij wordt veroordeeld (art. 237 Rv). De bijzondere regel doet denken aan het bestuursprocesrecht, waarin een burger slechts in de kosten van het bestuursorgaan wordt veroordeeld in geval van kennelijk onredelijk gebruik van procesrecht (art. 8:75 lid 1 Awb). Onredelijk gebruik van procesrecht is in het bestuursrecht een zeldzaamheid. Dit is ook in een loonvorderingsprocedure het geval.

De civiele rechter past de regel van artikel 7:629a lid 6 BW ambtshalve toe. Het Hof Arnhem overwoog bijvoorbeeld:

43 Vgl. Van den Berg 1999, p. 242 en De Groot 2008, p. 475-476.

44 Ktr. Zwolle 29 april 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BQ3945.

45 Hof Amsterdam 26 mei 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT9612, JAR 2005/168.

46 Dit wijkt af van de algemene tweedeling van materieel recht in het Burgerlijk Wetboek en formeel recht in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

'Het hof acht deze grief, hoe ongemotiveerd ook, toch gegrond omdat het hof ambtshalve art. 7:629a lid 6 BW moet toepassen. Daaruit volgt dat werknemers in zaken als deze alleen in de proceskosten van een werkgever veroordeeld kunnen worden, indien sprake is van kennelijk onredelijk gebruik van procesrecht.

Nu daaromtrent niets is gesteld of gebleken, dient het vonnis waarvan beroep op dit punt te worden vernietigd en zal alsnog een compensatie van kosten worden uitgesproken.⁴⁷

Ook al geldt de bijzondere bepaling van artikel 7:629a lid 6 BW voor de loonvorderingsprocedure, in de jurisprudentie zijn voorbeelden te vinden dat de rechter toch de algemene regel toepast en de werknemer veroordeelt in de proceskosten van de werkgever.⁴⁸ In één geval weigerde zelfs de Hoge Raad de proceskosten in eerste aanleg en hoger beroep te compenseren en veroordeelde de werknemer in de proceskosten van de werkgever in cassatie. Overwogen werd dat de werknemer geen omstandigheden naar voren had gebracht, die een afwijking van artikel 237 Rv konden rechtvaardigen. De werknemer had ook niet uitdrukkelijk verwezen naar artikel 7:629a lid 6 BW, maar had alleen gesteld dat zijn vordering 'deugdelijk' was.⁴⁹ Bezien vanuit de bijzondere regeling van artikel 7:629a BW lijkt deze uitkomst onjuist te zijn.

Een andere bijzondere regel is het vereiste om een deskundigenoordeel te voegen bij een loonvordering. Het deskundigenoordeel is bedoeld als een laagdrempelig middel om geschillen tussen werkgever en werknemer te beslechten. Zij hebben hiermee toegang tot een niet-bindend advies over punten die hen verdeeld kunnen houden. Zolang een geschil niet uitmondt in een loonvorderingsprocedure, is het deskundigenoordeel een vrijblijvende mogelijkheid waarvan werkgever en werknemer al dan niet gebruik kunnen maken. Zodra echter de werknemer een loonvordering instelt, wordt het verkrijgen van een deskundigenoordeel een vereiste. Zonder deskundigenoordeel over het punt dat werkgever en werknemer verdeeld houdt, wijst de rechter de loonvordering van de werknemer in beginsel af (art. 7:629a lid 1 BW). Het deskundigenoordeel is hiermee een 'verplicht voorportaal voor toegang tot de rechter'.⁵⁰

Dat dit een bijzondere waarborg is, hangt nauw samen met de bewijsvoering in de loonvorderingsprocedure. Hierin speelt het deskundigenoordeel een belangrijke rol. Omdat de werknemer de loonvordering instelt, rust de bewijslast in beginsel op hem (art. 150 Rv). Met het deskundigenoordeel kan hij zijn loonvordering onderbouwen.

In twee gevallen lijdt het vereiste van een deskundigenoordeel uitzondering. De loonvordering wordt niet afgewezen, als de verhindering om de bedongen of passende arbeid te verrichten of de nakoming van de re-integratieplichten niet wordt betwist. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als niet het recht op loondoorbetaling bij ziekte zelf, maar alleen de hoogte hiervan in het geding is. De andere uitzondering

47 Hof Arnhem 27 juli 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN2890, *USZ* 2010/285, m.nt. Red. Zie voor andere voorbeelden van toepassing van deze regel Hof 's-Gravenhage 27 mei 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005:AT9372, Hof Arnhem 27 juli 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN2890, *USZ* 2010/285, m.nt. Red. en Ktr. Leeuwarden 24 oktober 2006, ECLI:NL:RBLEE:2006:AZ1565.

48 Vgl. Ktr. Alkmaar 10 maart 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BM0541, Ktr. Haarlem 13 januari 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BK9858, *Prg.* 2010, 55, Ktr. Amersfoort 22 juli 2011, *JAR* 2011/229, Hof Amsterdam 20 juni 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AG7889, *JAR* 2002/163.

49 HR 21 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB6187, *JAR* 2008/18.

50 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 63-65.

geldt als het overleggen van het deskundigenoordeel in redelijkheid niet van de werknemer kan worden gevergd (art. 7:629a lid 2 BW). Deze situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen in een kort geding.⁵¹ De spoedeisendheid in dit soort procedures wordt niet verenigbaar geacht met het vereiste om eerst een deskundigenoordeel te verkrijgen. De jurisprudentie laat echter voorbeelden zien waarin ook een voorzieningenrechter van de werknemer een deskundigenoordeel verwacht. De overweging hierbij is of de werknemer voldoende tijd heeft gehad om het deskundigenoordeel te verkrijgen.⁵²

4.3 Procedures getoetst

Bij het overzien van de sociale zekerheid bij ziekte springt één onderwerp er in het bijzonder uit: het deskundigenoordeel van het UWV. Dit vormt immers een publiek-rechtelijke interventie in een verder privaatrechtelijk stelsel van rechtsbescherming. De voorziening is bovendien specifiek getroffen om de nadelige gevolgen van de verschuiving van publiek naar privaat op te vangen.

Dat het deskundigenoordeel is ingevoerd om geschilbeslechting te bevorderen, wil niet zeggen dat het geen complicaties met zich mee kan brengen voor de toegang tot het recht van werkgever en werknemer. Om dit vast te stellen, worden enkele aspecten van het deskundigenoordeel getoetst. Hierbij kunnen verschillende vragen worden gesteld. Is het bijvoorbeeld voor de werknemer voldoende kenbaar dat hij bij zijn loonvordering een deskundigenoordeel moet voegen (*transparantie*)? Hoe verhoudt de bijzondere procedure van het deskundigenoordeel in het Burgerlijk Wetboek zich tot de algemene regeling van deskundigenbewijs in het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering (*consistentie*). En hoe verhoudt de figuur van het deskundigenoordeel zich tot een tijdige en zorgvuldige geschilbeslechting (*finaliteit*)?⁵³

4.3.1 Transparantie

Worden de procedures vanuit transparantie-perspectief bekeken, dan zijn verschillende knelpunten te zien. In deze paragraaf komen de kenbaarheid van de verplichting om bij de loonvordering een deskundigenoordeel te voegen (paragraaf 4.3.1.1) en de kenbaarheid van de loonstop (paragraaf 4.3.1.2) aan de orde.

4.3.1.1 Kenbaarheid van het deskundigenoordeel-vereiste

Het stelsel biedt geen waarborgen dat een werknemer op de hoogte is van zijn verplichting om bij zijn loonvordering een deskundigenoordeel te voegen. Dit knelt, omdat het ontbreken van een deskundigenoordeel vergaande gevolgen kan hebben voor de mogelijkheden van een werknemer om zijn recht op loondoorbetaling bij ziekte zeker te stellen. Het kan ertoe leiden dat de loonvordering zonder meer wordt

51 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 64.

52 Zie bijvoorbeeld Ktr. Nijmegen 20 juli 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX4261, Ktr. Haarlem 10 februari 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH9302, *JAR* 2009/83 en Ktr. Amersfoort 17 januari 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BA0770, *JAR* 2007/54.

53 Zie ook Rijpkema, Tollenaar & Vonk 2011.

afgewezen (zie ook paragraaf 4.3.3). In ieder geval wordt de kans dat de loonvordering wordt toegewezen aanzienlijk verlaagd, omdat de werknemer het moet doen zonder een belangrijk bewijsmiddel.

De verplichting om bij een loonvordering een deskundigenoordeel te voegen is niet vanzelfsprekend. In ieder geval is vast te stellen dat een dergelijk vereiste niet eigen is aan privaatrechtelijke procedures. De verplichting kan de werknemer dan ook gemakkelijk ontgaan. Dit wordt bevestigd in de jurisprudentie, waarin meerdere voorbeelden zijn te vinden van een werknemer die een loonvordering indient zonder deskundigenoordeel. Ook zijn er andere aanwijzingen dat werknemers niet altijd weten hoe zij moeten handelen. In één onderzoek werd bijvoorbeeld geconstateerd dat bijna driekwart van de ondervraagde werknemers niet wist dat het mogelijk was om een deskundigenoordeel te verzoeken, als zij het niet eens waren met het advies van de bedrijfsarts.⁵⁴ Ook uit ander onderzoek komt naar voren dat de informatie-overdracht door de werkgever (en bedrijfsarts) niet optimaal is.⁵⁵

Een bijzondere complicatie hierbij is dat voor het instellen van een loonvordering bij de kantonrechter procesvertegenwoordiging niet verplicht is. Dit betekent dat de werknemer niet in alle gevallen door een rechtshulpverlener wordt geadviseerd over wat van hem wordt verwacht. Dat de werknemer wordt bijgestaan is overigens geen garantie dat hij bij zijn loonvordering een deskundigenoordeel voegt. Het komt zelfs voor dat een advocaat niet op de hoogte is van deze bijzondere verplichting en nalaat de werknemer hier op te wijzen. Hierbij moet wel de kanttekening worden geplaatst dat een advocaat in beginsel aansprakelijk is voor de schade die hierdoor ontstaat. Dit is te kwalificeren als een beroepsfout. Het Hof 's-Hertogenbosch overwoog hierover bijvoorbeeld dat de kans dat een werknemer zonder deskundigenoordeel niet-ontvankelijk zou worden verklaard reëel en voorzienbaar was. Dit betekende dat de advocaat die had nagelaten bij de loonvordering een deskundigenoordeel te voegen niet de zorgvuldigheid had betracht van een bekwaam en redelijk handelend vakgenoot.⁵⁶

Juist omdat de gevolgen van het ontbreken van het deskundigenoordeel zo ingrijpend zijn, is het van belang dat een werknemer op de hoogte is van het vereiste van een deskundigenoordeel. Het stelsel garandeert dit echter niet. Er bestaat geen bijzondere waarborg die de kenbaarheid van de plicht om een deskundigenoordeel bij de loonvordering te voegen, zekerstelt.

De werknemer kan wel op andere manieren ontdekken dat hij wordt geacht over een deskundigenoordeel te beschikken. Hij kan bijvoorbeeld zelf informatie inwinnen bij het UWV of uit andere bronnen putten zoals informatievoorziening door vakbonden.⁵⁷ Ook kan de werknemer door zijn werkgever of de bedrijfsarts worden

54 Steenbeek, Van den Heuvel & Buijs 2006.

55 Zie bijvoorbeeld het Onderzoek evaluatie wet verbetering poortwachter, *Kamerstukken II 2005/06*, 30 510, nr. 1, p. 50.

56 Hof 's-Hertogenbosch 15 november 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU5484.

57 Een voorbeeld van een informatiebrochure is de Brochure van de FNV, 'Wie schrijft die blijft. Een logboek voor de werknemer die langdurig ziek is of arbeidsongeschikt dreigt te worden'. Zie voor de laatste uitgave hiervan www.fnv.nl onder publicaties. Dit soort informatievoorziening biedt de werknemer nuttige informatie over zijn rechten en plichten. Er is echter niet geborgd dat deze informatie alle werknemers, die er baat bij kunnen hebben, bereikt.

gewezen op zijn verplichting om een deskundigenoordeel aan te vragen. Dat zullen zij ook vaak uit zichzelf doen.⁵⁸ Het tegenovergestelde is echter ook te zien. Sommige werkgevers laten niet alleen na hun werknemer te wijzen op hun verplichting om een deskundigenoordeel aan te vragen, maar brengen vervolgens bij hun gemotiveerde betwisting van de loonvordering naar voren dat de vordering moet worden afgewezen, omdat een deskundigenoordeel ontbreekt.⁵⁹

Beschouwing

Het stelsel biedt geen bijzondere waarborgen dat de werknemer op de hoogte is van de verplichting om bij zijn loonvordering een deskundigenoordeel te voegen. Als de werknemer dit vervolgens nalaat, kan dit ertoe leiden dat de loonvordering zonder meer wordt afgewezen. De kansen om de loonvordering toegewezen te krijgen worden in ieder geval aanzienlijk verlaagd door het ontbreken van een bewijsmiddel.

Juist omdat het vereiste van het volgen van een voorprocedure vreemd is in het burgerlijk procesrecht, is het naar mijn oordeel een lacune dat werknemers hierbij niet de weg worden gewezen. Dat de werknemer zonder procesvertegenwoordiging mag optreden, veronderstelt dat de procedure voldoende toegankelijk is om ook daadwerkelijk in persoon te procederen. Dat het vereiste van een deskundigenoordeel zelfs een professionele rechtshulpverlener kan ontgaan, is een indicatie dat dit niet het geval is. Omdat het stelsel niet garandeert dat de werknemer op de hoogte is van wat hij moet doen, is het als onredelijk te beschouwen om de werknemer af te rekenen op het ontbreken van een deskundigenoordeel.

Ook zonder een expliciete verplichting kan van de werkgever op grond van het goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) worden verwacht de werknemer op het deskundigenoordeel te wijzen. De rechter zou deze informatieplicht hierop kunnen baseren. Bezien vanuit dit goed werkgeverschap is het naar mijn oordeel in ieder geval onbehoorlijk als de werkgever zelf uitdrukkelijk een beroep doet op het ontbreken van een deskundigenoordeel in een loonvorderingsprocedure, als hij de werknemer niet zelf heeft geïnformeerd over de verplichting om een deskundigenoordeel bij de loonvordering te voegen.⁶⁰

Wat verder vanuit 'regulatory welfare state'-perspectief opvalt, is dat de werknemer wat zijn informatiepositie bij een loonstop betreft slechter af is dan in een publiek stelsel. Zou de werknemer een uitvoeringsorgaan tegenover zich hebben, dan zou deze verplicht zijn om bij zijn besluit een bezwaarclausule op te nemen met een vermelding van de procedurele mogelijkheden (art. 3:45 Awb). De werkgever hoeft echter bij zijn beslissing om de loonstop te zetten niet iets als een

58 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 27 juli 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN2890, *USZ* 2010/285, m.nt. Red.

59 Zie bijvoorbeeld Ktr. Haarlem 13 januari 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BK9858, *Prg.* 2010, 55.

60 Zie voor een voorbeeld waarin de werkgever er nadrukkelijk op wijst dat de werknemer geen deskundigenoordeel bij zijn loonvordering heeft gevoegd Ktr. Eindhoven 2 juli 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BJ1305, *RAR* 2009, 130. De jurisprudentie geeft ook voorbeelden dat de werkgever (of zijn bedrijfsarts) de werknemer wijzen op de mogelijkheid van een deskundigenoordeel. Zie bijvoorbeeld Ktr. Gorinchem 16 maart 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BL9438, *Prg.* 2010, 96 en Ktr. Dordrecht 3 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BV3735. Uit de jurisprudentie is niet goed af te leiden in hoeverre werkgevers hun werknemers wijzen op het verplichte karakter van het deskundigenoordeel.

'deskundigenoordeelclausule' op te nemen. De wetgever heeft het deskundigenoordeel al met al bedoeld als substituut van de bezwaarprocedure, maar dan zonder te voorzien in een gelijksoortige rechtsmiddelverwijzing. Mijns inziens zou een dergelijke rechtsmiddelverwijzing niet misstaan.

4.3.1.2 Kenbaarheid van de loonstop

Een loonvordering kan niet alleen kan worden afgewezen als een deskundigenoordeel ontbreekt, maar ook als de loonvordering vergezeld gaat van een deskundigenoordeel dat een antwoord geeft op een andere vraag dan die werkgever en werknemer verdeeld houdt. Ook hier geldt dat, zelfs als de loonvordering niet zonder meer wordt afgewezen, de kansen om de loonvordering toegewezen te krijgen in ieder geval aanzienlijk worden verlaagd. De kantonrechter Alkmaar wees bijvoorbeeld een loonvordering af, omdat de werknemer een deskundigenoordeel had bijgevoegd over de vraag of zij arbeidsongeschikt was. Dit had een deskundigenoordeel over haar re-integratie-inspanningen moeten zijn, omdat dat juist de grond was geweest voor de werkgever om de loonstop te zetten. Verder hield de rechter de zaak ook niet aan om alsnog een deskundigenoordeel aan te vragen.⁶¹

Uit het voorgaande volgt dat om te voorkomen dat zijn loonvordering wordt afgewezen de werknemer precies weet welk deskundigenoordeel hij moet aanvragen. De verplichte kennisgeving van de grond van de loonstop door de werkgever op grond van artikel 7:629 lid 7 BW, lijkt hierbij het aangewezen aanknopingspunt. Deze bepaling schrijft namelijk voor dat de werkgever geen beroep meer kan doen op enige grond het loon geheel of gedeeltelijk niet te betalen of de betaling daarvan op te schorten, indien hij de werknemer daarvan geen kennis heeft gegeven onverwijld nadat bij hem het vermoeden van het bestaan daarvan is gerezen of redelijkerwijs had behoren te rijzen.

Dat de werkgever moet aangeven wat de precieze grond van de loonstop is, kan de werknemer helpen bij het aanvragen van het deskundigenoordeel. Toen de verplichte kennisgeving van de grond van de loonstop werd ingevoerd, was het slechts mogelijk één deskundigenoordeel aan te vragen. Dit betekende dat het niet mogelijk was een verkeerd deskundigenoordeel aan te vragen. Nu er verschillende deskundigenoordeelen bestaan, is dit niet ondenkbaar. De verplichte kennisgeving over de grond van de loonstop heeft in dit licht een toegevoegde waarde. Stelt de werkgever bijvoorbeeld dat hij de loonstop zet, omdat volgens hem geen sprake is van ziekte, dan weet de werknemer dat hij bij het UWV een deskundigenoordeel over de ongeschiktheid tot werken moet verzoeken.⁶² Erkent de werkgever dat de werknemer ziek is, maar vindt hij dat de werknemer te weinig doet aan zijn re-integratie, dan kan de werknemer hieruit afleiden dat hij een deskundigenoordeel over zijn re-integratie-inspanningen moet vragen.

Het is voorts mogelijk dat de werkgever het loon stopt op verschillende gronden. Hij kan bijvoorbeeld primair vinden dat in het geheel geen sprake is van arbeidsongeschiktheid door ziekte en subsidiair dat de werknemer onvoldoende meewerkt aan

61 Ktr. Alkmaar 10 maart 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BM0541.

62 Vgl. Ktr. Utrecht 9 maart 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP7254.

zijn re-integratie.⁶³ In dit geval moet de werknemer bij zijn loonvordering niet één, maar twee deskundigenoordelen voegen.⁶⁴

Doet de werknemer er een beroep op dat zijn werkgever de loonstop niet heeft aangekondigd of constateert de rechter dit zelf, dan moet de werkgever dit bewijzen.⁶⁵ Als hij hierin niet in slaagt, wordt de loonvordering zonder meer toegewezen.⁶⁶ Verder betekent het vereiste dat de loonstop moet worden aangekondigd, dat deze niet met terugwerkende kracht kan worden opgelegd.⁶⁷ Deze vergaande consequentie is voor werkgevers reden om de loonstop zorgvuldig in te kleden.

Hoewel uit de tekst van artikel 7:629 lid 7 BW lijkt te volgen dat de werkgever verplicht is de grond van de loonstop te expliciteren, laat de rechtspraak een gemengd beeld zien. Dat rechters kunnen vinden dat de betwisting door de werkgever dat de werknemer verhindert is om de bedongen of passende arbeid te verrichten of zijn re-integratieverplichtingen na te komen onbepaald mag zijn, is bijvoorbeeld te zien in een arrest van de Hoge Raad. De Hoge Raad werd gevraagd om zich uit te spreken over een geval waarin de werknemer had nagelaten een deskundigenoordeel te overleggen bij zijn loonvordering. Overwogen werd dat voor de betwisting van de verhindering om de arbeid te verrichten of de re-integratieverplichtingen na te komen het voldoende is dat de werkgever de werknemer meedeelde dat het loon niet zou worden doorbetaald, omdat de werknemer onwettig afwezig was geweest en hij niet had gewerkt. De werknemer had volgens de Hoge Raad deze reactie op zijn ziekmelding en zijn verzoek om doorbetaling van zijn loon in redelijkheid niet anders kunnen opvatten dan een betwisting van dat ziek zijn.⁶⁸

In een ander geval oordeelde de Hoge Raad dat de werkgever het oordeel over het recht op loonbetaling mocht voorbehouden tot in de loonvorderingsprocedure. De werkgever had aangegeven de ziekmelding van de werknemer in beraad te houden en bestreed pas in de procedure uitdrukkelijk dat de werknemer ziek was. Dit had de werknemer volgens de Hoge Raad er niet van moeten weerhouden om een deskundigenoordeel aan te vragen.⁶⁹

Bij dit soort oordelen rijst de vraag of de werknemer uit een dergelijke betwisting door de werkgever nog kan afleiden wat voor soort deskundigenoordeel hij moet aanvragen bij het UWV. De lagere rechtspraak geeft voorbeelden van uitspraken, waarin hogere eisen lijken te worden gesteld aan de verplichte kennisgeving van de werkgever aan de werknemer van de grond van de loonstop. Zo overwoog de kantonrechter Gorinchem:

63 Vgl. Ktr. Gorinchem 16 maart 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BL9438, *Prg.* 2010, 96.

64 Dit betekent overigens dat de werknemer ook dubbele kosten moet maken. De wetgever heeft de kosten bewust laag gehouden om te voorkomen dat de werkgever en de werknemer een drempel ondervinden. Zijn er verschillende deskundigenoordelen nodig, dan gaan die kosten en de drempel omhoog.

65 Zie Ktr. Zwolle 2 juni 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BI9944 voor een voorbeeld van ambtshalve toetsing.

66 Zie bijvoorbeeld Ktr. Alkmaar 12 november 2008, ECLI:NL:RBALK:2008:BG5043, Ktr. Amsterdam 23 juni 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO0125, *JAR* 2010/236.

67 Vgl. Ktr. Amersfoort 22 juli 2011, *JAR* 2011/229.

68 HR 15 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7349, *JAR* 2002/294.

69 HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5315, *JAR* 2007/196.

'Het niet betalen van loon dan wel opschorting van loonbetaling is op zijn plaats als een werknemer de regels van ziekteverzuim niet naleeft of de re-integratie belemmert. Ingevolge artikel 7:629 lid 7 BW is daarvoor wel vereist dat de werkgever het niet naleven van de regels van ziekteverzuim of de belemmering van de re-integratie onverwijld nadat bij hem het vermoeden van het bestaan daarvan is gerezen of redelijkerwijs had behoren te rijzen ter kennis van de werknemer brengt. Daarbij dient de werkgever aan te geven dat om die reden loon niet wordt doorbetaald dan wel opgeschort.'⁷⁰

Dat de werkgever de grond van de loonstop dient te expliciteren, volgt ook uit een arrest van het Hof Leeuwarden, waarin de werkgever werd afgerekend op de zorgvuldigheid van zijn woordgebruik. De werkgever had een loonopschorting aangekondigd, terwijl hij een loonuitsluiting had bedoeld. Hij werd echter aan de loonopschorting gehouden. Dit betekende dat de werknemer met terugwerkende kracht recht had op loondoorbetaling toen de stopzettingsgrond wegviel. Het hof overwoog hierbij dat, zeker waar een voor de werknemer zo ingrijpend middel wordt ingezet als het stopzetten van de loondoorbetaling, verwacht mag worden dat de werkgever zijn woorden zorgvuldig kiest.⁷¹

Beschouwing

Over het soort deskundigenoordeel dat de werknemer moet aanvragen, kan onduidelijkheid bestaan. Een deskundigenoordeel met een antwoord op de vraag die niet in geschil is, kan er toe leiden dat de loonvordering zonder meer wordt afgewezen of dat de kansen voor toewijzing van de vordering aanzienlijk afnemen.

Wil een werknemer weten welk deskundigenoordeel hij moet aanvragen, dan kan hij hiervoor kijken naar de grond van de loonstop. De werkgever moet zijn werknemer hier op wijzen voordat hij de loondoorbetaling stopzet (art. 7:629 lid 7 BW). Deze kennisgeving kan een werknemer echter alleen helpen als zij voldoende bepaald is.

Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad lijkt te volgen dat de kennisgeving niet altijd expliciet hoeft te zijn. De werkgever kan het recht op loondoorbetaling bij ziekte bijvoorbeeld betwisten door te stellen dat de werknemer onwettig afwezig was. Ook mag hij een ziekmelding in beraad houden. Dit biedt de werknemer weinig aanknopingspunten. Hij kan hier bijvoorbeeld niet uit afleiden welke stopzettingsgrond de werkgever precies inroept. Gaat het bijvoorbeeld om een betwisting van de arbeidsongeschiktheid door ziekte of vindt de werkgever dat de werknemer zich onvoldoende heeft ingespannen voor de re-integratie? Hierdoor kan de werknemer worden genoodzaakt om verschillende deskundigenoordelen aan te vragen, waarbij hij mogelijk onnodig op kosten wordt gejaagd.

Mijns inziens komt de mate waarin een werknemer vooraf kan inschatten wat zijn rechten zijn en hoe hij deze kan effectueren beter tot zijn recht in de benadering waar in de lagere rechtspraak voor is gekozen. Als de kennisgeving zorgvuldig wordt geformuleerd en de precieze reden voor de stopzetting bevat, kan de werknemer hieruit afleiden welk deskundigenoordeel hij moet aanvragen.

70 Vgl. Ktr. Gorinchem 16 maart 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BL9438, *Prg.* 2010, 96.

71 Hof Leeuwarden 29 maart 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ0686, *RAR* 2011/89.

Vanuit 'regulatory welfare state'-perspectief valt hier verder op dat de werknemer met een onbepaalde kennisgeving slechter af is dan in een publiek stelsel. Zolang de kennisgeving van de werkgever de precieze grond van de loonstop bevat, voldoet de beslissing van de werkgever aan eisen die ook aan een besluit van een bestuursorgaan worden gesteld, zoals een zorgvuldige voorbereiding (art 3:2 Awb) en een deugdelijke motivering (art. 3:46 Awb). Hiermee kan de werknemer zien wat de grond is van de loonstop en of hij zich hierbij al dan niet wil neerleggen.

4.3.2 Consistentie

Het deskundigenoordeel bevindt zich op het grensvlak van publiek- en privaatrecht. Dit leidt tot verschillende inconsistenties. In deze paragraaf komen de rechtsbescherming tegen het deskundigenoordeel (paragraaf 4.3.2.1) en de zorgvuldigheid bij de totstandkoming van het deskundigenoordeel (paragraaf 4.3.2.2) aan de orde. Ook wordt gekeken of het evenwicht tussen het recht op privacy van de werknemer en het recht op een eerlijk proces van de werkgever vanuit stelselperspectief op consistente wijze is vormgegeven in de loonvorderingsprocedure (paragraaf 4.3.2.3).

4.3.2.1 Rechtsbescherming tegen het deskundigenoordeel

Weigert het UWV een deskundigenoordeel te geven, laat het dit na of doet het hier onredelijk lang over, dan hebben werknemer en werkgever geen bestuursrechtelijk middel om het uitvoeringsorgaan in beweging te brengen. Een beroep op de civiele rechter biedt in genoemde situaties ook geen uitkomst. In deze paragraaf wordt vanuit consistentie-perspectief allereerst nagegaan hoe het uitsluiten van bestuursrechtelijke rechtsbescherming zich verhoudt tot het algemene bestuursrecht. Ook wordt gekeken wat de mogelijkheden van een civiele rechter zijn.

Het is niet ondenkbaar dat het UWV ten onrechte geen deskundigenoordeel afgeeft. Uit een vonnis van de kantonrechter Amsterdam blijkt bijvoorbeeld dat het UWV weigerde een aanvraag voor een deskundigenoordeel over arbeidsongeschiktheid door ziekte in behandeling te nemen, omdat er geen oordeel van een bedrijfsarts lag. Hiermee gaf het UWV blijk van een onjuiste wetsuitleg. Voldoende voor het afgeven van een deskundigenoordeel over deze vraag is dat er een geschil bestaat tussen werkgever en werknemer.⁷²

Het is de vraag of een deskundigenoordeel is af te dwingen, als het UWV niet meewerkt. In ieder geval is vast te stellen dat het bestuursrecht wat dit betreft geen uitkomst biedt. Bestuursrechtelijke rechtsbescherming staat open tegen besluiten. Een besluit is een 'schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling' (art. 1:3 Awb). Het UWV is een bestuursorgaan, dat bovendien bij het deskundigenoordeel uitvoering geeft aan een publiekrechtelijke taak (art. 32 Wet SUWI). Het geven van een deskundigenoordeel is echter volgens de wetgever niet te kwalificeren als rechtshandeling, omdat deze niet op rechtsgevolg is

⁷² Ktr. Amsterdam 24 maart 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM6108, JIN 2010/775, m.nt. R.A. Heida.

gericht.⁷³ Dit is bevestigd in de rechtspraak.⁷⁴ De Centrale Raad van Beroep oordeelde dat de brief waarbij de uitkomst van het deskundigenoordeel aan de werknemer of werkgever wordt meegedeeld geen zelfstandig rechtsgevolg heeft. Het is slechts een mededeling van feitelijke aard, waartegen geen bezwaar en beroep openstaan. Het deskundigenoordeel wordt al met al gezien als een niet-bindend advies. Er ontstaat pas rechtsgevolg als de civiele rechter het deskundigenoordeel volgt en een loon-doorbetalingsverplichting bij ziekte vaststelt.

Uit het voorgaande vloeit voort dat een deskundigenoordeel niet bestuursrechtelijk is af te dwingen. Dit roept de vraag op of het privaatrecht uitkomst biedt voor een werknemer of werkgever die een deskundigenoordeel nodig heeft. Eén mogelijkheid is te proberen via een civiele procedure het UWV te dwingen uitvoering te geven aan zijn wettelijke taak om deskundigenoordelen af te geven. Los van de slagingskansen van deze procedure, zal dit niet de meest aangewezen weg zijn, gezien het tijdrovende karakter van deze rechtsgang. Het doorgaans spoedeisende karakter van een loonvordering is hier moeilijk mee te verenigen.

Als een werknemer er niet in slaagt een deskundigenoordeel te verkrijgen, hoeft dit hem niet te weerhouden van het instellen van een loonvordering. De kantonrechter zal dan waarschijnlijk oordelen dat een deskundigenoordeel in redelijkheid niet van de werknemer kan worden gevergd. De loonvordering wordt dan niet zonder meer afgewezen. De kansen om de loonvordering toegewezen te krijgen zijn echter zonder deskundigenoordeel gering.

In een loonvorderingsprocedure kan een civiele rechter de werknemer wel tegemoet komen door gebruik te maken van zijn bevoegdheid om een derde deskundige te benoemen. Hier wordt echter terughoudend gebruik van gemaakt. De gedachte hierbij is dat het deskundigenoordeel het aangewezen instrument is voor deskundigeninbreng.

Een andere mogelijkheid is om de zaak aan te houden in afwachting van het deskundigenoordeel. Een voorbeeld hiervan is een zaak die werd behandeld bij de kantonrechter Middelburg.⁷⁵ Geoordeeld werd dat de opvatting van het UWV om geen deskundigenoordeel te geven onjuist was. Door op deze wijze de regie te nemen van de loonvorderingsprocedure kan de rechter er voor zorgen dat het deskundigenoordeel zijn door de wetgever beoogde functie kan vervullen. De invloed die de civiele rechter hiermee kan uitoefenen is echter niet onbegrensd. Het UWV kan hiermee namelijk niet worden gedwongen tot het afgeven van een deskundigenoordeel. Het UWV heeft ook bij het nieuwe verzoek de mogelijkheid om de aanvraag niet in behandeling te nemen. Dit maakt het niet ondenkbaar dat een werknemer van het kastje naar de muur wordt gestuurd.

⁷³ Zie voor de bedoeling van de wetgever onder meer *Handelingen I* 1992/93, 15, p. 734.

⁷⁴ Zie bijvoorbeeld CRvB 27 augustus 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:ZB7154, AB 1997, 390, m.nt. F.J.L. Pennings, CRvB 5 januari 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AS3619, USZ 2005/115, CRvB 7 januari 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BG9129, USZ 2009/63.

⁷⁵ Ktr. Middelburg 17 november 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BP7691.

Beschouwing

Het niet aanmerken van een deskundigenoordeel als besluit is mijns inziens bestuursrechtelijk zuiver.⁷⁶ Van het deskundigenoordeel kan niet worden gezegd dat het is gericht op rechtsgevolg. Het rechtsgevolg ontstaat pas als de kantonrechter er met zijn vonnis gevolgen aan verbindt. Het openstellen van bestuursrechtelijke rechtsbescherming zou ook een ongewenste verdubbeling van de rechtsgang betekenen.⁷⁷

Toch wringt het dat geen effectief rechtsmiddel bestaat om het deskundigenoordeel af te dwingen. De wetgever heeft het deskundigenoordeel bedoeld om geschillen tussen werkgever en werknemer op te lossen binnen en buiten rechte. Dit betekent dat voorkomen moet worden dat partijen ten onrechte een deskundigenoordeel wordt onthouden.

De mogelijkheid om de procedure aan te houden om de werknemer in de gelegenheid te stellen opnieuw een deskundigenoordeel aan te vragen, biedt mogelijk uitkomst. Het slagen van deze oplossing hangt echter af de opstelling van het UWV. Het UWV zou naar mijn oordeel bij een verwijzing van de civiele rechter alleen bij zeer zwaarwegende redenen gemotiveerd mogen afzien van het geven van een deskundigenoordeel. Verder zou de rechter mijns inziens meer gebruik kunnen maken van zijn bevoegdheid om een derde deskundige te benoemen bij het ontbreken van een deskundigenoordeel. Dit kan ook zorgen voor de benodigde deskundigeninbreng. Waar de bijzondere procedure in het Burgerlijk Wetboek tekort schiet, moet worden teruggevallen op de algemene regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Op die manier is toch een oordeel te krijgen van een onafhankelijke deskundige.

4.3.2.2 Zorgvuldigheid bij de totstandkoming van het deskundigenoordeel

De totstandkoming van het deskundigenoordeel is wettelijk slechts op hoofdlijnen genormeerd. De normen zijn verder verspreid in het publiek- en het privaatrecht. Bovendien zijn de normen die het UWV zelf hanteert niet openbaar. Dit bemoeilijkt het voor werkgever en werknemer en ook eventueel voor de rechter om te beoordelen of het deskundigenoordeel tot stand is gekomen volgens de daarvoor geldende normen. Ook is het de vraag hoe de bijzondere regels voor de totstandkoming van het deskundigenoordeel zich verhouden tot de kaders van het algemene bestuurs (proces)recht en het burgerlijk procesrecht (*consistentie*).

De opbouw van deze paragraaf is om eerst een overzicht te geven van de verschillende normen die gelden voor de totstandkoming van het deskundigenoordeel. Dit zijn de normen die de rechter bij zijn oordeelsvorming kan betrekken. Vervolgens worden enkele gevallen in de jurisprudentie uitgelicht om te illustreren hoe in de rechtspraak met deskundigenoordelen wordt omgegaan.

⁷⁶ Stichting De Ombudsman kwam met de aanbeveling om het deskundigenoordeel bindend te maken. Bij deze aanbeveling werd echter niet stilgestaan bij de procedurele consequenties. Als het deskundigenoordeel bindend is, is het inhoudelijk aan te merken als een besluit waar bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen openstaat. Zie Stichting De Ombudsman 2011.

⁷⁷ Zie ook de opvatting van Pennings bij CRvB 27 augustus 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:ZB7154, AB 1997, 390, m.nt. F.J.L. Pennings.

Normering van de totstandkoming

De normering van het deskundigenoordeel bestaat uit verschillende geledingen. De hoofdregeling is neergelegd in artikel 7:629a BW. Deze bepaling beperkt zich tot het geven van hoofdlijnen. Deze houden allereerst in dat de deskundige moet zijn benoemd door het UWV. In de regel zal het UWV een gekwalificeerde verzekeringsarts of een arbeidsdeskundige benoemen.⁷⁸ Hiernaast moet de deskundige zijn onderzoek 'onpartijdig en naar beste weten' volbrengen (art. 7:629a lid 3 BW). De deskundige heeft hierbij de mogelijkheid om inlichtingen in te winnen over de werknemer bij zijn behandelend arts(en) (art. 7:629a lid 4 BW).

Het deskundigenoordeel is buiten de bepalingen van artikel 7:629a BW verder niet privaatrechtelijk genormeerd. Naast de bijzondere regeling van het deskundigenoordeel kent het burgerlijk procesrecht wel een algemene regeling voor deskundigenbewijs (art. 194-200 Rv). Ook in loonvorderingsprocedures kan eventueel gebruik worden gemaakt van deze regeling. De rechter kan hier bijvoorbeeld voor kiezen bij twijfel tussen de verschillende deskundigenverklaringen.⁷⁹ Het bestaan van de bijzondere procedure brengt echter doorgaans met zich mee dat geen gebruik wordt gemaakt van de algemene procedure.⁸⁰ Dit is ook conform de inschatting van de wetgever. Deze verwachtte dat de rechter het in het algemeen niet noodzakelijk zou vinden een tweede deskundige te benoemen om het in het kader van het deskundigenoordeel al verrichte onderzoek nog eens over te doen.

Vanuit consistentie-perspectief is het de vraag hoe de bijzondere regeling van het deskundigenoordeel zich tot de algemene regeling van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering verhoudt. Worden de bepalingen vergeleken, dan valt op dat de regelingen op hoofdlijnen met elkaar overeen komen. Ook de algemene regeling bevat bijvoorbeeld de bepaling dat de deskundige, die zijn benoeming heeft aanvaard, verplicht is zijn opdracht onpartijdig en naar beste weten te volbrengen (art. 198 lid 1 Rv). Er is echter ook een opmerkelijk verschil. Waar een deskundige op grond van artikel 198 lid 2 Rv bij zijn onderzoek partijen in de gelegenheid moet stellen opmerkingen te maken en verzoeken te doen, schittert een dergelijke bepaling in artikel 7:629a BW door haar afwezigheid.

Bijzonder aan het deskundigenoordeel is voorts dat het niet alleen privaatrechtelijk wordt genormeerd, maar ook publiekrechtelijk. De publiekrechtelijke normering

78 Omdat dit niet expliciet is voorgeschreven, is het echter niet uit te sluiten dat het UWV niet-gecertificeerde deskundigen benoemd, zoals een arts in opleiding.

79 De wetgever gaf als voorbeeld dat de werkgever eerst de arbeidsongeschiktheid heeft erkend, maar hier tijdens de procedure op terugkomt. Heeft de werknemer door de aanvankelijke opstelling van zijn werkgever geen deskundigenoordeel aangevraagd, zou de rechter een deskundige moeten benoemen, die over de vraag of de werknemer ziek is duidelijkheid kan verschaffen, zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 63-65. Zie voor een voorbeeld uit de jurisprudentie, waarin de rechter in eerdere instanties een derde deskundige benoemde, onder meer HR 21 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB6187, *JAR* 2008/18. Hierin had de kantonrechter een derde deskundige benoemd, na een voor de werknemer negatief oordeel van zowel de bedrijfsarts als de deskundige van het UWV. In hoger beroep lukte het de werkgever overigens deze verklaring met tegenbewijs onderuit te halen.

80 Een voorbeeld waarin de rechter wel een voorlopig deskundigenonderzoek toeliet, ook al was een deskundigenoordeel afgegeven, wordt geboden door Rb. 's-Hertogenbosch 22 februari 2005, ECLI:NL:RBSHE:2005:AU5453, *JAR* 2005/246, m.nt. B. Barentsen.

is in het bijzonder neergelegd in de Wet SUWI. Artikel 32 Wet SUWI geeft aan over welke vragen een deskundigenoordeel kan worden gevraagd. Verder volgt uit artikel 32a Wet SUWI dat een deskundigenoordeel in beginsel binnen twee weken na ontvangst van het verzoek wordt gegeven.

De publiekrechtelijke vormgeving van het deskundigenoordeel houdt ook in dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn op het optreden van de deskundige van het UWV. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur hebben immers betrekking op al het handelen van bestuursorganen.⁸¹ In samenhang hiermee gelden allerlei bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht. Deze wet draait weliswaar om het besluitbegrip, maar artikel 3:1 lid 2 Awb verklaart de algemene bepalingen over besluitvorming in de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 van overeenkomstige toepassing op andere handelingen dan besluiten, voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet. Hieruit volgt dat deze bepalingen ook van toepassing zijn op het deskundigenoordeel, ook al wordt deze niet gekwalificeerd als besluit (zie ook paragraaf 4.3.2.1). De aard van het deskundigenoordeel verzet zich bijvoorbeeld niet tegen een zorgvuldige voorbereiding. Ook bij het afgeven van een deskundigenoordeel moeten de relevante feiten worden vergaard (art. 3:2 Awb).

Meer in het bijzonder is de deskundige van het UWV ook gebonden aan de aanwijzingen die binnen het UWV zijn opgesteld voor het opstellen van deskundigenoordelen. Voor het geven van deskundigenoordelen bestaat een interne instructie, waarin de deskundige een leidraad wordt gegeven voor hoe hij moet handelen. Het bestaan van deze interne instructie blijkt onder meer uit de jurisprudentie waarin soms wordt verwezen naar dit document.⁸² De instructie geeft procedurele aanwijzingen bij het opstellen van deskundigenoordelen. Hij bevat ook materiële richtlijnen. In de instructie is bijvoorbeeld voorgeschreven dat de deskundige van het UWV in beginsel altijd in overleg treedt met de bedrijfsarts. Dit is te beschouwen als een vorm van hoor en wederhoor. Juist vanwege het interne karakter is het echter niet vanzelfsprekend dat partijen kennis hebben van de precieze inhoud van dit soort aanwijzingen.

Naast de hierboven besproken publiek- en privaatrechtelijke normen, kunnen de deskundigen van het UWV ook aansluiting zoeken bij normen die voortvloeien uit zelfregulering binnen hun beroepsgroep. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan richtlijnen die zijn opgesteld door de Nederlandse Vereniging voor Verzekerings-geneeskunde (NVVG) en de KNMG. Deze richtlijnen binden de deskundige in beginsel niet. Wel wordt van de deskundige verwacht dat hij er alleen gemotiveerd van afwijkt. Dit wordt eventueel tuchtrechtelijk getoetst. Voor een verzekeringsarts kan dit bijvoorbeeld in het uiterste geval leiden tot een schorsing uit het register dat wordt bijgehouden in het kader van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg. Deze registratie is vereist om de werkzaamheden als verzekeringsarts uit te oefenen.⁸³

81 Nicolai 1990, p. 379.

82 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 12 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR3417.

83 De Die & Hoorenman 2008, p. 42.

Hoedanigheid van de deskundige

De rechter beschikt zelf niet over de deskundigheid om de inhoud van de deskundigenverklaring te beoordelen. Wel kan hij de kwaliteit van de inbreng van de verschillende deskundigen toetsen door te kijken naar de hoedanigheid van de deskundige. Hierbij kan de rechter allereerst nagaan of de deskundige onafhankelijk en onpartijdig is. De wettelijke regeling van het deskundigenoordeel schrijft expliciet voor dat de deskundige zijn taak onpartijdig verricht. De deskundige is bovendien verbonden aan het UWV, dat onafhankelijk is van werkgever en werknemer. Dit kan niet worden gezegd van de deskundigen van werkgever en werknemer, al is het alleen maar omdat zij door hen zijn ingehuurd. Waar de bedrijfsarts een nauwe band heeft met de werkgever, bestaat een vergelijkbare relatie tussen de behandelend arts en de werknemer. Gezien de mogelijke partijdigheid van de deskundigen van werkgever en werknemer, zal de rechter doorgaans meer waarde hechten aan het deskundigenoordeel.

Enkele voorbeelden uit de rechtspraak kunnen het belang dat aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de deskundige van het UWV wordt gehecht, illustreren. Zo overwoog de kantonrechter Haarlem over de verhouding tussen het deskundigenoordeel en het oordeel van de bedrijfsarts dat het enkele feit dat de diagnose van de bedrijfsarts niet overeenstemde met het deskundigenoordeel niet betekende dat aan dat deskundigenoordeel geen waarde hoefde te worden gehecht. Omdat de bedrijfsarts 'geen deskundige in de zin der wet' is, waren hiervoor ten minste bijkomende feiten en omstandigheden noodzakelijk.⁸⁴ De voorzieningenrechter van het Hof 's-Gravenhage leidde uit de onafhankelijkheid van de deskundige van het UWV af dat de rechter in de bodemzaak waarschijnlijk meer waarde zou hechten aan het deskundigenoordeel.⁸⁵ Vergelijkbare overwegingen zijn te zien voor de verhouding tussen het deskundigenoordeel en verklaringen van behandelend artsen. Zo overwoog het Hof 's-Hertogenbosch dat deze verklaringen niet gelijk konden worden gesteld aan een verklaring van een deskundige als bedoeld in artikel 7:629a BW.⁸⁶

Voor de rechter kunnen ook de kwalificaties van de deskundige meewegen. Deze kunnen als indicatie dienen van zijn deskundigheid. Het deskundigenoordeel van het UWV wordt in de regel vastgesteld door verzekeringsartsen en arbeidsdeskundigen. De verzekeringsarts beschikt in beginsel over gelijke kwalificaties als de bedrijfsarts. Zij zijn allebei als sociaal geneeskundige in het bijzonder gekwalificeerd om uitspraken te doen over wat de gevolgen zijn van de ziekte voor de arbeidsgeschiktheid van de werknemer.

Behandelend artsen beschikken niet over dezelfde deskundigheid als verzekeringsartsen en bedrijfsartsen. Dit kan voor rechters aanleiding zijn om minder waarde te hechten aan hun verklaringen voor zover hierin uitspraken worden gedaan over de arbeidsongeschiktheid door ziekte. Dit is echter geen gegeven. Rechters kunnen juist

84 Ktr. Haarlem 20 december 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AZ5326, JIN 2007/191, m.nt. R.A. Heida.

85 Hof 's-Gravenhage 16 februari 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA1602, JIN 2007/315, m.nt. R.A. Heida.

86 Hof 's-Hertogenbosch 4 november 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BG4267.

ook meer waarde hechten aan de specialistische kennis van behandelend artsen en op die grond hun verklaring meer gezag toekennen.

Totstandkoming van de deskundigenverklaring

De rechter kan de kwaliteit van de deskundigenverklaring ook toetsen door te kijken naar de wijze waarop een deskundigenverklaring tot stand is gekomen. De werkgever kan bijvoorbeeld stellen dat de deskundige van het UWV niet heeft voldaan aan de eisen van artikel 7:629a BW, omdat hij, zijn deskundigen of de behandelend artsen, niet zijn betrokken bij het deskundigenoordeel. Ook kan hij kritiek uiten op de rapportage van de deskundige van het UWV.

Beoordeelt de rechter het deskundigenoordeel, dan wordt dit niet alleen op zichzelf bekeken, maar ook in verhouding tot de andere deskundigenverklaringen. Als de werkgever bijvoorbeeld klaagt over de totstandkoming van het deskundigenoordeel, maar op de andere deskundigenverklaringen ook iets is aan te merken, kan het deskundigenoordeel de doorslag geven. Zo vond de kantonrechter Leeuwarden het feit dat geen overleg had plaatsgevonden met de bedrijfsarts onvoldoende om het deskundigenoordeel geheel buiten beschouwing te laten, onder meer omdat het oordeel van de bedrijfsarts dat de werknemer arbeidsgeschikt was zonder nadere toelichting of onderbouwing was gegeven na een eerder andersluidend oordeel.⁸⁷

Bij de vraag hoe de rechter met kritiek op de totstandkoming van het deskundigenoordeel omgaat, zijn verschillende benaderingen te onderscheiden in de rechtspraak.⁸⁸ De meeste rechters volgen het deskundigenoordeel, ook al klaagt de werkgever over de totstandkoming hiervan. Sommige rechters zien hierin echter reden om aan het deskundigenoordeel voorbij te gaan. Van beide benaderingen worden hieronder enkele voorbeelden gegeven.

Het Hof Amsterdam volgde het deskundigenoordeel, ook al had de verzekeringsarts de werknemer niet lichamelijk onderzocht en had hij geen informatie ingewonnen bij de bedrijfsarts en de behandelend arts. De deskundige had volgens het hof toch tot een medisch verantwoord oordeel kunnen komen.⁸⁹ Tussen de regels door is ook te lezen dat een gebrekkige motivering onvoldoende was om het deskundigenoordeel te passeren. Het hof moest uit de aanvraag van het deskundigenoordeel afleiden dat bepaalde stukken waren betrokken bij het deskundigenoordeel, omdat die als bijlagen waren bijgevoegd. Dat deze stukken daadwerkelijk waren betrokken bleek kennelijk niet uit de motivering. Het hof ging ook voorbij aan de klacht van de werkgever dat de deskundige zich niet had gehouden aan de instructie van het UWV, mede omdat het hof 'niet bekend is, noch behoeft te zijn', met de inhoud van de richtlijn waarnaar de werkgever verwijst.

Enkele arresten van het Hof 's-Hertogenbosch zijn ook illustratief voor de benadering waarin klachten over de totstandkoming van het deskundigenoordeel worden gepasseerd. Zo oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch dat het niet toepassen van hoor

87 Ktr. Leeuwarden 15 februari 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BP6842.

88 Zie ook Heida 2007.

89 Hof Amsterdam 12 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR3417.

en wederhoor niet betekende dat het deskundigenoordeel partijdig of gebrekkig was.⁹⁰ Het enkele feit dat de deskundige van het UWV geen contact meer had gezocht met de werkgever was onvoldoende om te kunnen spreken van 'ernstige gebreken' aan het onderzoek en de uitkomst daarvan. Overwogen werd dat het ontbreken van contact met de werkgever geen ernstig gebrek was.⁹¹ Uit de tekst van artikel 7:629a BW noch de parlementaire geschiedenis zou volgen dat hierdoor het deskundigenoordeel niet rechtsgeldig was.

Deze lijn is ook te zien in andere arresten. Het Hof 's-Hertogenbosch overwoog bijvoorbeeld dat het ontbreken van contact met een arbeidsdeskundige of de bedrijfsarts niet betekende dat meer waarde moest worden gehecht aan een andere verklaring.⁹² In een andere zaak overwoog het Hof 's-Hertogenbosch dat het raadplegen van andere artsen in bepaalde gevallen gewenst kan zijn om een evenwichtiger beeld te krijgen van de situatie, waarin de werknemer verkeert. Dit betekende volgens het hof echter niet dat de verzekeringsarts zonder deze informatie niet tot een medisch verantwoord oordeel kan komen. Volgens het hof boden de op eigen wetenschap en ervaring gebaseerde bevindingen van de verzekeringsarts een toereikende grondslag om daaruit conclusies te trekken.⁹³

Andere rechters zijn kritischer op de wijze van totstandkoming. Zo oordeelde de kantonrechter Alphen aan den Rijn dat het hem volstrekt onduidelijk was waarom de deskundige van het UWV in het kader van het deskundigenonderzoek niet de moeite had genomen om de werkgever te raadplegen. Reeds om die reden kwam in de ogen van de rechter aan het deskundigenoordeel geen betekenis toe.⁹⁴ Voorts ging het Hof Amsterdam voorbij aan een deskundigenoordeel, omdat deze was opgesteld aan de hand van eenzijdige verklaringen van de werknemer, waarvan gesteld noch gebleken was dat zij door de verzekeringsarts waren nagetrokken.⁹⁵ De kantonrechter 's-Gravenhage kwam tot hetzelfde oordeel, omdat de deskundige geen contact of overleg had gehad met de bedrijfsarts of de werkgever, zodat zijn onderzoek op zijn minst genomen onvolledig was.⁹⁶

Een ander voorbeeld van een geval waarin de rechter voorbij ging aan het deskundigenoordeel is een zaak die voorlag bij de kantonrechter Leiden. De rechter passeerde het deskundigenoordeel, omdat de deskundige van het UWV zijn deskundigenoordeel alleen had gebaseerd op de eenzijdige mededelingen van de werknemer en zijn advocaat. De rechter sprak in dit geval zelfs over een 'achterbakse wijze van ziektevoetsing'.⁹⁷ Voor de kantonrechter Haarlem woog het oordeel van de bedrijfsarts

90 Hof 's-Hertogenbosch 15 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BD5650, *JAR* 2008/202.

91 Hierbij moet wel de kanttekening worden geplaatst dat het deskundigenoordeel in deze zaak niet zijn normale functie vervulde. De werkgever en werknemer hadden in een beëindigingsovereenkomst afgesproken de uitkomst van het deskundigenoordeel bepalend te laten zijn voor de betaling van vakantiegeld.

92 Hof 's-Hertogenbosch 17 oktober 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AZ9594.

93 Hof 's-Hertogenbosch 12 maart 2003, ECLI:NL:GHSHE:2003:AG8056, *JAR* 2003/145, m.nt. M.S.A. Vegter.

94 Ktr. Alphen aan den Rijn 14 oktober 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BH0829, *JAR* 2009/2.

95 Hof Amsterdam 3 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI6390, *JIN* 2009/750, m.nt. R.A. Heida.

96 Ktr. 's-Gravenhage 23 april 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BF7932, *JAR* 2008/248.

97 Ktr. Leiden 17 december 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BH5588, *JIN* 2009/396, m.nt. R.A. Heida.

zwaarder, omdat de deskundige van het UWV de bedrijfsarts en de werkgever niet had geraadpleegd. Hieruit leidde hij af dat niet was voldaan aan de eisen van artikel 7:629a BW.⁹⁸ Ook dat het deskundigenoordeel geen enkel inzicht gaf in de totstandkoming ervan, was niet zonder belang.

Een vonnis van de kantonrechter Zwolle biedt een illustratie hoe de rechter met de normen van de beroepsgroep invulling kan geven aan de algemene regeling van het deskundigenoordeel.⁹⁹ De kantonrechter oordeelde dat de verzekeringsarts onzorgvuldig had gehandeld door geen informatie op te vragen bij de behandelend arts. Dat hier aanleiding voor bestond, werd afgeleid uit verschillende standaarden van de NVVG. Overwogen werd dat ook al staan hierin geen verplichtingen, met het verzoek om een deskundigenoordeel een aanwijzing bestond dat contact met de behandelende sector toegevoegde waarde zou hebben, omdat een verschil in perceptie bestond tussen de bedrijfsarts en de werknemer over de ernst van het probleem.

Beschouwing

Bij het bezien van de regeling van het deskundigenoordeel, valt op dat de wettelijke normen in artikel 7:629a BW voor de totstandkoming van het deskundigenoordeel beperkt zijn tot enkele hoofdlijnen. De deskundigen van het UWV zullen zich bij het afgeven van het deskundigenoordeel vooral laten leiden door de interne instructie, die binnen het UWV wordt gehanteerd en die procedurele aanwijzingen bevat voor het afgeven van de verschillende soorten deskundigenoordelen. Omdat de deskundigen zijn benoemd door het UWV wordt hun handelen daarnaast genormeerd door algemene publiekrechtelijke normen. Ook zullen zij rekening moeten houden met de normen van hun beroepsgroep. Als zij hier ongemotiveerd van afwijken, kan dit hen immers tuchtrechtelijk worden tegengeworpen.

Naar mijn oordeel doet de onbepaaldheid van de normen die betrekking hebben op de totstandkoming van het deskundigenoordeel af aan de bedoeling van het deskundigenoordeel om geschillen buiten een gerechtelijke procedure te beslechten. De werkgever kan bijvoorbeeld voorbij gaan aan het deskundigenoordeel, omdat hij vindt dat hij onvoldoende is betrokken bij het deskundigenoordeel. De onbepaaldheid van de normen werkt vervolgens ook door in de rechterlijke toets. Wat opvalt, is dat de rechter in de regel alleen kijkt naar de algemene bepalingen van artikel 7:629a BW. Er zijn in de jurisprudentie geen voorbeelden aangetroffen waarin de civiele rechter uitdrukkelijk verwijst naar de publiekrechtelijke normen, die voor de deskundige gelden.

Wel is te zien dat de open norm van artikel 7:629a BW dat de deskundige 'onpartijdig en naar beste weten' zijn taak vervult op verschillende wijze wordt ingevuld. Sommige rechters gaan voorbij aan door de werkgever naar voren gebrachte bezwaren over de totstandkoming van het deskundigenoordeel. Zo is een veelgehoorde klacht van de werkgever dat hij of zijn deskundigen niet zijn betrokken bij het deskundigenoordeel. Hier wordt dan tegenover gesteld dat uit artikel 7:629a BW geen verplichting volgt om dit te doen. Deze bepaling schrijft inderdaad niet voor dat de deskundige van het UWV bij zijn onderzoek zowel werkgever als werknemer betreft.

98 Ktr. Haarlem 20 december 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AZ5326, JIN 2007/191, m.nt. R.A. Heida.

99 Ktr. Zwolle 29 april 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BQ3945.

Opmerkelijk is dat dit voorschrift wel is te vinden in de algemene regeling van deskundigenbewijs in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 194-200 Rv). Wat de reden voor deze afwijking is, is onduidelijk. Hier lijkt mijns inziens in ieder geval geen rechtvaardiging voor te bestaan.¹⁰⁰ Het komt er op neer dat de deskundige van het UWV veelal geacht wordt zelfstandig tot een oordeel te kunnen komen. De kwalificaties van de deskundige van het UWV en de aard van het deskundigenoordeel als een bijzondere voorziening om een onafhankelijk oordeel te krijgen in de loonvorderingsprocedure geven de doorslag.

Sommige rechters stellen zich echter kritischer op ten opzichte van het UWV. Dit doen zij bijvoorbeeld door een ruime interpretatie te geven van de vereisten die uit artikel 7:629a BW voortvloeien. Het 'onpartijdig en naar beste weten' handelen, wordt bijvoorbeeld zo uitgelegd dat van de deskundige van het UWV wordt verwacht dat hij de werkgever en zijn deskundigen bij het opstellen van het deskundigenoordeel betreft. Gebeurt dit niet, dan wordt dit als een gebrek aan de totstandkoming van het deskundigenoordeel gezien. Dit is dan voor de rechter aanleiding om het deskundigenoordeel te passeren.

Een mogelijke verklaring dat rechters verschillend oordelen over de totstandkoming van het deskundigenoordeel is dat artikel 7:629a BW alleen hoofdregels geeft. Het inzicht van rechters in de totstandkoming van het deskundigenoordeel zou kunnen worden vergroot als zij inzicht zouden hebben in de aanwijzingen die gelden voor de deskundigen van het UWV. Dit soort aanwijzingen zijn echter voor intern gebruik. Dit houdt in dat de instructie geen rol van betekenis speelt in de toetsing door de rechter. Omdat de instructie niet openbaar is gemaakt, is de instructie niet te kwalificeren als recht in de zin van artikel 79 RO.¹⁰¹

Het verdient aanbeveling deze instructie te publiceren, bijvoorbeeld in de vorm van wettelijke voorschriften of beleidsregels. Dit zou betekenen dat de rechter de normen zou kunnen betrekken bij zijn oordeelsvorming. Omdat deze normen niet bij de bestuursrechter te handhaven zijn, zou de civiele rechter er dan als een soort pseudo-bestuursrechter over kunnen waken dat de normen die voor het UWV gelden ook worden toegepast.

In ieder geval moet het schenden van fundamentele gebreken aan de totstandkoming van deskundigenbewijs, zoals het beginsel van hoor en wederhoor, uitgesloten zijn. Het schenden van dergelijke voorschriften is in strijd met het recht, of dit nu privaat- of publiekrechtelijk van aard is. Dat de deskundige beide partijen betreft bij zijn deskundigenoordeel is weliswaar niet geëxpliciteerd in artikel 7:629a BW, zoals dit wel is gedaan in artikel 198 Rv, wel kan dit worden gelezen in het vereiste dat de deskundige 'onpartijdig' optreedt. Dit vereiste vloeit bovendien voort uit artikel 6 EVRM. Deze bepaling betreft weliswaar de rechterlijke oordeelsvorming, maar het gewicht van het deskundigenoordeel betekent dat ook van de deskundige mag

100 Heerma van Voss 2008. Zie ook Heida & Buijs 2007. Zij stellen onder meer voor om wettelijk te bepalen dat de deskundige van het UWV (verzekeringsarts) contact opneemt met de bedrijfsarts.

101 Recht als bedoeld in artikel 79 RO is te omschrijven als 'naar buiten werkende... algemeene regelingen, welke zijn uitgegaan van een openbaar gezag, dat de bevoegdheid daartoe aan de wet, in de zin van eene regeling door de wetgevende macht, ontleent'. Zie onder meer HR 10 juni 1919, NJ 1919, 647.

worden verwacht dat hij bij het opstellen van het deskundigenoordeel hoor en wederhoor toepast. Laat hij dit na, dan kan dit immers maar in beperkte mate worden rechtgezet in de gerechtelijke procedure.¹⁰²

4.3.2.3 De loonvorderingsprocedure en privacy

Voor de loonvorderingsprocedure bestaat geen bijzondere procedureregeling om een evenwicht te vinden tussen het recht op een eerlijk proces van de werkgever en het recht op privacy van de werknemer. Vanuit de consistentie van het stelsel valt op dat voor Wet WIA-procedures in de fase hierna wel procedurele voorzieningen zijn getroffen met de medische beschikkingenregeling voor de primaire besluitvorming en de bezwaarfase (art. 103-110 Wet WIA) en de toepasselijkheid van artikel 8:32 lid 2 Awb voor de beroepsfase.

In deze paragraaf wordt eerst in hoofdlijnen geschetst hoe het recht van de werkgever op het kunnen beoordelen van de aanspraak op loon bij ziekte en de privacy van de werknemer is geborgd vanaf de ziekmelding tot en met de gerechtelijke procedure. Vervolgens wordt nagegaan hoe het recht van de werkgever op een eerlijk proces en de privacybescherming van de werknemer worden gewogen in de loonvorderingsprocedure en hoe dit zich verhoudt tot bestuursrechtelijke procedures.

Al meteen bij de ziekmelding en de vaststelling van het recht op loonbetaling bij ziekte, heeft de wetgever erin voorzien dat de werkgever in beginsel geen inzage heeft in de medische gegevens van zijn werknemer. De werknemer is niet verplicht om zijn werkgever te informeren over de aard van zijn ziekte.¹⁰³ Voldoende is dat hij meldt dat hij door ziekte zijn werkzaamheden niet kan verrichten. De werkgever mag vervolgens slechts over enkele aspecten vragen stellen, zoals de vermoedelijke duur van het verzuim.¹⁰⁴

De werkgever moet natuurlijk wel op een of andere manier kunnen nagaan of de werknemer recht heeft op loonbetaling bij ziekte.¹⁰⁵ Om dit te kunnen doen, wordt hij (verplicht) bijgestaan door zijn bedrijfsarts. De werknemer wordt geacht deze arts volledig te informeren. Dat de medische gegevens onder het beroepsgeheim van de bedrijfsarts vallen en in beginsel niet mogen worden geopenbaard, biedt hem een waarborg dat er vertrouwelijk met zijn gegevens wordt omgegaan.¹⁰⁶ Van de bedrijfsarts wordt verwacht dat hij de werkgever adviseert zonder hierbij medische

102 EHRM 18 maart 1997, nr. 8/1996/627/810, JB 1997/112, m.nt. AWH (*Mantovanelli/Frankrijk*).

103 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 8. De bescherming van de privacy in dit kader kent allerlei haken en ogen. Zie onder andere Van der Helm 2009.

104 Zie CBP 2008, p. 74. Dit rapport van het College bescherming persoonsgegevens geeft een overzicht van de regels voor verwerking van persoonsgegevens van zieke werknemers.

105 Zie voor een gedetailleerde analyse van deze waarborgen Van der Helm 2009, p. 159-206 en p. 257-287.

106 Over de precieze strekking van dit beroepsgeheim wordt overigens verschillend gedacht. Bedrijfsartsen geven het beroepsgeheim aan als eigen vertrekpunt in hun eigen richtlijnen. Dit doen zij om de vertrouwensrelatie met de werknemer, waarvan zij feitelijk afhankelijk zijn om hun werk adequaat te doen, niet op het spel te zetten. Een andere vraag is in hoeverre bedrijfsartsen hier juridisch toe gehouden zijn. Hier zijn verschillende kanttekeningen bij te plaatsen. Zie Van der Helm 2009, p. 297 en Roozendaal & Opdam 2011.

gegevens prijs te geven. Hij zal zich hierbij moeten beperken tot de aspecten die voor de werkgever relevant zijn om zijn loondoorbetalingsplicht vast te stellen.¹⁰⁷

Het is het vermelden waard dat de bescherming van de privacy van de werknemer in zijn verhouding tot de bedrijfsarts niet in detail is geregeld. Ook hierin zijn de uitgangspunten van de 'regulatory state' te herkennen. Volgens de wetgever was het niet nodig de rechtspositie van de bedrijfsarts in wet- en regelgeving uit te werken. Dat de bedrijfsarts voor het verrichten van zijn werk feitelijk afhankelijk is van zijn vertrouwensrelatie met de werknemer zou voldoende waarborg bieden voor de privacybescherming. De bedrijfsarts is immers bij het geven van zijn diagnose afhankelijk van de informatie die de werknemer hem geeft. Vertrouwen is hierbij essentieel. Bovendien zou de werknemer zich altijd tot een rechter kunnen wenden. Hiermee was er een juridisch sluitstuk voor de privacybescherming. In individuele gevallen zou een rechter bepalen in hoeverre het privacybelang van de werknemer er aan in de weg zou staan dat de werkgever inzage zou krijgen in de medische gegevens. De wetgever meende met dit systeem met algemene bepalingen en een rechterlijke toetsing als sluitstuk de beste waarborg te bieden dat het recht op privacy van de werknemer zou worden gerespecteerd.¹⁰⁸

Ook voor de situatie dat een deskundigenoordeel wordt verzocht, is stilgestaan bij de privacybescherming van de werknemer. Over de privacybescherming bij de totstandkoming en motivering van het deskundigenoordeel is bij de parlementaire behandeling opgemerkt dat in de verslaglegging van het deskundigenoordeel moet worden volstaan met een transcriptie van de medische en arbeidsdeskundige gegevens en een oordeel over de verhindering van de werknemer om de bedongen of andere passende arbeid te verrichten. Op die manier wordt aan de werkgever inzicht gegeven in de totstandkoming en motivering van het deskundigenoordeel. Tevens wordt voorkomen dat de privacy van de werknemer op ontoelaatbare wijze wordt aangetast.¹⁰⁹ De onderliggende medische gegevens van het deskundigenoordeel mogen dus niet openbaar worden gemaakt.

De werkgever kan besluiten de loondoorbetaling al dan niet stop te zetten. Leidt een loonstop tot een loonvorderingsprocedure, dan bestaan geen expliciete waarborgen meer voor de privacybescherming. De wetgever heeft geen specifieke wettelijke voorziening getroffen ten aanzien van de vraag hoe rechters met een dergelijke situatie dienen om te gaan.¹¹⁰ Hieruit vloeit voort dat de rechter aansluiting zal zoeken bij de algemene bepalingen van het burgerlijk procesrecht.

Op grond van het burgerlijk procesrecht rust op de werknemer als eisende partij de bewijslast (art. 150 Rv). Bij de onderbouwing van zijn stellingen, kan de werknemer voor de vraag komen te staan in hoeverre hij zijn medische gegevens wil prijsgeven. Het komt er dan op neer dat de werknemer een inschatting moet maken hoe de

107 *Kamerstukken II 1995/96*, 24 439, nr. 6, p. 41-43.

108 *Kamerstukken II 1995/96*, 24 439, nr. 3, p. 27-28.

109 *Kamerstukken II 1995/96*, 24 439, nr. 6, p. 43.

110 Van der Helm stelt in dit verband voor om in de wet een uitdrukkelijke wettelijke bepaling op te nemen dat de rechter een belangenafweging maakt, waarin het recht op privacy wordt betrokken. Van der Helm 2009, p. 307.

rechter het zal opvatten, als hij bepaalde gegevens voor zichzelf houdt. Partijen zijn in het burgerlijk procesrecht verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Wordt deze verplichting niet nageleefd, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht (art. 21 Rv).¹¹¹ Onzekerheid over het antwoord op de vraag hoe de rechter zijn opstelling waardeert, kan de werknemer ertoe brengen om geen risico te nemen en zijn medische informatie in te brengen. Het openbaar maken van gegevens, kan vervolgens niet meer ongedaan worden gemaakt.

Voorop staat dat de civiele rechter voor een evenwicht tussen de rechten van respectievelijk werkgever en werknemer kan zorgen. Dit was ook de gedachte van de wetgever. Bij de parlementaire behandeling werd overwogen dat de werknemer de rechter altijd zou kunnen verzoeken om medische gegevens niet aan de werkgever te verstrekken. Ook zou de rechter kunnen bepalen dat medische informatie uitsluitend aan de advocaat van de werkgever of een door hem aangewezen arts ter beschikking wordt gesteld.¹¹²

Is het uitgangspunt van de civiele rechter in de regel volledige openheid en het recht op een eerlijk proces van eiser en gedaagde, hij moet nu het recht op privacy van de werknemer bij de beoordeling betrekken.¹¹³ Van de rechter wordt gevraagd dat hij nagaat in hoeverre bepaalde gegevens privacygevoelig zijn en in hoeverre deze gegevens een bijzondere behandeling vergen.

Dat de loonvorderingsprocedure geen bijzondere regeling kent voor hoe moet worden omgegaan met medische gegevens valt in het bijzonder op nu dit wel is gedaan voor de hierop volgende fase. Voor procedures over Wet WIA-besluiten zijn wel bijzondere voorzieningen getroffen. Bij de overgang van ziekte (eerste twee jaren) naar arbeidsongeschiktheid (Wet WIA-fase) besluit het UWV tot het al dan niet opleggen van een loonsanctie met een verlenging van de loondoorbetalingsperiode op grond van het BW en het al dan niet toekennen van een uitkering op grond van de Wet WIA. Bij de onderbouwing van deze besluiten is een belangrijke plaats weggelegd voor medische gegevens. Hier is dus weer dezelfde spanning te zien tussen de bescherming van de privacy van de medische informatie en de bescherming van de mogelijkheid van de werkgever als partij in de procedure. In de procedures tussen het UWV en de werkgever, waarbij de werknemer eventueel als derde-belanghebbende kan optreden, is voorzien in procedurele waarborgen, waarmee is getracht een evenwicht te vinden tussen de bescherming van de privacy van de werknemer en de bescherming van de procespositie van de werkgever.

Het evenwicht in de bestuursrechtelijke procedure is in de loop der tijd gevonden. Aanvankelijk liet de wetgever in procedures over deze arbeidsongeschiktheidsbesluiten het privacybelang van de werknemer prevaleren. In de medische besluitenregeling op grond van de WAO vonden de zittingen in zowel bezwaar als beroep achter gesloten deuren plaats en kon de werkgever zich alleen laten vertegenwoordigen door een arts-gemachtigde. De Centrale Raad van Beroep achtte deze procedure

111 Zie ook Roozendaal 2008, p. 130 e.v.

112 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr. 6, p. 40-41.

113 Zie bijvoorbeeld artikel 19, 21 en 22 Rv.

echter voor wat betreft de gerechtelijke fase in strijd met artikel 6 EVRM: de werkgever verkeerde immers in een aanmerkelijk nadeligere positie dan de werknemer en kon zijn belang onvoldoende beschermen.¹¹⁴

Naar aanleiding van de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep wordt tegenwoordig in de beroepsfase bij de rechtbank en de fase van hoger beroep bij de Centrale Raad van Beroep toepassing gegeven aan de bijzondere procedureregeling van artikel 8:32 lid 2 Awb. Op grond van deze bepaling weegt de bestuursrechter in elk individueel geval het privacybelang van de werknemer af tegen het aan de werkgever toekomende recht op een eerlijk proces. Als het privacybelang de doorslag geeft, vindt de behandeling achter gesloten deuren plaats, waarbij de werkgever niet zelf aanwezig is. De werkgever kan zich wel laten vertegenwoordigen door een arts, een advocaat dan wel een andere gemachtigde die hiervoor bijzondere toestemming van de rechter heeft gekregen. De zitting wordt hierbij doorgaans gesplitst in een niet-medisch en een medisch gedeelte. Zodra medische informatie wordt besproken, wordt de werkgever verzocht de zittingszaal te verlaten.

De specifieke afweging van het recht op een eerlijk proces en het recht op privacy die in de gerechtelijke fase voor elk geval wordt gemaakt, geldt niet voor de besluitvormings- en bezwaarfase. Daar vinden op grond van de medische beschikkingenregeling van de Wet WIA alle zittingen nog steeds plaats achter gesloten deuren.¹¹⁵ De werkgever kan zich hierbij wel laten vertegenwoordigen door dezelfde personen als in beroep.

De procedure op grond van artikel 8:32 lid 2 Awb biedt overigens geen bescherming van de privacy van de werknemer voor zover de uitspraak vervolgens wordt gebaseerd op de medische gegevens, die achter gesloten deuren zijn geopenbaard. De rechter is gehouden om in zijn uitspraak alle feiten op te nemen, waar hij zijn oordeel op baseert. Hierin verschillen civiel- en bestuursrechtelijke procedures niet van elkaar. Het oordeel of de werknemer inderdaad al dan niet in staat is tot het verrichten van arbeid, zal immers voor een deel op medische informatie zijn gebaseerd. Dat betekent ook dat de controleerbaarheid van de redenering van de rechter vergt dat deze informatie in bepaalde mate in zijn overwegingen wordt opgenomen. In zoverre de uitspraak op medische gegevens is gebaseerd, worden deze medische gegevens openbaar gemaakt.

Bij het voorgaande moet nog de kanttekening worden gemaakt dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich in 2012 expliciet heeft uitgesproken over de verhouding tussen het recht op privacy van de werknemer en het recht op een eerlijk proces van de werkgever.¹¹⁶ Dit kan ook doorwerken in de Nederlandse rechtsorde.¹¹⁷ Bij een vergelijking tussen de lijn van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en die van de Centrale Raad van Beroep kan worden vastgesteld dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens uit artikel 6 EVRM minder bescherming van het belang van de werkgever afleidt dan die uit de medische beschikkingenregeling en de procedure op grond van artikel 8:32 lid 2 Awb volgt.

114 Zie bijvoorbeeld CRvB 20 juli 2001, ECLI:NL:CRVB:2001:AB2857, AB 2001, 252, m.nt. F.J.L. Pennings.

115 Zie art. 103 tot en met art. 110 Wet WIA.

116 EHRM 27 maart 2012, nr. 20041/10, AB 2012/240, m.nt. A.C. Hendriks (*Eternit/Frankrijk*).

117 Dit is in het verleden ook gebeurd, bijvoorbeeld met het Feldbrugge-arrest. Zie paragraaf 4.2.

Het Hof oordeelde in deze casus die in Frankrijk speelde dat er geen sprake was van schending van artikel 6 EVRM, ook al had de werkgever geen enkele inzage gehad in de medische gegevens van de werknemer. De Franse regeling maakte dit onmogelijk zelfs met toestemming van de werknemer of via een gemachtigde. Volgens het hof was het voldoende dat de werkgever de mogelijkheid had om de rechter om de benoeming van een onafhankelijke deskundige te vragen. Het maakte hierbij niet uit dat de rechter dit verzoek kon afwijzen.

Beschouwing

Waar vóór en na de loonvorderingsprocedure is nagedacht over het vinden van een evenwicht tussen het recht op privacy van de werknemer en het recht op een eerlijk proces van de werkgever en hier verschillende voorzieningen voor zijn getroffen, ontbreken deze in de loonvorderingsprocedure. Dit is een inconsistentie in het stelsel. Het gevolg hiervan is dat de privacybescherming van de werknemer of juist de bescherming van het belang van de werkgever wordt aangetast. Het wordt volledig aan de civiele rechter overgelaten om binnen de kaders van het burgerlijk procesrecht het evenwicht te bewaren tussen de botsende belangen van werkgever en werknemer.

Dat voor medische gegevens een bijzondere regeling ontbreekt in de loonvorderingsprocedure hoeft geen bezwaar te zijn. De rechter moet in staat worden geacht om zorg te dragen voor een evenwicht. Het ontbreken van een specifieke procedure-regeling betekent echter wel dat veel van hem wordt gevergd. Is zijn uitgangspunt normaal gesproken volledige openheid in de procedure, moet hij nu oordelen over de vraag in hoeverre medische gegevens om een bijzondere behandeling vragen. Onduidelijkheid kan ertoe leiden dat het evenwicht in een individueel geval uit het oog wordt verloren. Onzekerheid bij partijen over de opstelling van de rechter kan ook tot ongewenste gevolgen leiden. De werknemer kan bijvoorbeeld onnodig medische gegevens inbrengen, omdat hij vreest dat de rechter zijn loonvordering anders niet zal toewijzen.

Gezien het voorgaande zou mijns inziens een vergelijkbare regeling als de medische beschikkingenregeling in het civiele recht niet misstaan.¹¹⁸ Ook al heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inmiddels geoordeeld dat het recht op een eerlijk proces van de werkgever op grond van artikel 6 EVRM slechts met zich meebrengt dat hij de rechter mag verzoeken om de benoeming van een onafhankelijke deskundige, het is mijns inziens niet onredelijk dat hij ook de mogelijkheid heeft om zich te laten vertegenwoordigen door een gemachtigde. Het expliciteren van de regels hierover schept voor alle partijen duidelijkheid.

4.3.3 Finaliteit

Het deskundigenoordeel vervult inhoudelijk een belangrijke functie in een loonvorderingsprocedure. Dat is ook de reden waarom het verkrijgen van een deskundigenoordeel in beginsel een voorprocedure is die de werknemer verplicht moet

118 Vgl. Van der Helm 2009 en Roozendaal 2008.

volgen. Deze verplichting heeft echter een keerzijde: het ontbreken van een deskundigenoordeel kan een inhoudelijke behandeling van de loonvordering in de weg staan. Dit kan wel worden gezien als de paradox van het deskundigenoordeel. Aan de ene kant is het bedoeld om de inhoudelijke behandeling van een loonvordering te vergemakkelijken, maar aan de andere kant kan dit ertoe leiden dat in het geheel geen inhoudelijke behandeling van de loonvordering plaatsvindt. Dit leidt weliswaar tot een tijdige geschilbeslechting. Of deze zorgvuldig is, is echter de vraag.

In deze paragraaf wordt onderzocht wat de precieze gevolgen zijn van de afwijzing van de vordering wegens het ontbreken van een deskundigenoordeel. Het valt op dat hier in de rechtspraak verschillend over wordt gedacht. Sommige rechters geven de werknemer maar één kans, reden waarom in deze paragraaf wordt bezien wat het afwijzen van de loonvordering wegens het ontbreken van een deskundigenoordeel betekent voor de mogelijkheid om een nieuwe loonvordering in te stellen (paragraaf 4.3.3.1). Ook wordt nagegaan of uit de regeling van het deskundigenoordeel beperkingen voortvloeien voor de behandeling van de loonvordering in hoger beroep (paragraaf 4.3.3.2).

4.3.3.1 Definitieve afwijzing van een loonvordering zonder deskundigenoordeel

Een afwijzing van de loonvordering wegens het ontbreken van een deskundigenoordeel kan in de weg staan aan de mogelijkheid tot het instellen van een nieuwe loonvordering. Wordt de werknemer niet-ontvankelijk verklaard in een nieuwe loonvordering, dan leidt dit tot een definitief einde van de procedure. Het is echter de vraag of dit niet een onevenredige uitkomst is. De werknemer wordt in ieder geval een inhoudelijke behandeling van zijn loonvordering onthouden. Om een antwoord op deze vraag te geven wordt in deze paragraaf eerst de wettekst van artikel 7:629a lid 1 BW ontleed om te kijken wat moet worden verstaan onder de afwijzing van de vordering. Vervolgens wordt gekeken hoe artikel 7:629a BW in de jurisprudentie wordt uitgelegd.

Artikel 7:629a lid 1 BW stelt expliciet dat het ontbreken van een deskundigenoordeel een afwijzing van de vordering als gevolg heeft. Een afwijzing van een vordering is in het burgerlijk procesrecht een veelomvattend begrip. Hieronder vallen zowel een niet-ontvankelijkheid van de eiser als een ontzegging van de vordering.¹¹⁹ In het algemeen volgt een niet-ontvankelijkheid als het door de eiser gestelde, zelfs indien bewezen, de toewijzing van de vordering niet kan dragen en een ontzegging als de rechter van oordeel is dat de eiser niet in het op hem rustende bewijs is geslaagd.¹²⁰ Omdat het niet altijd duidelijk is welke uitspraak precies moet volgen, is het in civiele procedures niet ongebruikelijk voor een gedaagde om zijn verweer te concluderen met een verzoek tot 'niet-ontvankelijkheid van eiser dan wel ontzegging van eiser's vordering' of 'afwijzing van het gevorderde'. Ook de rechter kan bij twijfel de term afwijzing hanteren.¹²¹

119 Snijders 2011, p. 174-175.

120 Stein & Rueb 2011, p. 218.

121 Snijders 2011, p. 174-175.

De vraag is wat de precieze bewoording van de afwijzing betekent voor de procedurele mogelijkheden van de rechtzoekende. Het onderscheid tussen niet-ontvankelijkheid en ontzegging wordt wel eens van belang geacht voor de vraag of opnieuw een vordering kan worden ingesteld. Stein & Rueb wijzen er echter op dat het niet aannemelijk is dat het louter terminologische verschil iets uitmaakt, maar of in de eerdere procedure al inhoudelijke geschilpunten zijn beslist.¹²² Anders gezegd, de afwijzing van de rechtsvordering hoeft niet met zich mee te brengen dat het vorderingsrecht teniet gaat. In het algemeen wordt het ook niet nodig geacht zonder meer een tweede vordering in dezelfde zaak te verbieden. Volgens Gras is dit disproportioneel en past het niet in ons recht.¹²³ De omstandigheid dat procederen geld, tijd en moeite kost, vormt voldoende rem op inefficiënt gedrag. Wel is het zo dat nieuw bewijs voor eerder gestelde feiten nooit aanleiding kan zijn voor een nieuwe procedure.

Wat betekent dit specifiek voor een loonvordering? Aan de ene kant lijkt bij een afwijzing van de loonvordering wegens het ontbreken van een deskundigenoordeel geen sprake te zijn van een inhoudelijke behandeling van het recht op loondoorbetaling. Het beoordelen of de werknemer bij zijn loonvordering een deskundigenoordeel heeft gevoegd, is te kwalificeren als een prealabele procedurele vraag, die de rechter ambtshalve beantwoordt voordat de materiële behandeling van het recht aan de orde komt. Dit lijkt ook de bedoeling te zijn van de wetgever. De regering gaf bijvoorbeeld aan dat de rechter geen antwoord geeft op de vraag of iemand ziek is zonder dat er eerst een deskundigenoordeel is.¹²⁴

Gras wijst met betrekking tot het vraagstuk van ontvankelijkheid in het algemeen op gevallen van zuivere niet-ontvankelijkheid, waarin om een buiten het materiële geschil gelegen reden geen berechting daarvan plaats kon vinden.¹²⁵ Een zuivere niet-ontvankelijkheid hoeft niet in de weg te staan aan de mogelijkheid van een nieuwe berechting. Als voorbeeld geeft hij het geval waarin een voogd zonder machtiging van een minderjarige optreedt. Als deze voogd nogmaals een vordering instelt zonder machtiging, is hij niet-ontvankelijk, omdat hierover al is beslist. Is de machtiging verkregen, dan staat de eerdere zuivere niet-ontvankelijkheid aan de berechting van het materiële geschil niet in de weg. Het deskundigenoordeel is in zoverre met een dergelijke machtiging te vergelijken, dat het ook een formeel vereiste is om een vordering te kunnen instellen. Het alsnog voldoen aan dit vereiste, neemt de belemmering voor het instellen van de vordering weg.

Aan de andere kant kan het alsnog inbrengen van een deskundigenoordeel worden gezien als nieuw bewijs voor eerder gestelde feiten. De werknemer wil immers met het deskundigenoordeel onderbouwen dat hij arbeidsongeschikt is door ziekte of dat hij aan zijn re-integratieverplichtingen voldoet. Het komt er op neer dat het deskundigenoordeel een gemengd karakter heeft met een procedurele en een

122 Stein & Rueb 2011, p. 218.

123 Gras 1994, p. 149-150.

124 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 24-25.

125 Gras 1994, p. 149-150.

materiële kant. Het is niet alleen een formele drempel voor de inhoudelijke behandeling van de loonvordering, maar ook een bewijsmiddel voor die loonvordering. Wordt de nadruk gelegd op de procedurele kant van het deskundigenoordeel, dan is een nieuwe loonvordering niet uitgesloten. Indien daarentegen meer waarde wordt gehecht aan de materiële kant van het deskundigenoordeel, betekent een afwijzing van de loonvordering wegens het ontbreken van een deskundigenoordeel het definitieve einde van de procedure.

Bezien in het licht van de achtergrond van het deskundigenoordeel, lijkt het in de rede te liggen de doorslag te geven aan de procedurele functie van het deskundigenoordeel. Bij de invoering van het deskundigenoordeel werd namelijk uitdrukkelijk een parallel getrokken met de bezwaarschriftprocedure in het bestuursrecht. Nu bestaat in het bestuursprocesrecht een scherp onderscheid tussen formele vragen als de bevoegdheid van de rechter en de ontvankelijkheid van de burger, die de rechter beantwoordt, voordat hij begint aan de materiële behandeling van het geschil. Het volgen van een bezwaarprocedure bij een bestuursorgaan is één van de vereisten om ontvankelijk te zijn in een beroepsprocedure bij de bestuursrechter.

Een niet-ontvankelijkheid leidt in het bestuursprocesrecht in de meeste gevallen tot het definitieve einde van de procedure. Hierop bestaat echter een uitzondering. Is de grond voor de niet-ontvankelijkheid dat de werknemer geen bezwaarprocedure heeft doorlopen, dan kan de burger alsnog bij de bestuursrechter terecht na de verplichte voorprocedure te hebben doorlopen.¹²⁶ Hier is overigens dezelfde ratio te zien als in het burgerlijk procesrecht: er heeft nog geen inhoudelijke behandeling plaatsgevonden. Juist deze parallel met de bezwaarprocedure wordt ook in de literatuur aangegrepen om te betogen dat de wetgever met de afwijzing van de loonvordering wegens het ontbreken van een deskundigenoordeel heeft gedoeld op een niet-ontvankelijkheid.¹²⁷ Omdat voor het verzoeken van een deskundigenoordeel geen termijnen gelden, is dit een gebrek dat zou kunnen worden hersteld.

De precieze strekking van een afwijzing van de vordering is niet alleen dogmatisch een interessante kwestie, maar kan ook voor rechtzoekenden verstrekkende gevolgen hebben.

In de jurisprudentie is te zien dat het ontbreken van een deskundigenoordeel de ene keer leidt tot een afwijzing van de vordering en de andere keer tot een niet-ontvankelijkverklaring.¹²⁸ Soms worden ook beide dicta geëist door de werkgever in zijn gemotiveerde betwisting van de eis van de werknemer.¹²⁹ Zoals gezegd, zijn een

126 Dit is overigens door de korte termijnen in het bestuursprocesrecht niet gemakkelijk.

127 Zie o.a. Fase 1996, p. 43; Hoogendijk 1999, p. 65 en Loonstra & Zondag 2010, p. 589. Zie ook de opvatting van A-G De Vries Lentsch-Kostense bij HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5315, JAR 2007/196. Volgens hem is de sanctie op het ontbreken van een deskundigenoordeel niet-ontvankelijkheid.

128 Zie voor een voorbeeld waar gesproken wordt over de afwijzing van de vordering Hof Arnhem 27 juli 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN2890, USZ 2010/285. Er zijn ook uitspraken waarin expliciet wordt gesproken over ontvankelijkheid, zie bijvoorbeeld Ktr. Utrecht 28 januari 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BH5196, Prg. 2009, 60.

129 Zie bijvoorbeeld Ktr. Haarlem 13 januari 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BK9858, Prg. 2010, 55.

afwijzing en een niet-ontvankelijkverklaring in het burgerlijk procesrecht met elkaar uitwisselbaar. Toch is het uitspreken van een niet-ontvankelijkheid niet onomstreden. In een geval waarin de kantonrechter de werknemer in eerste aanleg niet-ontvankelijk had verklaard, oordeelde het Hof 's-Hertogenbosch in hoger beroep dat noch de tekst van artikel 7:629a BW noch de parlementaire geschiedenis van dat artikel steun bieden voor de opvatting dat de kantonrechter de werknemer niet-ontvankelijk in haar vorderingen had moeten verklaren.¹³⁰ Hieruit is af te leiden dat het hof een ontzegging van de loonvordering voor ogen had.

Vanwege de verstrekkende gevolgen trekt vooral een arrest van het Hof Arnhem de aandacht. Hierin werd geoordeeld dat de werknemer terecht niet-ontvankelijk was verklaard, toen hij een tweede loonvordering instelde, nadat zijn eerste loonvordering wegens het ontbreken van een deskundigenoordeel was afgewezen. De loonvordering in de tweede procedure, nu wel met een deskundigenoordeel, was niet-ontvankelijk verklaard vanwege de bindende kracht van het eerder gewezen vonnis. Omdat de werknemer hiertegen niet in hoger beroep was gegaan, had dit vonnis formele rechtskracht gekregen. Het zou onverenigbaar zijn met het gesloten stelsel van rechtsmiddelen, als een eventuele toewijzing van de vordering in de tweede procedure de kracht aan dit onherroepelijke vonnis zou ontnemen zonder dat daartegen een rechtsmiddel was aangewend. Het kwam er dus op neer dat de werknemer maar één kans werd gegund.

Het hof betrok in zijn motivering ook in het bijzonder de bedoeling van de wetgever. Overwogen werd dat de ratio van artikel 7:629a BW is dat wanneer een werknemer stelt dat hij ziek is, er een snel en deskundig oordeel komt. Hiermee zou niet te rijmen zijn dat een werknemer alsnog een nieuwe procedure start, als hij niet tijdig een deskundigenoordeel heeft overgelegd.¹³¹

Uit deze motivering komt impliciet naar voren dat het hof de afwijzing van de loonvordering wegens het ontbreken van het deskundigenoordeel in de eerste procedure, opvat als een inhoudelijke behandeling en hieraan de doorslag geeft. Is dit het geval, dan vloeit inderdaad uit het gesloten stelsel van rechtsmiddelen voort dat de eiser niet-ontvankelijk is, indien hij opnieuw een vordering instelt.¹³² Heeft echter geen inhoudelijke behandeling plaatsgevonden, dan botst dit niet met de kracht van gewijsde van de eerdere procedure. Zoals gezegd, is het de vraag of bij het afwijzen van een loonvordering wegens het ontbreken van een deskundigenoordeel sprake is geweest van een inhoudelijke beoordeling. Andere rechters dan voornoemd hof vinden dit klaarblijkelijk niet het geval. Hun overweging is dat zij niet toekomen aan een inhoudelijke beoordeling van de vordering, omdat een deskundigenoordeel ontbreekt.¹³³

130 Hof 's-Hertogenbosch 4 november 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BG4267.

131 Hof Arnhem 22 december 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL9257, RAR 2010, 77.

132 Stein & Rueb 2011, p. 208-210.

133 Zie bijvoorbeeld Ktr. Alkmaar 10 maart 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BM0541.

Wordt ervan uitgegaan dat het ontbreken van een deskundigenoordeel een procedureel gebrek is, dan doet de benadering van het Hof Arnhem bestuursrechtelijk aan. Door het schenden van formele verplichtingen wordt de werknemer immers een inhoudelijke behandeling onthouden. De strikte uitleg van het hof is wel te begrijpen in het licht van de specifieke achtergrond van het deskundigenoordeel. Bij de parlementaire behandeling werd bijvoorbeeld onder meer de vergelijking getrokken tussen het deskundigenoordeel en de bestuursrechtelijke bezwaarprocedure. Deze formele benadering past echter slecht in de algemene uitgangspunten van het burgerlijk procesrecht, waarin het een rechtzoekende vrij staat om rechtsvorderingen in te stellen en waarin het hoger beroep in beginsel een volledige herkansing behelst.

Beschouwing

Uit het voorgaande komt naar voren dat het afwijzen van de vordering wegens het ontbreken van een deskundigenoordeel op verschillende manieren kan worden ingevuld.

Wordt de nadruk gelegd op de functie van het deskundigenoordeel als bewijsmiddel, dan kan de afwijzing van de loonvordering wegens het ontbreken van een deskundigenoordeel worden gezien als een inhoudelijke behandeling van de loonvordering. In dat geval is een nieuwe loonvordering uitgesloten vanwege het gesloten stelsel van rechtsmiddelen. De werknemer zou wel kunnen proberen om een nieuwe loonvordering in te stellen op grond van andere feiten. De rechter reageert mogelijk anders op een nieuwe, aangepaste loonvordering, die vergezeld gaat van een deskundigenoordeel waarin wordt uitgegaan van een andere geschildatum. Het is de vraag of de rechter dit ook als een nieuwe loonvordering beschouwt. Hij is immers niet gelijk aan de eerdere loonvordering.

Beoordeling of bij een loonvordering een deskundigenoordeel is gevoegd kan niet alleen als een inhoudelijke behandeling worden beschouwd, maar ook worden opgevat als een prelabelle procedurele toets, die plaatsvindt voorafgaand aan de inhoudelijke behandeling van de loonvordering. Is dat laatste het geval, dan is een nieuwe loonvordering die hetzelfde luidt als de eerdere niet uitgesloten. De benadering waarin een nieuwe loonvordering mogelijk is, doet weliswaar afbreuk aan de tijdigheid van de procedure, maar verzekert wel de zorgvuldigheid van de procedure omdat de werknemer een effectief rechtsmiddel heeft. Bezien vanuit de publiekrechtelijke geïnspireerde achtergrond van het deskundigenoordeel ligt deze invulling van finaliteit in dit verband naar mijn oordeel in de rede.

4.3.3.2 Beperkingen aan het deskundigenoordeel in hoger beroep

De rechter kan in hoger beroep tot het oordeel komen dat niet voor het eerst een deskundigenoordeel mag worden ingebracht. Voor de werknemer, die in eerste aanleg heeft nagelaten een deskundigenoordeel in te brengen, betekent dit dat hij in hoger beroep geen volledige herkansing krijgt. Dit leidt tot een spoedige afwikkeling van het geschil. Het is echter de vraag of dit zorgvuldig is.

In deze paragraaf wordt eerst beschreven wat op grond van het burgerlijk procesrecht en de functie van hoger beroep hierin, zou kunnen worden verwacht in de situatie dat de werknemer voor het eerst in hoger beroep een deskundigenoordeel inbrengt. Vervolgens worden enkele voorbeelden uit de jurisprudentie besproken, waarin deze situatie verschillend wordt benaderd.

Een werknemer kan bij het afwijzen van zijn loonvordering wegens het ontbreken van een deskundigenoordeel opnieuw een loonvordering instellen met een deskundigenoordeel (zie paragraaf 4.3.3.1). Het alternatief is dat hij in hoger beroep gaat tegen de afwijzing. Uitgangspunt in een hoger beroepsprocedure in het burgerlijk procesrecht is dat een rechtzoekende een volledige herkansing krijgt. Het is mogelijk alle aspecten van een zaak te belichten en eventuele verzuimen en onjuistheden te herstellen.¹³⁴ Dit wordt ook wel de devolutieve werking van het hoger beroep genoemd.

Wordt afgegaan op de algemene uitgangspunten van het hoger beroep, dan ligt het voor de hand dat de werknemer een volledige herkansing krijgt in hoger beroep. Dit betekent dat hij bij het UWV alsnog een deskundigenoordeel kan aanvragen om hiermee zijn loonvordering te onderbouwen. Het opmerkelijke is dat hier in de rechtspraak anders over kan worden gedacht. Het Hof Amsterdam wierp het de werknemer tegen dat hij voor het eerst een deskundigenoordeel had ingebracht in hoger beroep.¹³⁵ Hierbij werd gewezen op de ratio van artikel 7:629a BW om middels een deskundigenverklaring snel duidelijkheid te verkrijgen over de arbeids(on)geschiktheid van de werknemer. Het eerst overleggen van een deskundigenoordeel in hoger beroep zou in strijd zijn met de strekking van dit artikel.

Er is overigens ook een tegenovergestelde benadering te zien. Zo liet het Hof Arnhem wel een deskundigenoordeel toe, die voor het eerst was ingediend in hoger beroep.¹³⁶ In dit geval ging het overigens om een deskundigenoordeel over de verkeerde vraag (zie ook paragraaf 4.3.2.1). De loonvordering werd echter niet zuiver om die reden afgewezen. De werknemer werd toegelaten om zijn stellingen te onderbouwen met andere bewijsmiddelen. Dit mocht de werknemer niet baten, omdat hij hier niet in slaagde.

Beschouwing

De rechter kan oordelen dat niet voor het eerst een deskundigenoordeel mag worden ingebracht in hoger beroep. Dit betekent voor een werknemer, die in eerste aanleg heeft nagelaten een deskundigenoordeel in te brengen, dat hij in hoger beroep geen volledige herkansing krijgt. Voornoemd standpunt leidt tot een definitief einde van de procedure. Bij de zorgvuldigheid hiervan kunnen echter vraagtekens worden geplaatst.

De benadering van het Hof Amsterdam waarbij in hoger beroep geen deskundigenoordeel wordt toegelaten, leidt tot een definitief einde van de procedure. Gezien het open karakter van het burgerlijk procesrecht is deze strenge benadering mijns

134 Stein & Rueb 2011, p. 240-242.

135 Hof Amsterdam 22 mei 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AO3200, JAR 2004/24.

136 Hof Arnhem 13 april 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM1249.

inziens op zijn minst opmerkelijk. Het verzuim van de werknemer wordt zo dubbel bestraft. Het ontbreken van een deskundigenoordeel is niet meer te herstellen in eerste aanleg en evenmin in hoger beroep. In beide instanties leidt het ontbreken van het deskundigenoordeel tot een afwijzing van de loonvordering. De werknemer heeft bovendien meer kosten moeten maken met de griffierechten en de verplichte procesvertegenwoordiging in hoger beroep. Bovendien is hem al één instantie, waarin zijn vordering inhoudelijk is behandeld, onthouden.¹³⁷ Het komt er dus op neer dat de werknemer hier de dupe van is, omdat de effectiviteit van zijn rechtsmiddel wordt aangetast. Hij moet het doen zonder een belangrijk bewijsmiddel.

De overweging dat de snelheid van het deskundigenoordeel zich verzet tegen het voor het eerst in hoger beroep overleggen van een deskundigenoordeel, volgt mijns inziens niet uit de wet. De wetgever heeft juist een grote ruimte geboden voor de mogelijkheid van het aanvragen van deskundigenoordelen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het ontbreken van termijnen bij het verzoeken van een deskundigenoordeel. De werknemer kon in de zaak die speelde bij het Hof Amsterdam ook zonder problemen een deskundigenoordeel bemachtigen om alsnog in hoger beroep in te dienen. Voor het UWV bestond geen wettelijke belemmering om een deskundigenoordeel af te geven. Aldus bezien ligt het voor de hand het deskundigenoordeel toe te laten. De rechter heeft vervolgens wel de vrijheid om bij zijn waardering rekening te houden met het tijdsverloop tussen de datum in geschil en het afgeven van het deskundigenoordeel.

4.4 Conclusie

Vrijwel alle knelpunten in deze fase hebben betrekking op het deskundigenoordeel. Dit publiekrechtelijke oordeel heeft groot gewicht in geschillen over loondoorbetaling bij ziekte. Het is daarom opmerkelijk dat er geen waarborgen bestaan dat de werknemer op de hoogte is van de mogelijkheid en in een loonvorderingsprocedure zelfs de verplichting om over een deskundigenoordeel te beschikken. Dit ondergraaft de mate waarin de rechtzoekende vooraf kan inschatten wat zijn rechten zijn en hoe hij deze kan effectueren.

Aangezien het UWV op afstand staat, wordt de werknemer niet (pro-)actief voorgelicht vanuit de overheid. Het is ook niet zo dat de werkgever deze taak heeft overgenomen. Op de werkgever rust niet een expliciete wettelijke verplichting om zijn werknemer wegwijs te maken. Dit kan voor de werknemer verstrekken gevolgen hebben. Het kan er bijvoorbeeld toe leiden dat de loonvordering in zijn geheel niet inhoudelijk wordt behandeld. De werknemer wordt hiermee een effectieve rechtsgang onthouden. Het geschil wordt weliswaar tijdig definitief beëindigd, maar op de zorgvuldigheid hiervan is veel af te dingen.

Mijns inziens zijn deze gebreken moeilijk te rechtvaardigen. Zij zijn bovendien eenvoudig op te lossen. De oplossing kan bijvoorbeeld worden gevonden in het voorschrijven van een verplichte deskundigenoordeelclausule naar analogie van een bezwaarclausule, waarbij de werkgever kan worden belast om zijn werknemer op zijn

¹³⁷ Zie ook Jansen & Opdam 2013.

verplichtingen te wijzen. Laat de goed geïnformeerde werknemer vervolgens alsnog na om een deskundigenoordeel te vragen, dan is het niet onredelijk dat dit voor zijn risico komt.

Een ander knelpunt is dat de totstandkoming van het deskundigenoordeel op het grensvlak ligt van het publiek- en privaatrecht en dat hieruit bepaalde beperkingen voortvloeien ten aanzien van de procedurele mogelijkheden. Het UWV stelt deskundigenoordelen op, maar kan niet worden gecorrigeerd op gebreken hierin. Hoewel sprake is van een publiekrechtelijk oordeel, kan er niet bestuursrechtelijk tegen op worden gekomen. Dit betekent dat het bijvoorbeeld niet mogelijk is een beter deskundigenoordeel af te dwingen. De civiele rechter kan het deskundigenoordeel voorts alleen positief of negatief waarderen. Hierbij kan bovendien voorbij worden gegaan aan fundamentele gebreken, zoals een schending van het beginsel van hoor en wederhoor. Dit is opmerkelijk in het licht van de algemene regeling van deskundigenbewijs in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, waarin is geëxpliciteerd dat beide partijen betrokken moeten worden bij de totstandkoming van deskundigenbewijs. Voor deze afwijking lijkt geen duidelijke rechtvaardiging te bestaan. Hierbij moet de kanttekening worden geplaatst dat de rechter nog wel de mogelijkheid heeft een deskundige te benoemen. Het is echter de vraag of hij dit doet. Het deskundigenoordeel is juist bedoeld als een advies aan de rechter en hij gaat hier niet snel aan voorbij.

Naar mijn oordeel bestaat er voorts geen rechtvaardiging voor de ondoorzichtigheid van de totstandkoming van het deskundigenoordeel. De totstandkoming zou inzichtelijker kunnen worden gemaakt door het UWV te verplichten om de normen die worden gehanteerd openbaar te maken. Dit zou niet alleen werkgever en werknemer, maar ook de rechter handvatten kunnen bieden om de kwaliteit van het deskundigenoordeel te beoordelen.

Een ander consistentieprobleem doet zich voor bij de afweging van het recht op privacy van de werknemer en het recht op een eerlijk proces van de werkgever. Hierbij gaat het om de consistentie tussen publiekrecht en privaatrecht binnen het stelsel. Voor publiekrechtelijke Wet WIA-procedures is met de medische beschikkingenregeling een bijzondere regeling getroffen om beide belangen tot hun recht te laten komen. Voor de hieraan voorafgaande privaatrechtelijke loonvorderingsprocedure ontbreekt een dergelijke regeling. Meer duidelijkheid over de afweging van de botsende belangen zou juist in een loonvorderingsprocedure niet misstaan, omdat het burgerlijk procesrecht is ingericht op volledige openheid, waarmee de bescherming van medische gegevens zich slecht verdraagt.

Een knelpunt bezien vanuit finaliteit is dat een afwijzing van een loonvordering wegens het ontbreken van een deskundigenoordeel tot een niet-ontvankelijkverklaring van een volgende loonvordering kan leiden. Dit verhoudt zich niet goed met de aard van het deskundigenoordeel als procedureel vereiste, waaraan moet zijn voldaan voor de inhoudelijke beoordeling van de loonvordering. De finaliteit komt ook in het geding doordat een niet-ontvankelijkverklaring kan worden uitgesproken bij het voor het eerst inbrengen van een deskundigenoordeel in hoger beroep. Dit leidt weliswaar tot een spoedige afwikkeling van het geschil, maar bij de zorgvuldigheid kunnen kanttekeningen worden geplaatst.

In 'regulatory welfare state'-perspectief is hier de spanning te zien tussen de verschillende verantwoordelijkheden van overheid, werkgever en werknemer. De overheid wil aan de ene kant op afstand staan, maar aan de andere kant het publieke belang borgen met het deskundigenoordeel. Dat laatste gebeurt echter niet met volle overtuiging maar eerder met een zekere terughoudendheid, hetgeen ten koste gaat van de toegang tot het recht van werkgever en werknemer.

HOOFDSTUK 5

Toegang tot het recht bij de overgang van ziekte naar arbeidsongeschiktheid

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat de toegang tot het recht bij de overgang van ziekte naar arbeidsongeschiktheid centraal. In deze fase gaat de loondoorbetaling bij ziekte op grond van het BW over naar een eventuele uitkering op grond van de Wet WIA. Voordat vooruit wordt gekeken en wordt vastgesteld of de werknemer recht heeft op een arbeidsongeschiktheidsuitkering, wordt eerst teruggekeken op de wachttijd en wordt bepaald of de periode van loondoorbetaling bij ziekte op grond van het BW met maximaal 52 weken moet worden verlengd met gelijktijdige opschorting van de Wet WIA-aanvraag.

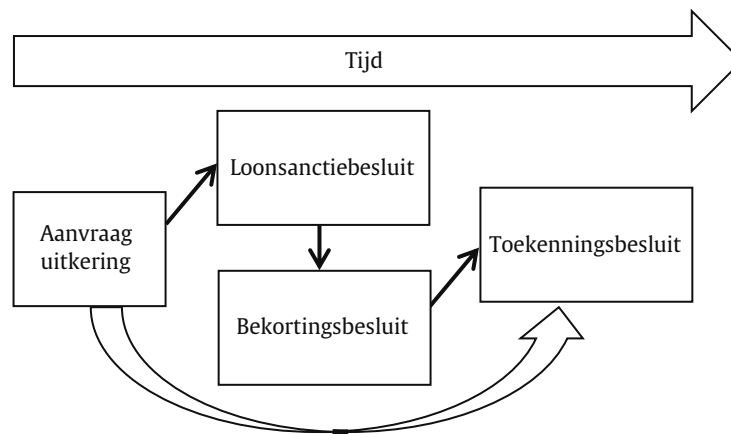
Of het UWV toepassing geeft aan de bevoegdheid om de loondoorbetalingsperiode te verlengen, hangt af van de wijze waarop de werkgever tijdens de wachttijd invulling heeft gegeven aan zijn re-integratieverantwoordelijkheid. Blijkt uit de zogenoemde poortwachterstoets dat de werkgever zich zonder deugdelijke grond onvoldoende heeft ingezet voor de re-integratie, dan legt het UWV hem een loonsanctie op. Indien de werkgever zijn tekortkomingen herstelt, bekort het UWV de loonsanctie. De besluitvorming over en de rechtsbescherming tegen de loonsanctie zijn publiekrechtelijk van aard. De tenuitvoerlegging van de loonsanctie vindt daarentegen exclusief plaats in de privaatrechtelijke sfeer. Uit de bijzondere plaats van de loonsanctie op het grensvlak van de sociale zekerheid bij ziekte naar arbeidsongeschiktheid vloeit voort dat in deze fase zowel publiek- als privaatrechtelijke procedures mogelijk zijn.

Aangezien de overgang van ziekte naar arbeidsongeschiktheid afhangt van het al dan niet verlengen van de loondoorbetalingsperiode, staan in dit hoofdstuk de loonsanctiebevoegdheden van het UWV centraal. Eerst wordt een overzicht geboden van de normering van de re-integratieverantwoordelijkheid van de werkgever in de wachttijd en de bevoegdheden van het UWV met betrekking tot verlenging van de loondoorbetalingsperiode bij ziekte bij tekortkomingen in de uitoefening hiervan. Hierbij is ook aandacht voor de publiek- en privaatrechtelijke procedures die op de besluiten van het UWV kunnen volgen (paragraaf 5.2). Vervolgens worden enkele procedures in de stelselovergang uitgelicht en getoetst aan het normatieve kader voor de toegang tot het recht (paragraaf 5.3). Het hoofdstuk sluit af met een conclusie (paragraaf 5.4).

5.2 Overgang van ziekte naar arbeidsongeschiktheid

In deze paragraaf wordt een overzicht gegeven van de rechten en plichten van de werkgever in het kader van de re-integratie gedurende de wachttijd voor de Wet WIA en de besluiten die het UWV kan nemen bij de beoordeling van de invulling van deze re-integratieverantwoordelijkheid. Vervolgens worden de publiek- en privaatrechtelijke procedures beschreven die op de uitoefening van de loonsanctiebevoegdheid van het UWV kunnen volgen.

5.2.1 Rechten en plichten



Figuur 5.1 De besluitvorming van het UWV in de stelselovergang

De wachttijd voor de Wet WIA is 104 weken. De Wet WIA schrijft voor dat de werknemer uiterlijk elf weken voor de afloop van de wachttijd zijn aanvraag doet voor een uitkering (art. 64 lid 1 en lid 3 Wet WIA). Dit is in week 93. Uiterlijk in week 89 stuurt het UWV de werknemer die in week 42 door de werkgever is ziekgemeld een kennisgeving dat hij een aanvraag kan doen (art. 64 lid 2 Wet WIA).

De aanvraag zet de besluitvorming van het UWV in gang. Voordat het UWV vaststelt of de werknemer recht heeft op een uitkering op grond van de Wet WIA, kijkt het UWV eerst of aanleiding bestaat om een loonsanctie op te leggen (art. 25 lid 9 Wet WIA). Uitgangspunt hierbij is het door de werknemer bij de aanvraag gevoegde re-integratieverslag. Een loonsanctie houdt in dat het tijdvak van de loondoorbetalingsplicht bij ziekte met de bijbehorende re-integratieplichten (art. 7:629 lid 1 BW, art. 7:658a BW en art. 25 Wet WIA) na de 104 weken voor een aanvullende periode van ten hoogste 52 weken blijft gelden (art. 7:629 lid 11 BW) en dat de behandeling van de Wet WIA-aanvraag wordt opgeschort. Gedurende de duur waarvoor de loonsanctie is opgelegd, blijft bovendien het opzegverbod bij ziekte van kracht (art. 7:670 lid 1 en lid 10 BW). De loonsanctie is bedoeld om de werkgever in de gelegenheid te stellen tekortkomingen in de re-integratie te herstellen. Heeft de

werkgever zijn tekortkomingen hersteld of is de maximale termijn van 52 weken verstreken (art. 64 lid 7 en lid 8 Wet WIA), dan wordt de loonsanctie beëindigd en wordt de behandeling van de Wet WIA-aanvraag voortgezet.¹

Het opleggen van een loonsanctie is niet de enige situatie waarin de loondoorbetalingsperiode kan worden verlengd. Werkgever en werknemer kunnen ook gezamenlijk het UWV verzoeken om de wachttijd te verlengen (art. 24 lid 1 Wet WIA). Stelt het UWV hierop een verlengde wachttijd vast, dan vloeit uit de wet voort dat de loondoorbetalingsperiode bij ziekte van rechtswege wordt verlengd (art. 7:629 lid 1 en lid 11 onder b BW). De loondoorbetalingsperiode kan voorts worden verlengd, indien de Wet WIA-aanvraag later wordt gedaan dan is voorgeschreven. In dat geval wordt de loondoorbetalingsperiode verlengd met de duur van de vertraging (art. 7:629 lid 1 en lid 11 onder a BW). Als de werknemer voor de te late aanvraag geen deugdelijke grond heeft, kan de werkgever dit wel aangrijpen als een loonuitsluitingsgrond (art. 7:629 lid 3 onder f BW).

Voor de volledigheid moet worden opgemerkt dat de wachttijd niet alleen kan worden verlengd, maar ook op aanvraag van de werknemer kan worden verkort (art. 23 lid 6 en art. 66 Wet WIA). Een verkorte wachttijd is minimaal dertien en maximaal 78 weken. Bij een toekenning van een uitkering met een verkorte wachttijd moet duidelijk zijn dat de werknemer volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is (art. 4 Wet WIA). Re-integratie is in dat geval niet mogelijk. Voor de op de werkgever rustende loondoorbetalingsplicht bij ziekte maakt een verkorting van de wachttijd overigens niets uit. Het recht op loondoorbetaling blijft bestaan, maar de werkgever mag de uitkering aftrekken van het loon (art. 7:629 lid 5 BW).

Het UWV moet het loonsanctiebesluit in beginsel zes weken voor het einde van de wachttijd nemen (art. 25 lid 10 Wet WIA). Het opleggen van een loonsanctie na het einde van de wachttijd is niet mogelijk (art. 25 lid 11 Wet WIA). Gedurende de termijn waarvoor de loonsanctie geldt, heeft de werkgever de mogelijkheid om het UWV te verzoeken de loonsanctie te bekorten (art. 25 lid 12 Wet WIA). Bij een dergelijk verzoek meldt de werkgever wat hij heeft gedaan en waarom hij vindt dat de tekortkomingen zijn hersteld (art. 25 lid 12 Wet WIA). Het UWV behandelt een bekortingsverzoek binnen drie weken na de ontvangst van de melding van de werkgever en stelt hierbij vast of de tekortkomingen zijn hersteld (art. 25 lid 13 Wet WIA). Oordeelt het UWV dat de tekortkomingen niet zijn hersteld, dan blijft de loonsanctie van kracht.²

Bij herstel van de tekortkomingen, geeft het UWV aan wanneer de periode van loondoorbetaling eindigt. Hierbij wordt een uitlooptermijn van zes weken in acht genomen: de termijn die benodigd is voor de beoordeling van de aanvraag voor een

1 De hoogte van het loon gedurende de verlengde loondoorbetaling is in beginsel het wettelijk niveau (zie onder meer Ktr. Amersfoort 5 augustus 2004, ECLI:NL:RBUTR:2004:AR5128, *JAR* 2004/241 en Ktr. 's-Hertogenbosch 18 november 2004, *JAR* 2005/4. Onder omstandigheden kan de rechter oordelen dat de werknemer recht heeft op meer. Dit is het geval als hij door de loonsanctie in een slechtere positie komt te verkeren. Bij de toekenning van een IVA-uitkering heeft de werknemer bijvoorbeeld recht op 75 procent van zijn laatstverdiende loon. Bij uitzondering wordt in de loonsanctieperiode 100 procent van het loon doorbetaald, zoals in Ktr. Utrecht 13 mei 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK9352, *JAR* 2010/10.

2 Zie voor een voorbeeld van toepassing van de bekortingsprocedure CRvB 11 april 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW1526.

uitkering (art. 25 lid 14 Wet WIA).³ In het geval dat de loonsanctie wordt bekort, wordt vertraging bij het opleggen van de loonsanctie en bij de behandeling van bekortingsverzoeken verdisconteerd (art. 25 lid 14 Wet WIA).⁴ De Centrale Raad van Beroep heeft bepaald dat vertraging alleen wordt verdisconteerd voor zover alsnog herstel van de tekortkoming plaatsvindt en een bekortingsbesluit wordt genomen.⁵

De beoordeling van de vraag of de werkgever zich voldoende heeft ingespannen gedurende de eerste twee jaar ziekte, baseert het UWV in beginsel op het door de werknemer bij de aanvraag bijgevoegde re-integratieverslag.⁶ Het re-integratieverslag biedt inzicht in wat gedurende de eerste twee jaar is gebeurd om langdurige arbeidsongeschiktheid te voorkomen. De verplichtingen van de werkgever vloeien voort uit wet- en regelgeving. Voorop staat dat de werkgever bij de invulling van zijn re-integratieverplichtingen een eigen verantwoordelijkheid heeft. Dit werkt door in de normering van de re-integratieverplichtingen, waarin weinig concrete eisen staan om de inspanningen van de werkgever te toetsen. Twijfelt de werkgever of hij voldoende doet aan de re-integratie, dan kan hij het UWV hierover tussentijds om een deskundigenoordeel vragen (art. 32 lid 3 onder b Wet SUWI).

De eigen verantwoordelijkheid van de werkgever strekt zich ook uit over de deskundigen die hij inschakelt. De werkgever is wettelijk verplicht zich te laten bijstaan door een bedrijfsarts, waarbij hij vrij is in de keuze van de persoon. De wetgever heeft als uitgangspunt dat de werkgever de vinger aan de pols houdt. Hij moet zijn deskundige kritisch volgen en is uiteindelijk aansprakelijk voor fouten die worden gemaakt. De werkgever mag zich niet verschuilen achter het oordeel van zijn deskundige. Leidt het falen van de deskundige tot schade, zoals het opleggen van een loonsanctie, dan kan de werkgever zijn deskundige eventueel aansprakelijk stellen en een schadevergoeding vorderen.⁷

De eisen die wet- en regelgeving stellen aan de invulling van de re-integratieverantwoordelijkheid zijn beperkt. Relevante bepalingen zijn te vinden in de Wet WIA, het BW, de Arbwet en de Ziektewet. Ook de lagere regelgeving biedt aanknopingspunten. De Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar (Rpetz) geeft aan welke procedurele stappen door de werkgever moeten gezet.⁸ Daarnaast heeft het UWV voor de uitoefening van zijn bevoegdheden in dit kader beleidsregels opgesteld.

3 De periode van zes weken is gelijk aan de periode die op het moment van het opleggen van de loonsanctie resteerde tot aan het einde van de 104 weken.

4 Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 318, nr. 6, p. 18-22 over de vormgeving van het loonsanctiesysteem.

5 CRvB 18 november 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK3717.

6 Het is in beginsel een arbeidsdeskundige, die de toets van de re-integratie-inspanningen uitvoert. De rapportage van de arbeidsdeskundige vormt de motivering van het besluit. Een arbeidsdeskundige is gekwalificeerd om de wijze waarop de werkgever invulling heeft gegeven aan de re-integratie-inspanningen te waarderen. Een uitzondering is het geval waarin geen re-integratieactiviteiten zijn ontplooid, omdat de werkgever op advies van zijn bedrijfsarts aannam dat de werknemer geen benutbare mogelijkheden had. Omdat dit een medische beoordeling vergt, is het de verzekeringsarts die toetst of de werknemer inderdaad geen benutbare mogelijkheden had.

7 Zie ook CRvB 18 november 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK3713, *AB* 2010, 10, m.nt. A. Tollenaar, *USZ* 2010, 2, m.nt. P.S. Fluit, *TRA* 2010, 18, m.nt. A.C. Damsteegt. Zie voor een voorbeeld van een geval waarin de werkgever zijn eigen deskundige aansprakelijk stelde: Hof Amsterdam 1 september 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AZ4470, *JAR* 2006/300.

8 *Stcrt.* 2002, 60, laatstelijk gewijzigd bij regeling van 6 december 2006, *Stcrt.* 2006, 252.

Dit zijn de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter en de Beleidsregels vorm- en herkenbaarheidsvereisten reïntegratieverslagen.⁹

De Wet WIA schrijft enkele specifieke verplichtingen voor, die verder zijn uitgewerkt in de Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar. Wat de inhoud van de re-integratie-inspanningen betreft, schrijft de Wet WIA voor dat de werkgever zich voldoende moet inspannen voor de re-integratie (art. 25 lid 9 Wet WIA). Dit is niet verder uitgewerkt in een ministeriële regeling. Wel heeft het UWV in de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter aangegeven wat aandachtspunten zijn bij de beoordeling van de re-integratie-inspanningen.

Uit wet- en regelgeving vloeit voort dat de werkgever zich bij de uitoefening van zijn taken moet laten bijstaan door een gecertificeerde bedrijfsarts of een arbodienst (art. 25 lid 5 Wet WIA en art. 14 lid 1 Arbowet). Meldt een werknemer zich ziek, dan moet de werkgever de ziekmelding doorgeven aan zijn bedrijfsarts (art. 2 lid 1 Rpetz). Vanaf het moment dat het de werkgever duidelijk wordt dat de ziekte langdurig kan zijn, dient hij aantekening te gaan houden van alles wat te maken heeft met het verloop van de ziekte en de re-integratie van de werknemer (art. 25 lid 1 Wet WIA). Uiterlijk in week zes stelt de bedrijfsarts een probleemanalyse op (art. 2 lid 2 Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar). Op basis hiervan stellen de werkgever en werknemer uiterlijk in week acht een plan van aanpak op, dat om de zes weken wordt geëvalueerd en eventueel wordt bijgesteld (art. 25 lid 2 Wet WIA en art. 4 lid 1 Rpetz).

In week 42 wordt voor het eerst het UWV betrokken. De werkgever moet de werknemer bij het uitvoeringsorgaan ziek melden (art. 38 lid 1 ZW). Deze ziekmelding is voor het UWV van belang, onder meer om werkgever en werknemer informatie te sturen en om zicht te krijgen wie mogelijk later in aanmerking kan komen voor een uitkering op grond van de Wet WIA. De werkgever is niet verplicht om de werknemer hersteld te melden. Rond week 52 wordt een eerstejaarsevaluatie gehouden (art. 4 lid 2 onder b Rpetz). Dit is bedoeld als een zogenoemd 'opschudmoment', waarbij werkgever en werknemer terugkijken op de re-integratie tot dan toe en nadenken over hoe zij verder moeten gaan in het tweede jaar. Uiterlijk in week 91 moet de werkgever in overleg met de werknemer een re-integratieverslag opstellen en hiervan een afschrift overhandigen aan de werknemer (art. 25 lid 3 Wet WIA).¹⁰ Dit re-integratieverslag heeft de werknemer nodig voor zijn Wet WIA-aanvraag, die uiterlijk in week 93 moet worden ingediend.¹¹

Bij het beoordelen van de vraag of de werkgever zich heeft gehouden aan zijn procedurele verplichtingen en of de werkgever voldoende re-integratie-inspanningen

9 *Stcrt.* 2002, 236, laatstelijk gewijzigd op 17 oktober 2006, *Stcrt.* 2006, 224 en *Stcrt.* 2003, 117, laatstelijk gewijzigd op 13 december 2005, *Stcrt.* 2005, 246.

10 Het re-integratieverslag bestaat onder meer uit de probleemanalyse, het plan van aanpak, het actueel oordeel bij de probleemanalyse, de evaluatie bij de Wet WIA-aanvraag, de medische informatie, en het oordeel van de werknemer (art. 2 lid 2 Beleidsregels vorm- en herkenbaarheidsvereisten reïntegratieverslagen).

11 Voor het indienen van het re-integratieverslag is een formulier beschikbaar. Gebruik hiervan is niet verplicht, maar het re-integratieverslag moet wel voldoen aan de vereisten van de Beleidsregels vorm- en herkenbaarheidsvereisten reïntegratieverslagen. Hierin wordt aangegeven dat de documenten en gegevens als afzonderlijke en herkenbare elementen moeten worden opgenomen.

heeft verricht, past het UWV de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter toe.¹² Het in de bijlage van deze beleidsregels opgenomen beoordelingskader bevat algemene aandachtspunten, die zijn gebaseerd op de publiek- en privaatrechtelijke verplichtingen van de werkgever in de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid. Dit betreft onder meer voorschriften uit de Wet WIA en de Arbowet, het goed werkgever- en werknemerschap en de re-integratieverplichtingen van de werkgever en de werknemer die voortvloeien uit het BW (art. 7:611 BW, art. 7:658a BW en art. 7:660a BW).

In de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter wordt een onderscheid gemaakt tussen administratieve en inhoudelijke tekortkomingen. Bij een administratieve tekortkoming ontbreekt het re-integratieverslag of is dit niet volledig. De werkgever wordt in dit geval een termijn van één week gesteld om het re-integratieverslag te verstrekken of aan te vullen (art. 25 lid 8 Wet WIA en Beleidsregels beoordelingskader poortwachter). Laat de werkgever dit na, dan komt het UWV niet toe aan een inhoudelijke toets van het re-integratieverslag en volgt een loonsanctie wegens een administratieve tekortkoming.¹³

Is het re-integratieverslag volledig, dan wordt door het UWV beoordeeld of er een loonsanctie wordt opgelegd wegens een inhoudelijke tekortkoming.¹⁴ De werkgever kan bijvoorbeeld te laat een plan van aanpak hebben opgesteld, geen eerstejaars-evaluatie hebben gedaan of de re-integratie te laat hebben ingezet bij zichzelf of bij een andere werkgever.¹⁵ Omdat het resultaat van de re-integratie voorop staat, hoeven deze inhoudelijke tekortkomingen niet altijd tot een loonsanctie te leiden. Indien het resultaat bevredigend is, wordt geen loonsanctie opgelegd. Van een bevredigend resultaat is sprake bij een (gedeeltelijke) structurele werkhervatting, die min of meer aansluit bij de resterende functionele mogelijkheden van de werknemer. De ondergrens hierbij is arbeid met een loonwaarde van 65 procent van het loon vóór de arbeidsongeschiktheid door ziekte. Bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een bevredigend resultaat wordt ook de opvatting van de werknemer betrokken. Verder brengt het herstelkarakter van de loonsanctie met zich mee dat een loonsanctie alleen wordt opgelegd als de werknemer nog re-integratiemogelijkheden heeft. De werkgever moet wel de mogelijkheid hebben zijn eventuele tekortkomingen te herstellen.

12 *Stcrt.* 2002, 236, laatstelijk gewijzigd bij regeling van 17 oktober 2006, *Stcrt.* 2006, 224.

13 Ontbreekt het re-integratieverslag of is dit niet volledig en is dit aan de werknemer te wijten, dan geeft het UWV de werknemer schriftelijk een termijn van twee weken om gebreken in het re-integratieverslag te herstellen. Blijft de aanvraag onvolledig en heeft de werknemer hier geen deugdelijke grond voor, dan heeft het UWV de bevoegdheid om de Wet WIA-aanvraag niet te behandelen (art. 4:5 Awb). Dit gebeurt alleen als de informatie onmisbaar is voor de oordeelsvorming. Leidt de aanvraag wel tot de toekenning van een uitkering, dan wordt op die uitkering een maatregel toegepast. Zie Wijziging Beleidsregels vorm- en herkenbaarheidsvereisten reïntegratieverslagen, *Stcrt.* 2005, 155, Toelichting, p. 4.

14 Alle voorgenomen inhoudelijke loonsancties worden uit een oogpunt van uniforme sanctietoepassing beoordeeld door de zogenoemde Landelijke Loonsanctiecommissie (LLC). Zie voor een geval waarin het functioneren van de Landelijke Loonsanctiecommissie aan de orde is CRvB 31 maart 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL9850, USZ 2010/115

15 In dit verband worden ook wel de termen re-integratie in het 'eerste spoor' en het 'tweede spoor' gehanteerd.

Overigens is het ondanks deze laatstgenoemde nuanceringen bepaald niet zo dat het opleggen van een loonsanctie slechts in uitzonderlijke gevallen voorkomt. Wordt het aantal sancties voor een onvolledig re-integratieverslag en voor onvoldoende re-integratie-inspanningen van werkgevers afgezet tegen het aantal door het UWV ontvangen aanvragen, dan is te zien dat in ongeveer één op de tien gevallen een loonsanctie wordt opgelegd.¹⁶

Over de precieze aard van de loonsanctie bestond aanvankelijk onduidelijkheid. De vraag was of het een herstelsanctie of een bestraffende sanctie was. De kwalificatie van de aard van de sanctie is niet zonder belang. Indien een sanctie als bestraffend wordt aangemerkt, worden op grond van artikel 6 EVRM hoge eisen gesteld aan de besluitvorming en de rechtsbescherming. De wetgever heeft de loonsanctie bedoeld als een herstelsanctie, maar de wettekst zaaide aanvankelijk twijfel over deze bedoeling aangezien hierin zowel punitieve als reparatoire formuleringen stonden. Enerzijds moest de loonsanctie worden afgestemd op 'de aard en de ernst van het verzuim', hetgeen duidde op een bestraffend karakter van de sanctie. Anderzijds werd ook het herstelkarakter benadrukt, omdat de loonsanctie moest worden afgestemd op de periode die nodig werd geacht om alsnog voldoende re-integratie-inspanningen te leveren.¹⁷

De rechter moest uitsluitsel bieden over de vraag of de loonsanctie een herstel- of bestraffend karakter heeft. De Centrale Raad van Beroep gaf in een uitspraak op 22 februari 2006 zijn oordeel over de wijze waarop het UWV tot dat moment uitvoering gaf aan de loonsanctie. Hierbij werd geoordeeld dat de loonsanctie zuiver behoort te zijn gericht op de periode om de tekortkomingen te herstellen.¹⁸ Bij het opleggen van loonsancties werd door het UWV gewerkt met de Beleidsregels verlenging loondoorbetaling poortwachter, waarin de duur van de loonsanctie werd bepaald door de vraag of sprake was van beperkte, ernstige, grove of uiterste nalatigheid.¹⁹ Aan deze categorieën waren vaste tijdvakken van vier, zes, negen of twaalf maanden gekoppeld (art. 4 lid 1 Beleidsregels verlenging loondoorbetaling poortwachter).

De Raad oordeelde dat deze categorische vaststelling van de loondoorbetalingsperiode onrechtmatig was. Deze was niet in overeenstemming met het wettelijke uitgangspunt dat de termijn waarover de werkgever het loon aan de werknemer moest doorbetalen, moest worden afgestemd op de periode die de werkgever naar verwachting nodig zou hebben om alsnog voldoende re-integratie-inspanningen te verrichten. De termijn die de werkgever daadwerkelijk nodig had om zijn tekortkomingen te herstellen, kon immers veel korter zijn dan de gehanteerde vaste termijn. Hiermee kreeg de sanctie een punitief karakter.

De uitspraak van de Centrale Raad van Beroep droeg bij aan de aanpassing naar de huidige loonsanctiesystematiek waarin de precieze hersteltermijn niet meer vooraf

16 UWV, *Kwantitatieve informatie* 2012. In 2012 waren er 58.522 ontvangen aanvragen en werden er 5952 loonsancties opgelegd.

17 Artikel 71a lid 9 WAO (oud): 'Dit tijdvak is ten hoogste 52 weken en wordt afgestemd op de aard en ernst van het verzuim, alsmede op de periode die nodig wordt geacht om alsnog voldoende reïntegratie-inspanningen te leveren.'

18 Zie CRvB 22 februari 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AV2317, AB 2006, 215, m.nt. H.E. Bröring.

19 *Stcr.* 2003, 54, laatstelijk gewijzigd op 13 december 2005, *Stcr.* 2005, 246.

wordt bepaald door het UWV, maar achteraf wordt afgestemd op de tijd die de werkgever nodig heeft gehad om zijn tekortkoming te herstellen. De huidige wettekst van artikel 25 lid 9 Wet WIA spreekt voorts alleen nog maar over het herstel van de tekortkomingen. De Centrale Raad van Beroep heeft bevestigd dat de loonsanctie, zoals die in de huidige systematiek wordt opgelegd, een herstelsanctie is.²⁰

5.2.2 Procedures

De overgang van ziekte naar arbeidsongeschiktheid kenmerkt zich door zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke procedures. In deze paragraaf wordt een overzicht gegeven van de verschillende procedures die mogelijk zijn.

5.2.2.1 Publiekrechtelijke procedures

Het UWV kan met betrekking tot de loonsanctie een besluit nemen om een loonsanctie op te leggen (art. 25 lid 9 Wet WIA) en een besluit om de loonsanctie al dan niet te bekorten (art. 25 lid 13 Wet WIA). Heeft de werknemer expliciet een aanvraag gedaan voor een loonsanctie, dan moet het UWV ook bij weigering om een loonsanctie op te leggen een besluit nemen. Daarnaast is denkbaar dat het UWV ook op andere momenten met werkgever en werknemer communiceert, bijvoorbeeld over de indiening van de Wet WIA-aanvraag. Soms worden in deze communicatie door de rechter besluitmomenten herkend. Gewezen kan worden op de mededeling van het UWV dat de wachttijd is verlengd op grond van artikel 7:629 lid 11 onder a BW wegens een te late Wet WIA-aanvraag.

Indien een loonsanctiebesluit of een besluit waarin bekorting is geweigerd, in beroep wordt vernietigd, staat daarmee de onrechtmatigheid van dit besluit in beginsel vast. Afhankelijk van de ruimte die het UWV heeft om het rechtmatigheidsgebrek te herstellen, kan de werkgever dan door een onrechtmatig besluit schade hebben geleden. Hij heeft immers het loon doorbetaald, terwijl achteraf blijkt dat daarvoor geen grond bestond. Voor de afwikkeling van deze schade kan de werkgever zich tot het UWV wenden en een besluit uitlokken over de schadevergoeding. Tegen dat besluit kan hij vervolgens in bezwaar en beroep gaan.

5.2.2.2 Privaatrechtelijke procedures

De besluiten van het UWV over de loonsanctie kunnen op verschillende manieren doorwerken in civielrechtelijke procedures. Allereerst is het mogelijk dat de werkgever vindt dat de door het UWV geconstateerde tekortkoming te wijten is aan zijn bedrijfsarts. Omdat tussen de werkgever en de bedrijfsarts een overeenkomst bestaat, kan de werkgever van hem schadevergoeding vorderen op grond van wanprestatie (art. 6:74 BW).²¹ De werkgever kan ook kiezen voor een actie uit onrechtmatige daad

²⁰ CRvB 28 oktober 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK1570, USZ 2009/349, m.nt. P.S. Fluit.

²¹ Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 1 september 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AZ4470, JAR 2006/300, Rb. Utrecht 12 november 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BG4230, JAR 2009/11 en, Rb. Utrecht 19 oktober 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU3636, JAR 2011/310.

(art. 6:162 BW). De gevorderde schadevergoeding heeft in beide procedures betrekking op het extra loon dat de werkgever heeft moeten betalen gedurende de periode van de loonsanctie.

In de verhouding tussen werkgever en werknemer heeft het loonsanctiebesluit tot gevolg dat de loondoorbetalingsperiode wordt verlengd. Weigert de werkgever dit en stopt hij de loondoorbetaling, dan moet de werknemer zich tot de civiele rechter wenden met een loonvordering. In een loonvorderingsprocedure gedurende de loonsanctie, zal de civiele rechter op grond van het loonsanctiebesluit kunnen vaststellen dat het tijdvak van de loondoorbetalingsplicht bij ziekte op grond van artikel 7:629 BW voortduurt. Dit betekent dat de werknemer in beginsel recht heeft op loon. Omdat artikel 7:629 BW tijdens de verlengde periode onverkort van toepassing is, kan de werkgever ook dan een beroep doen op de verschillende uitzonderingen op het recht op loondoorbetaling die gedurende de 104 weken gelden (zie paragraaf 4.2.1).

Komt in een bestuursrechtelijke procedure vast te staan dat de loonsanctie ten onrechte was opgelegd of een bekortingsverzoek ten onrechte was afgewezen, dan betekent dit dat de werkgever zijn door dit onrechtmatige besluit geleden schade civielrechtelijk kan verhalen op het UWV (art. 6:162 BW). Ook is het mogelijk dat hij het ten onrechte betaalde loon als onverschuldigd betaald terugvordert van de werknemer (art. 6:203 BW).

5.2.3 Bijzondere waarborgen

De werkgever heeft zonder toestemming van de werknemer geen recht op inzage in de medische gegevens van zijn werknemer.²² Mondt een geschil echter uit in een procedure, dan vloeit uit artikel 6 EVRM voort dat een evenwicht moet worden gevonden tussen het recht op privacy en het recht op een eerlijk proces. De overgangsfase van ziekte naar arbeidsongeschiktheid kent daarom enkele bijzondere waarborgen, die in het bijzonder zijn gericht op het bereiken van een evenwicht tussen het recht op privacy van de werknemer en het recht op een eerlijk proces van de werkgever (zie ook paragraaf 4.3.2.3).

De bijzondere waarborgen zijn van toepassing op alle Wet WIA-besluiten die gedeeltelijk zijn gebaseerd op medische gegevens. Dit betreft besluiten over het al dan niet opleggen van een loonsanctie of het al dan niet toekennen van een uitkering. Voor de besluitvormings- en bezwaarfase geldt de medische beschikkingenregeling van de Wet WIA (art. 103-110 Wet WIA). Een medische beschikking wordt hierin gedefinieerd als een besluit waaraan een medische beoordeling ten grondslag ligt (art. 103 Wet WIA).

Voor medische beschikkingen gelden bijzondere voorschriften. Zo moet het UWV in de motivering de medische gegevens in een aparte bijlage zetten (art. 106 Wet WIA) en treedt in de besluitvormings- en bezwaarfase en bij het opstellen van een beroepschrift een gemachtigde in de plaats van de werkgever (art. 104 Wet WIA). Deze gemachtigde is advocaat of arts, of heeft van het UWV bijzondere toestemming gekregen om als gemachtigde op te treden.

²² Zie onder meer artikel 21 Wbp. Zie ook de dissertatie van Van der Helm over privacybescherming en ziekte, Van der Helm 2009.

Voor de beroepsfase geldt de medische beschikkingenregeling van de Wet WIA niet. Wel geldt een gelijksoortige procedure. De rechter kan op grond van artikel 8:32 lid 2 Awb bepalen dat de kennisneming van medische gegevens is voorbehouden aan een gemachtigde die advocaat of arts is, dan wel daarvoor van de rechtbank bijzondere toestemming heeft gekregen. De rechter moet in elk individueel geval een afweging maken of voor toepassing hiervan aanleiding bestaat. Het onderzoek ter zitting vindt dan in beginsel achter gesloten deuren plaats.

5.3 Procedures getoetst

De publiek-private mix komt bij de overgang van het stelsel van loondoorbetaling bij ziekte naar de dekking op grond van de Wet WIA bij uitstek tot uiting in het loonsanctiebesluit en de besluiten die daarmee samenhangen (waaronder het bekortingsbesluit). De publiekrechtelijke besluiten rond de loonsanctie vormen een interventie in de privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer. Zij moeten bovendien in die rechtsverhouding worden geëffectueerd.²³ Zoals gezegd is het bijzondere van de loonsanctie dat het publiek- en privaatrechtelijke elementen in zich verenigt. Het UWV bepaalt in een besluit dat de loondoorbetalingsperiode op grond van het BW wordt verlengd en kan deze periode eventueel bekorten. Op grond van het BW ontstaat vervolgens een loondoorbetalingsplicht voor de werkgever.

Juist omdat de loonsanctie zich op het grensvlak van het publiek- en het privaatrecht bevindt, kunnen knelpunten ontstaan voor de toegang tot het recht van werkgever en werknemer.²⁴ In deze paragraaf worden enkele procedurele aspecten rond de loonsanctie uitgelicht en getoetst aan de in het normatieve kader neergelegde criteria. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om de vraag of de re-integratieverplichtingen van de werkgever tegenover het UWV duidelijk zijn (*transparantie*), hoe de besluiten rond de verlengde loondoorbetaling zich verhouden tot andere bestuursrechtelijke besluiten in het algemeen (*consistentie*) en hoe de afwikkeling van een onrechtmatig loonsanctiebesluit zich verhoudt tot het uitgangspunt van finale geschilbeslechting (*finaliteit*).

5.3.1 Transparantie

De wetgever heeft het UWV doelbewust op afstand gezet in de 104 weken wachttijd voor de Wet WIA. Het is aan de werkgever en de werknemer overgelaten om invulling te geven aan hun eigen verantwoordelijkheden. Dit moeten zij doen binnen de kaders van de wet- en regelgeving. Wordt de toepasselijke wet- en regelgeving bekeken, dan valt op dat deze zich kenmerkt door gelede normstelling met algemene normen in de wet en een uitwerking hiervan op een lager niveau. Het is de vraag of hiermee de normen zodanig zijn geconcretiseerd dat werkgever en werknemer aan de hand hiervan hun rechtspositie kunnen vaststellen. Behouden de normen uit de kaderwetgeving en de invulling hiervan in de regelgeving hetzelfde abstractieniveau, dan leidt dit tot rechtsonzekerheid en komt de rechtsbescherming in het geding.

23 Het unieke karakter van de loonsanctie wordt ook erkend in de literatuur. Zie bijvoorbeeld Noordam 2003, p. 445.

24 Zie ook Rijpkema & Tollenaar 2010.

In deze paragraaf wordt onderzocht of en in hoeverre het stelsel de werkgever en de werknemer helderheid biedt over hun rechtspositie. Hierbij wordt in het bijzonder gekeken naar knelpunten die uit de ziekmelding in week 42 voortvloeien voor gerichte informatieverstrekking (paragraaf 5.3.1.1). Daarnaast wordt de onbepaaldheid van de publiekrechtelijke re-integratieverplichtingen van de werkgever besproken. Hierbij wordt ook de mogelijke functie van het deskundigenoordeel en het bekortingsverzoek behandeld om duidelijkheid te krijgen over de invulling van de re-integratieverantwoordelijkheid. Tevens is aandacht voor de vormvrijheid in de bekortingsprocedure (paragraaf 5.3.1.2).

5.3.1.1 *Beperkingen aan gerichte informatieverstrekking vanuit het UWV*

De werkgever is verplicht de werknemer in week 42 ziek te melden. Dit heeft gevolgen voor de informatievoorziening door het UWV. Werknemer en werkgever blijven tot dat moment verstoken van gerichte informatieverstrekking door het UWV. Dit kan ertoe leiden dat werkgever en werknemer procedurele mogelijkheden laten liggen.

Naar aanleiding van de ziekmelding in week 42, stuurt het UWV in week 44 werkgever en werknemer een brief waarin zij worden gewezen op de aankomende eerstejaarsevaluatie en de mogelijkheid van een deskundigenoordeel. Dit betekent dat de mogelijkheid die werkgever en werknemer hebben om met het deskundigenoordeel de re-integratie te sturen, tot dat moment onderbenut kan blijven. Het is immers niet ondenkbaar dat werkgever en werknemer pas aan het einde van het eerste jaar voor het eerst horen over de mogelijkheid van een deskundigenoordeel. Door niet gebruik te maken van tussentijdse deskundigenoordelen kunnen re-integratiekansen worden gemist met alle gevolgen van dien.

Laat de werkgever na de werknemer ziek te melden, dan is in het geheel geen gerichte informatieverstrekking door het UWV mogelijk. Tot 1 november 2008 stond op schending van de verplichting om de werknemer ziek te melden de sanctie dat de loondoorbetalingsperiode werd verlengd met de duur van de te late ziekmelding. Deze sanctie werd door werkgevers echter als onevenredig zwaar ervaren. Dit was voor de wetgever aanleiding om deze af te schaffen.²⁵ Tegenwoordig leidt een te late ziekmelding tot oplegging van een bestuurlijke boete voor de werkgever (art. 38 lid 3 ZW).²⁶ Laatstgenoemde sanctie zal doorgaans veel lager zijn dan het bedrag dat verschuldigd zou zijn geweest bij een verlenging van een loondoorbetalingsperiode en heeft hiermee ook minder afschrikwekkende potentie.²⁷

Opmerkelijk is verder dat de ziekmelding voor 1 november 2008 in week 13 moest worden gedaan. Volgens de wetgever leidde dit echter tot knelpunten. Omdat het geen logisch moment zou zijn, zouden werkgevers regelmatig vergeten hun werknemer ziek- en hersteld te melden. De ziekmelding in week 13 zou geen wezenlijk element vormen voor de alerteringsfunctie en de kennisgeving bij de Wet WIA-aanvraag.²⁸

²⁵ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 357, nr. 3, p. 4.

²⁶ *Zie Kamerstukken II 2007/08*, 31 357.

²⁷ Deze boete bedroeg in 2012 € 455,-.

²⁸ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 357, nr. 3, p. 4.

Uit het voorgaande volgt dat de verlenging van de loondoorbetalingsperiode tegenwoordig niet meer als sanctie kan worden opgelegd. Toch kan het nalaten van de ziekmelding er indirect toe leiden dat de loondoorbetalingsperiode wordt verlengd, omdat de aanvraag op grond van de Wet WIA door de werknemer later wordt gedaan dan is voorgeschreven (art. 7:629 lid 11 onder a BW). Zonder ziekmelding door de werkgever in week 42 zal het UWV immers geen kennis hebben van de situatie en de werknemer ook niet informeren dat hij een aanvraag moet doen (art. 64 lid 2 Wet WIA). Wordt bij het ontbreken van de kennisgeving door het UWV, een later gedane aanvraag toch als tijdig beschouwd, dit is anders als de kennisgeving niet is gedaan omdat een ziekmelding in het geheel ontbreekt. De aanvraag wordt alleen nog als tijdig beschouwd als de ziekmelding door de werkgever uiterlijk in week 81 is gedaan. De inkomenszekerheid van de werknemer komt bij het voorgaande overigens niet in het geding: in beginsel heeft hij ofwel recht op loondoorbetaling bij ziekte of een uitkering op grond van de Wet WIA. Wel kunnen re-integratiekansen worden gemist.

Beschouwing

De wetgever gaat uit van de eigen verantwoordelijkheid van werkgever en werknemer voor de re-integratie met een faciliterende rol van het UWV. Deze faciliterende rol zou het UWV naar mijn oordeel bij uitstek kunnen vervullen door de werkgever en werknemer gerichte informatie te geven over hun rechten en plichten en hun procedurele mogelijkheden. Bij dit laatste kan in het bijzonder worden gedacht aan het aanvragen van een deskundigenoordeel, waarin het UWV een oordeel kan worden gevraagd over de re-integratie-inspanningen op een bepaald moment. Dit deskundigenoordeel hoeft niets af te doen aan de eigen verantwoordelijkheid van werkgever en werknemer om naar eigen inzicht invulling te geven aan de re-integratie.

Het UWV geeft echter niet op deze wijze invulling aan zijn faciliterende rol en kan dit ook niet doen omdat de ziekmelding pas plaatsvindt in week 42. Aldus kan het gebeuren dat werknemer en werkgever procedurele mogelijkheden laten liggen. Een deskundigenoordeel wordt alleen gegeven op verzoek van werkgever of werknemer. Reeds hieruit vloeit voort dat het UWV zijn rol alleen kan vervullen, indien werkgever en werknemer op de hoogte zijn van de mogelijkheid om een deskundigenoordeel aan te vragen.

Het ontbreken van gerichte informatieverstrekking valt ook op in relatie met de procesgang in de eerste twee ziektejaren. Bij het beoordelen of aanleiding bestaat een loonsanctie op te leggen gaat het UWV er zelf van uit dat er in ieder geval sprake is van dreigend langdurig ziekteverzuim vanaf zes weken.²⁹ Het uitgangspunt is dat op dat moment serieus werk moet worden gemaakt van de re-integratie. Uit onderzoek blijkt ook dat hoe eerder wordt begonnen met de re-integratie, hoe groter de slagingskans hiervan.³⁰ Het is daarom opmerkelijk dat werkgever en werknemer pas gericht worden geïnformeerd over de mogelijkheid van een deskundigenoordeel

29 Zie paragraaf 5 van de bijlage bij de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter.

30 Zie bijvoorbeeld het Onderzoek evaluatie wet verbetering poortwachter, *Kamerstukken II 2005/06*, 30 510, nr. 1, p. 68.

in week 44. Hebben zij in de eerdere fase behoefte aan inbreng van een onafhankelijke, derde partij, dan is het niet uitgesloten dat zij ongeïnformeerd de mogelijkheid van een deskundigenoordeel aan zich voorbij laten gaan.

Kortom, bezien vanuit de toegang tot het recht overtuigen de argumenten van de wetgever bij het verschuiven van de ziekmelding van week 13 naar week 42 en het aanpassen van de schending van deze verplichting niet. Hoe eerder het UWV betrokken is, hoe eerder het uitvoeringsorgaan werkgever en werknemer kan wijzen op de procedurele middelen die voor hen openstaan. Wat het argument betreft dat werkgevers de verlenging van de loondoorbetalingsperiode als onevenredig ervoeren, bleek verder ook niet uit de constatering dat zij regelmatig hun verplichting schonden. De sanctie was in ieder geval kennelijk niet zwaar genoeg om dit te voorkomen.

5.3.1.2 *Onbepaaldheid van de re-integratieverplichtingen*

Indien de werkgever wil weten wat zijn re-integratieverplichtingen zijn en wat hij moet doen om een loonsanctie voorkomen, kan hij hierover nauwelijks uitsluitsel krijgen in wet- en regelgeving. De wettelijke bepalingen kenmerken zich door vage bewoordingen. Dit geldt evenzeer voor de uitwerking van deze wettelijke bepalingen in lagere regelgeving, waaronder beleidsregels van het UWV. Dit maakt het voor de werkgever moeilijk om vooraf in te schatten wat zijn rechten en plichten zijn.

De Wet WIA schrijft voor dat het UWV beoordeelt of de werkgever in redelijkheid heeft kunnen komen tot de re-integratie-inspanningen die zijn verricht (art. 65 Wet WIA). Indien hierbij blijkt dat de werkgever zonder deugdelijke grond zijn verplichtingen niet is nagekomen, legt het UWV een loonsanctie op. Sommige van de verplichtingen die op de werkgever rusten zijn helder en objectief bepaalbaar, zoals de specifieke voorschriften over het opstellen van een re-integratieverslag (art. 25 lid 1-6 Wet WIA). Deze voorschriften zijn bovendien op grond van artikel 25 lid 7 Wet WIA verder uitgewerkt in de Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar.

Dit is anders voor de algemene verplichting van de werkgever om voldoende re-integratie-inspanningen te verrichten. Het voorgaande roept allerlei vragen op. Wat moet bijvoorbeeld precies worden verstaan onder re-integratie-inspanningen en wanneer zijn deze voldoende? Wanneer is sprake van een 'deugdelijke grond'?³¹ De wet geeft op dit soort vragen geen antwoord. De begrippen zijn ook niet uitgewerkt in een nader algemeen verbindend voorschrift. De Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar geeft immers alleen de procedurele verplichtingen. Artikel 25 lid 16 Wet WIA biedt wel de mogelijkheid om bij ministeriële regeling voor de toepassing van de bevoegdheden om een loonsanctie op te leggen en te bekorten nadere regels te stellen, maar hiervan is geen gebruik gemaakt.

Het UWV heeft voor de toepassing van de bevoegdheid om een loonsanctie op te leggen wel beleidsregels opgesteld: de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter. De Centrale Raad van Beroep heeft deze beleidsregels in overeenstemming geacht met de wet, omdat zij een uitwerking geven van de in artikel 65 Wet WIA neergelegde

31 Zie ook Noordam 2003, p. 441.

norm of de werkgever en de werknemer in redelijkheid hebben kunnen komen tot de re-integratie-inspanningen die zijn verricht.³² De Raad overwoog hierbij dat de verplichting van de werkgever om zich in te spannen voor de re-integratie in het eigen bedrijf of bij een andere werkgever kenbaar is neergelegd in artikel 7:658a lid 1 BW en dat de sanctie op het tekortschieten in die verplichting voldoende kenbaar is in artikel 25 lid 9 Wet WIA. De Centrale Raad van Beroep weigerde een oordeel te geven over de vraag of artikel 25 lid 9 Wet WIA als zodanig in strijd kwam met het rechtszekerheidsbeginsel. Hierbij werd er op gewezen dat het de Raad naar vaste rechtspraak niet vrijstaat formele wetgeving te toetsen aan algemene rechtsbeginselen.³³

Uit de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter vloeit voort waar het UWV zijn oordeel omtrent de re-integratie-inspanningen op baseert. Indien de werkgever echter wil weten wat precies van hem wordt verwacht, dan bieden de beleidsregels hem geen uitsluitel. Het begint al met het uitdrukkelijke voorbehoud dat het beoordelingskader geen statisch document is, omdat het mede berust op bronnen die steeds verder worden ontwikkeld.³⁴ Hierbij wordt bijvoorbeeld gewezen op arbeidsrechtelijke jurisprudentie, professionele standaarden, richtlijnen en protocollen. Dit betekent dat de precieze gronden waarop een loonsanctie kan worden opgelegd, kunnen veranderen. Wat overigens opvalt, is dat ontwikkelingen in de bronnen niet (gelijk) worden aangegrepen om het kader te concretiseren. In ieder geval kan worden geconstateerd dat de laatste wijziging van de beleidsregels dateert van 17 oktober 2006.³⁵

Wordt gekeken wat concreet van de werkgever wordt verwacht, dan is te zien dat de beleidsregels zich net als de wettelijke bepalingen kenmerken door algemene bewoordingen. De beleidsregels bevatten onbepaalde termen als 'redelijk', 'adequaat', 'voldoende', 'zo nodig' en 'indien nodig'. Dit betekent dat de werkgever steeds zelf een inschatting moet maken hoe het UWV de ruime reikwijdte van deze termen zal invullen bij de beoordeling van zijn re-integratie-inspanningen.

De loonsanctie en het deskundigenoordeel

Om toch zo veel mogelijk zekerheid te krijgen, is het niet ongewoon dat werkgevers gedurende de wachttijd door het aanvragen van een deskundigenoordeel over de re-integratie-inspanningen proberen het UWV zich te laten uitspreken over de vraag of de re-integratie-inspanningen op dat moment voldoende zijn. Wat opvalt, is dat het UWV zelfs werkgevers aanbeveelt om bij twijfel of de re-integratie goed verloopt een deskundigenoordeel aan te vragen.³⁶

Is eenmaal een loonsanctie opgelegd, dan kan de werkgever hetzelfde proberen te doen door het indienen van bekortingsverzoeken. Zelfs in de situatie dat dit bekortingsverzoek wordt afgewezen, kan de motivering van dit besluit de werkgever aanknopingspunten bieden bij het beantwoorden van de vraag of hij de geschikte herstelacties heeft ingezet of deze moet bijstellen. Dit roept zijn eigen vragen op, zoals

32 CRvB 28 oktober 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK1570, USZ 2009/349, m.nt. P.S. Fluit.

33 Zie ook CRvB 14 maart 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AF5937, USZ 2003/147, m.nt. M.J.A.C. Driessen.

34 Zie paragraaf 2 van de bijlage bij de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter.

35 *Stcrt.* 2006, 224.

36 In de literatuur wordt deze aanbeveling aan werkgevers ook gedaan. Zie bijvoorbeeld Fluit 2011 en De Lange & Van Straten 2010.

wat de verhouding is tussen een deskundigenoordeel en een loonsanctie. Een andere vraag is in hoeverre vertraging in de besluitvorming over bekortingsverzoeken de werkgever benadeelt.

Een vraag die in het bijzonder in het oog springt, is wat het afgeven van tussentijdse deskundigenoordelen over de re-integratie-inspanningen van de werkgever betekent voor de ruimte van het UWV om later een loonsanctie op te leggen. Bij een deskundigenoordeel over de vraag of de werkgever voldoende re-integratie-inspanningen verricht, gaat het immers om dezelfde vraag als bij het opleggen van de loonsanctie. In hoeverre zijn aan een deskundigenoordeel rechten te ontnemen voor wat betreft de loonsanctie?

Het UWV neemt zelf als uitgangspunt dat het deskundigenoordeel een antwoord is op een specifieke vraag voor een bepaalde datum. Het oordeel is gericht op het verleden en de werkgever kan hieraan geen rechten ontnemen voor de toekomst. Dit wordt ook in de voorlichting over het deskundigenoordeel aangegeven. Benadrukt wordt dat het oordeel geen toekomstgericht advies bevat. Over hoe het verder moet, kan de werkgever het beste contact opnemen met zijn bedrijfsarts.³⁷ Bij het geven van een deskundigenoordeel bestaat echter een inherente spanning tussen oordelen en adviseren.³⁸ Het UWV bevindt zich in een spagaat. Het is niet eenvoudig om een oordeel te scheiden van een advies.

In de jurisprudentie komt de verhouding tussen het deskundigenoordeel en de loonsanctie ook regelmatig aan de orde. Eén uitspraak is hierbij in het bijzonder het vermelden waard. De Centrale Raad van Beroep oordeelde in zijn uitspraak op 20 juli 2011 dat de motivering van een opgelegde loonsanctie tekortschoot, omdat eerder een deskundigenoordeel was gegeven, waarin was geconcludeerd dat de re-integratie-inspanningen voldoende waren.³⁹ Het UWV had verder niet aangetoond dat de werkgever in de periode tussen het deskundigenoordeel en het einde van de wachttijd alsnog was tekortgeschoten. De werkgever mocht dus afgaan op het deskundigenoordeel bij het afstemmen van zijn re-integratie-inspanningen. Het deskundigenoordeel bevatte ook geen enkel voorbehoud. Uit deze uitspraak komt dus naar voren dat het UWV kan worden gehouden aan zijn deskundigenoordelen.

Dat het UWV aan zijn eigen deskundigenoordelen gebonden kan zijn, kan overigens voor werkgevers een reden zijn om geen eigen instantie aan te wijzen om deskundigenoordelen af te geven. De mogelijkheid dat werkgever en werknemer bij CAO of publiekrechtelijke regeling een aparte instantie aanwijzen, bestaat al sinds de invoering van het deskundigenoordeel. De regering sprak hierbij zelfs een voorkeur uit voor deze optie. De werkgever kan echter ten aanzien van de loonsanctie geen rechten ontnemen aan een deskundigenoordeel dat niet door het UWV is afgegeven. Zo bezien is er voor werkgevers een aanvullende reden om het deskundigenoordeel bij het UWV te laten en hierbij geen andere instantie te betrekken.⁴⁰

37 UWV, *Deskundigenoordeel van UWV. Informatie voor werkgever en werknemer*, 2010.

38 De spanning tussen oordelen en adviseren werd ook door de Inspectie Werk en Inkomen geconstateerd. De instructies van het UWV zouden hier geen oplossing voor bieden. Zie IWI 2005, p. 18.

39 CRvB 20 juli 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BR2382, AB 2011/338, m.nt. A. Tollenaar.

40 Vgl. Fluit 2004. Fluit bepleit dat een heldere verdeling van private en publieke verantwoordelijkheden verlangt dat het UWV als instelling die de aanvraag voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering beoordeelt, ook verantwoordelijk is voor de deskundigenoordelen.

Een opmerkelijke ontwikkeling in dit verband is dat er een beleid lijkt te zijn ingezet door het UWV om het aanvragen van deskundigenoordelen te ontmoedigen. De Beleidsregel kosten aanvraag deskundigenoordeel 2013 heeft de vergoeding die werkgevers voor een deskundigenoordeel verschuldigd zijn, gesteld op € 400,- (zie ook paragraaf 4.2.2).⁴¹ Dit bedrag is acht keer hoger dan de eerder verschuldigde € 50,-. De toelichting geeft voor deze aanzienlijke verhoging kostendekkendheid als argument. Hoewel hierover wordt gezwegen, lijkt de kostenverhoging echter ook samen te hangen met de groei van het gebruik van het deskundigenoordeel door werkgevers om sturing te krijgen bij de re-integratie (en het UWV medeverantwoordelijk te maken). Verondersteld kan worden dat werkgevers die een afweging maken van de kosten (loonsanctie) en de baten (voorkomen van een loonsanctie) bij een bedrag van € 400,- minder snel en vaak een deskundigenoordeel zullen vragen.

Duidelijkheid door bekortingsprocedure

Is eenmaal een loonsanctie opgelegd, dan kan de werkgever nog steeds in onzekerheid verkeren over hoe hij zijn tekortkomingen moet herstellen. De motivering van een loonsanctiebesluit beperkt zich namelijk tot het signaleren van tekortkomingen zonder aan te geven wat moet worden gedaan om deze te herstellen (zie ook paragraaf 5.3.2.2). De werkgever kan wel door een bekortingsverzoek te doen een nieuwe uitspraak krijgen van het UWV over de vraag of zijn re-integratie-inspanningen op dat moment voldoende zijn. Zelfs al wordt het bekortingsverzoek afgewezen, kan de werkgever uit de motivering in ieder geval afleiden dat het UWV iets anders wil. Dit biedt hem aanknopingspunten voor het voortzetten van de herstelacties.

Opvallend is dat de werkgever voornoemde mogelijkheid van het bekortingsverzoek niet altijd kan benutten. Het UWV moet in beginsel een bekortingsverzoek binnen drie weken behandelen. Gebeurt dit niet, dan kan de werkgever dit besluit proberen af te dwingen, eventueel met een dwangsom. In de tussentijd kan hij, in de veronderstelling dat hij voldoende heeft gedaan om zijn tekortkomingen te repareren, zijn herstelacties hebben stopgezet. De wet komt de werkgever weliswaar tegemoet door vertraging in de besluitvorming over het bekortingsverzoek af te trekken van de loonsanctie (art. 25 lid 14 Wet WIA), maar hiervoor is vereist dat het UWV op een gegeven moment constateert dat de tekortkomingen zijn hersteld en vervolgens een bekortingsbesluit neemt.⁴² Een samenloop van vertraging in de behandeling van bekortingsverzoeken met tussentijdse onderbrekingen van de herstelacties kan ertoe leiden dat de werkgever de maximale loonsanctieduur moet doorlopen.

Iets wat het voorgaande verder compliceert, is de vormvrijheid van de bekortingsprocedure. Het UWV werkt niet met een formulier, waarin een melding van het herstel van tekortkomingen kan worden aangegeven. Dit volgt ook niet uit de Wet WIA. Ook ontbreken vorm- en herkenbaarheidsvereisten waaraan een verzoek om een bekorting moet voldoen. De werkgever kan dus allerlei stukken opsturen en het UWV moet hier vervolgens uit afleiden of er aanleiding is om de loonsanctie te bekorten.⁴³ Dit kan wel

41 Beleidsregel kosten aanvraag deskundigenoordeel 2013, *Strct.* 2012, 27131.

42 Zie bijvoorbeeld CRvB 14 april 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM1179, *USZ* 2010/130, m.nt. Red.

43 Vgl. CRvB 18 april 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW3127, *RSV* 2012/170.

tot onduidelijkheid leiden over wat precies onder een melding in de zin van de wet moet worden verstaan. De kans is aanwezig dat het UWV een brief van de werkgever niet onmiddellijk als een bekortingsverzoek herkent.

Het ontbreken van een standaardformulier kan de werkgever bovendien in bewijsproblemen brengen. In één geval moest de rechtbank bijvoorbeeld de melding achteraf reconstrueren uit een fax met een verwijzing naar een telefoongesprek en een handgeschreven handtekening.⁴⁴ De werkgever voerde aan dat het UWV hieruit had kunnen opmaken dat de tekortkoming was hersteld. Wordt dit niet aangenomen door het UWV of de rechter, dan heeft de werkgever een probleem.

Beschouwing

De werkgever die voor de vraag staat wat zijn re-integratieverplichtingen inhouden, kan aan de wet- en regelgeving slechts in beperkte mate duidelijkheid ontleen. Wat zijn specifieke verplichtingen betreft, kan hij dit nog afleiden uit de Wet WIA en de Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar. Als het echter gaat om zijn inhoudelijke verplichting om voldoende re-integratie-inspanningen te verrichten, ligt dit anders. Hier kenmerken de wettelijke bepalingen zich door algemene bewoordingen, die, hoewel de wetgever wel in de mogelijkheid heeft voorzien van nadere regelgeving, niet zijn uitgewerkt in een ministeriële regeling. De onbepaaldheid van de re-integratieverplichtingen werkt door in de rechterlijke toets. Hierin wordt verwezen naar de kenbaarheid van de (ook privaatrechtelijke) re-integratieverplichtingen en de (publiekrechtelijke) sanctiemogelijkheid. De rechter ziet het niet als zijn taak om de wettelijke bepalingen op dit punt te toetsen aan algemene rechtsbeginselen.

Het huidige stelsel bij ziekte gaat uit van de eigen verantwoordelijkheid van de werkgever en de (zieke) werknemer om te re-integreren. Het impliceert dat zij hun re-integratie-verplichtingen ook zelfstandig moeten invullen. Het uitgangspunt van de eigen verantwoordelijkheid mag echter mijns inziens niet fungeren als een vrijbrief voor het UWV om te kunnen besluiten wat het wil zonder dat vooraf duidelijk is wat van de werkgever wordt verwacht. Uit de faciliterende en toetsende rol van het UWV vloeit een bepaalde medeverantwoordelijkheid voort voor het uitvoeringsorgaan.

De ruimte die het UWV nu heeft om binnen de algemene wettelijke kaders een loonsanctie op te leggen en de onvoorspelbaarheid die dit voor de werkgever met zich meebrengt, is naar mijn oordeel in strijd met de rechtszekerheid. De wet- en regelgeving bieden zoveel ruimte dat in vergelijkbare omstandigheden de ene werkgever een loonsanctie kan krijgen opgelegd en de andere werkgever niet. Het is niet zonder reden dat het UWV voor een uniforme sanctietoepassing werkt met een Landelijke Loonsanctiecommissie.⁴⁵ De normen die intern worden gehanteerd bij de beoordeling wat onvoldoende is, worden echter niet openbaar gemaakt.

Dat de wet werkt met algemene begrippen is niet onbegrijpelijk. Wettelijke bepalingen lenen zich nu eenmaal niet voor een gedetailleerde uitwerking van

⁴⁴ Rb. 's-Hertogenbosch 13 augustus 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BE9882.

⁴⁵ De Landelijke Loonsanctie Commissie is een interne commissie van het UWV die voor de beoordeling van re-integratie-inspanningen en de eventueel daaruit voortvloeiende sanctiebeslissingen handvatten en een te volgen praktische gedragslijn heeft ontwikkeld.

re-integratieverplichtingen. Om een transparant stelsel te krijgen, moeten de re-integratieverplichtingen toch door de overheid worden geconcretiseerd. Dit kan worden gebaseerd op de eindverantwoordelijkheid van de overheid voor het stelsel en in het bijzonder op de medeverantwoordelijkheid op grond van de bevoegdheid om een loonsanctie op te leggen. De uitwerking kan plaatsvinden in de door de wetgever zelf voorziene ministeriële regeling of in de beleidsregels van het UWV. Door de jarenlange uitvoering van de loonsanctie zijn voldoende aanknopingspunten te vinden voor de inhoudelijke uitwerking. Het voordeel van een uitwerking van de re-integratieverplichtingen is dat de rechter eraan kan toetsen waarmee de geconstateerde lacune in de rechtsbescherming wordt opgeheven.

Hoe meer duidelijkheid vooraf bestaat over de re-integratieverplichtingen, hoe minder aanleiding voor de werkgever bestaat om gebruik te maken van het deskundigenoordeel om die duidelijkheid te verkrijgen. Het deskundigenoordeel is door de wetgever ook niet bedoeld als instrument om een loonsanctie te voorkomen (zie ook paragraaf 4.2.3). Het opheffen van de onbepaaldheid van de re-integratieverplichtingen heeft dus als bijkomend voordeel dat oneigenlijk gebruik van het deskundigenoordeel wordt voorkomen. Dit is alleen al gunstig vanuit het perspectief van de administratieve belasting van het UWV. Naar mijn oordeel is de kostenverhoging van het deskundigenoordeel, die met ingang van 1 januari 2013 geldt, te beschouwen als symptoombestrijding. Bezien vanuit de toegang tot het recht ligt het meer voor de hand de onderliggende oorzaak van een gebrek aan transparantie aan te pakken.

Indien de werkgever in de wet- en regelgeving kan zien wat hij moet doen, weet de werkgever ook in het geval toch een loonsanctie wordt opgelegd wanneer hij zijn tekortkomingen heeft hersteld. Dit bevordert de kansen dat een bekortingsverzoek door het UWV wordt toegewezen. Hiermee wordt vermeden dat de werkgever wordt benadeeld door vertraging in de besluitvorming. Voorts kan de bekortingsprocedure mijns inziens worden verbeterd door een standaardformulier in te voeren voor het bekortingsverzoek. Dit kan onnodige vertraging in de besluitvorming en eventuele bewijsproblemen in een procedure voorkomen. Hier ligt naar mijn oordeel een taak voor het UWV. Ook als het aan de burger is om zijn aanvraag van de benodigde gegevens te voorzien, blijft het de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan om de burger ondersteuning te bieden met bijvoorbeeld informatievoorziening en gestroomlijnde procedures.⁴⁶

5.3.2 Consistentie

De loonsanctie is een bijzondere rechtsfiguur die zich op het grensvlak bevindt van het publiek- en privaatrecht. Het is de vraag wat dit impliceert voor de verhouding van de loonsanctie ten opzichte van het algemene bestuursrecht en het algemene civiele recht. Vanuit consistentie-perspectief springen rondom de loonsanctie verschillende knelpunten in het oog. In deze paragraaf worden hiervan de volgende uitgelicht:

⁴⁶ Vgl. Verburg 2010, p. 265. Verburg spreekt over een begeleidingsplicht: ook bij aanvragen waar de burger de 'bewijslast' draagt, moet het bestuursorgaan verduidelijken en faciliteren.

1) de vaststelling van de wachttijd 2) de motivering van de loonsanctie, 3) het ontbreken van een begunstigingstermijn en 4) *ex tunc*-toetsing in bezwaar.

5.3.2.1 De vaststelling van de wachttijd

Indien de werknemer een Wet WIA-aanvraag indient, buigt het UWV zich in zijn beoordeling hiervan allereerst over de vraag of de wachttijd is verstreken. Het antwoord op deze vraag kan echter al in een eerder stadium van belang zijn. Is nog geen aanvraag ingediend, dan kan de civiele rechter geroepen zijn om al na te gaan of de wachttijd is verstreken. Dit betekent dat het einde van de wachttijd van de Wet WIA zowel aan de orde kan komen in een civiel geding, in de sfeer van loondoorbetaling op grond van het BW, als in een bestuursrechtelijke procedure, over de aanvraag van een uitkering op grond van de Wet WIA. Dit kan in het uiterste geval leiden tot uiteenlopende oordelen.

Het UWV bepaalt bij de uitvoering van de Wet WIA of de wachttijd is verstreken. Deze vaststelling maakt onderdeel uit van de besluitvorming die volgt op de Wet WIA-aanvraag. De ingangsdatum van de loonsanctie of de Wet WIA-uitkering is in de eerste plaats afhankelijk van de vraag of de wachttijd is verstreken. Dit kan het UWV pas beoordelen nadat een aanvraag is ingediend die de besluitvorming in gang heeft gezet (art. 64 lid 1 Wet WIA). Zelfs als het UWV dit zou willen, kan het deze bevoegdheid niet ambtshalve uitoefenen omdat uit het stelsel van ziekmelding in week 42 (zonder verplichte herstelmelding) voortvloeit dat het uitvoeringsorgaan geen zicht heeft op welke werknemers, die in week 42 zijn ziekgemeld, op het wettelijk voorgeschreven moment van de aanvraag nog in aanmerking willen komen voor een Wet WIA-uitkering.

Ook al kan het UWV zich nog niet uitspreken over de wachttijd, speelt deze vraag al wel een belangrijke rol in de civielrechtelijke verhouding tussen werkgever en werknemer. Artikel 7:629 lid 11 onder a BW schrijft namelijk voor dat de loondoorbetalingsperiode bij ziekte voortduurt in het geval dat de werknemer de Wet WIA-aanvraag later doet dan is voorgeschreven. De werkgever kan na de 104 weken de loondoorbetaling stopzetten. Hierbij kan hij een beroep doen op de loonuitsluitingsgrond dat de werknemer de aanvraag zonder deugdelijke grond te laat heeft ingediend (art. 7:629 lid 3 onder f BW). De werknemer zal zich dan met een loonvordering moeten wenden tot de kantonrechter. Voordat de civiele rechter toekomt aan de vraag of de werkgever zonder deugdelijke grond de aanvraag te laat heeft ingediend, zal hij eerst moeten vaststellen of de aanvraag later is ingediend dan voorgeschreven.

Wanneer een vaststelling van de wachttijd door het UWV ontbreekt, kan de kantonrechter bij het beoordelen van de vraag of de loondoorbetalingsperiode is verlengd geen aansluiting zoeken bij de vaststelling van het einde van de wachttijd door het bevoegde bestuursorgaan. Het stelsel brengt dus met zich dat vóór de Wet WIA-aanvraag de rechtsbescherming een civielrechtelijk karakter heeft. In dit civiele geschil zal de rechter uit andere feiten moeten afleiden dat de aanvraag te laat is ingediend. Omdat voor het vaststellen van de wachttijd voor de Wet WIA dezelfde

regels gelden als voor het vaststellen van de loondoorbetalingsperiode op grond van het BW (vgl. art. 7:629 BW en art. 23 Wet WIA), kan hij met een hoge mate van waarschijnlijkheid uit zijn eigen vaststelling van de loondoorbetalingsperiode afleiden of de aanvraag al dan niet te laat is ingediend. Toch is dit geen garantie dat het UWV later tot een ander oordeel komt. Het UWV heeft een zelfstandige bevoegdheid om de wachttijd vast te stellen. Of de werkgever al dan niet het loon heeft doorbetaald bij ziekte, is hierbij niet doorslaggevend.

In het licht van het voorgaande is het opmerkelijk dat de Centrale Raad van Beroep heeft geoordeeld dat een aan de werkgever gerichte mededeling van het UWV, waarin hij wordt gewezen op het gevolg dat zijn loondoorbetalingsperiode is verlengd met de duur van de te late aanvraag, is aan te merken als een besluit.⁴⁷ Dit betekent dat, indien de werknemer alsnog een aanvraag indient, het UWV voor de afgelopen periode kan vaststellen dat een loondoorbetalingsplicht bij ziekte gold.

De Raad baseert deze bevoegdheid op het feit dat het UWV bij het beantwoorden van deze vraag 'een zekere beoordelingsruimte' heeft en dat de verschillende verlengingsgronden van artikel 7:629 lid 11 BW moeten worden gezien als 'een stelsel van sanctiemogelijkheden', dat 'niet los kan worden gezien van in aanverwante wetten opgenomen sanctiemogelijkheden'. Omdat een besluit over een vrijwillige verlenging van de wachttijd en een loonsanctiebesluit worden aangemerkt als besluiten die op grond van artikel 7:629 lid 11 BW gevolgen hebben voor de loondoorbetalingsplicht van de werkgever, ziet de Raad geen reden om beslissingen op andere gronden anders te beoordelen. Dit zou ook tegemoet komen aan de behoefte aan bestuursrechtelijke rechtsbescherming van werkgever en werknemer.

Bij de benadering van de Centrale Raad van Beroep zijn kanttekeningen te plaatsen. Het aanmerken van de schriftelijke mededeling dat de wachttijd is verlengd wegens een te late aanvraag als een besluit is niet goed te verenigen met de algemene omschrijving van een besluit als 'een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling' (art. 1:3 Awb). De vraag is of een mededeling waarin wordt gewezen op een gevolg dat uit de wet (art. 7:629 lid 11 onder a BW) voortvloeit, kan worden aangemerkt als een 'rechtshandeling'.⁴⁸ Het lijkt eerder op een mededeling, waarbij de rechtstoestand niet wordt gewijzigd, maar slechts wettelijke rechten en plichten in herinnering worden gebracht. Dit wordt veelal niet aangemerkt als rechtshandeling.⁴⁹

Tegen het besluitkarakter van de mededeling van het UWV pleit ook dat de essentie van een besluit is dat het door de wet bepaalde rechtsgevolgen activeert. Uit het stelsel vloeit echter voort dat de rechtsgevolgen ook los van de vaststelling van het UWV kunnen worden geactiveerd in de civielrechtelijke verhouding tussen werkgever en werknemer. De civiele rechter moet het feit vaststellen of de wachttijd is beëindigd om het rechtsgevolg van de verlengde loondoorbetalingsperiode te kunnen vaststellen.

47 CRvB 14 april 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM1194, AB 2010/234, m.nt. A. Tollenaar & A.M.P. Rijkema.

48 Vgl. Damen e.a. 2013, p. 187-193.

49 Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 164.

Met het argument dat de mededeling een besluit is, omdat het deel uitmaakt van een stelsel van sanctiemogelijkheden, gaat de Raad voorts voorbij aan de verschillende grondslagen van de sanctiemogelijkheden. Berusten de vrijwillige verlenging van de wachttijd en de loonsanctie op een expliciete bevoegdheid (art. 24 lid 1 en art. 25 lid 9 Wet WIA), kan dit niet worden gezegd van de verlenging wegens een te late aanvraag. De ene verlengingsgrond is de andere niet.

Beschouwing

De publiek-private mix brengt met zich mee dat de vaststelling van het einde van de wachttijd van de Wet WIA bestuursrechtelijk van aard is, terwijl hij op een eerder moment al in een civielrechtelijke procedure aan de orde kan zijn geweest. Botsende oordelen zijn hierbij niet uitgesloten.

Of de wachttijd nu wordt vastgesteld in het kader van een loonsanctie- of toekenningsbesluit of in een mededeling van het UWV dat de aanvraag te laat is ingediend, doet aan het voorgaande niets af. Ook de mededeling kan pas volgen nadat een aanvraag is ingediend. Door dit als besluit aan te merken wordt mijns inziens zonder noodzaak afgeweken van het algemene besluitbegrip. Dit knelt vanuit het oogpunt van consistentie. Deze benadering vloeit mijns inziens ook niet voort uit de innerlijke samenhang met de Wet WIA. In het licht van het voorgaande zou het beter zijn om een wettelijke regeling vast te stellen, waarin het UWV wordt geroepen om op aanvraag van de werkgever een beslissing over het einde van de wachttijd te nemen in het geval de Wet WIA-aanvraag van de werknemer uitblijft. Zo kan de vaststelling van de wachttijd een zuiver bestuursrechtelijke vraag blijven, waarbij de civiele rechter kan aansluiten in een eventuele loonvorderingsprocedure.

5.3.2.2 De motivering van de loonsanctie

Het UWV hoeft in de motivering van een loonsanctie of de afwijzing van een verzoek om een loonsanctie te bekorten niet specifiek aan te geven welke herstelacties de werkgever moet verrichten om de tekortkomingen in de re-integratie te herstellen. Voldoende is dat de werkgever uit de motivering kan afleiden wat de tekortkomingen zijn. Dergelijke lichte motiveringseisen bij een voor de burger belastend besluit zijn ongewoon in het bestuursrecht. Dit is aan te merken als een inconsistentie tussen het algemene bestuursrecht en het socialezekerheidsrecht.

De bevoegdheid om een loonsanctie op te leggen, ligt bij het UWV. Op dit bestuursorgaan rust dan ook de plicht om dit besluit te onderbouwen. De Centrale Raad van Beroep heeft duidelijk gemaakt waaraan deze onderbouwing moet voldoen.⁵⁰ Het UWV moet in zijn loonsanctiebesluit aannemelijk maken dat de werkgever zonder deugdelijke grond onvoldoende re-integratie-inspanningen heeft verricht. Het uitvoeringsorgaan moet zich hierbij houden aan de uitgangspunten van de Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar en de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter. De motivering moet 'zodanig concreet' zijn dat de werkgever op

⁵⁰ CRvB 28 oktober 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK1570, USZ 2009/349, m.nt. P.S. Fluit.

basis daarvan kan achterhalen waaruit zijn tekortkomingen bestaan. Dit wordt gezien als een noodzakelijke voorwaarde om herstelacties in te zetten.

Wat het UWV volgens de Centrale Raad van Beroep uitdrukkelijk niet hoeft te doen, is de werkgever voor te lichten over de concreet door hem te nemen stappen om de geconstateerde tekortkomingen te herstellen. Dit wordt gebaseerd op de eigen re-integratieverantwoordelijkheid van de werkgever. Hoe de werkgever de tekortkoming precies herstelt, wordt volledig aan hem zelf overgelaten.

De lichte motiveringseisen voor een loonsanctiebesluit zijn opmerkelijk te noemen. Voor besluiten geldt dat zij zorgvuldig moeten worden voorbereid (art. 3:2 Awb) en deugdelijk moeten worden gemotiveerd (art. 3:46 Awb). Uit de aard van een besluit kunnen nadere motiveringseisen volgen. Over de precieze aard van de loonsanctie heeft de Centrale Raad van Beroep zich expliciet uitgesproken. De loonsanctie is nadrukkelijk als herstelsanctie aangemerkt (zie paragraaf 5.2.1). De algemene omschrijving van een herstelsanctie is een bestuurlijke sanctie, die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding (art. 5:2 lid 1 onder b Awb). Typische herstelsancties zijn een last onder bestuursdwang of dwangsom (art. 5:21 Awb en art. 5:31d Awb). Een bijzondere eis die de Algemene wet bestuursrecht stelt aan de motivering van herstelsancties is dat deze een omschrijving dient te bevatten van de te nemen herstelmaatregelen (art. 5:24 lid 1 Awb). Deze herstelmaatregelen moeten gelet op het rechtszekerheidsbeginsel duidelijk en onvoorwaardelijk zijn omschreven.⁵¹

Beschouwing

Het is opmerkelijk dat de Centrale Raad van Beroep enerzijds de loonsanctie als herstelsanctie aanmerkt, maar hier anderzijds geen bijzondere motiveringseisen uit afleidt. Het gevolg is dat de werkgever, die wordt geconfronteerd met een loonsanctie, in beginsel in het duister tast over de vraag wat hij moet doen. Bij een administratieve tekortkoming is over het algemeen nog wel duidelijk wat moet gebeuren voor het herstellen van de tekortkoming. De werkgever moet het gebrek in het re-integratieverslag herstellen door bijvoorbeeld een ontbrekend onderdeel op te sturen. Bij een inhoudelijke tekortkoming ligt dit echter anders. Vaak zijn verschillende herstelacties mogelijk en komt de werkgever er pas achter of een herstelactie voldoende is in de besluitvorming over de bekorting van de loonsanctie.

De motivering van een loonsanctie dient mijns inziens, net als die van andere herstelsancties, duidelijk aan te geven wat de werkgever moet doen om de geconstateerde tekortkomingen te herstellen. De eigen re-integratieverantwoordelijkheid van de werkgever doet niets af aan de algemene verantwoordelijkheid van het UWV als bestuursorgaan om besluiten deugdelijk te motiveren. Bij het nemen van een belastend besluit als de loonsanctie past een motivering die antwoorden

51 Damen e.a. 2013, p. 679-680. Zie ook: ARRvS 4 september 1984, ECLI:NL:RVS:1984:AM8274, AB 1985, 326, m.nt. J.H. van der Veen en ABRvS 4 februari 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO2875, Gst. 2004, 72, m.nt. L.J.J. Rogier.

geeft en geen vragen oproept. Door de lichte eisen die nu aan de motivering worden gesteld, kan de werkgever in een vicieuze cirkel terecht komen van bekortingsverzoeken en afwijzende besluiten zonder dat de werkgever weet wat hij precies moet doen om hier uit te komen.

De eigen verantwoordelijkheid van de werkgever brengt uiteraard met zich dat hij in plaats van de door het UWV voorgestelde herstelacties moet kunnen kiezen voor zijn eigen aanpak. De werkgever moet naar mijn opvatting echter ook de mogelijkheid hebben om bij zijn afweging de door het UWV geschikt geachte maatregelen te betrekken. In het geval een loonsanctie wordt opgelegd heeft de werkgever kennelijk niet zelf uit de wet- en regelgeving kunnen afleiden wat hij in de 104 weken moest doen. Het UWV heeft immers niet voor niets een loonsanctie opgelegd. Gezien de onbepaaldheid van zijn re-integratieverplichtingen is het voor de werkgever ook niet eenvoudig om zijn re-integratie-inspanningen vorm te geven (zie ook paragraaf 5.3.1.2). Wordt met een besluit de loondoorbetalingsperiode met nog eens maximaal 52 weken verlengd, dan is het niet onredelijk om de werkgever concrete aanwijzingen te geven. Voor het UWV moet dit ook mogelijk zijn. Indien het uitvoeringsorgaan achteraf bij de behandeling van een bekortingsverzoek kan vaststellen wat voldoende is in een bepaalde situatie, dan moet dit ook vooraf kunnen.⁵²

5.3.2.3 *Het ontbreken van begunstigingstermijnen*

Wordt de in de vorige paragraaf ingezette vergelijking van de loonsanctie met een herstelsanctie voortgezet, dan valt op dat een last in beginsel een begunstigingstermijn moet bevatten. Een begunstigingstermijn is een redelijke termijn die de overtreder door een bestuursorgaan wordt gegund om een sanctie te voorkomen door de tekortkoming te herstellen. Een dergelijke begunstigingstermijn ontbreekt bij een loonsanctie, terwijl deze ook wordt gekwalificeerd als herstelsanctie. In het licht van het algemene bestuursrecht is dit te zien als een inconsistentie. Het is de vraag of deze te rechtvaardigen is.

Legt een bestuursorgaan een herstelsanctie op, dan moet de burger een redelijke termijn worden gegund om de sanctie te voorkomen door de voorgeschreven maatregelen uit te voeren (art. 5:24 en 5:32a lid 2 Awb). Voldoet de burger in deze zogenoemde begunstigingstermijn alsnog aan zijn verplichtingen, dan kan hij voorkomen dat de bestuursdwang wordt uitgevoerd of de dwangsom wordt verbeurd.

Dit is anders voor wat betreft de loonsanctie. Wordt een loonsanctie opgelegd, dan gebeurt dit in beginsel zes weken voor het einde van de wachttijd. Dit betekent dat de werkgever die zes weken al kan benutten om zijn tekortkomingen te herstellen. Wordt de tekortkoming direct hersteld, dan leiden de termijnen van de bekortingsprocedure ertoe dat de loonsanctie negen weken later wordt beëindigd. Voor de behandeling van het bekortingsverzoek geldt een termijn van drie weken en

52 Zie anders Fluit, die de benadering van de Centrale Raad van Beroep vindt te billijken. Hij baseert dit onder meer op de bedoeling van de wetgever om de werkgever en werknemer zelf primair verantwoordelijk te maken voor de re-integratie tijdens de wachttijd. Volgens hem zou het ook uitvoeringstechnisch lastig zijn voor het UWV om voor elk situatie afzonderlijke verplichtingen vast te stellen. CRvB 28 oktober 2009, USZ 2009/349, m.nt. P.S. Fluit.

het UWV heeft vervolgens zes weken de tijd om vast te stellen of recht bestaat op een Wet WIA-uitkering (zie ook paragraaf 5.2.1).

Uit het voorgaande volgt dat de loonsanctie geen begunstigingstermijn kent. De loonsanctie wordt weliswaar zes weken voor het einde van de wachttijd opgelegd, maar dit betekent niet dat de tenuitvoerlegging ervan kan worden voorkomen. Dezelfde zes weken gelden bovendien als overgangstermijn in de bekortingsprocedure.

Beschouwing

Doordat een loonsanctie geen begunstigingstermijn heeft, wijkt hij af van andere herstelsancties. Deze afwijking van de hoofdregel is echter mijns inziens te rechtvaardigen. Bij de loonsanctie gaat het om de overgang van loondoorbetaling bij ziekte naar een eventuele Wet WIA-uitkering. Deze overgang moet vloeiend verlopen. Aan het einde van de wachttijd moet duidelijk zijn of de werknemer aanspraak kan maken op loondoorbetaling bij ziekte of een Wet WIA-uitkering. Wordt de werkgever een begunstigingstermijn gegund, dan moet die aflopen voor het einde van de wachttijd. Gezien de termijnen rond de behandeling van een Wet WIA-aanvraag is dit niet mogelijk. Een begunstigingstermijn zou mogelijk zijn als het UWV op een eerder of later moment de loonsanctie zou kunnen opleggen. De wet biedt hier echter niet de mogelijkheid toe.

5.3.2.4 Ex tunc-toetsing in bezwaar

Het is gebruikelijk dat in bezwaar *ex nunc* wordt getoetst. Veranderingen die zich na het nemen van het primaire besluit hebben voorgedaan, worden meegenomen in de besluitvorming. Het bestuursorgaan kan hiermee een volledige heroverweging van het besluit verrichten, waarbij zowel acht wordt geslagen op de rechtmatigheid als doelmatigheid van het primaire besluit. Wat echter bij de loonsanctie opvalt, is dat de beoordeling in bezwaar een toetsing *ex tunc* is. Er wordt (als het ware) teruggekeken naar hoe de rechten en de feiten waren op het moment van het nemen van het primair besluit. De toetsing van een loonsanctie wijkt hiermee af van de hoofdregel in het algemene bestuursrecht. Het is de vraag of de eigenaardigheid van de loonsanctie hier voldoende grond voor biedt.

Een werkgever die zich niet kan vinden in de opgelegde loonsanctie, heeft de mogelijkheid om in bezwaar te gaan tegen het loonsanctiebesluit. Een bezwaarschrift vormt de grondslag voor een volledige heroverweging van zowel de rechtmatigheid als de doelmatigheid van het primaire besluit (artikel 7:11 Awb). De bezwaarfase is te zien als een mengvorm van verlengde besluitvorming en rechtsbescherming, waarin het bestuursorgaan het primaire besluit volledig heroverweegt. Dit biedt de mogelijkheid om het besluit op bezwaar te baseren op een andere grondslag en op andere feiten dan het primaire besluit. Nieuwe feiten of nieuw recht kunnen hierbij aanleiding vormen om het primaire besluit te herroepen.

De *ex nunc*-toetsing in bezwaar is de hoofdregel. Op elke regel bestaan uiteraard uitzonderingen. Het is de vraag hoe de uitzondering bij het loonsanctiebesluit zich verhoudt tot andere uitzonderingen. In het bestuursrecht blijft *ex nunc*-toetsing veelal achterwege indien het besluit ziet op een bepaald tijdvak, zoals bij uitkeringen en

subsidies. Het besluit op bezwaar beperkt zich dan tot de feitelijke toestand in een bepaalde periode. Verandering van de feiten in een ander tijdvak kunnen de juistheid van een dergelijk besluit niet aantasten. Deze situatie wijkt echter af van de loonsanctie. Voor de herstelsanctie geldt in het algemeen dat een tussentijdse verandering van de feiten – bijvoorbeeld: het opheffen van de overtreding – een reden is om het primaire besluit te herzien en de sanctie in bezwaar te herroepen. Iets vergelijkbaars kan gelden voor de loonsanctie: indien tijdens de behandeling van het bezwaar zou blijken dat de tekortkoming is hersteld na het opleggen van de sanctie, zou dat een reden kunnen zijn om in bezwaar de loonsanctie te herroepen of in ieder geval de termijn waarvoor de loonsanctie geldt in bezwaar te bekorten tot het moment waarop de tekortkoming is hersteld.

Voor de loonsanctie zou een *ex nunc*-toetsing in bezwaar betekenen dat het UWV rekening moet houden met een eventueel herstel van een tekortkoming in de periode tussen het primaire loonsanctiebesluit en het besluit op bezwaar. Dit tussentijdse herstel komt immers bij de heroverweging aan het licht. Dit betekent dat vanaf het moment van herstel de grond voor het voortzetten van de loondoorbetalingsverplichting komt te vervallen.

De Centrale Raad van Beroep heeft echter voor de loonsanctie een uitzondering gemaakt op de hoofdregel.⁵³ In een bezwaarprocedure tegen een loonsanctiebesluit kijkt het UWV alleen naar de situatie zoals die was vóór het nemen van het primaire besluit. Dit komt neer op een zuivere *ex tunc*-toetsing. De Raad maakt onderscheid tussen de periode van 104 weken voorafgaand aan het primaire loonsanctiebesluit en de periode hierna. Het UWV mag in bezwaar tegen het loonsanctiebesluit alleen feiten betrekken die nieuw licht werpen op de periode van 104 weken, voorafgaand aan het loonsanctiebesluit, maar hoeft geen rekening te houden met een eventueel herstel van de tekortkoming na dat besluit. Feiten over herstel van de tekortkomingen na het opleggen van de loonsanctie kunnen betekenis hebben in een eventuele bekortingsprocedure. De werkgever heeft hiermee een middel om de loonsanctie te bekorten bij herstel van zijn tekortkomingen.

Beschouwing

De *ex tunc*-toetsing in bezwaar tegen een loonsanctiebesluit wijkt af van de gebruikelijke *ex nunc*-toetsing. Mijns inziens wordt dit voldoende gerechtvaardigd door de bijzondere bekortingsprocedure. Dit biedt de werkgever de mogelijkheid om op elk moment zijn tekortkoming te herstellen en binnen een redelijke termijn de sanctie te laten bekorten. Zou de *ex nunc*-toetsing onverkort gelden, dan zou een loonsanctie in bezwaar kunnen worden herroepen na herstel van de tekortkomingen. Dit zou kunnen leiden tot overgangsproblemen waardoor een vloeiende overgang van het stelsel van loondoorbetaling bij ziekte naar een eventuele Wet WIA-uitkering in het geding komt. Om dit te voorkomen is nu juist een ruime uitlooptermijn opgenomen in de bekortingsprocedure.

De afwijking van de hoofdregel van de Algemene wet bestuursrecht (art. 7:11 Awb) moet naar mijn opvatting wel een wettelijke grondslag hebben. De Centrale

53 CRvB 31 maart 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL9850, USZ 2010/115.

Raad van Beroep heeft het nu uit de systematiek van de Wet WIA moeten afleiden. Dit doet echter onvoldoende recht aan het uitgangspunt dat afwijkingen van de Algemene wet bestuursrecht in bijzondere wetgeving een expliciete grondslag moeten hebben.

5.3.3 Finaliteit

Vanuit het finaliteit-perspectief vallen rond de loonsanctie enkele knelpunten op. Het gaat om: 1) de afdwingbaarheid van een loonsanctiebesluit (paragraaf 5.3.3.1), 2) de afwikkeling van een onrechtmatig loonsanctiebesluit (paragraaf 5.3.3.2), en 3) het loonsanctiebesluit in een loonvorderingsprocedure (paragraaf 5.3.3.3).

5.3.3.1 De afdwingbaarheid van een loonsanctiebesluit

Het UWV neemt alleen een voor bezwaar en beroep vatbaar besluit bij het opleggen van een loonsanctie. Wordt geen loonsanctie opgelegd, dan wordt dat niet in een afzonderlijk besluit vastgesteld. Dat er geen besluit wordt genomen over het niet opleggen van een loonsanctie kan ertoe leiden dat de werknemer de mogelijkheid wordt ontnomen om later alsnog een loonsanctie af te dwingen. Er ontbreekt dan voor hem een effectief rechtsmiddel. Voor hem resteert dan alleen de mogelijkheid van een schadevergoeding.

Het UWV neemt normaal gesproken ambtshalve een loonsanctiebesluit. Uit artikel 25 lid 9 Wet WIA volgt dat, indien hiertoe aanleiding bestaat, het UWV gehouden is een loonsanctie op te leggen. Wordt echter geen loonsanctiebesluit genomen, dan wordt dit niet vastgelegd in een afzonderlijk besluit. Het UWV zet de behandeling van de Wet WIA-aanvraag voort, wat kan leiden tot een toe- of afwijzing van de aanvraag in het besluit over de uitkering.

Door deze vormgeving van de besluitvorming komt de werknemer pas te weten dat het UWV geen loonsanctie heeft opgelegd bij het uitkeringsbesluit. Hij kan echter vinden dat zijn werkgever zodanig is tekortgeschoten in de re-integratie dat het UWV wel een loonsanctie had moeten opleggen. Het is mogelijk dat het UWV in de besluitvorming over de loonsanctie een onjuiste beoordeling heeft gegeven en ten onrechte geen loonsanctie oplegt, terwijl hier wel aanleiding voor bestond. Het is niet ondenkbaar dat het UWV iets over het hoofd ziet, ook gezien de complexiteit van de beoordeling van de re-integratie-inspanningen (zie paragraaf 5.3.2.2).

Ook in het geval dat het UWV zelf tot het oordeel komt dat een loonsanctie moet volgen, kan het nog mis gaan. De jurisprudentie biedt een bijzonder voorbeeld, waarin het UWV wel aanleiding zag om een loonsanctie op te leggen, maar hier uitdrukkelijk van af zag, omdat de werkgever bereid was een garantie af te geven om de werknemer niet te ontslaan. Het UWV nam hiermee ten onrechte aan dat ook de loondoorbetaling zou worden voortgezet. Dit werd echter vervolgens door de werkgever geweigerd. De werknemer kon vervolgens de door de werkgever afgegeven garantie niet inroepen om zijn loonvordering toegewezen te krijgen.⁵⁴

⁵⁴ Hof 's-Gravenhage 21 juli 2009, JAR 2009/302.

Wat in dit arrest voorts opvalt vanuit de verhouding tussen publiek en privaats, is dat het hof bij zijn beoordeling de Beleidsregels verlenging loondoorbetaling poortwachter van het UWV betrok. Hierbij werd ervan uitgegaan dat het UWV deze beleidsregels nog steeds hanteerde bij het bepalen van de duur van de loonsanctie. Dit is echter niet meer het geval, omdat de beleidsregels wat betreft de vaststelling van de loondoorbetalingsperiode onrechtmatig werden geacht (zie paragraaf 5.2.1). Dat deze beleidsregels niet zijn ingetrokken kan verklaren dat deze verkeerde indruk was ontstaan.

In voornoemde gevallen kan de werknemer de mogelijkheid willen hebben op te komen tegen het niet opleggen van de loonsanctie. Indien de werknemer wil bewerkstelligen dat alsnog een loonsanctie wordt opgelegd, kan hij dit echter niet doen door op te komen tegen het uitkeringsbesluit. De Centrale Raad van Beroep heeft namelijk bepaald dat vragen over de loonsanctie geen deel uitmaken van een procedure over het uitkeringsbesluit.⁵⁵ De Raad ziet de beoordeling om al dan niet een loonsanctie op te leggen en al dan niet een uitkering toe te kennen als van elkaar te onderscheiden besluiten, waartegen afzonderlijk bezwaar en beroep openstaan.

De benadering van de Raad is bestuursrechtelijk zuiver.⁵⁶ Het gaat om besluiten die op grond van afzonderlijke bevoegdheden worden genomen. Dit neemt niet weg dat de twee bevoegdheden nauw met elkaar zijn verbonden. Het uitkeringsbesluit kan pas worden genomen, indien de besluitvorming over de loonsanctie is afgerond. Wordt een loonsanctie opgelegd, dan houdt dit tevens een opschorting van de aanvraag in (art. 64 lid 7 Wet WIA). Voor het UWV was dit in de procedure bij de Centrale Raad van Beroep reden om aan te nemen dat sprake is van een tweeledig besluit.⁵⁷ De bijzondere band tussen de twee besluiten is voor de Raad echter geen reden om het niet opleggen van de loonsanctie in de procedure over het uitkeringsbesluit te behandelen.

Indien de werknemer tegen het niet opleggen van de loonsanctie wil opkomen, moet wel een besluit voorliggen waartegen bezwaar en beroep openstaan. In het geval het UWV geen gebruik maakt van de ambtshalve bevoegdheid om een loonsanctie op te leggen, is dit besluit niet voorhanden. Het UWV neemt in dit geval namelijk geen besluit. De Centrale Raad van Beroep heeft ook bepaald dat het UWV pas een besluit hoeft te nemen over het niet opleggen van de loonsanctie, indien de werknemer expliciet om een loonsanctie heeft verzocht. Hiervoor is niet voldoende dat de werknemer zich in de Wet WIA-aanvraag in algemene bewoordingen negatief heeft

55 De Centrale Raad van Beroep deed op dezelfde dag een reeks uitspraken, waarin hij zich uitsprak over deze vraag. Zie onder meer CRvB 6 februari 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BC4478, AB 2008, 246, m.nt. A.M.P. Rijkema. Zie ook CRvB 20 februari 2008, *Sociaal Recht* 2008, 4, m.nt. M.J.A.C. Driessen.

56 Vgl. CRvB 25 april 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BA3866, *USZ* 2007/155, m.nt. A. van Eijs. De annotator stelt dat het besluit over de re-integratie-inspanningen en de mogelijk daaruit voortvloeiende loondoorbetalingsplicht aan de werkgever is gericht en in die zin losstaat van de beslissing over toekenning van de uitkering aan de werknemer.

57 Ook in de literatuur wordt gewezen op de nauwe banden tussen de twee besluiten. Zo stelt Fluit dat de beoordeling of de aanvraag überhaupt in behandeling kan worden genomen een onderdeel van het geding is, zie Fluit 2007. Barentsen ziet in de nauwe verwevenheid van de besluiten reden om aanpassingen in het ene besluit te laten doorwerken in een heroverweging van het andere, zie Rb. Roermond 11 januari 2005, ECLI:NL:RBROE:2005:AS4792, *USZ* 2005/90, m.nt. B. Barentsen.

uitgelaten over de re-integratie-inspanningen van de werkgever.⁵⁸ Er moet in de Wet WIA-aanvraag expliciet door de werknemer zijn gevraagd om een loonsanctie.⁵⁹ Hierop moet het UWV vervolgens een besluit nemen waartegen bezwaar en beroep openstaan. Klaagt de werknemer over het niet opleggen van een loonsanctie in een procedure tegen het uitkeringsbesluit, dan moet dit worden opgevat als een aanvraag van een loonsanctie.

Het gegeven dat het UWV alleen een besluit dient te nemen over het niet opleggen van een loonsanctie, indien de werknemer hier expliciet om heeft gevraagd, kan leiden tot de situatie dat het UWV geen loonsanctie meer kan opleggen, ook al blijkt later dat hier wel aanleiding voor is. Een loonsanctie moet immers voor het einde van de wachttijd worden opgelegd (art. 25 lid 11 Wet WIA).

Blijkt dat ten onrechte geen loonsanctie is opgelegd, dan is het UWV in beginsel schadeplichtig ten opzichte van de werknemer.⁶⁰ De begroting van de schade hierin is echter geen eenvoudige opgave, omdat deze allerlei variabelen kent, die moeilijk zijn in te schatten. Hoe is bijvoorbeeld vast te stellen dat een loonsanctie die voor de maximale duur van 52 weken is opgelegd ook voor die duur zou hebben gegolden? Komen bovenwettelijke aanvullingen, waarvoor de werknemer in aanmerking zou zijn gekomen, ook in aanmerking voor vergoeding? En hoe kunnen schadeposten als het verlies van ontslagbescherming en re-integratie-ondersteuning door de werkgever worden begroot?

Over de precieze invulling van de schadeplichtigheid bestond jaren onzekerheid. De jurisprudentie geeft nu echter voorbeelden hoe met deze situaties wordt omgegaan. De Centrale Raad van Beroep sprak zich over dit onderwerp uit in zijn uitspraak van 15 augustus 2012.⁶¹ Uit deze zaak blijkt dat het UWV voor dit soort gevallen beleid heeft opgesteld. Hierin wordt de termijn voor het berekenen van de schadevergoeding gesteld op één, drie of zes maanden. Dit hangt ervan af of het gaat om een administratieve, een administratief-inhoudelijke of een puur inhoudelijke loonsanctie.⁶² Het loon wordt tot 70 procent vergoed na aftrek van een eventuele Wet WIA-uitkering. In deze zaak werd van dit beleid afgeweken door uit te gaan van de gemiddelde duur van de loonsanctie in vergelijkbare gevallen. Dit kwam uit op tien maanden. Dit was volgens de Centrale Raad een redelijke uitkomst.

De voorgaande invulling van de schadevergoedingsplicht lijkt zuiver te gaan om het verlies aan loondoorbetaling. Er wordt volledig voorbijgegaan aan schade die moeilijker te begroten is, zoals het verlies aan ontslagbescherming en de gemiste

58 De rechtbank Zutphen oordeelde in een eerdere uitspraak dat het UWV een aanvraag voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering tegelijkertijd moest beschouwen als een impliciet verzoek om een loonsanctie, omdat de werknemer bij de aanvraag aan had gegeven dat de werkgever niet of niet volledig aan zijn re-integratieverplichtingen had voldaan, zie Rb. Zutphen 29 maart 2005, ECLI:NL:RBZUT:2005:AT3290, USZ 2005/256, m.nt. B. Barentsen.

59 CRvB 6 februari 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BC4478, AB 2008, 246, m.nt. A.M.P. Rijpkema.

60 CRvB 6 februari 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BC4478, AB 2008, 246, m.nt. A.M.P. Rijpkema.

61 CRvB 15 augustus 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BX4618, USZ 2012/250.

62 Deze vaste termijnen doen enigszins denken aan de termijnen die werden gehanteerd in de Beleidsregels verlenging loondoorbetaling poortwachter (zie paragraaf 5.2.1). Daar ging het echter om een koppeling van bepaalde overtredingen aan een bestraffende sanctie met een vaste termijn. Hier worden de termijnen gerelateerd aan een schadevergoeding.

re-integratie-ondersteuning die hierop kan volgen bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst. Bij een verlenging van de loondoorbetalingsperiode had de werknemer hier aanspraak op kunnen maken. Omdat deze punten niet worden verdisconteerd in de schadevergoeding, is een ruime invulling van de schadevergoeding wat de inkomensschade betreft op zijn plaats.

Beschouwing

Mijns inziens knelt het dat het UWV geen uitdrukkelijk besluit neemt over het niet opleggen van een loonsanctie. Dit kan ertoe leiden dat de werknemer, die wil opkomen tegen het uitblijven van de loonsanctie, niet kan bereiken dat alsnog een loonsanctie wordt opgelegd. Vanuit het oogpunt van rechtsbescherming zou het wenselijk zijn dat het UWV in alle gevallen ambtshalve een besluit neemt over het al dan niet opleggen van een loonsanctie en van dit besluit een afschrift stuurt naar de werknemer. Dit kan voorkomen dat een werknemer ongeïnformeerd de kans laat liggen om op te komen tegen het uitblijven van een loonsanctie.

Dat de werknemer alleen kan opkomen tegen het uitblijven van een loonsanctie, als hij hier een expliciet verzoek voor heeft gedaan, heeft als bijkomende complicatie dat dit voor onnodige spanningen zorgt in de verhouding tussen werkgever en werknemer.⁶³ De werkgever zal het immers niet op prijs stellen dat zijn werknemer uitdrukkelijk om een loonsanctie vraagt.⁶⁴ In de Wet WIA-aanvraag wordt de werknemer bovendien niet gewezen op het belang van een expliciete aanvraag voor een loonsanctie. De werknemer kan als onderdeel van het re-integratieverslag wel zijn oordeel geven over de re-integratie-inspanningen van de werkgever. Een algemeen oordeel over de re-integratie-inspanningen is echter niet voldoende om aangemerkt te worden als een expliciete aanvraag.

Aangezien het UWV in alle gevallen toch al een ambtshalve beoordeling doet van de re-integratie-inspanningen, waar een speciaal verzoek van de werknemer geen vereiste voor is, kan een besluit waarmee deze beoordeling wordt afgesloten procedurele complicaties voorkomen.⁶⁵

63 In dit verband kan ook worden gewezen op de *relational distance*-theorie. Een werknemer is afhankelijk van zijn werkgever en zal daarom geneigd zijn zich terughoudend op te stellen om zijn relatie met de werkgever niet op het spel te zetten. Zie ook paragraaf 3.2.

64 Vgl. Barentsen, die stelt dat de werkgever het niet op prijs zal stellen als de werknemer hem 'verlinkt'. Rb. Zutphen 29 maart 2005, ECLI:NL:RBZUT:2005:AT3290, *USZ* 2005/256, m.nt. B. Barentsen. Zie ook Driessen 2008.

65 Vgl. de opvatting van Driessen. Zij vindt dit in versterkte mate gelden als de werknemer in het re-integratieverslag kritische opmerkingen heeft gemaakt over de re-integratie-inspanningen van de werkgever. Zie Driessen 2008. Barentsen wijst op het belang van de opvatting van de werknemer in het re-integratieverslag. Hij pleit echter niet voor een afzonderlijk besluit over het niet nemen van een loonsanctiebesluit, maar voor een aparte motivering in het arbeidsongeschiktheidsbesluit waarom niet een loonsanctie is opgelegd. Hij baseert deze plicht van het UWV om als bestuursorgaan het arbeidsongeschiktheidsbesluit zorgvuldig voor te bereiden (art. 3:2 Awb) en de bij het besluit betrokken belangen te wegen (art. 3:4 Awb). Zie Rb. Zutphen 29 maart 2005, ECLI:NL:RBZUT:2005:AT3290, *USZ* 2005/256, m.nt. B. Barentsen.

5.3.3.2 De afwikkeling van een onrechtmatig loonsanctiebesluit

Staat na herroeping van een loonsanctie in bezwaar of vernietiging in hoger beroep de onrechtmatigheid van het besluit vast, dan moet de werkgever de schade die hij eventueel heeft geleden, verhalen. Ook al is de *conditio sine qua non* van de schade het onrechtmatige besluit bij het UWV, de werkgever kan zijn schade niet volledig afwikkelen bij het uitvoeringsorgaan. Voordat de werkgever het UWV aansprakelijk kan stellen, moet hij eerst zijn werknemer aanspreken. Biedt deze onvoldoende verhaal, dan is het UWV bovendien niet voor de gehele schade aansprakelijk. Bezien vanuit finaliteit knelt het dat in het geval de loonsanctie, na herroeping in bezwaar of vernietiging in hoger beroep, onrechtmatig blijkt te zijn, de werkgever genoodzaakt kan zijn om verschillende procedures te voeren om zijn schade te verhalen. Bovendien moet de werknemer hierin worden betrokken.

Indien de werkgever wordt geconfronteerd met een loonsanctie, dan zal hij het loon moeten doorbetalen. Hij kan weliswaar opkomen tegen de loonsanctie, maar het bezwaar of beroep schorst de loonsanctie niet (art. 6:16 Awb). Wanneer in de procedure de onrechtmatigheid van het besluit komt vast te staan, heeft de werkgever achteraf zonder rechtsgrond het loon aan zijn werknemer doorbetaald. Hierdoor lijdt de werkgever schade. De vraag is vervolgens hoe de werkgever deze schade kan verhalen.

De Centrale Raad van Beroep heeft zich over deze vraag uitgesproken.⁶⁶ Met de vernietiging van de loonsanctie staat de onrechtmatigheid van het besluit en de schuld van het UWV in beginsel vast. Voordat de werkgever bij het UWV kan aankloppen, moet hij echter volgens de Raad eerst zijn werknemer aanspreken uit onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW). Dit zou voortvloeien uit zijn schadebeperkingsplicht (art. 6:101 BW).

Wat bij het voorgaande opvalt, is dat het UWV zich in dit soort zaken bereid heeft verklaard om het aan het instellen van de vordering uit onverschuldigde betaling verbonden procesrisico te willen dragen. De Centrale Raad van Beroep gaf in een opmerking ten overvloede aan hier in het bijzonder waarde aan te hechten.⁶⁷ Wat precies wordt bedoeld met het dragen van procesrisico in dit verband is onduidelijk. Met een dergelijk aanbod lijkt het UWV in ieder geval te willen bevorderen dat de werkgever zijn werknemer aanspreekt. Indien de werknemer alsnog een Wet WIA-uitkering of een andere uitkering is toegekend, is het niet onredelijk dat de werknemer het betaalde loon terugbetaalt. De werknemer heeft dan immers over deze periode dubbele inkomsten genoten. De werknemer behoort niet door het onrechtmatige besluit van het UWV onrechtvaardig te worden verrijkt (art. 6:212 BW).⁶⁸

Is de hoogte van de alsnog toegekende uitkering lager dan het betaalde loon, dan rijst de vraag of de werkgever het loon mag terugvorderen boven het niveau van de uitkering. De werknemer kan er gerechtvaardigd op hebben vertrouwd dat hij zijn

66 CRvB 27 augustus 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BE9388, *USZ* 2008/308, m.nt. P.S. Fluit.

67 Zie onder meer CRvB 5 augustus 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ4975, *RSV* 2009, 286.

68 CRvB 25 februari 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BH6077, *USZ* 2009/105. Zie ook de opvatting van Fluit bij CRvB 27 augustus 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BE9388, *USZ* 2008/308, m.nt. Fluit.

inkomsten mocht uitgeven. In het algemeen vloeien in ieder geval uit het goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) grenzen voort voor vorderingen uit onverschuldigde betaling. Hierbij kan bijvoorbeeld meewegen dat tussen de betaling en de terugvordering veel tijd is verstreken en de werknemer de inkomsten al heeft uitgegeven aan bijvoorbeeld zijn levensonderhoud. Zelfs als de werkgever het loon mag terugvorderen, is het de vraag of bij de werknemer feitelijk iets te halen is. De werknemer kan onvoldoende middelen hebben voor verhaal.⁶⁹

Indien de werkgever zijn schade niet (volledig) op de werknemer kan verhalen, heeft hij de mogelijkheid zich tot het UWV te wenden. De Centrale Raad van Beroep heeft evenwel bepaald dat het UWV alleen de geleden schade hoeft te vergoeden tot 70 procent van het doorbetaalde loon.⁷⁰ Dit is het wettelijke niveau dat uit artikel 7:629 BW voortvloeit. Heeft de werkgever het loon aangevuld met een bovenwettelijke aanvulling, bijvoorbeeld op grond van een CAO of uit sociale overwegingen, dan kan hij dit niet verhalen op het UWV. Dit kan onredelijk uitpakken voor de werkgever. Schrijft een CAO een aanvulling voor, dan is dit voor de werkgever een verplichting. Is dit niet meer te verhalen bij de werknemer, dan heeft de werkgever geen effectief procedureel middel om zijn schade te verhalen en staat hij met lege handen.⁷¹

Beschouwing

Het knelt mijns inziens dat de werkgever gedwongen wordt om meerdere procedures te voeren om de door een onrechtmatig loonsanctiebesluit ontstane schade te verhalen en hier bovendien zijn werknemer in moet betrekken. Er wordt hiermee gedraald met de definitieve beslechting van het geschil. Het is de vraag of dit terecht is. De loonsanctie is te zien als de voorwaarde zonder welke de schade niet zou zijn ontstaan. Alles begint en eindigt hiermee. Vanuit overwegingen van finale geschilbeslechting zou mijns inziens de afwikkeling van het onrechtmatige loonsanctiebesluit daarom ook via de overheid moeten verlopen, waarbij zoveel mogelijk werkgever en werknemer worden ontzien.

Een mogelijke oplossing is om de werkgever zijn volledige schade te laten verhalen op het UWV. Het UWV zou hierbij de bevoegdheid moeten krijgen om de betaling van een eventueel met terugwerkende kracht aan de werknemer toegekende uitkering tijdelijk uit te sluiten. Hiervoor zou bijvoorbeeld in de wet een uitsluitingsgrond moeten worden opgenomen, die bepaalt dat de uitkering niet wordt uitbetaald over de periode dat recht bestond op loon op grond van een later onrechtmatig gebleken loonsanctie. Dekt de uitkering de schade niet volledig, dan zou dit door de

69 Zie ook de beschouwing van Barentsen. Rb. Roermond 11 januari 2005, *USZ* 2005/90, m.nt. B. Barentsen.

70 De lijn die het UWV volgde voordat deze uitspraak werd gewezen, kwam op hetzelfde neer. Het uitvoeringsorgaan stelde niet schadeplichtig te zijn, maar uit coulance een schadevergoeding toe te kennen, zie bijvoorbeeld Rb. Haarlem 17 juli 2007, *ECLI:NL:RBHAA:2007:BB0945*.

71 Zie ook de opvatting van Fluit, die stelt dat differentiatie mogelijk is naar de grond waarop de werkgever de aanvulling van de loondoorbetaling baseert. Als de werkgever onverplicht, bijvoorbeeld uit sociale overwegingen, aanvullingen heeft betaald, zou dit voor de rekening van de werkgever mogen komen. Het zou echter anders zijn als de werkgever verplicht is om de aanvulling te betalen en er dus geen keuzevrijheid bestaat. Deze schade zou moeten worden toegerekend aan het UWV. Zie *CRvB* 27 augustus 2008, *USZ* 2008/308, m.nt. P.S. Fluit.

publieke middelen moeten worden gedekt. Deze uitkomst is niet onredelijk gezien de onrechtmatigheid van het optreden van het UWV.

5.3.3.3 De loonsanctie in een loonvorderingsprocedure

Een loonsanctie houdt in dat het tijdvak van de loondoorbetalingsplicht van artikel 7:629 BW wordt verlengd met maximaal 52 weken. Het stelsel van loondoorbetaling bij ziekte op grond van artikel 7:629 BW wordt voor de duur van de loonsanctie voortgezet met de bijbehorende procedures. De tenuitvoerlegging van het loonsanctiebesluit vindt exclusief plaats in de civielrechtelijke sfeer. Als het UWV een loonsanctie oplegt en de aanvraag van de Wet WIA-uitkering opschort, betekent dit dus nog niet dat de werknemer verzekerd is van zijn inkomen. Indien één van de uitzonderingen op het recht op loon van toepassing is, kan de werkgever de loondoorbetaling stopzetten.

De stopzettingsgrond die wordt ingeroepen door de werkgever moet wel de opstelling van de werknemer na de 104 weken betreffen. Dit volgt uit de systematiek van artikel 7:629 BW. De werkgever kan immers op grond van artikel 7:629 lid 7 BW geen beroep meer doen op enige grond het loon geheel of gedeeltelijk niet te betalen of de betaling daarvan op te schorten, als hij de werknemer daarvan geen kennis heeft gegeven onverwijld nadat bij hem het vermoeden van het bestaan daarvan is gerezen of redelijkerwijs had behoren te rijzen (zie ook paragraaf 4.3.1.2). Als de werkgever zich niet kan vinden in het loonsanctiebesluit, is dit geen grond om het loon op te schorten. Vindt de werkgever dat het mislukken van de re-integratie aan de werknemer te wijten is, dan maakt dit het voorgaande niet anders.

Het kan toch voorkomen dat de werknemer gedwongen is te reageren op een loonstop, wanneer de werkgever de loondoorbetaling stopzet op de oneigenlijke grond dat hij het niet eens is met de loonsanctie. Ook al zal de werknemer doorgaans weinig moeite hebben zijn loonvordering toegewezen te krijgen, hij moet wel een procedure voeren. Bovendien is het niet uitgesloten dat de civiele rechter toch de re-integratie-inspanningen van de werknemer in de 104 weken in zijn eigen beoordeling meeweegt en de loonvordering afwijst, waarmee de civiele rechter de bestuursrechtelijke beoordeling doorkruist.

Is de loondoorbetaling stopgezet omdat de werkgever het niet eens is met de loonsanctie, dan moet de civiele rechter uitgaande van de loonsanctie de loonvordering van de werknemer toewijzen. Hij mag niet zijn eigen waardering van de re-integratie-inspanningen in de 104 weken in de plaats stellen van die van het UWV. De jurisprudentie laat echter voorbeelden zien waarin de civiele rechter voorbij gaat aan bestuursrechtelijke beoordelingen. Dit kan ertoe leiden dat de werknemer met lege handen komt te staan. Eerst wordt de aanvraag voor zijn Wet WIA-uitkering opgeschort, omdat een loonsanctie wordt opgelegd, en vervolgens wordt zijn loonvordering afgewezen.

Een voorbeeld van een geval waarin de civiele rechter de loonvordering van de werknemer afwees, omdat hij het niet eens was met de loonsanctie van het UWV, is een zaak die speelde bij de kantonrechter Zaandam.⁷² De werkgever was het in deze

⁷² Ktr. Zaandam 2 maart 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AV3412, USZ 2006/159, m.nt. B. Barentsen.

casus niet eens met de loonsanctie, maar was hier niet bestuursrechtelijk tegen opgekomen. Wel zette hij de loondoorbetaling stop. De in reactie hierop door de werkneemster ingestelde loonvordering werd vervolgens afgewezen. De kantonrechter onderwierp hierbij het loonsanctiebesluit zelf aan een kritische blik. Hij vond dat het 'voor een gewoon burger en dus ook voor de werkgever' niet te begrijpen was dat hij door het UWV verweten werd dat hij de werkneemster niet tot medewerking aan haar re-integratie (met bijvoorbeeld een deskundigenoordeel of loonstop) had bewogen en ten onrechte het loon had doorbetaald.

In hoger beroep vernietigde het Hof Amsterdam het vonnis en wees de loonvordering alsnog toe. Voor het hof gaf de doorslag dat de werkgever tegen het loonsanctiebesluit geen bezwaar had ingediend, waardoor dit besluit formele rechtskracht had gekregen. Hieruit vloeide voort dat de werkgever over de loonsanctieperiode loon verschuldigd was. Dit zou slechts anders zijn als de werknemer in de loonsanctieperiode weigerde te voldoen aan zijn verplichting om mee te werken aan het opstellen van een plan van aanpak (art. 7:629 lid 3 onder e BW).⁷³ Hiermee gaf het Hof Amsterdam een juiste interpretatie van wat tot het publiekrechtelijke en het privaatrechtelijke domein behoort.

Het hof liet het hier echter niet bij. Net als de kantonrechter onthield hij zich niet van het geven van kritiek op het optreden van het UWV. Indirect werd hiermee toch een beoordeling gegeven van de re-integratie-inspanningen van werkgever en werknemer in de 104 weken. Overwogen werd dat de overwegingen van het UWV en de daaraan ten grondslag gelegde rapportage van de arbeidsdeskundige onbegrijpelijk waren. Het was volgens het hof bij het nemen van het loonsanctiebesluit zonneklaar dat van een terugkeer van de werknemer in het bedrijf geen sprake zou zijn, met het oog op het ontbreken van ieder contact tussen werkgever en werknemer.

Dit was volgens het hof ook in overwegende mate te wijten aan de houding van de werknemer. Van de werkneemster had als volwassen vrouw mogen worden verwacht het gesprek aan te gaan met de werkgever. Door haar houding had de werknemer de werkgever in een onmogelijke positie gemanoeuvreed. Voor het hof woog dit mee om de werknemer de wettelijke verhoging over het ten onrechte niet betaalde loon te ontzeggen (art. 7:625 BW).

Een ander bijzonder voorbeeld van doorkruising van publiek- en privaatrecht bij de loonsanctie is een vonnis van de kantonrechter Amersfoort.⁷⁴ In dit geval had het UWV een loonsanctie opgelegd, waarna de werkgever bekortingsverzoeken had ingediend. Het UWV had hierop echter niet gereageerd. De rechter leidde uit de wettelijke termijnen, die voor de besluitvorming stonden, af dat het aannemelijk was dat de loonsanctie inmiddels was beëindigd. Het UWV had volgens de wet drie weken na de melding een besluit moeten nemen op het verzoek (art. 25 lid 13 Wet WIA) en vertraging in de besluitvorming mee moeten nemen in de duur van de loonsanctie (art. 25 lid 14 Wet WIA).

Hiermee ging de rechter echter voorbij aan het ontbreken van een besluit dat de loonsanctie bekortte. Bovendien heeft de Centrale Raad van Beroep bepaald dat de vertraging in de besluitvorming alleen van de duur van de loonsanctie wordt

⁷³ Hof Amsterdam 24 mei 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BB3133.

⁷⁴ Ktr. Amersfoort 22 juli 2011, JAR 2011/229, TRA 2011, 105, m.nt. M.J.A.C. Driessen.

afgetrokken, indien de loonsanctie wordt bekort (zie ook paragraaf 5.3.1.2). Kortom, de werkgever had zijn bestuursrechtelijke pogingen om de loonsanctie te bekorten moeten voortzetten en bijvoorbeeld moeten opkomen tegen het uitblijven van een besluit.

Het gevolg van de benadering van de kantonrechter Amersfoort was dat de loonvordering werd afgewezen en de werknemer met lege handen stond. De behandeling van zijn aanvraag wordt pas voortgezet als de loonsanctie in de hiervoor aangewezen bestuursrechtelijke procedure is bekort of als de maximale duur van de loonsanctie is bereikt.

Beschouwing

Een bijzonder kenmerk van de loonsanctie is dat het een maatregel is die het UWV oplegt aan de werkgever, maar dat de werknemer genoodzaakt kan zijn om de loonsanctie in een civielrechtelijke procedure af te dwingen. Gaat het geschil over een stopzettingsgrond die de onderlinge rechten en plichten in de loonsanctieperiode betreft, dan is dit geen bezwaar. De loonsanctie doet immers niets anders dan het verlengen van het tijdvak van de loondoorbetalingsplicht op grond van artikel 7:629 BW.

De civiele rechter moet er wel op letten dat hij bij zijn beoordeling van het geschil niet de opstelling van werkgever en werknemer in de 104 weken betreft. De eigen beoordeling van deze periode mag niet in de plaats wordt gesteld van die van het UWV. Een eigen beoordeling geven of het UWV terecht een loonsanctie heeft opgelegd of dat de loonsanctie moet worden bekort, zijn uitzonderlijke voorbeelden hoe het niet moet. De uitzonderingen die de rechtspraak laat zien, moeten ook uitzondering blijven.

5.4 Conclusie

De knelpunten bij de overgang van ziekte naar arbeidsongeschiktheid hebben voornamelijk betrekking op de loonsanctie. Bezien vanuit transparantie knelt het allereerst dat de werkgever niet van te voren uit wet- en regelgeving kan afleiden waartoe hij verplicht is en wat hij moet doen om een loonsanctie te voorkomen. Het UWV stelt zich bovendien terughoudend op bij het verstrekken van informatie hierover. Deskundigenoordelen mogen bijvoorbeeld volgens het UWV niet als adviezen worden opgevat. Zelfs als het UWV meer gerichte informatie zou willen verstrekken, is dit moeilijk, omdat het UWV pas na de ziekmelding in week 42 ervan op de hoogte is dat sprake is van een ziektegeval.

Bezien vanuit consistentie knelt dat het vaststellen van het einde van de wachttijd van de Wet WIA een bevoegdheid is van het UWV, maar ook in een loonvorderingsprocedure aan de orde kan komen. Dit kan in het uiterste geval leiden tot botsende oordelen. Verder valt op dat de loonsanctie in het licht van het algemene bestuursrecht enkele eigenaardigheden vertoont. Het UWV hoeft allereerst in de motivering van een loonsanctie of de afwijzing van een bekortingsverzoek niet specifiek aan te geven welke herstelacties vereist zijn. Het ontbreken van een dergelijke motiveringseis is bij een voor de burger belastend besluit zeer ongebruikelijk in het bestuursrecht (art. 5:24 lid 1 Awb). Daarnaast valt op dat een loonsanctie niet een begunstigingstermijn bevat

om de tekortkoming herstellen. Dit is bij herstelsancties wel gebruikelijk en zelfs vereist (art. 5:24 lid 2 Awb). Verder wordt bij de loonsanctie ook afgeweken van een andere hoofdregel van het bestuursprocesrecht, namelijk die van een *ex nunc*-beoordeling in bezwaar. Er wordt gekeken naar de rechten en feiten op het moment van het nemen van het primaire besluit (*ex tunc*). Deze afwijking kan echter worden gerechtvaardigd door de bijzondere bekortingsprocedure.

Een complicatie bezien vanuit finaliteit is dat bij het niet opleggen van een loonsanctie geen besluit wordt genomen. Het UWV zou dit ook in alle gevallen ambtshalve kunnen doen, zodat de werknemer tegen het besluit om geen loonsanctie op te leggen in bezwaar en beroep kan gaan. Een ander knelpunt is dat in het geval het UWV ten onrechte een loonsanctie heeft opgelegd, de werkgever zijn schade in verschillende procedures moet verhalen. Hierbij moet hij eerst zijn werknemer aanspreken, voordat hij bij het UWV terecht kan. Ook knelt het dat de loonsanctie niet verzekert dat de werkgever het loon doorbetaalt. Doet hij dit niet, dan moet de werknemer een loonvordering instellen. In deze procedure is bovendien niet uitgesloten dat de civiele rechter zijn eigen beoordeling in de plaats stelt van die van het UWV. Dit kan ertoe leiden dat de werknemer met lege handen komt te staan (zonder uitkering en zonder loon).

In 'regulatory welfare state'-perspectief valt in deze fase de spanning tussen verantwoordelijkheden op. Aan de ene kant worden partijen verantwoordelijk gemaakt en wordt hen hierbij vrijheid gegeven. Aan de andere kant worden zij met de loonsanctie als toezichtsmechanisme voor een onjuist geachte invulling van deze verantwoordelijkheden wel afgerekend. De vormgeving van deze afrekening is onduidelijk. Wet- en regelgeving vooraf is onduidelijk en de motivering geeft ook weinig antwoorden achteraf. Voornoemde tekortkoming leidt er onder meer toe dat werkgevers toch zekerheid proberen te vinden via omwegen door bijvoorbeeld tussentijdse deskundigenoordelen aan te vragen. Dit wringt met de rechtszekerheid.

Toegang tot het recht bij arbeidsongeschiktheid

6.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat over de toegang tot het recht bij langdurige arbeidsongeschiktheid. Meer in het bijzonder wordt gekeken naar de rechtsfiguur van het eigenrisicodragerschap. Deze figuur, waarbij de werkgever overheidstaken opgedragen krijgt, is immers bij uitstek een uiting van de verschuiving van publiek naar privaat.¹

In de Wet WIA ligt de uitvoering ofwel bij het (publiekrechtelijke) UWV, ofwel bij een eigenrisicodragende werkgever. Kiest een werkgever voor het eigenrisicodragerschap, dan betekent dit dat hij niet alleen (financieel) verantwoordelijk is voor de uitkeringen door deze zelf te betalen of te laten verstrekken door het UWV, maar ook dat hij zijn werknemer ondersteuning dient te bieden bij zijn re-integratie.² Voor het eigenrisicodragerschap kan deze verantwoordelijkheid ook werknemers betreffen, met wie inmiddels geen dienstbetrekking meer bestaat. De verplichtingen met betrekking tot de inkomensbescherming van de werknemer die de werkgever in de loondoorbetalingsperiode bij ziekte had op grond van het BW (zie hoofdstukken 4 en 5) gaan over in verplichtingen op grond van de Wet WIA.

Tegen de achtergrond van het eigenrisicodragerschap kunnen uiteenlopende geschillen ontstaan. De eigenrisicodrager en het UWV kunnen bijvoorbeeld verschillend denken over de vraag welke uitkeringsgerechtigden onder het risico van de eigenrisicodrager vallen. Daarnaast kunnen geschillen ontstaan tussen de eigenrisicodrager en zijn werknemer over de uitoefening van de taken en bevoegdheden die de eigenrisicodrager heeft op grond van de Wet WIA. Deze laatste geschillen zijn publiekrechtelijk van aard, terwijl de beide partijen (werkgever en werknemer) doorgaans met elkaar in een privaatrechtelijke verhouding staan. Deze privaatrechtelijke verhouding kan bovendien nog voortbestaan naast de publiekrechtelijke verhouding in het geval de arbeidsrelatie gedurende het eigenrisicodragerschap voortduurt. Het gevolg is dat werkgever en werknemer in een dergelijke situatie de mogelijkheid hebben elkaar tegelijkertijd zowel bestuursrechtelijk als civielrechtelijk aan te spreken.

1 Het eigenrisicodragerschap is geen nieuw verschijnsel. De Ongevallenwet bood al in 1901 de mogelijkheid aan werkgevers om hun eigen risico te dragen (zie paragraaf 2.3). Ook in de vangnet-Ziektewet kunnen werkgevers kiezen voor het eigenrisicodragerschap (art. 40 lid 1 onder a Wfsv).

2 Het eigenrisicodragerschap is sinds zijn invoering jaarlijks toegenomen. In 2010 droeg 27 procent van de werkgevers het eigen risico, gezamenlijk verantwoordelijk voor 42 procent van de onder de Wet WIA verzekerde werknemers. Zie Veerman 2011, p. 17.

Juist omdat het eigenrisicodragerschap zich op het grensvlak bevindt van publiek en privaat, doen zich naar verwachting knelpunten voor die de toegang tot het recht van werkgever en werknemer raken. Of en in hoeverre hun toegang tot het recht in het geding is, wordt in dit hoofdstuk onderzocht. Hiertoe wordt eerst een overzicht gegeven van de rechten en plichten, de procedures en de bijzondere waarborgen met betrekking tot het eigenrisicodragerschap (paragraaf 6.2). Vervolgens worden vanuit het normatieve kader knelpunten besproken (paragraaf 6.3). Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 6.4).

6.2 Het eigenrisicodragerschap in de Wet WIA

De Wet WIA kent twee regelingen: de IVA-regeling (Inkomensverzekering Volledig en duurzaam Arbeidsongeschikten) en de WGA-regeling (Werkhervatting Gedeeltelijk Arbeidsgeschikten).³ Voor de WGA hebben werkgevers de keuze deze zelf uit te voeren in plaats van de uitvoering aan het UWV over te laten. Dit betekent dat zij verantwoordelijkheid dragen voor de al toegekende en nog toe te kennen Wet WIA-rechten. Deze rechten omvatten niet alleen uitkeringen, maar ook ondersteuning bij re-integratie. De verantwoordelijkheid betreft niet alleen toekomstige Wet WIA-rechten, maar ook rechten die eerder zijn toegekend of herleven. Voor elk recht bestaat de verantwoordelijkheid gedurende een periode van tien jaar. Tegenover deze plichten staat dat de eigenrisicodrager minder premies is verschuldigd aan de Belastingdienst.

In deze paragraaf worden de rechten en plichten, de procedures en de bijzondere waarborgen geschetst vanaf het moment dat een werkgever de aanvraag doet om eigenrisicodrager te worden tot en met de uitvoering van de Wet WIA door de eigenrisicodrager als bestuursorgaan.

6.2.1 Rechten en plichten

Het eigenrisicodragerschap in de Wet WIA gaat gepaard met verschillende besluiten waarin rechten en plichten van werkgever en werknemer worden vastgesteld. Dit zijn niet alleen besluiten die de Belastingdienst en het UWV richten aan een werkgever die eigenrisicodrager wordt of wil worden, maar ook besluiten die de eigenrisicodrager in zijn hoedanigheid van bestuursorgaan richt aan zijn werknemer.

Toestemming door de Belastingdienst

De besluitvorming over de vraag of een werkgever eigenrisicodrager mag worden, wordt in gang gezet met een aanvraag. Deze aanvraag moet uiterlijk dertien weken

³ De IVA-regeling is bedoeld voor volledig en duurzaam arbeidsongeschikten. Dit zijn werknemers met een arbeidsongeschiktheidspercentage tussen 80 en 100 procent. Hun medische toestand moet bovendien stabiel of verslechterend zijn met een geringe kans tot herstel (art. 4 Wet WIA). De WGA-regeling is gericht op de gedeeltelijk arbeidsongeschikten. Deze groep heeft een arbeidsongeschiktheidspercentage boven 35 procent en beschikt nog wel over re-integratiemogelijkheden (art. 5 Wet WIA). De wetgever heeft gekozen om het eigenrisicodragerschap alleen in de WGA mogelijk te maken, omdat hier nog re-integratiemogelijkheden zijn en de verwachting was dat de werkgever hier als uitvoerder positieve invloed op zou kunnen uitoefenen.

voor de beoogde ingangsdatum (per 1 januari of 1 juli) worden ingediend bij de Belastingdienst (art. 40 lid 9 Wfsv). De inspecteur van de Belastingdienst is het bestuursorgaan dat het toestemmingsbesluit neemt 'bij voor bezwaar vatbare beschikking' (art. 40 lid 1 Wfsv).⁴ Omdat het eigenrisicodragerschap niet alleen inhoudt dat de werkgever minder premie hoeft te betalen, maar ook consequenties heeft voor de uitvoering van de Wet WIA, wordt bij de besluitvorming ook het UWV betrokken. Artikel 40 lid 15 Wfsv schrijft voor dat beschikkingen van de inspecteur worden genomen 'gehoord het UWV en in overeenstemming met het UWV'.⁵

Of de werkgever toestemming krijgt, hangt af van het vervullen van enkele voorwaarden. De belangrijkste voorwaarde is dat de werkgever een garantieverklaring overlegt van een kredietinstelling (art. 40 lid 2 Wfsv). Deze zekerheidsstelling biedt het UWV een verhaalsmogelijkheid voor het geval de eigenrisicodrager niet aan zijn betalingsverplichtingen kan voldoen.⁶ Het vereiste van een garantieverklaring brengt in de praktijk met zich mee dat eigenrisicodragers hun risico herverzekeren bij een private verzekeraar. De garantieverklaring is onderdeel van de verzekering van het WGA-risico.⁷

Naast de garantieverklaring kijkt de Belastingdienst of is voldaan aan andere voorwaarden. De aanvrager moet bijvoorbeeld als werkgever bekend zijn bij de Belastingdienst. Bovendien moeten drie jaren zijn verstreken na beëindiging van het eigenrisicodragerschap in het geval de werkgever al eens eigenrisicodrager is geweest (art. 40 lid 4 Wfsv).

Wordt de toestemming verleend, dan is de eigenrisicodrager vanaf de ingangsdatum verantwoordelijk voor de uitkeringen en re-integratie van zijn werknemers. Het gaat hierbij niet alleen om de uitkeringen die in het vervolg ontstaan, maar ook om de bestaande WGA-uitkeringen (art. 82 lid 1 Wet WIA). Dit wordt ook wel het inlooprisico genoemd.

De Belastingdienst beslist ook over het einde van het eigenrisicodragerschap. Over de beëindiging kan ofwel op verzoek van de eigenrisicodrager worden besloten of ambtshalve, bijvoorbeeld bij beëindiging van de garantieverklaring (art. 40 lid 10 Wfsv). Een beëindiging betekent niet dat de uitvoering voor alle Wet WIA-uitkeringen weer volledig bij het UWV komt te liggen. De eigenrisicodrager blijft verantwoordelijk voor de uitkeringen van de bestaande gevallen. Dit zogenoemde uitlooprisico omvat ook de werknemers die nog geen uitkering zijn toegekend, maar voor wie de wachttijd al wel is gaan lopen voor de beëindigingsdatum (art. 84 lid 2 Wet WIA). De eigenrisicodrager blijft financieel verantwoordelijk voor de betaling van de uitkeringen. Het UWV neemt de re-integratie van deze uitkeringsgerechtigden op zich, maar verhaalt de kosten hiervan op de eigenrisicodrager (art. 84 lid 7 Wet WIA).

4 In het vervolg zal de inspecteur worden aangeduid als de Belastingdienst.

5 Deze afstemmingsverplichting stond niet in het oorspronkelijke wetsvoorstel, maar is tijdens de parlementaire behandeling bij amendement ingevoegd. Zie het amendement van Noorman-Den Uijl en Weekers, *Kamerstukken II 2003/04*, 29 529, nr. 19.

6 Overheidswerkgevers hoeven op grond van artikel 40 lid 3 Wfsv geen garantieverklaring te overleggen.

7 Het afgeven van een garantieverklaring ligt in een verzekering besloten, omdat de verzekering alle in de verzekering opgenomen risico's dekt voor een periode van tien jaar. Dit betekent dat de betaling van die uitkeringen in elk geval is verzekerd.

Toerekening en verhaal door het UWV

Als eenmaal toestemming is verleend door de Belastingdienst, is het UWV aan zet. Het UWV stelt eerst eenmalig vast welke werknemers onder het risico van de eigenrisicodragers vallen in het zogenoemde toerekeningsbesluit. Hierbij wordt nagegaan aan welke werknemers door het UWV als claimbeoordelaar van de Wet WIA een uitkering is toegekend. De precieze status van de kennisgeving waarin het UWV uitkeringen aan de eigenrisicodragers toerekent, was in het verleden onduidelijk. Aanvankelijk zag de Centrale Raad van Beroep deze kennisgeving als een mededeling van feitelijke aard zonder zelfstandige betekenis, omdat deze slechts informatie bevat over de direct uit de wet voortvloeiende gevolgen van het eigenrisicodragerschap.⁸ Omdat de toerekening derhalve niet als besluit werd aangemerkt, had de werkgever geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming. In zijn uitspraak van 10 oktober 2006 ging de Raad om.⁹ De toerekening werd toch als een appellabel besluit beschouwd, omdat de eigenrisicodragers hiermee een betalingsverplichting werd opgelegd. Met deze uitspraak werd de toegang tot het recht van de werkgever dus vergroot.

Kortom, in de besluitvorming met betrekking tot het eigenrisicodragerschap wordt eerst in het toerekeningsbesluit aangekondigd welke uitkeringen tot het risico van de eigenrisicodragers behoren. In een volgend besluit verhaalt het UWV de uitkeringen die namens de eigenrisicodragers zijn betaald.¹⁰ Dit geldt zowel voor de toekomstige gevallen, als voor de reeds lopende rechten die in het toerekeningsbesluit aan de eigenrisicodragers zijn toegekend.

Uitkeringen en re-integratie door de eigenrisicodragers

Een eigenrisicodragers is tien jaar lang verantwoordelijk voor het betalen van uitkeringen (art. 82 Wet WIA) en het zorgen voor de re-integratie van zijn uitkeringsgerechtigden (art. 42 Wet WIA).¹¹ Bij de uitoefening van deze taken heeft hij ook de bevoegdheid om sancties op te leggen. Het oogmerk van de wetgever hierbij was een zo eenduidig mogelijk verantwoordelijkheidsverdeling te krijgen.¹² Bij de verantwoordelijkheid voor re-integratie zou ook een instrument passen om zonder tussenkomst van het UWV medewerking af te dwingen.¹³

Het bijzondere is dat de werkgever bij de uitoefening van voornoemde taken en bevoegdheden optreedt als bestuursorgaan.¹⁴ Dit betekent dat op dit handelen publiekrechtelijke normen van toepassing zijn. Hierin verschilt de eigenrisicodragers

8 Zie bijvoorbeeld CRvB 11 november 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR5915, USZ 2005/31.

9 CRvB 10 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AZ0127, USZ 2006/330, m.nt. B. Barentsen.

10 Het wettelijke uitgangspunt is dat de werkgever de betalingen doet. In de praktijk is echter betalen en verhalen door het UWV de hoofdregel. Indien de werkgever de uitkering zelf wil verstrekken, moet hij dit uitdrukkelijk bij het UWV aangeven. Voor de werkgever kan hierbij een overweging zijn dat hij bij zelfbetaling achteraf het betaalde bedrag dat hoger is dan de vervolguitkering nog moet declareren bij het UWV. Ligt de uitkeringsverstrekking bij het UWV, dan wordt dit al gelijk verrekend.

11 De periode van tien jaar staat niet in de Wet WIA, maar is vastgelegd in artikel 1 Regeling vaststelling periode eigenrisicodragers, die geldt met ingang van 1 januari 2007. Tussen 29 december 2005 en 1 januari 2007 was de periode beperkt tot vier jaar (art. 133 Wet WIA (oud)).

12 *Handelingen II* 2004/05, 97, p. 5849.

13 *Handelingen II* 2004/05, 97, p. 5909.

14 Zie over het eigenaardige karakter van deze rechtsfiguur onder meer Marseille & Van Wolde 2006, Klosse 2005 en Fluit 2006.

niet van andere bestuursorganen zoals het UWV. Dat een burger een dergelijke grote bestuurszaak krijgt en tegelijkertijd ook nog civielrechtelijke bevoegdheden heeft, is ongewoon in het Nederlandse recht.¹⁵

De bevoegdheden van de werkgever zien met name op re-integratie. De eigenrisicodrager moet zich inzetten voor de re-integratie van de werknemer (art. 42 Wet WIA). Hier staat tegenover dat de werknemer hieraan moet meewerken. Als de werknemer onvoldoende meewerkt, kan de eigenrisicodrager de uitkering korten. Of en hoe gebruik wordt gemaakt van deze bevoegdheid wordt aan de eigenrisicodrager overgelaten. De wet schrijft alleen expliciet voor dat de maatregel moet worden afgestemd op de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding van de werknemer (art. 90 Wet WIA).

De wetgever achtte het niet nodig om het recht op re-integratie bij eigenrisicodragers in detail uit te werken. Verwacht werd dat eigenrisicodragers uit eigenbelang, namelijk de beperking van de schadelast, uit zichzelf invulling zouden geven aan hun verantwoordelijkheid. De gedachte hierbij was dat het zou lonen om een gedeeltelijk arbeidsgeschikte werknemer te re-integreren, omdat re-integratie tot een verlaging of zelfs beëindiging van de uitkering zou leiden.¹⁶

Bij de parlementaire behandeling werd ook gewezen op andere regulerende factoren die de opstelling van de werkgever ten aanzien van de re-integratietaken kunnen bepalen.¹⁷ Vakbonden kunnen bijvoorbeeld invloed uitoefenen. Ook kan de kantonrechter in een ontslagtoets de werknemersbelangen en de re-integratie-inspanningen in zijn oordeel meewegen. De verwachting werd uitgesproken dat bij iedere ontslagvergunning of ontbindingsverzoek zou worden onderzocht of de werkgever al het redelijke had gedaan wat in zijn vermogen lag om de werknemer in dienst te houden.¹⁸

Bij de bevoegdheden van de eigenrisicodrager moet de kanttekening worden geplaatst dat de eigenrisicodrager de uitkering niet blijvend en geheel mag korten (art. 89 Wet WIA). Verder moet hij bij het opleggen van een boete het UWV betrekken. Omdat deze sancties een zuiver bestraffend karakter hebben, wilde de wetgever deze voorbehouden aan de overheid.¹⁹

6.2.2 Procedures

Rond het eigenrisicodragerschap kunnen twee soorten geschillen ontstaan. Enerzijds kunnen geschillen ontstaan tussen de werkgever en het UWV of de Belastingdienst met als onderwerp het eigenrisicodragerschap zelf. Anderzijds kunnen geschillen

15 Klossé & Noordam wijzen er op dat de verhouding tussen UWV en eigenrisicodrager te beschouwen is als een mandaatsrelatie (zie Klossé 2010, p. 179). Het UWV blijft juridisch verantwoordelijk voor de uitvoering. Dit zou volgens hun blijken uit de taak om de uitkeringen te betalen en te verhalen als de werkgever dit nalaat. Ook de claimbeoordeling ligt bij het UWV. Dit gaat mijns inziens er wel aan voorbij dat de Wet WIA de eigenrisicodrager zelfstandige bevoegdheden geeft. In zoverre is de verhouding tussen het UWV en de eigenrisicodrager niet te kwalificeren als een mandaatsrelatie in de zin van artikel 10:1 Awb. Er is immers geen sprake van een bevoegdheid om in naam van een bestuursorgaan besluiten te nemen.

16 *Handelingen II* 2004/05, 97, p. 5914.

17 *Handelingen II* 2004/05, 97, p. 5925.

18 *Handelingen II* 2004/05, 97, p. 5907-5908.

19 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 034, nr. 3, p. 57.

ontstaan tussen de eigenrisicodragers en de werknemer met als onderwerp de re-integratietaken van de werkgever of zijn bevoegdheid om hierbij sancties op te leggen. In beide gevallen gaat het voornamelijk om publiekrechtelijke geschillen.

De wetgever heeft bij de vormgeving van de gemengde uitvoering van de Wet WIA uitdrukkelijk gekozen om de eigenrisicodragers als uitvoerder van de Wet WIA, net als het UWV, aan te merken als bestuursorgaan.²⁰ Dit zou resulteren in een uniforme rechtsbescherming voor alle uitkeringsgerechtigden ongeacht de uitvoeringsvorm (UWV of eigenrisicodragers), met toepasselijkheid van het besluitvormings- en het bestuursprocesrecht van de Algemene wet bestuursrecht.²¹ Bovendien zouden ook alle gedragingen, of die nu van het UWV of van een eigenrisicodragers waren, onderhevig zijn aan het in de Awb geregelde klachtrecht.

Deze rechtsbescherming houdt in dat de uitkeringsgerechtigde die vindt dat de eigenrisicodragers te weinig doet aan zijn re-integratie hem hierop ook kan aanspreken. De positieve of negatieve reactie hierop levert een appellabel besluit op (art. 1:3 Awb). Ook als wordt geweigerd een besluit te nemen of een reactie uitblijft, kan de uitkeringsgerechtigde hiertegen opkomen (art. 6:2 Awb).²² Hetzelfde geldt voor besluiten die de eigenrisicodragers uit eigen beweging neemt, zoals het opleggen van een sanctie.

Blijft de arbeidsovereenkomst voortduren, dan kunnen werknemer en werkgever elkaar in beginsel ook civielrechtelijk aanspreken. In dat geval heeft de werkgever immers ook een re-integratieplicht (art. 7:658a BW).

6.2.3 Bijzondere waarborgen

Rond het eigenrisicodragerschap zijn enkele bijzondere waarborgen te onderscheiden. Deze waarborgen houden verband met de betrokkenheid van de ondernemingsraad en de bevoegdheden van het UWV.

Betrokkenheid ondernemingsraad

Werknemers kunnen via de ondernemingsraad invloed uitoefenen op de beslissing van de werkgever om eigenrisicodragers te worden. De ondernemingsraad heeft namelijk een adviesrecht bij 'elk door hem voorgenomen besluit tot de vaststelling van een regeling met betrekking tot het zelf dragen van het risico' in de zin van artikel 40 Wfsv (art. 25 lid 1 onder m WOR). Dat het eigenrisicodragerschap met zich brengt dat de werkgever na de loondoorbetalingsperiode nog eens tien jaar verantwoordelijk is voor de re-integratie, kan bovendien voor de werkgever aanleiding zijn om zijn re-integratiebeleid hierop aan te passen. Hiervoor heeft hij dan de instemming nodig van de ondernemingsraad (art. 27 lid 1 onder d WOR). Bij dit soort geschillen in het kader van de WOR kunnen werkgever en werknemer zich wenden tot de kantonrechter.

²⁰ Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr. 3, p. 57.

²¹ Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr. 3, p. 49.

²² Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr. 3, p. 41-42.

Betrokkenheid UWV bij sancties

Zoals eerder opgemerkt, heeft de wetgever grenzen gesteld aan de sanctiebevoegdheid van de eigenrisicodragers. Als een eigenrisicodragers wil dat de werknemer een blijvende en volledige korting van zijn uitkering of een boete wordt opgelegd, moet hij het UWV hierom verzoeken. De wetgever heeft ervoor gekozen deze bevoegdheid aan het UWV over te laten. Bij deze bestraffende sancties moet onder andere de opzet van de werknemer worden vastgesteld.²³ Omdat de waarborgen van artikel 6 EVRM hierbij gelden, liet de wetgever dit liever over aan het UWV. Bovendien werd overwogen dat het strafkarakter de relatie tussen de eigenrisicodragers en de werknemer ernstig zou kunnen verstoren.²⁴

Meent de eigenrisicodragers dat er aanleiding is om een dergelijke maatregel of een boete op te leggen, dan zal hij het UWV moeten verzoeken toepassing te geven aan zijn bevoegdheid om dit te doen (art. 88 lid 1 Wet WIA). Het UWV zal vervolgens een eigen onderzoek instellen, waarbij dezelfde criteria worden gehanteerd die ook voor zijn eigen uitkeringsgerechtigden gelden. Het Maatregelenbesluit socialezekerheidswetten werkt voor de Wet WIA uit onder welke omstandigheden een maatregel moet volgen.²⁵ Verder heeft het UWV voor de nadere uitwerking van zijn bevoegdheid een beleidsregel opgesteld, de Beleidsregel maatregelen UWV.²⁶ Constateert het UWV dat de werknemer zijn verplichtingen schendt, moet in beginsel een maatregel volgen. Een vergelijkbare uitwerking geldt voor de bevoegdheid van het UWV om een boete op te leggen. Dit is nader ingevuld in het Boetesluit socialezekerheidswetten. Hierin is vastgesteld welke sanctie volgt op welke gedraging. Verder is in de Beleidsregel Boete werknemer 2010 de uitoefening van de bevoegdheid nader genormeerd.²⁷

Hier is goed te zien dat de wetgever op twee gedachten hinkte. Met het oog op de mogelijkheden van de werknemer om zijn rechten te verwezenlijken werd de verschuiving van publiek naar privaat niet volledig doorgevoerd. Opmerkelijk is dat hierbij onder meer wordt gewezen op het argument dat de vergaande sancties de verhouding tussen werkgever en werknemer onder druk kunnen zetten. Dit was voor de wetgever in ieder geval geen reden om de bevoegdheid van de werkgever om de loondoorbetaling volledig stop te zetten gedurende de loondoorbetaling bij ziekte in te perken (zie paragraaf 4.2.1).

Deskundigenoordeel

Het deskundigenoordeel van het UWV speelt niet alleen een belangrijke rol gedurende de loondoorbetalingsperiode bij ziekte (zie hoofdstuk 4), maar heeft ook een functie bij geschillen gedurende het eigenrisicodragerschap. Eigenrisicodragers en uitkeringsgerechtigde kunnen het UWV om een deskundigenoordeel verzoeken over de vraag of de eigenrisicodragers zich voldoende inzet voor de re-integratie.²⁸ Dit

23 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 034, nr. 3, p. 57.

24 Ook in dit verband kan worden gewezen op de *relational distance*-theorie. Zie ook paragraaf 3.2.

25 *Stb.* 2007, 304, laatstelijk gewijzigd op 29 december 2008, *Stb.* 2008, 597.

26 *Stcrt.* 2008, 80, laatstelijk gewijzigd op 19 april 2011, *Stcrt.* 2011, 12553.

27 *Stb.* 2005, 572, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 4 oktober 2012, *Stb.* 2012, 498 en *Stcrt.* 2010, 1126, laatstelijk gewijzigd op 19 april 2011, *Stcrt.* 2011, 12553.

28 Deze mogelijkheid is bij amendement ingevoerd. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 118, nr. 28, p. 1-2.

kan alleen zolang de eigenrisicodragers hierover zelf nog geen besluit heeft genomen (art. 32 lid 4 Wet SUWI). Het deskundigenoordeel heeft een zelfde status als in geschillen met betrekking tot het recht op loondoorbetaling bij ziekte. Het deskundigenoordeel is een niet-bindend advies. In een eventuele bezwaar- of beroepsprocedure tegen een later besluit van de eigenrisicodragers zal het deskundigenoordeel als één van de bewijsmiddelen meewegen.²⁹

6.3 Procedures getoetst

Het eigenrisicodragerschap op grond van de Wet WIA is bij uitstek een voorbeeld van een rechtsfiguur waarin publiek en privaat met elkaar worden vermengd. De wetgever heeft daarvoor procedures ontworpen, voorzien van extra waarborgen, om de belangen van alle partijen te beschermen. Het geheel overziend zijn echter wel enkele knelpunten te onderscheiden, die opvallen in het licht van het normatieve kader van dit onderzoek. Weten werkgever en werknemer bijvoorbeeld wat hun mogelijkheden zijn om elkaar aan te spreken binnen hun bestuursrechtelijke verhouding en kan de werkgever duidelijkheid krijgen over zijn eigen risico voordat hij eigenrisicodragers wordt (*transparantie*)? Is het optreden van de werkgever als bestuursorgaan in te passen in de kaders van het algemene bestuursrecht (*consistentie*)? En wat zijn de consequenties van het parallel lopen van het bestuursrecht en het civiele recht voor het beslechten van geschillen (*finaliteit*)?³⁰

6.3.1 Transparantie

Het is voor partijen die betrokken zijn bij het eigenrisicodragerschap niet altijd eenvoudig om vooraf in te schatten wat hun rechten zijn en hoe deze rechten kunnen worden geëffectueerd. Voor een werkgever die zich op het eigenrisicodragerschap oriënteert en precies wil weten wat de omvang is van zijn eigen risico, geldt bijvoorbeeld dat hij hierover vooraf geen absolute zekerheid kan krijgen. Blijkt achteraf dat zijn eigen risico meer omvat dan hij had ingeschat, dan zijn de procedurele mogelijkheden om hier nog iets aan te doen beperkt (paragraaf 6.3.1.1). Ook binnen de verhouding tussen de werknemer en werkgever leidt het samenlopen van publiek- en privaatrechtelijke bevoegdheden tot onduidelijkheid (paragraaf 6.3.1.2).

6.3.1.1 Onzekerheid over de omvang van het eigen risico

Overweegt een werkgever eigenrisicodragers te worden, dan ligt voor de hand dat hij wil weten voor welke werknemers hij precies verantwoordelijk wordt. Dit is immers bepalend voor de vraag of het voor hem financieel interessant is om eigenrisicodragers te worden. Deze informatie heeft hij ook nodig voor het aanvragen van een private verzekering van het risico.

²⁹ Dit deskundigenoordeel kan overigens ook een rol spelen in een civielrechtelijke procedure op grond van artikel 7:658a BW. Dit kan ertoe leiden dat de bestuursrechter en de civiele rechter hetzelfde deskundigenoordeel op verschillende wijzen beoordelen.

³⁰ Zie ook Rijpkema & Tollenaar 2012.

De vaststelling van het risico is voor een werkgever niet altijd een eenvoudige opgave. Als het gaat om de werknemers in de eigen onderneming kan de werkgever nog betrekkelijk gemakkelijk uit zijn administratie afleiden wie (mogelijk) een Wet WIA-uitkering is toegekend of van wie dit recht nog kan herleven. Dit wordt al moeilijker bij een situatie waarin het werknemers betreft die inmiddels niet meer in dienst zijn. De werkgever zal in ieder geval niet zelf kunnen waarnemen of de werknemer nog aanspraak maakt op een uitkering.

Nog complexer wordt het bij een overgang van onderneming. Neemt een werkgever een bedrijf over dan wordt hij in beginsel ook verantwoordelijk voor de Wet WIA-rechten van de werknemers van die onderneming (art. 84 lid 3 onder a Wet WIA). Die overgenomen onderneming kan op zijn beurt ook weer een bedrijf hebben overgenomen, waaronder ook risico's verborgen kunnen liggen. De werkgever kan zich er bovendien niet bewust van zijn geweest dat sprake was van overgang van onderneming. Van een onjuiste voorstelling van zaken zal de werkgever echter doorgaans de gevolgen ondervinden. De Centrale Raad van Beroep geeft bij de vraag of sprake is van een overgang van onderneming een materiële toetsing aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval.³¹ Bovendien moet de werkgever er attent op zijn dat het UWV in een besluit gevolgen kan verbinden aan een (vermeende) overgang van onderneming. Als hij het niet eens is met een dergelijke vaststelling, dan moet hij in bezwaar en beroep gaan. Komt de werkgever hier niet tegen op, dan wordt de overgang van onderneming een vaststaand gegeven.³² Als eigenrisicodragers wordt de werkgever verantwoordelijk voor de uitkeringen en de re-integratie van al die werknemers. Het is al met al niet ondenkbaar dat bij het inventariseren van het eigen risico werknemers over het hoofd worden gezien.

Het is vaste rechtspraak dat op de werkgever een zelfstandige onderzoeksplicht rust bij het worden van eigenrisicodragers.³³ Dat betekent dat de werkgever zelf de voor- en nadelen moet afwegen, waarbij ook de vaststelling van het risico hoort.³⁴ Hij kan hierbij zijn eigen administratie als uitgangspunt nemen, maar als deze tekortschiet of zelfs als de premieoverzichten in het geheel de uitkering niet noemen, wordt van de werkgever bij aanwijzingen van een mogelijke uitkering, zoals een ziektegeval of bepaalde correspondentie van het UWV, verwacht dat hij uit zichzelf verder onderzoek doet.³⁵ Hierbij kan hij informatie inwinnen bij het UWV.³⁶

31 Zie bijvoorbeeld CRvB 21 juli 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU0705, *USZ* 2005/356.

32 Zie bijvoorbeeld CRvB 27 oktober 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU5674, *USZ* 2005/421.

33 CRvB 10 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AZ0127, *USZ* 2006/330, m.nt. Barentsen. Deze uitspraak werd gewezen onder de WAO, maar de bepalingen van de Wet WIA in dit kader (art. 84 lid 1 en art. 83 lid 3 Wet WIA) hebben een gelijke strekking. Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 5 augustus 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN4498. Zie ook CRvB 26 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL6063, *USZ* 2010/93.

34 CRvB 3 juli 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ2544, *RSV* 2009, 246.

35 Zie voor het ontbreken van afschriften van toekenningsbeschikkingen bijvoorbeeld CRvB 10 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AZ0127, *USZ* 2006/330, m.nt. B. Barentsen en CRvB 8 mei 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BD2044, *RSV* 2008, 200. Een voorbeeld van een onvolledig premieoverzicht wordt geboden in CRvB 4 september 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ6992.

36 Zie bijvoorbeeld CRvB 10 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AZ0127, *USZ* 2006/330, m.nt. B. Barentsen.

De mogelijkheid om het UWV te vragen naar bestaande uitkeringsgevallen was ook een aandachtspunt bij de parlementaire behandeling van de Wet WIA. Een goede informatievoorziening vanuit de overheid zou bijdragen aan een zo optimaal mogelijke keuzevrijheid en zou zo bijdragen aan een gelijk speelveld tussen de twee uitvoeringsvormen (UWV en eigenrisicodrager).³⁷ Onzekerheid over de precieze schadelast zou een drempel kunnen opwerpen. Het belang van een goede informatievoorziening voor de keuze om al dan niet eigenrisicodrager te worden kwam overigens ook als verbeterpunt naar voren in de evaluatie van de Wet WIA.³⁸

De informatieverstrekking door het UWV ziet in ieder geval op algemene informatie over het eigenrisicodragerschap.³⁹ Voor de juistheid hiervan is de overheid ook verantwoordelijk. Daarnaast kan de werkgever het UWV om specifieke informatie vragen over zijn eigen risico. Als claimbeoordelaar weet het UWV immers aan welke werknemers uitkeringen zijn toegekend. Het UWV verstrekt (kosteloos) informatie over de instroom in de Wet WIA, de ontwikkeling van het loon, het aantal werknemers naar leeftijd en geslacht en het arbeidsverleden van de werknemers.⁴⁰ Ook worden op verzoek gegevens verstrekt over de vraag aan welke werknemers een WGA-uitkering is toegekend en wat de ingangsdatum hiervan is.⁴¹

Bij het verstrekken van genoemde gegevens zijn echter belangrijke kanttekeningen te plaatsen. Het UWV heeft enige ruimte om aan een informatieverzoek te voldoen en hoeft bovendien niet binnen een bepaalde termijn te reageren op een informatieverzoek. De werkgever is hierbij volledig afhankelijk van de opstelling van het UWV. Er zijn aanwijzingen dat werkgevers hier niet altijd op kunnen rekenen.⁴² De verstrekte informatie kan bijvoorbeeld summier zijn. Het zou ook voorkomen dat bij achtereenvolgende informatieverzoeken de verstrekte gegevens verschillen, terwijl er niets is veranderd in de feiten. Bovendien worden gegevens onder voorbehoud geleverd zonder garantie van volledigheid.

Beschouwing

Een werkgever die eigenrisicodrager wil worden heeft een zelfstandige onderzoeksplicht. Hij kan hierbij zijn eigen administratie raadplegen en informatie inwinnen bij de overheid.

Een zelfstandige onderzoeksplicht voor de werkgever die eigenrisicodrager wil worden, kan tot op zekere hoogte worden gerechtvaardigd. Hij kiest immers voor het doen van een aanvraag. De Belastingdienst en het UWV zouden bij dat onderzoek echter

37 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 118, nr. 3, p. 69.

38 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 716, nr. 1, p. 14.

39 Het UWV biedt op zijn website bijvoorbeeld een 'Checklist Eigenrisicodrager' en geeft antwoorden op allerlei vragen over het eigenrisicodragerschap, zoals wat de implicaties zijn van een overgang van onderneming. Zie www.uwv.nl.

40 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 241, nr. 6, p. 26.

41 Het gaat om de zogenoemde BIER-lijsten. BIER staan voor Bijlage Inlooprisico Eigenrisicodrager-schap of Basis Inkijk Eigen Risicodragers (zie *Kamerstukken II* 2011/12, 33 241, nr. 6, p. 26.). In deze lijsten staan gegevens over de vraag aan welke werknemers een WGA-uitkering is toegekend met de ingangsdatum.

42 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 241, nr. 5, p. 10.

wel informatie kunnen verschaffen waar ook rechten aan zijn te ontleneⁿ.⁴³ Dit past ook in de algemene plicht die op bestuursorganen rust om beschikbare informatie ter beschikking te stellen aan belanghebbenden, zeker wanneer deze daarom vragen. De Nationale ombudsman spreekt over de 'plicht tot actieve en adequate informatieverstrekking'.⁴⁴ Nicolai noemt dit actief dienstbetoon: 'de administratie is dienstbaar aan de gemeenschap op wier kosten zij de publieke taken uitoefent'.⁴⁵

De terughoudende lijn van het UWV bij het verstrekken van informatie wordt door de rechter niet gecorrigeerd. Ook de regering ziet informatieverstrekking door het UWV uitdrukkelijk als aanvulling op de eigen administratie van de werkgever. Volgens de regering is het raadplegen van de eigen administratie met de mogelijkheid om een specificatie van een premiebeslissing op te vragen voor een werkgever in beginsel voldoende om een toereikend beeld te krijgen van de uitkeringen die voor zijn rekening komen.⁴⁶ Toch is het opmerkelijk dat zulke lage eisen worden gesteld aan de informatieverstrekking, al was het alleen maar omdat het UWV over de gegevens beschikt. Het UWV neemt de toekenningsbeschikkingen, waarmee een werknemer recht krijgt op een uitkering. Bovendien neemt het uitvoeringsorgaan later op basis van de eigen gegevens toerekeningsbeschikkingen waarmee risico wordt toegerekend aan de werkgever. Het UWV moet dus in staat zijn om volledige en juiste informatie te verstrekken.

Een algemeen voorbehoud dat er geen rechten aan de verstrekte informatie is te ontleneⁿ, is mijns inziens gezien het voorgaande onbehoorlijk. Er zou ook kunnen worden gedacht aan een benadering waarbij het UWV informatie verstrekt met een specifieke toelichting waar deze informatie precies op is gebaseerd. De gedachte hierbij is dat de overheid enerzijds op grond van het vertrouwensbeginsel mag worden gehouden aan de informatie die is verstrekt, maar dat de werkgever anderzijds er ook zelf alert op moet zijn dat het UWV niets over het hoofd heeft gezien. Ziet de werkgever bijvoorbeeld zelf ontbrekende bedrijfsovernames, dan kan hij het UWV daar op wijzen. Hierbij kan nog de kanttekening worden geplaatst dat bij deze dienstverlening een eigen financiële bijdrage van de werkgever niet zou mistaan gezien zijn eigen belang bij een juiste inschatting van zijn risico. Nu wordt het faciliteren van de keuze om uit het publieke stelsel te stappen volledig met publieke middelen gefinancierd.

Ook zou kunnen worden overwogen om het moment van de toerekening te vervroegen. Na een aanvraag zou het UWV bijvoorbeeld eerst het eigen risico voorlopig kunnen toerekenen. Indien hieruit vervolgens blijkt dat meer onder het risico blijkt te vallen dan gedacht, zou dit voor de werkgever eventueel aanleiding kunnen zijn om zijn aanvraag in te trekken.

43 Het bijzondere is hierbij wel dat de overheid een paradoxale rol speelt. Met zijn informatievoorziening faciliteert hij het uittreden van goede risico's uit de uitvoering door het UWV waarmee op de lange termijn deze uitvoeringsvorm wordt ondermijnd. Dit is echter inherent aan de keuze van de wetgever voor een hybride uitvoering binnen een gelijk speelveld en mag daarom geen argument zijn dat pleit tegen een adequate informatievoorziening.

44 Nationale ombudsman, *Behoorlijkheidswijzer*, 2006, nummer 19. Ontleend aan: Langbroek & Rijpkema 2004.

45 Nicolai 1990, p. 460-461.

46 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 241, nr. 6, p. 26.

Deze mogelijkheid wordt al in de wet mogelijk gemaakt. Artikel 40 lid 15 Wfsv schrijft voor dat de Belastingdienst het UWV betreft bij het toestemmingsbesluit. Beschikkingen worden genomen 'gehoord het UWV en in overeenstemming met het UWV'. Bij die afstemming kan het UWV het onderzoek doen dat het anders na het verstrekken van het toestemmingsbesluit moet verrichten. Dit kan tot gevolg hebben dat de werkgever de aanvraag voor toestemming om eigenrisicodragers te worden intrekt. Daar staat tegenover dat de werkgevers die wel eigenrisicodragers worden, wel goed zijn geïnformeerd en niet worden geconfronteerd met onverwachte toerekening, met alle gevolgen van dien (bijvoorbeeld in het uiterste geval een faillissement).

6.3.1.2 De verhouding tussen eigenrisicodragers en werknemer: publiek of privaat?

Zoals hiervoor reeds is opgemerkt beschikt de eigenrisicodragers over publiekrechtelijke bevoegdheden tegenover de uitkeringsgerechtigde, naast privaatrechtelijke bevoegdheden in het geval de werknemer nog in dienst is bij de werkgever. Deze bevoegdheden hebben deels betrekking op hetzelfde of vergelijkbare vraagstuk, namelijk re-integratie. Door het naast elkaar bestaan van de verschillende bevoegdheden kan eenvoudig onduidelijkheid ontstaan over de vraag in welke hoedanigheid de werkgever optradt bij het nemen van beslissingen. De eigenrisicodragers zal geneigd zijn om de uitkeringsgerechtigde zo veel mogelijk privaatrechtelijk aan te spreken. Dit is immers de bekende weg en borduurt voort op de rechtsbetrekking voorafgaand aan de rechtsbetrekking die ontstond toen de WGA-uitkering werd toegekend.⁴⁷

Bij de invoering van het eigenrisicodragerschap was de wetgever niet geheel blind voor complicaties die zich op dit punt konden voordoen. Voor de regering was het echter eenvoudig: de privaatrechtelijke procedures zouden gelden voor de loonbetaling bij ziekte en de publiekrechtelijke procedures voor het eigenrisicodragerschap.⁴⁸ Hiermee werd echter voorbijgegaan aan de situatie waarin de arbeidsovereenkomst nog zou voortduren. Dit is opvallend, juist omdat de wetgever van werkgever en werknemer verwacht dat de arbeidsrelatie niet wordt verbroken bij gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. De wetgever heeft dus juist een situatie gecreëerd waarin privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtsverhoudingen naast elkaar bestaan, maar lost de mogelijke complicaties daarbij niet op.

Het gevolg is onduidelijkheid over de vraag in welke hoedanigheid werknemer en werkgever elkaar tegemoet treden. De werknemer kan zich bijvoorbeeld voor de vraag gesteld zien of de werkgever zijn loon of zijn uitkering kort en de werkgever kan zich afvragen of de werknemer een beroep doet op zijn publiek- of zijn privaatrechtelijke re-integratieverantwoordelijkheid. Omdat procedures waarin een besluit van een eigenrisicodragers wordt betwist, zeldzaam zijn, kan de jurisprudentie op dit punt ook geen richting bieden.

47 Dit knelpunt is ook door andere auteurs erkend. Zie bijvoorbeeld Barentsen 2006, p. 112-114 en Klosse & Noordam 2010, p. 235.

48 *Kamerstukken I* 30 034 en 30 118, E, p. 12-13.

Beschouwing

Dat tijdens het eigenrisicodragerschap de werkgever en werknemer dubbele hoedanigheden kunnen hebben, brengt onduidelijkheid met zich mee. Het is opmerkelijk dat de wetgever de publiekrechtelijke weg in het eigenrisicodragerschap heeft opengesteld zonder bijzondere waarborgen te bieden om publiek en privaat van elkaar te scheiden.

Eén mogelijkheid om de onduidelijkheid en onzekerheid weg te nemen is vanuit de overheid informatie te verstrekken. Het UWV zou bijvoorbeeld bij de toekenning van de uitkering aan de werknemer gerichte informatie kunnen verstrekken over de veranderingen in de verhouding met zijn werkgever en de procedurele consequenties hiervan.

De onduidelijkheid over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden zou ook kunnen worden geredresseerd door de werkgever vooraf beleidsregels te laten opstellen over de wijze waarop hij als eigenrisicodragers gebruik zal maken van zijn bevoegdheden. Een dergelijke beleidsregelplicht biedt niet alleen de werknemer handvatten voor zijn omgang met zijn werkgever, maar dwingt ook de werkgever na te denken over wat zijn optreden als uitvoerder van de Wet WIA inhoudt.

De Belastingdienst zou bij de behandeling van de aanvraag kunnen controleren op de aanwezigheid van dit beleid. Het UWV zou er vervolgens eventueel op kunnen toezien dat de werkgever zich hier ook aan houdt. Een dergelijke rol voor het UWV is niet ondenkbaar. Bij het eigenrisicodragerschap in de Ziektewet gaat het UWV bijvoorbeeld ook na of de werkgever zich houdt aan eisen die aan zijn uitvoering worden gesteld. Constateert het UWV dat de werkgever tekort schiet, bijvoorbeeld wanneer hij zich niet meer laat bijstaan door een bedrijfsarts, dan kan dit er zelfs toe leiden dat het UWV het eigenrisicodragerschap op die grond beëindigt (art. 63a lid 5 ZW).⁴⁹ De beleidsregelplicht zou ook kunnen worden gehandhaafd door de bestuursrechter. Deze zou een besluit kunnen vernietigen voor zover deze niet is gebaseerd op een vastgestelde en bekendgemaakte beleidsregel.

Bij de handhaving van de beleidsregel zou ook een rol weggelegd kunnen worden voor de ondernemingsraad. De ondernemingsraad zou kunnen optreden als toezichthouder. Het beleid kan concrete aanknopingspunten bieden waaraan het optreden van de werkgever kan worden getoetst.

Wat de concrete invulling van de beleidsregels betreft, kan onderscheid worden gemaakt tussen materiële en formele aspecten. Materieel zou de werkgever bijvoorbeeld verplicht kunnen worden zijn re-integratieverantwoordelijkheid uit te werken (zie ook paragraaf 6.3.2.2). Hierbij zou bijvoorbeeld een vaste termijn kunnen worden vastgelegd voor het bespreken van het plan van aanpak. Een voorbeeld van een formele invulling van de beleidsregels is dat de werkgever vooraf in een procedurereglement de hoofdlijnen van zijn optreden als bestuursorgaan uitwerkt. Hierbij zou bijvoorbeeld in het bijzonder een antwoord kunnen worden gegeven hoe dit optreden zich verhoudt tot het eventuele voortduren van de arbeidsrelatie en de rechtsmiddelen, die hieraan verbonden zijn. Ook kan hij bepaalde personen aanwijzen die de besluiten voor hem inhoudelijk voorbereiden, bijvoorbeeld als sprake is van medische beschikkingen (zie ook paragraaf 5.2.3).

⁴⁹ Kamerstukken II 2000/01, 27873, nr. 3, p. 10.

6.3.2 Consistentie

Het eigenrisicodragerschap is zowel vanuit het civiele recht als het bestuursrecht een bijzondere rechtsfiguur. De taken en bevoegdheden van de werkgever en de rechtsbescherming tegen de uitoefening hiervan zijn weliswaar publiekrechtelijk vormgegeven, maar worden uitgeoefend door een burger (de werkgever) als bestuursorgaan. Dit vraagt om bijzondere waarborgen die enerzijds recht doen aan het privaatrechtelijke karakter van de relatie die de werkgever met zijn werknemer onderhoudt en anderzijds recht doen aan de bijzondere eisen die in het publiekrecht aan het optreden als bestuursorgaan worden gesteld. Dit is uiteindelijk de vraag naar consistentie: past deze rechtsfiguur wel in het civiele recht of bestuursrecht en waar het antwoord op deze vraag negatief luidt, is daarvoor een goede rechtvaardiging te vinden? Bij deze consistentie kan ook worden gekeken naar de verschillen en overeenkomsten tussen de uitvoering van de Wet WIA door het UWV en de eigenrisicodragers.

Vanuit het perspectief van consistentie wordt in deze paragraaf een aantal onderwerpen behandeld. Allereerst de belanghebbendheid van werknemers bij de keuze van de werkgever om eigenrisicodragers te worden (paragraaf 6.3.2.1). Vervolgens wordt nagegaan hoe de vormgeving van de re-integratietaken van de eigenrisicodragers zich verhoudt tot de bevoegdheden van het UWV (paragraaf 6.3.2.2). In paragraaf 6.3.2.3 wordt hetzelfde gedaan voor de sanctiebevoegdheid. Ook wordt ingegaan op de beperkingen die mogelijk uit het publiekrecht voortvloeien ten aanzien van de keuzevrijheid van de werkgever en werknemer om te kiezen voor de privaatrechtelijke weg (paragraaf 6.3.2.4). Daarna komen enkele dilemma's aan de orde waar de werkgever voor kan komen te staan als hij tegelijkertijd het publieke belang en zijn eigen belang behartigt (paragraaf 6.3.2.5). Een laatste knelpunt betreft het recht op privacy van de werknemer en het recht op een eerlijk proces van de werkgever (paragraaf 6.3.2.6).

6.3.2.1 De invloed van werknemers op het eigenrisicodragerschap

De werknemer ondervindt de gevolgen van de keuze van zijn werkgever om eigenrisicodragers te worden. Mocht hij onverhoopt arbeidsongeschikt raken en recht krijgen op een Wet WIA-uitkering, dan heeft hij immers te maken met zijn werkgever in plaats van het UWV. Dit leidt tot de vraag op welke manier de werknemer invloed kan uitoefenen op de keuze van de werkgever om eigenrisicodragers te worden.

Betrokkenheid via de ondernemingsraad

Allereerst kunnen werknemers mogelijk invloed uitoefenen via de ondernemingsraad. Werknemers kunnen op grond van de Wet op de ondernemingsraden via de ondernemingsraad gezamenlijk invloed uitoefenen op allerlei besluiten van de werkgever (art. 25 en 27 WOR). Wat het eigenrisicodragerschap betreft, zijn twee beslissingen van belang: het worden van eigenrisicodragers (adviesrecht) en het wijzigen van het re-integratiebeleid (instemmingsrecht).

Wordt gekeken naar de achtergrond van de medezeggenschap van de ondernemingsraad bij dit besluit, dan valt op dat het adagium 'wie betaalt, bepaalt' leidend argument was bij de keuze voor een adviesrecht en niet voor een instemmingsrecht

bij de beslissing om eigenrisicodragers te worden.⁵⁰ Een adviesrecht werd voldoende geacht, omdat het de werkgever is die de kosten van het eigenrisicodragen geheel zelf droeg. Op deze onderbouwing werd bij de invoering van het adviesrecht al kritiek geuit. Hierbij werd er onder meer op gewezen dat de grondslag onder allerlei bevoegdheden zou komen te ontvallen, als de financiële verantwoordelijkheid leidend zou zijn voor de betrokkenheid van de ondernemingsraad.⁵¹ Ongeacht de waardering van deze principiële kritiek, is vast te stellen dat de oorspronkelijke onderbouwing van de wetgever in het huidige stelsel minder overtuigend is. De reden hiervoor is dat de financiering van de arbeidsongeschiktheidsregelingen inmiddels is aangepast. Tegenwoordig is de werkgever nog wel steeds de premieplichtige, maar heeft hij de mogelijkheid de premies voor ten hoogste de helft te verhalen op de werknemer (art. 41 Wfsv).⁵² Dit betekent dat de werknemer op indirecte wijze feitelijk ook betaalt. Dit heeft echter niet geleid tot een aanpassing van de Wet op de ondernemingsraden.

Betrokkenheid via het toestemmingbesluit

Een alternatieve beïnvloedingsmogelijkheid kan worden ontleend aan het bestuursrecht. De vraag is of de werknemer als belanghebbende in bezwaar en beroep kan gaan tegen de toestemming om eigenrisicodragers te worden. Alleen voor belanghebbenden staan bezwaar en beroep tegen een besluit open (art. 7:1 en 8:1 Awb). Het toestemmingsbesluit wordt in artikel 40 lid 1 onder b Wfsv expliciet aangeduid als een voor bezwaar vatbare beschikking. Deze aanduiding hangt samen met het gesloten stelsel van rechtsbescherming in het fiscale bestuurs(proces)recht, waarin een formeel beschikkingsbegrip geldt. Dit houdt in dat, in afwijking van de Algemene wet bestuursrecht, alleen kan worden opgekomen tegen een als voor bezwaar vatbaar aangemerkte beschikking (zie art. 26 AWR).⁵³

De inpassing van de Wet financiering sociale verzekeringen in het fiscale bestuursprocesrecht is logisch voor zover het de premieheffing op grond van die wet betreft (zie art. 57 e.v. Wfsv). Premieheffing is weliswaar niet hetzelfde als belastingheffing, maar heeft hier wel veel van weg. Dat was voor de wetgever ook één van de redenen om deze taak over te hevelen van het UWV naar de Belastingdienst. Door te werken met een formeel beschikkingsbegrip wordt voorkomen dat tegen deelbeslissingen of min of meer declaratoire beslissingen bezwaar of beroep kan worden ingesteld.⁵⁴ Ook zonder de explicitering dat het een voor bezwaar vatbare beschikking is, zou de bestuursrechter overigens tot het oordeel zijn gekomen dat het om een appellabel besluit gaat. Hierbij wordt immers gekeken of een bepaalde kennisgeving materieel voldoet aan de eisen die de Algemene wet bestuursrecht hieraan stelt (art. 1:3 Awb).

Bezien vanuit het algemene bestuursrecht is het toestemmingsbesluit echter wellicht meer dan alleen een beschikking gericht aan de werkgever. Weliswaar heeft

50 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 698, nr. 3, p. 54.

51 Driessen 1997.

52 Deze mogelijkheid is in werking getreden op 1 januari 2006.

53 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 529, nr. 3, p. 16-17. Zie ook Happé e.a. 2010, p. 57-58.

54 Zie Hieltjes 1993, p. 1241-1251. Hieltjes wijst daarbij op bijvoorbeeld beslissingen omtrent de fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting of de aanwijzing als aftrekbare giften.

het toestemmingsbesluit rechtsgevolgen voor de werkgever, die immers minder premie hoeft te betalen, maar het besluit creëert ook rechtsgevolgen voor anderen, omdat de werkgever bevoegdheden krijgt en als bestuursorgaan mag opereren. In zoverre is het toestemmingsbesluit een besluit van algemene strekking, net als andere vergelijkbare besluiten waarmee bevoegdheden worden overgedragen of opgedragen, zoals mandaatsbesluiten. Van deze besluiten is al eens geconcludeerd dat deze gekwalificeerd zouden moeten worden als besluiten van algemene strekking.⁵⁵ Niet valt in te zien dat dit voor het toestemmingsbesluit, waarmee bevoegdheden worden geattribueerd, niet zou gelden.

De precieze aard van het toestemmingsbesluit is niet alleen een dogmatische kwestie, maar raakt ook de mogelijkheden van de werknemer om invloed uit te oefenen op het toestemmingsbesluit. In de eerste plaats geldt voor een besluit van algemene strekking een andere wijze van bekendmaken. Terwijl voor beschikkingen geldt dat deze alleen aan de werkgever bekend hoeven te worden gemaakt door toezending of uitreiking (art. 3:41 Awb), geldt voor andere besluiten, die niet tot één of meer belanghebbenden zijn gericht, dat deze moeten worden bekendgemaakt door publicatie in de Staatscourant (art. 3:42 Awb). De bekendmaking van een besluit is voorts van belang voor de vraag of een besluit in werking kan treden (art. 3:40 Awb).⁵⁶

Voor de bezwaar- en beroepsmogelijkheden van de werknemer is bovendien van belang of de werknemer kan worden aangemerkt als belanghebbende (art. 1:2 lid 1 Awb). In ieder geval kan worden vastgesteld dat het belang van de werknemer rechtstreeks bij het toestemmingsbesluit is betrokken.⁵⁷ Voor een werknemer betekent het besluit immers dat hij na twee jaar ziekte niet alleen met het UWV te maken heeft, maar ook met zijn (ex-)werkgever. Voor belanghebbendheid is echter ook bepalend dat het belang van de werknemer actueel is.⁵⁸ Het is de vraag of dit voor alle werknemers geldt. Elke werknemer is weliswaar verzekerd (art. 7 Wet WIA), maar zijn belang bij de uitvoeringsvorm wordt pas actueel als hij een Wet WIA-uitkering krijgt toegekend. Pas dan gaat hij de consequenties van het toestemmingsbesluit daadwerkelijk ondervinden. Zijn belang bij het toestemmingsbesluit is dus afhankelijk van onzekere, in de toekomst gelegen factoren. Hiermee zal het belang niet voldoen aan het vereiste dat het actueel is. Dit betekent dat de werknemer die weliswaar onder de personele werkings sfeer van de Wet WIA valt, maar nog niet Wet WIA-gerechtigd is, in beginsel niet ontvankelijk zal worden verklaard in zijn bezwaar.

Andersom geldt dat de werknemers aan wie al wel een uitkering is toegekend wel een actueel belang hebben, omdat zij onmiddellijk de consequenties van het besluit ondervinden. Deze werknemers zijn dus wel belanghebbende en zouden in beginsel in bezwaar kunnen gaan tegen de verlening van het toestemmingsbesluit, bijvoorbeeld omdat zij onvoldoende vertrouwen hebben in de capaciteit van de werkgever om zijn verantwoordelijkheid als eigenrisicodrager op een juiste manier in te vullen.⁵⁹

55 Zie over mandaatbesluiten: Bröring 2003 en Zijlstra e.a. 2001, p. 112.

56 Damen e.a. 2013, p. 196.

57 Damen e.a. 2013, p. 139-143.

58 Zie Damen e.a. 2013, p. 139-143.

59 De gepubliceerde jurisprudentie biedt geen voorbeelden waarin de werknemer gebruik heeft gemaakt van deze mogelijkheid.

Beschouwing

Geconstateerd is dat de werknemer op twee manieren invloed uit zou kunnen oefenen op het besluit om eigenrisicodragerschap te worden. Bezien vanuit het medezeggenschapsrecht kan worden gesteld dat het voor de hand ligt dat de ondernemingsraad in plaats van adviesrecht instemmingsrecht heeft bij de keuze om eigenrisicodragerschap te worden. Met zijn adviesrecht kan de ondernemingsraad immers geen beslissende invloed uitoefenen op de keuze voor het eigenrisicodragerschap. In de praktijk hoeft dit overigens geen probleem te zijn, omdat de ondernemingsraad wel instemmingsrecht heeft bij het re-integratiebeleid. Omdat het re-integratiebeleid in veel gevallen zal wijzigen indien de werkgever eigenrisicodragerschap wordt, kan de ondernemingsraad dus wel invloed uitoefenen. Deze beïnvloedingsmogelijkheid richt zich echter op een andere vraag, omdat het eigenrisicodragerschap dan een gegeven is. Bovendien is de ondernemingsraad, door de vormvrijheid van de re-integratietaak, afhankelijk van initiatieven van de werkgever om zijn re-integratieverantwoordelijkheid nader in te vullen.

De bestuursrechtelijke wijze om invloed uit te oefenen verloopt via bezwaar en beroep. Het toestemmingsbesluit is een appellabel besluit, waartegen werknemers als belanghebbenden in bezwaar en beroep zouden kunnen gaan. Bezien vanuit het bestuursrecht is het opmerkelijk en naar mijn oordeel onjuist dit toestemmingsbesluit alleen als beschikking aan te merken. Het gaat immers ook om een besluit van algemene strekking waarmee bevoegdheden worden toegekend. Dit heeft consequenties voor de wijze waarop het toestemmingsbesluit moet worden bekendgemaakt. Overigens wordt opgemerkt dat het de vraag is of de werknemer iets opschiet met bezwaar en beroep. Gezien de beperkte eisen die aan de toestemming worden gesteld, die voornamelijk bedoeld zijn om te verzekeren dat de uitkeringen worden betaald, kan de werknemer maar enkele gronden aandragen om de rechtmatigheid van het besluit te betwisten (zie ook paragraaf 6.2.1). Hij kan bijvoorbeeld aanvoeren dat er aan de garantieverklaring een gebrek kleeft. Andere gronden, zoals bezwaren tegen uitvoering door zijn eigen werkgever, kunnen niet leiden tot een ander besluit.

6.3.2.2 De re-integratietaak

De re-integratietaak is bij de uitvoering door het UWV en de eigenrisicodragerschap verschillend vormgegeven. Dit leidt tot inconsistenties in de Wet WIA. Bij een vergelijking van de re-integratieverantwoordelijkheden voor het UWV en de eigenrisicodragerschap valt op dat deze verschillend zijn geformuleerd. Tegenover het UWV heeft een uitkeringsgerechtigde recht op ondersteuning bij arbeidsinschakeling en de naar het oordeel van het UWV hierbij noodzakelijk geachte voorziening (art. 34 Wet WIA). Tegenover een eigenrisicodragerschap kan een uitkeringsgerechtigde aanspraak maken op bevordering van de inschakeling in de arbeid in zijn bedrijf of in het bedrijf van een andere werkgever. Hierbij moeten maatregelen worden getroffen die zijn gericht op het behoud, herstel of bevordering van de mogelijkheid tot het verrichten van arbeid (art. 42 Wet WIA). Op het eerste gezicht lijken de rechten op re-integratie te verschillen. Bij de parlementaire behandeling werd door de regering echter benadrukt dat hiermee niet een verschillende inhoud werd bedoeld.

Desalniettemin kan wel geconstateerd worden dat de re-integratierechten verschillend zijn uitgewerkt. Indien het UWV verantwoordelijk is voor de re-integratie, krijgt de werknemer een zogenoemde re-integratievisie. Het doel hiervan is dat het voor de werknemer duidelijk is welke verplichtingen en rechten aan zijn uitkering zijn verbonden.⁶⁰ De re-integratievisie van het UWV moet zo nodig worden bijgesteld (art. 39 lid 2 Wet WIA). Is de re-integratievisie voldoende geconcretiseerd, dan is hij te kwalificeren als besluit waartegen is op te komen. Een door het UWV ingeschakeld re-integratiebedrijf en de werknemer kunnen de re-integratievisie eventueel verder uitwerken in een re-integratieplan.

De re-integratie bij de eigenrisicodrager wijkt hiervan af. De eigenrisicodrager is niet verplicht een re-integratievisie op te stellen.⁶¹ De wet schrijft voor dat de eigenrisicodrager het plan van aanpak dat is opgesteld in de wachttijd voor de Wet WIA periodiek evalueert (art. 42 lid 5 Wet WIA). Dit plan van aanpak lijkt op het eerste gezicht dezelfde functie te vervullen als de re-integratievisie van het UWV. Toch ontbreken waarborgen dat de werkgever daadwerkelijk de periodieke evaluatie van het plan van aanpak voortzet. De druk om dit gedurende de loondoorbetalingsperiode te doen, namelijk het vooruitzicht van een loonsanctie, ontbreekt tijdens het eigenrisicodragerschap. Er is immers geen publieke toets die tussentijds of aan het einde van de periode van tien jaar, wanneer de verantwoordelijkheid overgaat op het UWV, plaatsvindt. De wetgever beschouwt de afwijzing van een verzoek om ondersteuning bij arbeidsinschakeling of een voorziening gericht op arbeidsinschakeling, wel als een besluit. Dat betekent dat deze met redenen moet worden omkleed en dat tegen dit besluit bezwaar en beroep openstaan.⁶²

Ongeacht de uitvoeringsvorm staat tegen alle besluiten op grond van de Wet WIA dezelfde rechtsbescherming open. Iedere uitkeringsgerechtigde kan in bezwaar en beroep gaan tegen de weigering van een uitdrukkelijk re-integratieverzoek. Procedureel bezien zijn volgens de regering de beslissingen over de inzet van re-integratie-instrumenten (art. 42 Wet WIA) en de daaraan gekoppelde bevoegdheden van de eigenrisicodrager om maatregelen op te leggen (art. 89 Wet WIA) besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht, waartegen bezwaar en beroep openstaan.⁶³ De verwachting van de wetgever was dat het uniforme wettelijke kader voor de rechtsbescherming voldoende waarborg zou bieden voor gelijke re-integratierechten. De vraag is echter of de werkgever zijn besluiten wel als zodanig vormgeeft, zodat de werknemer inderdaad in bezwaar en beroep zal kunnen gaan.

Beschouwing

De wetgever heeft expliciet overwogen dat het niet uitmaakt of de uitvoeringsvorm publiek (UWV) of privaat (werkgever als eigenrisicodrager) van aard is. Dat roept de vraag op of inderdaad sprake is van consistentie tussen de twee uitvoeringsvormen.

⁶⁰ *Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr. 3, p. 174.*

⁶¹ *Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr. 12, p. 40.*

⁶² *Kamerstukken II 2004/05, 30 034, p. 169.*

⁶³ *Kamerstukken II 2004/05, 30 034, p. 177-178.*

Uiteindelijk heeft de werknemer tegenover beide uitvoerders een gelijk of in ieder geval vergelijkbaar recht op re-integratie, dat weliswaar anders is omschreven, maar waarmee hetzelfde wordt bedoeld. Een groter verschil betreft de wijze waarop het UWV het recht op re-integratie heeft vormgegeven. Dit garandeert meer procedurele handvatten voor de werknemer. In vergelijking hiermee heeft de werknemer tegenover een eigenrisicodrager minder aanknopingspunten om zijn recht op re-integratie af te dwingen, omdat er niet altijd sprake is van een besluit dat als zodanig zal zijn vormgegeven. Daarbij is opmerkelijk en in zoverre inconsistent bezien vanuit het stelsel van sociale zekerheid, dat gedurende de eerste twee jaar van loondoorbetaling bij ziekte, wel hoge eisen zijn gesteld ten aanzien van de wijze waarop de werkgever zijn re-integratieverplichtingen heeft vormgegeven. Het niet-naleven van deze verplichtingen leidt tot een loonsanctie. Is de werkgever eigenrisicodrager, dan leidt het niet-naleven van de re-integratieverplichtingen na de twee jaar tot geen enkele publiekrechtelijke interventie.⁶⁴

Gezien het voorgaande zou het vanuit het oogpunt van toegang tot het recht wenselijk zijn om de werknemer meer procedurele mogelijkheden in handen te geven om re-integratie af te dwingen. Een werknemer moet tegenover een eigenrisicodrager een gelijke rechtsbescherming hebben als een werknemer die bij het UWV is verzekerd. Dit vergt niet alleen de mogelijkheid om op te komen tegen besluiten van de eigenrisicodrager, maar ook uitwerking van de re-integratieverplichting met bepaalde waarborgen. Eén mogelijkheid om dit te bewerkstelligen is om in de wet voor te schrijven dat de beslissingen die de eigenrisicodrager neemt in het kader van re-integratie altijd voor bezwaar vatbare beschikkingen zijn.⁶⁵ Dit zou dan in de eerste plaats gelden voor de periodieke evaluatie van het plan van aanpak. Dit zou garanderen dat elke werknemer structureel een actueel aanknopingspunt heeft om met zijn werkgever over zijn re-integratie te spreken en hier eventueel over te procederen. Het expliciet in de besluitmal gieten, inclusief een bezwaarclausule, heeft als bijkomend voordeel dat werkgever en werknemer zich bewust worden van de publiekrechtelijke dimensie van hun verhouding.⁶⁶ Dat tegen de besluiten van de eigenrisicodrager de bezwaar- en beroepsprocedure (art. 8:1 en 7:1 Awb) openstaan en tegen zijn gedragingen de klachtprocedure (art. 9:1 Awb) wordt hiermee verhelderd.⁶⁷ De werkgever zou ook kunnen worden verplicht om beleid op te stellen

64 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 118, nr. 8, p. 29.

65 Vgl. Fluit 2006.

66 Dat dit niet overbodig is, bleek bijvoorbeeld toen de zorgvuldigheid en behoorlijkheid van de werkwijze van verschillende eigenrisicodragers in de Tweede Kamer aan de kaak werd gesteld. Enkele eigenrisicodragers, waaronder Connexion, riepen (ex-)werknemers op voor 'keuringen' met een onduidelijke status, en lieten daarbij onzekerheid bestaan over de consequenties van deze onderzoeken. Bovendien mochten de (ex-)werknemers niemand meenemen naar de keuring. Dit wekt verbazing en is in ieder geval in strijd met artikel 2:1 van de Algemene wet bestuursrecht dat belanghebbenden het recht geeft om zich in het verkeer met bestuursorganen te laten bijstaan door een derde (zie *Aanhangsel Handelingen II* 2010/11, nr. 2354).

67 De wet biedt wel ruimte voor een verdere uitwerking. Op grond van artikel 42 lid 6 Wet WIA kunnen bij ministeriële regeling regels worden gesteld met betrekking tot het artikel. Van deze mogelijkheid is geen gebruik gemaakt.

over de uitoefening van zijn taken en bevoegdheden (zie hierover ook paragraaf 6.3.1.2).⁶⁸

Kortom, dat het recht op re-integratie naar zijn aard onbepaald is en het van de omstandigheden van het geval afhangt hoe de re-integratie concreet vorm moet krijgen, betekent naar mijn oordeel niet dat de wetgever werknemers geen adequate procedurele mogelijkheden moet bieden om dit recht ook daadwerkelijk te effectueren.

6.3.2.3 De sanctiebevoegdheid

Tegenover het recht op re-integratie staat een sanctiebevoegdheid van de eigenrisicodragers. De eigenrisicodragers kan bepaalde maatregelen opleggen. Hij kan de betaling van de uitkering gedeeltelijk en blijvend, geheel en tijdelijk, of gedeeltelijk en tijdelijk weigeren bij schending van verschillende verplichtingen van de werknemer (zie art. 27 tot en met 30 Wet WIA).⁶⁹ De werkgever heeft hiermee de ruimte om in het geheel af te zien van een maatregel. Verder kan worden geconstateerd dat de bevoegdheden van de eigenrisicodragers niet in alle gevallen zien op verplichtingen die specifiek zijn geschreven voor de verhouding tussen werknemer en eigenrisicodragers. Verplichtingen die de werknemer heeft tegenover het UWV om informatie te verstrekken en mee te werken aan controle zijn bijvoorbeeld via een schakelbepaling (art. 27 lid 6 Wet WIA) van overeenkomstige toepassing verklaard ten aanzien van de eigenrisicodragers 'voor zover die plichten de re-integratie betreffen'.

Ook de nadere invulling van de bevoegdheden van de eigenrisicodragers kan worden beschouwd in het licht van consistentie. Wijkt de wijze waarop de bevoegdheid van het UWV om maatregelen op te leggen is uitgewerkt in regelgeving af van de wijze waarop dezelfde bevoegdheid voor eigenrisicodragers is vormgegeven? Bij een vergelijking van de sanctiebevoegdheden van het UWV en de eigenrisicodragers valt allereerst op dat waar voor het UWV een plicht bestaat om bij bepaalde gedragingen een maatregel op te leggen (art. 88 Wet WIA), dit voor de werkgever als een bevoegdheid is geformuleerd (art. 89 Wet WIA). Verder geldt voor de afstemming van de maatregel dat daar voor het UWV nadere regels over worden gesteld bij of krachtens algemene maatregel van bestuur (art. 90 lid 3 Wet WIA). Dit is niet geformuleerd als een mogelijkheid. De tekst van artikel 90 lid 3 lijkt er op te duiden dat dit ook geldt voor de bevoegdheid van de eigenrisicodragers, omdat er ook wordt

68 Ook in de evaluatie van de Wet WIA werd als aandachtspunt meegegeven dat meer duidelijkheid moest komen over wat de re-integratieverantwoordelijkheid van eigenrisicodragers inhoudt (zie *Kamerstukken II 2010/11*, 32 716, nr. 1, p. 11-12). Ook vanuit de praktijk wordt hier om geroepen. Zo deed de beroepsvereniging van arbeidsdeskundigen, de NVvA, in reactie op de Wet WIA-evaluatie de oproep om bij organisaties die eigenrisicodragers worden direct bij aanvang een ZBO-reglement op te stellen. Een arbeidsdeskundige zou optimaal functioneren als onafhankelijke beoordelaar en adviseur als werkgever en werknemer vooraf samen de kaders hebben vastgesteld (Zie NVvA, *WIA-evaluatie: van compensatie naar participatie*, 2011).

69 Artikel 27 lid 2, lid 4 en lid 6 Wet WIA, art. 28 lid 1 Wet WIA, art. 29 Wet WIA en art. 30 Wet WIA. Het gaat om een informatieplicht en een plicht om mee te werken aan controle, plichten te voorkomen van ontstaan en bestaan van recht op een Wet WIA-uitkering, plichten tot vergroten van mogelijkheden tot verrichten van arbeid en plichten gericht op inschakeling in de arbeid.

verwezen naar de bepaling waarin de maatregelen van de eigenrisicodragers staan vermeld. Daarnaast is bepaald dat er bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels kunnen worden gesteld over de bevoegdheid van de eigenrisicodragers (art. 89 lid 5 Wet WIA).

Wordt gekeken of gebruik is gemaakt van deze grondslagen voor nadere regelgeving, dan valt op dat dit alleen is gebeurd voor de bevoegdheden van het UWV. Voor de bevoegdheid om maatregelen op te leggen is dit voor het UWV uitgewerkt in het Maatregelenbesluit socialezekerheidswetten. Deze algemene maatregel van bestuur geeft voor de Wet WIA nadere invulling onder welke omstandigheden een maatregel moet volgen.⁷⁰ Verder heeft het UWV voor de uitoefening van zijn bevoegdheid een beleidsregel opgesteld, de Beleidsregel maatregelen UWV.⁷¹ Deze lagere regelgeving is niet van toepassing op eigenrisicodragers. Of dergelijke nadere regels er zijn (vergelijkbaar met het Maatregelenbesluit socialezekerheidswetten en de Beleidsregel maatregelen UWV), hangt dus af van de opstelling van de eigenrisicodragers.⁷²

Beschouwing

Zoals meermalen opgemerkt verwachtte de wetgever dat de uitvoeringsvorm (UWV of eigenrisicodragers) niet uit zou maken. Dat veronderstelt dat de wijze waarop het UWV de sanctiebevoegdheid vormgeeft vergelijkbaar is met de wijze waarop een eigenrisicodragers deze bevoegdheid vormgeeft. Geconstateerd is dat deze consistentie ontbreekt. Werknemers die onder de uitvoering van het UWV vallen, hebben hierover wel duidelijkheid in nadere regels, maar bij een werkgever die optreedt als bestuursorgaan ontbreken dergelijke regels. Terwijl juist bij deze bestuursorganen dergelijke regels een toegevoegde waarde hebben, omdat zonder nadere regels niet valt te toetsen in hoeverre de werkgever op een consistente wijze gebruik maakt van zijn sanctiebevoegdheid.

In dit verband kan ook worden gewezen op de overwegingen in de toelichting bij het Maatregelenbesluit socialezekerheidswetten. Hierin werd ten aanzien van het UWV gesteld dat door nadere regels in een beleidsregel vast te leggen een inzichtelijk, kenbaar en gemotiveerd uitvoeringsbeleid zou kunnen worden gevoerd.⁷³ Voor een eigenrisicodragers zou dit niet anders moeten zijn. In zijn algemeenheid zal echter de eigenrisicodragers niet geneigd zijn om dezelfde aandacht te schenken aan de bevoegdheid om maatregelen op te leggen, al was het maar omdat dit voor hem een nevenactiviteit is en ziet op de uitoefening van een voor hem ongewone taak (namelijk als bestuursorgaan).

Het ontbreken van regels heeft verschillende nadelen. Aan de ene kant tast dit de rechtszekerheid van de werknemer aan en kan de eigenrisicodragers willekeurig gebruik maken van zijn bevoegdheid om hem te sanctioneren. Aan de andere kant leidt het ontbreken van regels tot onzekerheid bij de eigenrisicodragers; deze weet immers niet welke sancties dienen te volgen bij sanctiewaardig gedrag. Weliswaar

70 *Stb.* 2007, 304, laatstelijk gewijzigd op 29 december 2008, *Stb.* 2008, 597.

71 *Stcrt.* 2008, 80, laatstelijk gewijzigd op 19 april 2011, *Stcrt.* 2011, 12553.

72 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 034, nr. 3, p. 208.

73 *Stb.* 2007, 304, p. 10.

heeft de wetgever de mogelijkheid van nadere regels open gehouden voor het geval uit de jurisprudentie zou volgen dat voor de uitoefening van de bevoegdheid ook nadere regels moeten worden gesteld door de eigenrisicodrager, bijvoorbeeld over de maximumhoogte van de korting van de uitkering. Van een dergelijke behoefte is echter nog niet gebleken, ook al omdat rechterlijke procedures grotendeels zijn uitgebleven.⁷⁴

6.3.2.4 De keuzeruimte van de werkgever

In het geval de arbeidsovereenkomst voortduurt, heeft de eigenrisicodrager een dubbele hoedanigheid. Hij zou in beginsel de uitkeringsgerechtigde zowel publiek- als privaatrechtelijk kunnen aanspreken. Het is echter de vraag of hij hierbij wel een keuze heeft. Het handelen van bestuursorganen wordt genormeerd door het bestuursrecht (zie art. 3:1 lid 2 Awb en art. 3:14 BW).⁷⁵ Dit betekent bijvoorbeeld dat een bestuursorgaan die een overeenkomst sluit hierbij ook acht moet slaan op algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit ligt echter gecompliceerder bij een eigenrisicodrager. Deze is immers alleen bestuursorgaan voor zover hij uitoefening geeft aan bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheden. Het is de vraag in hoeverre hij bij zijn overige civielrechtelijke optreden gehouden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor zover de aard van de handelingen zich daartegen niet verzet. Het ligt wat dit betreft in ieder geval voor de hand om bij het optreden in het kader van de re-integratie ook de publiekrechtelijke normen te betrekken.

Een hieraan voorafgaande vraag is of de eigenrisicodrager überhaupt mag kiezen voor de privaatrechtelijke weg. Voor bestuursorganen die voor de keuze staan voor de publiek- of privaatrechtelijke weg heeft de Hoge Raad in het Windmill-arrest aanknopingspunten geboden.⁷⁶ In dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een bestuursorgaan alleen kan kiezen voor het gebruik van privaatrechtelijke bevoegdheden, indien de publiekrechtelijke regeling het gebruik hiervan niet uitsluit. Het gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheden moet die regeling bovendien niet op onaanvaardbare wijze doorkruisen. Relevant daarbij zijn de inhoud en strekking van de publiekrechtelijke regeling, en de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van de burgers zijn beschermd. Van belang is voorts of het bestuursorgaan door gebruikmaking van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid. De Hoge Raad ziet in dit laatste een belangrijke aanwijzing dat geen plaats is voor de privaatrechtelijke weg.⁷⁷

Toegepast op de eigenrisicodrager zou deze zogenoemde tweewegenleer tot de conclusie leiden dat de werkgever in beginsel gebruik moet maken van zijn publiekrechtelijke bevoegdheden in het kader van de re-integratie. Wat de inhoud en strekking van de Wet WIA betreft, heeft de wetgever in ieder geval uitdrukkelijk

74 Zie Veerman 2011.

75 Voor de volledigheid is de Raad van Bestuur binnen de rechtspersoon het UWV het bestuursorgaan dat is bekleed met de bestuursrechtelijke taken en bevoegdheden. Treedt het UWV civielrechtelijk op, dan gebeurt dit door de rechtspersoon zelf.

76 HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393, i.h.b. r.o. 3.2.

77 Zie Damen 2013, p. 595-597.

gesteld dat de eigenrisicodragers alleen gebruik mag maken van bestuursrechtelijke bevoegdheden.⁷⁸ Bovendien kan een eigenrisicodragers via de bestuursrechtelijke weg een vergelijkbaar resultaat bereiken, in ieder geval voor wat betreft het afdwingen van re-integratieverplichtingen die op de werknemers rusten. Voor de eigenrisicodragers geldt dan dat hij zijn optreden rond re-integratie zoveel mogelijk in een bestuursrechtelijke mal zal moeten gieten. Beslissingen rondom re-integratie zijn in beginsel besluiten, waartegen de werknemers in bezwaar kan komen.⁷⁹ Dit dient bovendien te worden gefaciliteerd met een bezwaarclausule.

Het voorgaande neemt niet weg dat bij veel handelingen die de eigenrisicodragers verricht pas achteraf kan vastgesteld of deze zijn verricht in de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden dan wel in de hoedanigheid van werkgever. Vaak zal de eigenrisicodragers zelf niet eens weten over welke bevoegdheden hij beschikt, laat staan dat in de verhouding tussen de eigenrisicodragers en de uitkeringsgerechtigde duidelijk wordt in welke hoedanigheid de beslissingen zijn genomen. Deze onduidelijkheid kan verklaren waarom zich nauwelijks bestuursrechtelijke geschillen voordoen tussen eigenrisicodragers en hun werknemers.⁸⁰ Wat de sanctiebevoegdheid betreft, worden bijvoorbeeld naar schatting jaarlijks maximaal 200 maatregelen opgelegd binnen een groep die in 2010 een omvang had van 9.400 werknemers.⁸¹ Over het aantal besluiten in het kader van de algemene re-integratieverantwoordelijkheid zijn geen cijfers bekend. Het lijkt in ieder geval onwaarschijnlijk dat de uitoefening van deze taken en bevoegdheden nooit tot een geschil heeft geleid. Waarschijnlijker is dat partijen gewoon niet weten welke procedures tegen welke beslissingen moeten worden gevolgd.

Beschouwing

Gedurende het eigenrisicodragerschap kan de eigenrisicodragers zowel publiek- als privaatrechtelijke bevoegdheden hebben. Uit de tweewegenleer die voor bestuursorganen aanknopingspunten biedt hoe om te gaan met deze keuzeruimte, volgt naar mijn oordeel dat de eigenrisicodragers voorrang moet geven aan de publiekrechtelijke weg. Ook wanneer de eigenrisicodragers toch privaatrechtelijk optreedt in de sfeer van re-integratie tegenover de uitkeringsgerechtigde zou dit in zekere mate genormeerd moeten blijven door het publiekrecht. Dit betekent dat de civiele rechter zijn handelen in een eventuele procedure zou kunnen toetsen aan bestuursrechtelijke normen.

Probleem blijft hierbij dat de werkgever hiervan in de meeste gevallen niet bewust zal zijn. Hij is immers gewend om civielrechtelijk te denken. De aanbeveling om de werkgever van te voren beleid te laten opstellen (zie paragraaf 6.3.1.2) zou hieraan

⁷⁸ *Kamerstukken I* 2004/05, 30 034 en 30 118, E, p. 12-13.

⁷⁹ Dit is overigens maar een gedeeltelijke oplossing van het probleem van de vermengde jurisdicties. Fluit wijst erop dat voor de werknemers de beperking van de tweewegenleer niet geldt en verwacht dat een civielrechtelijke procedure op grond van artikel 7:658a BW en artikel 7:628 BW in de praktijk wellicht de voorkeur zal hebben van de werknemers, omdat deze daarbij ook de mogelijkheid heeft om loon te vorderen (zie Fluit 2006, paragraaf 2.5).

⁸⁰ Voor het kabinet is dit aanleiding om op dit punt geen wijzigingen aan te brengen. Er zouden geen aanwijzingen zijn dat eigenrisicodragers veelvuldig of op oneigenlijke gronden sanctioneren.

⁸¹ Veerman 2011.

ook een bijdrage kunnen leveren door de eigenrisicodragers bewust te maken van de eisen die voor hem uit het publiekrecht voortvloeien.

6.3.2.5 Toezicht op het publieke belang

Bij het eigenrisicodragerschap hoort dat de werkgever wordt bekleed met openbaar gezag en optreedt als bestuursorgaan.⁸² Bij de uitoefening van de taken en bevoegdheden wordt de werkgever aangemerkt als b-orgaan (art. 1:1 lid 1 onder b Awb). De werkgever behoort immers niet tot een publiekrechtelijke rechtspersoon, maar is wel met openbaar gezag bekleed, omdat hij publiekrechtelijke bevoegdheden kan uitoefenen. De besluiten bij de uitvoering van de Wet WIA moet de eigenrisicodragers nemen binnen de kaders van het algemene bestuursrecht.

Een inherent probleem hierbij is dat de werkgever die optreedt als bestuursorgaan een duidelijk eigenbelang heeft als werkgever, terwijl hij aan de andere kant een publieke taak uitvoert die zonder vooringenomenheid dient te worden vervuld. Deze plicht vloeit voort uit artikel 2:4 Awb: bestuursorganen dienen ervoor te waken dat tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang bij een besluit hebben, de besluitvorming beïnvloeden.

Nu loopt de behartiging van het eigenbelang niet per definitie parallel aan het publieke belang waarvoor de bestuursbevoegdheden zijn toegekend.⁸³ Zo is denkbaar dat bij de uitoefening van de re-integratietaken het eigenbelang om de kosten te beperken het publieke belang van re-integratie van de werknemer overschaduwde (zie ook paragraaf 6.3.2.2).⁸⁴ Concreet gaat het erom dat een eigenrisicodragers een kosten-batenafweging kan maken en tot de conclusie kan komen dat investeren in re-integratie kostbaarder is dan het doorbetalen van de uitkering.⁸⁵ Kortom, het verbod op vooringenomenheid is niet goed te verwezenlijken. Zelfs als de werkgever in staat is om zijn private belang op evenwichtige wijze af te wegen tegenover het publieke belang, blijft de schijn van partijdigheid overeind.

Voorts impliceren de algemene bepalingen van de Awb dat de werkgever de besluitvorming en de rechtsbescherming hiertegen zo moet inrichten dat

82 Zie anders Roozendaal 2006, p. 238-240, die stelt dat de werkgever geen bestuursorgaan is omdat geen sprake is van publiekrechtelijke bevoegdheden. Gelijksortige bevoegdheden zijn te vinden in het Burgerlijk Wetboek. Het ligt volgens haar meer voor de hand dat werkgever en werknemer zich tot de civiele rechter wenden met een nakomingsactie.

83 Vgl. Roozendaal 2006, p. 240, Marseille & Van Wolde 2006.

84 Vanuit zijn belang als ondernemer kan de werkgever juist besluiten geen ondersteuning te geven, indien zijn inschatting van het verwachte rendement uit een oogpunt van schadelastbeperking lager uitvalt dan het voortzetten van de vervolguitkering. Om hiervan een idee te geven: de kosten van de vervolguitkering bedragen ongeveer € 10.000,- per jaar en re-integratietrajecten kunnen in de duizenden euro's lopen. Door de uitkeringsstructuur is het in de eerste plaats het UWV die van een geslaagde re-integratie profiteert, omdat die een lagere loonaanvulling moet betalen. Bovendien voelt de werkgever de gevolgen van een geslaagde re-integratie niet direct. Het is in de eerste plaats de verzekeraar die profiteert.

85 Dit punt werd ook aangestipt bij de parlementaire behandeling van de Wet WIA. Er werd op gewezen dat het voor sommige werkgevers goedkoper zou zijn om werknemers met een kleine vervolguitkering naar huis te sturen dan hen na een aanpassing van de arbeidsorganisatie in dienst te nemen. Hierbij werd niet alleen gewezen op de uitkeringskosten, maar ook de moeite, tijd en energie om iemand met een arbeidshandicap in de organisatie op te nemen. Zie *Handelingen II* 2004/05, p. 97-5866.

belangenconflicten hierbij zo veel mogelijk worden vermeden. Dit uitgangspunt is echter verder voor de eigenrisicodragers niet geëxpliciteerd of gewaarborgd in bijzondere regels. Dit is opmerkelijk, zeker in vergelijking met de eisen die worden gesteld aan vergelijkbare bestuursorganen. Voor privaatrechtelijk vormgegeven bestuursorganen die vallen onder de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen is bijvoorbeeld voorzien in regels over de inrichting van zelfstandig bestuursorganen. In deze wet worden bijzondere eisen gesteld aan private rechtspersonen die optreden als bestuursorgaan. Uitgangspunt is dat zelfstandige bestuursorganen publiekrechtelijk zijn, maar dat een privaatrechtelijke vormgeving mogelijk is indien 'dit bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang'. Dit vereist dan wel dat er voldoende waarborgen zijn dat de uitoefening ervan onafhankelijk van de overige bestaande en toekomstige werkzaamheden van die organisatie kan geschieden (art. 4 Kzbo). Hiermee wordt gewaakt tegen een vermenging van bevoegdheden.

Omdat eigenrisicodragers in de regel worden aangeduid als zelfstandig bestuursorgaan (ZBO), zou de indruk kunnen ontstaan dat zij onder de kaderwet vallen en hierin neergelegde eisen ook voor hen gelden.⁸⁶ In de kaderwet wordt een zelfstandig bestuursorgaan echter specifiek omschreven als een bestuursorgaan van de centrale overheid dat bij wet, algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling met openbaar gezag is bekleed en niet hiërarchisch ondergeschikt is aan een minister (art. 1 Kzbo). Een eigenrisicodrager past slechts gedeeltelijk in deze omschrijving. Weliswaar ontleent de werkgever nadat hem toestemming is verleend om zijn eigen risico te dragen aan de Wet WIA publiekrechtelijke bevoegdheden. Het is echter de vraag of hij is aan te merken als 'bestuursorgaan van de centrale overheid'. Een belangrijke aanwijzing dat eigenrisicodragers niet als zelfstandig bestuursorgaan worden aangemerkt is in ieder geval dat zij niet worden genoemd in het aan de wet verbonden register. Door de eigenrisicodrager steevast als ZBO aan te duiden, wordt kennelijk benadrukt dat het om een zelfstandig optredend bestuursorgaan gaat.

Een ander voorbeeld van een als bestuursorgaan optredend natuurlijk persoon of privaatrechtelijke rechtspersoon waarbij bijzondere regels gelden, is een APK-keurder. APK-keurders vallen net als eigenrisicodragers buiten het toepassingsbereik van de Kzbo, maar voor hen zijn wel andere bijzondere regels opgesteld. Dit is onder meer gebeurd om hun onafhankelijkheid en onpartijdigheid zo veel mogelijk zeker te stellen.⁸⁷ Bovendien bestaat toezicht op de APK-keurders. Blijkt dat keurders hun eigenbelang laten prevaleren in de zin van artikel 2:4 Awb door bijvoorbeeld een keuringsbewijs af te geven, terwijl het voertuig niet aan de gestelde eisen voldoet, dan wordt hun erkenning ingetrokken.⁸⁸

86 Eigenrisicodragers worden onder meer in parlementaire geschiedenis en de literatuur als zelfstandig bestuursorgaan aangeduid. Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II* 2010/11, 32 716, p. 9. Zie bijvoorbeeld Veerman 2011, p. 13 e.v. In Klosse & Noordam 2010 wordt de term 'zelfstandig bestuursorgaan' niet meer gebezigd.

87 APK-keurders zijn in het ZBO-register geclusterd opgenomen onder de Erkenninghouders Algemene Periodieke Keuring (APK), waarbij is aangegeven dat de namen van alle APK stations in Nederland niet zijn opgenomen. Bovendien is uitdrukkelijk aangegeven dat de Kaderwet ZBO niet van toepassing is. Zie voor het ZBO-register <http://almanak.zboregister.overheid.nl/>.

88 Zie art. 82, 83, 86 en 87 Wegenverkeerswet 1994 en de Regeling erkenning en keuringsbevoegdheid APK.

Beschouwing

De werkgever kan optreden als bestuursorgaan zonder dat bijzondere voorzieningen zijn getroffen om belangenconflicten te vermijden. Dit is inconsistent ten opzichte van andere private bestuursorganen. Naar mijn mening behoort bij het van toepassing verklaren van het bestuurs(proces)recht ook dat dezelfde waarborgen van toepassing zijn. Juist bij het optreden van de eigenrisicodrager, voor wie het optreden als bestuursorgaan een nevenfunctie is, zijn deze waarborgen op hun plaats.

Vergelijkbare waarborgen zouden bijvoorbeeld kunnen worden ingevoerd door de werkgever in een procedurereglement uitdrukkelijk stil te laten staan bij de vraag hoe hij omgaat met het verbod van vooringenomenheid (zie ook paragraaf 6.3.2.2). Hij kan bijvoorbeeld binnen zijn organisatie een persoon aanwijzen die wordt belast met de taak om hem vanuit een onafhankelijke positie te adviseren over besluiten in het kader van de re-integratie of die besluiten namens hem neemt.⁸⁹

6.3.2.6 Privacy bij het eigenrisicodragerschap

Een complicatie die inherent is aan de huidige sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid is de bescherming van de privacy van de werknemer enerzijds en het recht van de werkgever om zijn rechten en plichten vast te stellen anderzijds (zie ook paragraaf 4.3.2.3). Deze complicatie doet zich ook voor bij het eigenrisicodragerschap in de Wet WIA. Hier is niet zozeer de consistentie tussen algemeen en bijzonder of tussen publiek en privaat in het geding, maar de interne consistentie van het gehele stelsel. Het is immers opmerkelijk en in zoverre inconsistent dat de wetgever in de voorgaande periode in meer of mindere mate heeft stilgestaan bij het belang van privacy, terwijl in de fase waarin de werknemer afhankelijk is van de eigenrisicodrager er in het geheel geen bijzondere waarborgen bestaan.

Zoals eerder uiteengezet, bestaan in de fase voorafgaand aan de toekenning van de WGA-uitkering bijzondere waarborgen die de privacy van de werknemer beschermen. Zo schrijft de wet voor dat de werkgever zich laat bijstaan door een bedrijfsarts. Verder hoeft de werknemer geen medische gegevens aan de werkgever te verstrekken en de werkgever mag hier zelfs niet naar vragen. Indien de werkgever een medisch oordeel wil, kan hij zijn bedrijfsarts inschakelen. Dit is onder meer neergelegd in de Arbowet (zie ook paragraaf 4.2.2). Indien de WGA-uitkering is toegekend en de eigenrisicodrager verantwoordelijk wordt voor de uitkering en de re-integratie, vervallen veel van deze waarborgen.⁹⁰ De regels uit de Arbowet zijn immers alleen van toepassing indien er nog een dienstbetrekking bestaat. Hier hoeft bij het eigenrisicodragerschap geen sprake van te zijn. Bovendien gaat de verplichte inschakeling van de bedrijfsarts niet over de publiekrechtelijke verhouding tussen eigenrisicodrager en werknemer. De Arbowet bevat althans geen specifieke bepalingen over verplichte bijstand voor de eigenrisicodrager. Ook de Wet WIA zwijgt hierover.

Dat geen bijzondere voorzieningen zijn getroffen, neemt niet weg dat de algemene regels over privacybescherming wel blijven gelden. Er worden immers medische

89 Hierbij kan bijvoorbeeld worden gekozen voor een constructie naar analogie van de privacy officer in de Wet bescherming persoonsgegevens (art. 62 Wbp).

90 Zie ook Fluit 2005.

persoonsgegevens verwerkt. Volgens de Wet bescherming persoonsgegevens is dit in beginsel verboden, tenzij de persoon die de gegevens verwerkt tot geheimhouding is verplicht. Volgens deze regels kan de werkgever toch zijn aangewezen op de bedrijfsarts om ten volle gebruik te kunnen maken van de mogelijkheden die de Wet WIA hem biedt. Dit was ook de redenering van de wetgever. Aangegeven werd dat het waarschijnlijk leek dat de eigenrisicodragers ook in de periode van betaling van de Wet WIA-uitkering de bijstand door de bedrijfsarts zou voortzetten, bijvoorbeeld in het belang van de verwerking van medische gegevens.⁹¹

Dat de werkgever een bedrijfsarts inschakelt, ligt voor de hand. Ook gedurende het eigenrisicodragerschap blijven medische gegevens immers nodig om vast te kunnen stellen of de werknemer zich voldoende inspant voor de re-integratie. Zonder enige toegang tot medische gegevens, kan de eigenrisicodragers zijn verantwoordelijkheid voor de re-integratie moeilijk invullen. Het ligt in de rede dat ook in deze fase de toegang van de werkgever tot deze gevoelige gegevens verloopt via de bedrijfsarts, die gebonden is door zijn beroepsgeheim (zie ook paragraaf 4.3.2.3).

Of de werkgever en de werknemer zich ook ten volle bewust zijn van de gelding van de algemene privacyregels nu hier in de Wet WIA niet naar wordt verwezen, is echter maar de vraag. Het is niet ondenkbaar dat de werkgever ten onrechte meent dat hij als bestuursorgaan dezelfde toegang heeft tot de medische gegevens als het UWV. De werknemer kan ook denken dat hij meer moet prijsgeven dan de wet voorschrijft omdat zijn werkgever nu optreedt als bestuursorgaan. Tegenover het UWV moet hij immers ook volledige openheid geven.

De formulering van zijn verplichtingen tegenover de eigenrisicodragers in de Wet WIA draagt er niet aan bij om een eventuele verkeerde indruk weg te nemen gezien de onvoorwaardelijke bewoordingen. Dit is niet vreemd als bedacht wordt dat de bepalingen primair zijn opgesteld voor de verhouding tussen werknemer en het UWV. Zo moet de werknemer meewerken aan een onderzoek door het UWV of een door het UWV aangewezen persoon (art. 27 lid 2 onder c Wet WIA). Op grond van de schakelbepaling moet voor zover die verplichtingen de re-integratie betreffen voor UWV de werkgever worden gelezen (art. 27 lid 6 Wet WIA).

Bij het voorgaande moet voor ogen worden gehouden dat het verstrekken van privacygevoelige gegevens aan het UWV voor de werknemer minder bezwarend is dan het verstrekken van dezelfde gegevens aan zijn eigen werkgever. Door de onvoorwaardelijke formulering van de bepalingen in de Wet WIA zou de verkeerde indruk kunnen ontstaan dat de eigenrisicodragers volledige openheid moet worden gegeven over alle gegevens met betrekking tot de re-integratie, of die nu wel of niet medisch van aard zijn. Hiermee kan gemakkelijk voorbij worden gegaan aan de algemene regeling van de Wet bescherming persoonsgegevens.

Beschouwing

De afwezigheid van specifieke waarborgen voor de verhouding tussen het fundamentele belang van privacy van de werknemer en het belang van de werkgever om zijn rechtspositie vast te stellen is in strijd met de consistentie van het stelsel. Waar voor

⁹¹ *Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr. 3, p. 178.*

de afweging van deze belangen in de voorafgaande fasen nog in meer of mindere mate bijzondere waarborgen gelden, ontbreken deze in het geheel gedurende het eigenrisicodragerschap. Van werkgever en werknemer wordt verwacht dat zij uit het complex van wet- en regelgeving afleiden dat de werkgever zich wat de medische gegevens betreft moet laten bijstaan door een bedrijfsarts.

Dat bijzondere waarborgen ontbreken is opmerkelijk, omdat de situatie niet wezenlijk verschilt van de voorgaande fase van loondoorbetaling. Of de werkgever nu verplicht is tot loondoorbetaling bij ziekte op grond van het BW of verantwoordelijkheid draagt voor de uitvoering van de Wet WIA, in beide gevallen is sprake van een vorm van eigenrisicodragerschap. Hierbij gaat het er steeds om dat de werkgever inzage moet hebben in bepaalde gegevens over zijn werknemer en dat de werknemer recht heeft om zijn persoonlijke medische gegevens voor zichzelf te houden. Deze twee rechten moeten in evenwicht zijn.

Het is denkbaar dat juist door de onduidelijkheid de privacy (bewust of onbewust) wordt geschonden. De praktijk toont in ieder geval aan dat privacyschendingen in de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid geen ongewoon verschijnsel zijn. Impliciete regelgeving, waarbij werkgever en werknemer uit een complex van regelgeving zelf moeten proberen hun precieze rechtspositie af te leiden, draagt niet bij aan het voorkomen hiervan. Ook het via schakelbepalingen van overeenkomstige toepassing verklaren van verplichtingen die de werknemer tegenover het UWV heeft, doet naar mijn mening onvoldoende recht aan de bijzondere verhouding tussen werkgever en werknemer. Deze verschilt immers wezenlijk van de verhouding tussen overheid en werknemer. Mijns inziens is het daarom nodig om de privacyaspecten zo veel mogelijk te expliciteren, zodat hier vooraf duidelijk over bestaat en geen misverstanden ontstaan. De grote vormvrijheid die het eigenrisicodragerschap kenmerkt, behoort niet het evenwicht tussen de privacy van de werknemer en het belang van de werkgever om zijn taken en bevoegdheden op adequate wijze uit te oefenen, te ondergraven.

6.3.3 Finaliteit

Het eigenrisicodragerschap brengt met zich mee dat de verantwoordelijkheden bij de uitvoering van de Wet WIA zijn verdeeld over twee bestuursorganen. Het is niet uitgesloten dat over deze verantwoordelijkheidsverdeling geschillen ontstaan tussen beide uitvoerders, wat ook gevolgen kan hebben voor de werknemer als derde partij. De vormgeving van het stelsel raakt niet alleen de werkgever, maar hiermee ook indirect de werknemer. Formeel is zijn werkgever ook gedurende geschillen de uitvoerder. In de praktijk zal de eigenrisicodragers die zijn verantwoordelijkheid betwist echter geen prioriteit geven aan zijn re-integratietaken. De uitkering is verzekerd, maar dat is niet alles. Dit knelt des te meer in samenhang met het eerder geconstateerde gebrek aan procedurele aanknopingspunten voor de werknemer om op te komen tegen tekortkomingen in de re-integratie (zie paragraaf 6.3.2.2). Het eigenrisicodragerschap heeft wat dat betreft dus bijzondere consequenties voor de finaliteit van geschillen.

In deze paragraaf wordt het aspect van finaliteit onderzocht door enkele knelpunten langs te lopen. Dit wordt uitgewerkt door te kijken naar twee onderwerpen: gefragmenteerde besluitvorming en de afwikkeling van onrechtmatige besluiten.

6.3.3.1 Gefragmenteerde besluitvorming

Een werkgever die kiest voor het eigenrisicodragerschap heeft te maken met verschillende besluiten. Na het toestemmingsbesluit van de Belastingdienst volgen nog het toerekenings- en het verhaalsbesluit van het UWV. Deze besluitvorming brengt met zich dat de werkgever kan kiezen voor het eigenrisicodragerschap zonder dat duidelijk is wat dit precies inhoudt (zie ook paragraaf 6.3.1.1).

De gefragmenteerde besluitvorming die verdeeld is over verschillende bestuursorganen brengt met zich dat de werkgever in een procedure tegen één besluit niet kan krijgen wat hij beoogt. Omdat bij elk besluit een deelaspect van het eigenrisicodragerschap wordt bepaald en de besluiten bovendien op elkaar voortbouwen, moet de werkgever op het juiste moment tegen het juiste besluit opkomen.

Het moment dat de werkgever zal willen terugkomen op zijn keuze om eigenrisicodragers te worden, zal doorgaans pas liggen nadat het toerekeningsbesluit van het UWV is genomen. Met het toerekeningsbesluit en de daarop volgende verhaalsbesluiten worden immers concrete gevolgen verbonden aan het eigenrisicodragerschap. Het toestemmingsbesluit van de Belastingdienst zal dan echter in het algemeen door het verstrijken van de termijnen om er tegen op te komen formele rechtskracht hebben gekregen. Op dat moment is het toestemmingsbesluit onherroepelijk geworden.⁹²

Een beroepsgrond die wel wordt aangetroffen in de jurisprudentie is dat de werkgever bij het toerekeningsbesluit aanvoert in het geheel geen toestemmingsbesluit te hebben ontvangen.⁹³ Door de werkgever wordt dan gesteld dat het toestemmingsbesluit daardoor niet is bekendgemaakt en niet in werking is getreden (art. 3:40 en art. 3:41 Awb). Deze beroepsgrond heeft echter nauwelijks kans van slagen.⁹⁴ Aan de ontkenning van de ontvangst van een besluit worden in de jurisprudentie hoge eisen gesteld.⁹⁵ Heeft de werkgever bijvoorbeeld handelingen verricht of informatie gevraagd waaruit kan worden afgeleid dat hij op de hoogte was, dan wordt aangenomen dat hij het besluit heeft ontvangen. Dit geldt zelfs in gevallen waarin deze vergewisplicht van de werkgever mocht worden verwacht. Voorts heeft bezwaar tegen het toestemmingsbesluit waarschijnlijk weinig zin. De Centrale Raad van Beroep heeft namelijk bepaald dat de wet geen aanknopingspunten biedt dat de

92 De werkgever krijgt binnen drie maanden na het toestemmingsbesluit een vooraankondiging met een overzicht van de lopende uitkeringen en re-integratietrajecten. Vervolgens krijgt hij zes weken de tijd om hierop te reageren, waarna het definitieve toerekeningsbesluit wordt genomen. Zie voor informatie hierover www.uwv.nl.

93 Zie bijvoorbeeld CRvB 8 mei 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI4660, AB 2009, 315, m.nt. A. Tollenaar.

94 Annotator Tollenaar wijst erop dat de CRvB eigenlijk een 'rappelplicht' voor de werkgever introduceert om de geloofwaardigheid bij de ontkenning van ontvangst van het besluit op aanvraag niet in gevaar te brengen. CRvB 8 mei 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI4660, AB 2009, 315, m.nt. A. Tollenaar.

95 Vgl. CRvB 16 december 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BG7243, AB 2009, 314, m.nt. A. Tollenaar.

aanvraag van het toestemmingsbesluit onder dit soort omstandigheden nog in bezwaar zou mogen worden ingetrokken.⁹⁶ Is eenmaal voldaan aan de wettelijke voorwaarden, dan is het eigenrisicodragerschap een gegeven. Alleen indien iets schort aan bijvoorbeeld de garantieverklaring ligt dit anders.

Een andere mogelijkheid om onder de gevolgen van het toestemmingsbesluit uit te komen, is in bezwaar gaan tegen het toerekenings- of verhaalsbesluit van het UWV. In het geval het toestemmingsbesluit onherroepelijk geworden, is het UWV echter op grond van een dwingendrechtelijke bepaling (art. 83 lid 3 Wet WIA) gehouden betaalde uitkeringen te verhalen. Ook als de werkgever in een procedure tegen het toerekeningsbesluit of een verhaalsbesluit aanvoert dat hij nooit eigenrisicodragerschap zou zijn geworden als hij had geweten wat het eigenrisicodragerschap precies zou inhouden, helpt dit hem niet. Het is vaste rechtspraak dat het de eigen verantwoordelijkheid is van de werkgever om vast te stellen wat onder zijn eigen risico valt. In procedures tegen deze besluiten kan de werkgever alleen opkomen tegen fouten in de toerekening of het verhaal. De Centrale Raad van Beroep ziet in het 'gefaseerde' besluitvormingsproces geen bijzondere omstandigheid om van de dwingendrechtelijke bepalingen af te wijken.⁹⁷

Slechts in uitzonderlijke gevallen blijkt bij de overheid toch bereidheid te bestaan om de werkgever de mogelijkheid te geven om terug te keren naar het publieke stelsel. Het UWV hanteerde voor een beperkte groep werkgevers buitenwettelijk begunstigend beleid dat het mogelijk maakte onder omstandigheden terug te komen op het eigenrisicodragerschap.⁹⁸ Het beleid was beperkt tot de groep werkgevers die gebruik had gemaakt van de mogelijkheid om met ingang van 1 juli 2004 eigenrisicodragerschap te worden. Bij de informatievoorziening vanuit het UWV waren deze werkgevers in het geheel niet gewezen op het inlooprisico. Dit had geleid tot onwenselijke situaties, omdat een aantal werkgevers te lichtvaardig had besloten het eigenrisicodragerschap aan te vragen en vervolgens werden geconfronteerd met onevenredig grote financiële nadelen.⁹⁹ Dit beleid toont aan het UWV zich in ieder geval bewust was van de eigen verantwoordelijkheid bij de informatievoorziening. Het uitvoeringsorgaan was zelfs bereid buiten de wet een oplossing te zoeken. Het beleid was echter eenmalig. In de informatievoorziening is nu wel aandacht voor het inlooprisico en de werkgever wordt, zoals gezegd, geacht hier zelf onderzoek naar te doen.

96 CRvB 11 januari 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BC2194.

97 CRvB 10 april 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI0960, *USZ* 2009/165.

98 Zie voor een toepassing van het dit terugkeerbeleid bijvoorbeeld Rb. Assen 10 augustus 2006, ECLI:NL:RBASS:2006:AY9964 en Rb. 's-Gravenhage 23 april 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA4595 en CRvB 19 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL4562. Zie ook CRvB 21 oktober 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BU1384, *AB* 2012/13, m.nt. A. Tollenaar.

99 Het ging om intern, niet gepubliceerd beleid. De inhoud hiervan is in grote lijnen af te leiden uit de jurisprudentie. Het beleid hield in dat de werkgever op verzoek kon terugkeren in het publieke bestel, indien de jaarlijkse kosten van de uitkering waarvoor hij het risico droeg twee opeenvolgende jaren meer dan tien procent van de jaarlijkse loonsom bedroegen. Een terugkeer was ook mogelijk, als hij op het moment dat hij eigenrisicodragerschap werd niet wist of redelijkerwijs niet kon weten dat er reeds aan een van zijn werknemers een uitkering was toegekend.

Beschouwing

De gefragmenteerde besluitvorming in drie fasen, verdeeld over twee bestuursorganen, heeft bijzondere gevolgen voor de finaliteit van de geschilbeslechting. Weliswaar kan worden betoogd dat het ontnemen van de mogelijkheid om terug te komen op het toestemmingsbesluit op het moment dat de gevolgen van dat besluit duidelijk worden, zeer finaal werkt: voor de werkgever is er eigenlijk geen weg meer terug. Vanuit het perspectief van de zorgvuldigheid van de procedure is dat echter een onbevredigende uitkomst. De eigenrisicodrager heeft geen mogelijkheid meer om grieven die hij had tegen een eerder besluit aan de orde te stellen. Het enige dat hij kan doen is te besluiten om bij de eerste gelegenheid terug te keren naar het publieke stelsel. Voor de omvang van het toegerekende risico biedt dat echter geen soelaas. Bij terugkeer moet de werkgever het uitlooprisico blijven dragen. Dit betekent dat hij verantwoordelijk blijft voor alle toegerekende arbeidsongeschiktheidsgevallen tot de periode van tien jaar is verstreken.

De fragmentering van de besluitvorming met een verdeling van relevante bevoegdheden over verschillende bestuursorganen mogen mijns inziens de werkgever niet benadelen. De paradox is dat de verdeling van bevoegdheden tussen UWV en Belastingdienst eraan bijdraagt dat de werkgever wordt benadeeld, terwijl de achterliggende gedachte hierbij juist was om de dienstverlening aan de burger te verbeteren door het bieden van één loket. Dit kan echter eenvoudig worden hersteld door de besluitvormingsprocedure aan te passen. De wet biedt hiertoe al een opening met de voorgeschreven coördinatie tussen UWV en Belastingdienst (art. 40 lid 15 Wfsv).¹⁰⁰ Dit afstemmingsmoment is bij de overheveling van de bevoegdheden op premiegebied van het UWV naar de Belastingdienst in de wet opgenomen met als doel 'de betrokkenheid van het UWV bij beslissingen inzake eigenrisicodragen WAO en ZW (...) wettelijk te verankeren.'¹⁰¹ De Belastingdienst zou de technische kant op zich nemen, maar de materiële kant zou bij het UWV blijven.¹⁰² Zou de besluitvorming zodanig worden vormgegeven dat het toestemmingsbesluit pas zou worden genomen na een voorlopige toerekening door het UWV, dan zou de werkgever nog de mogelijkheid hebben om zijn aanvraag in te trekken.¹⁰³

6.3.3.2 Afwikkeling van onrechtmatige besluiten

Een volgend knelpunt doet zich voor in de situatie waarin de werkgever procedeert tegen een toestemmings-, toerekenings- of verhaalsbesluit. Gedurende de procedure

100 Wordt zoals voorgesteld in de toekomst het aantal instapmomenten teruggebracht van twee naar één keer per jaar, dan ontstaat nog meer ruimte om de besluitvorming zorgvuldig vorm te geven.

101 *Kamerstukken II 2003/04*, 29 529, 18, nog verder aangescherpt bij amendement: *Kamerstukken II 2003/04*, 29 529, 19 (amendement Noorman-den Uyl/Weekers).

102 *Handelingen II 2003/04*, 88, p. 5679.

103 Bezien vanuit de uitvoering hoeft het combineren van de toestemming en de toerekening ook niet meer werk op te leveren. Het enige dat gebeurt, is dat de toerekening in de tijd naar voren wordt geschoven. Wordt de aanvraag naar aanleiding van de toerekening door het UWV ingetrokken, dan kan het UWV het gedane onderzoek als basis nemen, indien het later tot een nieuwe aanvraag komt. De informatie hoeft dan slechts te worden bijgewerkt tot de nieuwe ingangsdatum. Denkbaar is ook dat het UWV een vergoeding vraagt voor het onderzoek. Dit past ook in de tendens om dienstverlening door de overheid meer kostendekkend te maken.

ligt formeel de verantwoordelijkheid voor de uitkeringen en de re-integratie bij de eigenrisicodragers. Desalniettemin kan verondersteld worden dat in afwachting van de uitkomst van deze procedures de werkgever zich niet maximaal zal inzetten om zijn werknemer te re-integreren. Hij betwist immers dat hij verantwoordelijk is. De werknemer wordt hierdoor geraakt.

Is de uitkomst van de procedure dat een besluit onrechtmatig is, is de volgende complicatie dat de gevolgen hiervan ongedaan moeten worden gemaakt. Het eigenrisicodragerschap bracht verplichtingen met zich voor de werkgever ten aanzien van het betalen van uitkeringen en het ondersteunen van de werknemer in de re-integratie. Voor zover de eigenrisicodragers hiervoor kosten heeft gemaakt, komen deze in beginsel in aanmerking voor schadevergoeding. Wat de uitkeringen betreft is dat eenvoudig te compenseren. Voor wat betreft de kosten die gepaard gaan met re-integratie ligt dat echter aanmerkelijk lastiger, omdat deze kosten minder gemakkelijk te begroten zijn.

Ter nuancering moet worden opgemerkt dat het hier geschetste probleem zich in de praktijk nauwelijks voor lijkt te doen. Zoals gezegd, wordt in de jurisprudentie een strikte lijn aangehouden, waarbij geredeneerd vanuit dwingendrechtelijke bepalingen over het verhaal van betaalde uitkeringen op de eigenrisicodragers niet gemakkelijk wordt aangenomen dat de werkgever bij nader inzien toch geen eigenrisicodragers was (zie paragraaf 6.3.3.1).

Beschouwing

Vanuit de houdbaarheid van het stelsel is het begrijpelijk dat er terughoudend wordt omgegaan met de mogelijkheid om terug te komen op de keuze om eigenrisicodragers te worden. Zou een werkgever eenvoudig onder zijn verantwoordelijkheid kunnen uitkomen, dan zou het stelsel op losse schroeven komen te staan. Hierbij moeten ook de belangen van de werknemer worden betrokken.

Is de uitkomst van een procedure dat feiten ongedaan moeten worden gemaakt, dan leidt dit tot onzekerheid voor betrokkenen. Dit is een gegeven gezien de verhoudingen tussen UWV, werkgever en werknemer. Het is gunstig dat dit soort knelpunten zich in de praktijk nauwelijks lijken te voordoen. Wanneer dit toch gebeurt, is het mijns inziens aan het UWV om de negatieve gevolgen zoveel mogelijk weg te nemen. De rechter kan hier op toezien. Dit zal doorgaans voor de werkgever moeten resulteren in een schadevergoeding, die de gemaakte kosten voor uitkeringen en re-integratie compenseert.

Juist omdat de complexiteit van het terugkeren op het eigenrisicodragerschap zo groot zijn, ligt het in de rede om de besluitvorming rond het worden van eigenrisicodragers zo zorgvuldig mogelijk in te richten (zie paragraaf 6.3.3.1). Een zorgvuldige procedure vooraf kan complicaties achteraf voorkomen.

6.4 Conclusie

De figuur van het eigenrisicodragerschap is bij uitstek een exponent van de 'regulatory welfare state'. Een werkgever krijgt de keuze om publieke bevoegdheden op zich te nemen met verantwoordelijkheid voor de uitkeringen en re-integratie van zijn

werknemers. In de schil van deze rechtsverhouding ontstaan nieuwe verzekeringsrelaties met private verzekeraars die een deel van de rol van het UWV overnemen. De toegang tot het recht heeft bij de figuur van het eigenrisicodragerschap zowel betrekking op de werknemer als op de werkgever. Geconstateerd is dat de onbepaaldheid vooraf van de omvang van het risico dat de eigenrisicodragers draagt, en dan met name het inlooprisico, ertoe kan leiden dat een werkgever die een aanvraag doet voor het eigenrisicodragerschap in de Wet WIA achteraf spijt krijgt van zijn beslissing. Weliswaar rust op het UWV een inlichtingenplicht om de werkgever in staat te stellen de keuze weloverwogen te maken, maar er zijn geen bijzondere waarborgen waarmee deze inlichtingenplicht kan worden afgedwongen.

Aan de andere kant heeft de werknemer mogelijk een belang bij de keuze van zijn werkgever om eigenrisicodragers te worden, bijvoorbeeld omdat hij vreest dat de werkgever niet in staat is om werk te maken van de re-integratieverplichting. Geconstateerd is dat weliswaar een adviesrecht bestaat op grond van de Wet op de ondernemingsraden, maar dat een instemmingsrecht ontbreekt, terwijl deze niet zou misstaan. Bovendien bestaat geen duidelijkheid over het rechtskarakter van het toestemmingsbesluit, dat weliswaar kan worden gekwalificeerd als een besluit van algemene strekking, maar wordt behandeld als een beschikking gericht tot de werkgever. De kwalificatie van dit besluit als een besluit van algemene strekking doet meer recht aan het rechtskarakter en draagt bij aan de kenbaarheid van het besluit. Hiermee kunnen bijvoorbeeld ook (ex-)werknemers worden bereikt.

Ook wat de vormgeving van de procedures betreft zijn naar mijn oordeel kanttekeningen te plaatsen. De werkgever wordt een reële kans ontnomen om een ongewenst eigenrisicodragerschap te voorkomen. Dat het eigenrisicodragerschap in beginsel achteraf onomkeerbaar is, is naar mijn mening te rechtvaardigen. Er moet immers duidelijkheid bestaan over de vraag bij wie de verantwoordelijkheid ligt. Dit vergt wel dat de procedure om eigenrisicodragers te worden zo zorgvuldig mogelijk is vormgegeven.

Is een werkgever eenmaal eigenrisicodragers, dan kan de grote vormvrijheid hiervan tot grote onduidelijkheid en onzekerheid leiden. Dit geldt voor zowel werkgever als werknemer. Een werknemer kan zich bijvoorbeeld afvragen of zijn werkgever hem nu op dezelfde wijze moet benaderen als het UWV. Een werkgever kan zich afvragen wat van hem als bestuursorgaan wordt verwacht.

Voorts valt in 'regulatory welfare state'-perspectief de grote vormvrijheid op die bestaat rondom het eigenrisicodragerschap in de Wet WIA. Het UWV (en de Belastingdienst) hoeven niet van te voren de omvang van het eigen risico vast te stellen, terwijl zij wel over deze gegevens beschikken. De behandeling van de aanvraag komt in de kern neer op een controle of de werkgever een garantstelling kan overleggen. Andere meer inhoudelijke factoren, bijvoorbeeld de vraag of de werkgever er voldoende op is ingericht om op te treden als bestuursorgaan, worden hierbij niet betrokken. Verwacht wordt dat de werkgever hieraan vanuit zijn eigen verantwoordelijkheid vorm geeft.

HOOFDSTUK 7

Conclusies van het onderzoek

7.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de conclusies van het onderzoek gepresenteerd. Hierbij wordt een antwoord gegeven op de centrale vraag wat de verschuiving van publiek naar privaat in de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid betekent voor de toegang tot het recht van werkgever en werknemer.

De opzet is om eerst met enkele illustraties uit de voorgaande hoofdstukken een beeld te geven van de verschillende soorten knelpunten in het stelsel en hoe deze de toegang tot het recht van werkgever en werknemer beïnvloeden (paragraaf 7.2). Vervolgens wordt nagegaan hoe de toegang tot het recht zou kunnen worden verbeterd. Deze aanbevelingen kunnen worden begrepen als verfijningen van het stelsel (paragraaf 7.3). Hoe dit onderzoek moet worden geduid vanuit het perspectief van de 'regulatory welfare state' wordt besproken in paragraaf 7.4. Het hoofdstuk sluit af met een korte slotbeschouwing (paragraaf 7.5).

7.2 Bevindingen in beeld

In voorgaande hoofdstukken zijn allerlei knelpunten in het stelsel besproken die vanuit het normatieve kader consequenties hebben voor de toegang tot het recht van werkgever en werknemer. In deze paragraaf worden enkele hiervan uitgelicht om de verschillende typen knelpunten die zich in dit rechtsgebied voordoen te illustreren. Hieronder worden deze per aspect aangestipt.

Transparantie

Het eerste dat opvalt, is dat de vormgeving van het stelsel het voor rechtzoekenden moeilijk maakt om hierin hun weg te vinden. Dat dit niet eenvoudig is, is te zien op verschillende niveaus. In de wet- en regelgeving valt bijvoorbeeld op dat de wettelijke normen over de re-integratieplicht van de werkgever slechts in beperkte mate zijn vertaald in lagere regels. Dit betekent dat het voor de werkgever moeilijk is om er gedurende de loondoorbetalingsperiode achter te komen wat het UWV precies van hem verwacht. Het wrange is dat hij bij schending van deze onbepaalde verplichtingen wel kan worden geconfronteerd met een verlenging van zijn loondoorbetalingsplicht met maximaal 52 weken (zie paragraaf 5.3.1.2).

In het verlengde hiervan is het opmerkelijk dat rechtzoekenden niet altijd kunnen rekenen op informatie van de overheid om onduidelijkheden weg te nemen. De overheid stelt zich in de regel terughoudend op en laat zo veel mogelijk over aan de verantwoordelijkheden van partijen. Dit vloeit soms zelfs onvermijdelijk voort uit de vormgeving van het stelsel. Een duidelijke illustratie hiervan is de achteruitgang van de informatiepositie van het UWV door de verschuiving van het moment van de ziekmelding. De werkgever kan tegenwoordig tot het einde van het eerste ziektejaar wachten om zijn werknemer ziek te melden. Dit betekent ook dat pas vanaf dat moment het UWV uit zichzelf informatie gaat verstrekken, bijvoorbeeld over de mogelijkheid (en in het geval van een loonvorderingsprocedure de verplichting), om een deskundigenoordeel aan te vragen. Ontstaat in de voorafgaande periode een geschil, dan is de werknemer op zichzelf aangewezen om zijn weg te vinden. Hij kan hierbij ook niet rekenen op voorlichting door zijn werkgever (zie paragraaf 4.3.1.1 en 5.3.1.1).

Iets vergelijkbaars is te zien bij een werkgever die op basis van onvolledige informatie zijn eigen risico gaat dragen in de Wet WIA en later spijt krijgt van zijn keuze als hij beseft wat dit precies inhoudt. Er is dan echter geen weg meer terug. Voor de risico's, die aan hem zijn toegerekend, blijft hij tien jaar verantwoordelijk. Dit wordt niet voorkomen door informatievoorziening in het kader van de aanvraag van het eigenrisicodragerschap. De Belastingdienst en het UWV verstrekken niet uit zichzelf informatie over de omvang van het eigen risico. De informatie die op verzoek wordt verstrekt, komt bovendien onder voorbehoud. Het risico wordt pas bij besluit vastgesteld als het eigenrisicodragerschap procedureel onomkeerbaar is (zie paragraaf 6.3.1.1).

Kortom, werkgever en werknemer tasten door de vormgeving van het stelsel in het duister over hun rechten en over de procedures om deze te effectueren. De wet- en regelgeving geeft hen hierbij niet vooraf uitsluitsel over wat precies hun rechten en plichten zijn en waar zij aan toe zijn. Er vindt wel algemene voorlichting plaats, maar de uitvoerders, of dit nu het UWV of de werkgever is, verstrekken in beginsel geen toegespitste informatie.

De knelpunten die zijn geconstateerd op het gebied van transparantie zijn niet bevorderlijk voor de toegang tot het recht, zoals dat is uitgewerkt in het normatieve kader (zie paragraaf 3.3). Dit betekent niet dat er altijd strijd is met rechtmatigheidsnormen. Wel kan sprake zijn onbehoorlijkheid.

Consistentie

De plaats van de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid op het grensvlak van het publiek- en privaatrecht blijkt tot verschillende inconsistenties te leiden tussen algemeen en bijzonder en tussen publiek en privaat.

In de verhouding tussen het algemene bestuursrecht en het bijzondere socialezekerheidsrecht valt bijvoorbeeld de vormgeving van de loonsanctie in het oog. Bestuursrechtelijk is deze te kwalificeren als een herstelsanctie (art. 5:2 lid 1 onder b Awb). Voor herstelsancties geldt in het algemeen dat deze een omschrijving moeten omvatten van de te nemen herstelmaatregelen. De motivering van een loonsanctie voldoet hier echter niet aan. Het wordt volledig aan de werkgever overgelaten hoe hij

tekortkomingen in de re-integratieinspanningen herstelt (zie paragraaf 5.3.2.2). Op privaatrechtelijk gebied kan worden gewezen op de verhouding tussen de bijzondere regeling van het deskundigenoordeel (art. 7:629a BW) en de algemene regeling van het deskundigenbewijs in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (zie paragraaf 4.3.2.2). Hierbij valt op dat de algemene regels van het burgerlijk procesrecht meer waarborgen bieden, zoals het toepassen van hoor en wederhoor.

Wat inconsistenties tussen publiek en privaat betreft, kunnen de bestuursrechter en de civiele rechter bij dezelfde feiten tot verschillende oordelen komen. Het komt zelfs voor dat de civiele rechter voorbijgaat aan een bindend publiekrechtelijk oordeel. Zo oordeelde een kantonrechter in een loonvorderingsprocedure dat hij zich niet kon vinden in de motivering die het UWV bij een loonsanctie had gegeven en wees hij hierop de loonvordering van de werknemer af. De werknemer stond vervolgens met lege handen, omdat de loonsanctie gewoon doorliep met de bijbehorende opschorting van de Wet WIA-aanvraag (zie paragraaf 5.3.3.3).

Hiernaast springen de lacunes in de privacybescherming in het oog. De werkgever heeft een belang gekregen in allerlei procedures. Zijn belang om zijn rechten en plichten vast te stellen en zijn procedurele belangen moeten echter steeds worden afgewogen tegen het belang van de werknemer om gevoelige gegevens voor zich zelf te houden. Wat opvalt, is dat de wetgever hier niet voor alle procedures in heeft voorzien. Zo bestaat voor bestuursrechtelijke procedures over besluiten van het UWV in het kader van de Wet WIA de medische beschikkingenregeling, maar ontbreekt een gelijksoortige regeling voor de hieraan voorafgaande civielrechtelijke loonvorderingsprocedure (zie paragraaf 4.3.2.3). Ook voor de fase van het eigenrisicodragerschap in de Wet WIA bestaan geen bijzondere waarborgen voor de privacybescherming (zie paragraaf 6.3.2.6).

Al met al is een gevolg van het door elkaar heen lopen van bestuurs- en civielrechtelijke regimes, dat de bijzondere procedures in de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid nogal eens in conflict komen met de algemene kaders van het publiek- en privaatrecht. Omdat in dit onderzoek bestuursrechtelijke procedures meer aan bod zijn gekomen, zijn hier overigens vaker publiekrechtelijke inconsistenties geconstateerd.

Al deze inconsistenties hebben een nadelige invloed op de toegang tot het recht, omdat zij het rechtsregime complex en onvoorspelbaar maken. Zij kunnen immers tot afwijkingen leiden van wat een rechtzoekende doorgaans verwacht op grond van de hoofdregels van het recht.

Ernstiger is het als inconsistenties onbedoelde gevolgen hebben of leiden tot lacunes of juist doublures in het recht. Door lacunes kunnen rechtzoekenden terecht komen in een juridisch niemandsland. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gewezen op een werkgever die als eigenrisicodrager in de Wet WIA zijn sanctiebevoegdheid niet hoeft te expliciteren, terwijl het UWV hier als bestuursorgaan wel toe is overgegaan. Een illustratie van een doublure is het naast elkaar bestaan van een publiek- en privaatrechtelijke re-integratieplicht voor een werkgever die tegelijkertijd eigenrisicodrager is. Dit kan ertoe leiden dat partijen niet langer weten in welke hoedanigheid wordt gehandeld.

Finaliteit

Finaliteit is in dit onderzoek opgevat als een evenwicht tussen tijdigheid en zorgvuldigheid. Een geschil moet snel in al zijn aspecten worden beslecht, maar de snelheid mag niet ten koste gaan van de zorgvuldigheid van de procedure. Ook de zorgvuldigheid draagt bij aan het beslechten van het geschil. Dit draagt bij aan het aanvaarden van de uitkomst van de (deel)procedure en kan doorprocederen voorkomen. Gebleken is dat door het samenlopen en op elkaar volgen van de publiek- en privaatrechtelijke procedures in dit rechtsgebied dit evenwicht kan worden verstoord. Hiermee wordt het geschiloplossend vermogen van het stelsel ondermijnd.

Tekortkomingen in de tijdigheid vloeien hoofdzakelijk voort uit procedures, die niet gericht zijn op integrale geschilbeslechting. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om de afwikkeling van onrechtmatige besluiten van het UWV, zoals een vernietigd loonsanctiebesluit. Van de werkgever wordt verwacht dat hij na de vernietiging eerst zijn werknemer aanspreekt en het onterecht betaalde loon terugvordert. Vervolgens kan hij zijn schade tot aan het wettelijk niveau verhalen op het UWV. Het voorgaande betekent dat de werkgever na de procedure tegen het onrechtmatige loonsanctiebesluit nog een civielrechtelijke procedure moet voeren, waarin hij bovendien zijn werknemer moet betrekken, en vervolgens eventueel nog een bestuursrechtelijke procedure. Hierbij stapelt de ene procedure op de andere en heeft de werkgever bovendien niet de zekerheid dat hij zijn schade volledig kan verhalen (zie paragraaf 6.3.3.2).

Wat het zorgvuldigheidsaspect van finaliteit betreft, kan onder meer worden gewezen op de afwijzing van een loonvordering wegens het ontbreken van een deskundigenoordeel, waarna de werknemer niet nogmaals een loonvordering kan instellen. Hoger beroep biedt ook geen uitkomst, omdat het deskundigenoordeel in beginsel dan niet voor het eerst mag worden ingebracht. Het voorgaande leidt tot finaliteit in zoverre dat de vordering definitief wordt afgewezen. De werknemer wordt echter een inhoudelijke uitspraak onthouden (zie paragraaf 4.3.3.1 en 4.3.3.2).

De knelpunten van finaliteit overziend, valt op dat procedures niet altijd gericht zijn op integrale geschilbeslechting, waardoor werkgever en werknemer gedwongen zijn om door te procederen. Daarnaast valt op dat sommige procedures juist heel finaal zijn in de zin dat er een definitief einde aan komt omdat voor de burger geen rechtsbescherming meer open staat. Dit is bijvoorbeeld te zien bij procedures tegen het toestemming- of toerekeningsbesluit bij het eigenrisicodragerschap. Dit laatste doet echter geen recht aan finaliteit wat het aspect van zorgvuldigheid betreft.

De knelpunten in de finaliteit zijn in strijd met het normatieve kader, maar het is wel moeilijk om tekortkomingen in finaliteit juridisch hard te maken. Strandt een procedure bijvoorbeeld op een vormfout, zoals het ontbreken van een deskundigenoordeel in een loonvorderingsprocedure, dan is hier niets aan te doen. Pas een overtreding van het redelijke termijnvereiste kan rechtens consequenties hebben omdat dit recht geeft op een schadevergoeding. Dat is echter niet iets waar in dit onderzoek de vinger op wordt gelegd. Het gaat meer om factoren als een stapeling van procedures. Een ander punt is het louter procederen over deelaspecten, die weliswaar allemaal passen binnen de bestaande juridische kaders, maar toch niet bijdragen aan een integrale geschilbeslechting.

7.3 Aanbevelingen in beeld

In de vorige paragraaf zijn verschillende knelpunten genoemd die de toegang tot het recht belemmeren. Het is vervolgens de vraag of en hoe het stelsel zou kunnen worden aangepast om de gesignaleerde knelpunten weg te nemen. Bij de knelpuntenanalyse in de hoofdstukken 4, 5 en 6 zijn specifieke oplossingen al in detail besproken. In deze paragraaf worden deze gecategoriseerd en aan een nadere analyse onderworpen. De aanbevelingen kunnen worden onderscheiden in voorstellen voor een verfijning van de wet- en regelgeving, voorstellen voor het afdwingbaar maken van informatie en voorstellen met betrekking tot een betere stroomlijning van procedures.

Voorstellen voor een verfijning van de wet- en regelgeving

Een terugkerend thema in de knelpuntenanalyse is dat partijen niet weten wat zij precies kunnen verwachten. Een belangrijke oorzaak hiervan is de onbepaaldheid van de wet- en regelgeving. De wetgever heeft de verantwoordelijkheden verdeeld over verschillende partijen die betrokken zijn bij de uitvoering en de invulling hiervan aan hen overgelaten. Omdat de invulling door de uitvoerders, op haar beurt, ook weer beperkt is tot hoofdlijnen, blijven rechtzoekenden met vragen zitten.

Zoals in hoofdstuk 1 ook is aangestipt, heeft de wetgever de onbepaaldheid van de normen vaak gerechtvaardigd door er op te wijzen dat partijen zich altijd zouden kunnen wenden tot een rechter. Deze zou corrigerend kunnen optreden en eventuele lacunes in het recht kunnen dichten. Dit betekent echter wel dat veel van de rechter wordt gevergd. De rechter is vaak in staat om corrigerend op te treden, maar niet altijd. Bieden de wet- en regelgeving weinig aanknopingspunten, dan zullen rechters zich terughoudend opstellen om niet in de rol te komen van wetgever-plaatsvervanger.

De grenzen aan het vermogen van zowel de uitvoerende als rechtsprekende macht om vage materiële normen nadere invulling te geven, impliceert naar mijn oordeel dat hier alsnog een taak is weggelegd voor de wetgever. Dit impliceert overigens niet dat het de wetgever zelf moet zijn die materiële normen stelt. De wetgever zou ook nadere uitwerking kunnen voorschrijven in de regelgeving, bijvoorbeeld in de vorm van een ministeriële regeling. De wet biedt nu vaak al openingen tot nadere invulling van de wettelijke bepalingen, maar deze zijn veelal niet als een verplichting geformuleerd. Een andere mogelijkheid is om de betrokken partijen zelf tot regelstelling op te roepen door bijvoorbeeld een beleidsregelplicht op te leggen. De consequentie hiervan is dat de rechter aan het ontbreken van beleidsregels gevolgen kan verbinden door bijvoorbeeld het besluit reeds op die grond te vernietigen. Ook een combinatie van bovenstaande technieken is denkbaar.

Bovenstaande aanpak zou bijvoorbeeld uitkomst kunnen bieden bij de totstandkoming van het deskundigenoordeel. Hiervoor gelden alleen interne instructies van het UWV. Omdat deze regels niet zijn gepubliceerd, kunnen noch werkgever en werknemer, noch de rechter nagaan of de deskundige van het UWV zich aan zijn eigen normen heeft gehouden bij het opstellen van een deskundigenoordeel. Juist in dit geval zou de wet kunnen verplichten dat de hoofdlijnen van de interne instructies worden vastgelegd, bijvoorbeeld in een ministeriële regeling, met daarbij eventueel een verplichting voor het UWV om deze normen verder uit te werken in een beleidsregel.

Iets gelijksoortigs geldt voor de re-integratieplicht van de werkgever gedurende de loondoorbetalingsperiode. De werkgever kan uit wet- en regelgeving niet afleiden wat het UWV precies van hem verwacht. Wordt vervolgens een loonsanctie opgelegd, dan gaat de rechter zelden over tot vernietiging hiervan, omdat het UWV binnen de ruime grenzen is gebleven van zijn bevoegdheid. Weliswaar beschikt het UWV over beleidsregels (Beleidsregels beoordelingskader poortwachter), maar deze bieden weinig houvast vanwege de in dat document frequent gebruikte termen als 'vol-doende' en 'adequaat'. Nadere normering is ook mogelijk. Indien het UWV immers achteraf bij het opleggen van een loonsanctie kan vaststellen wanneer de werkgever zich onvoldoende heeft ingespannen, moet het ook in staat zijn dit vooraf te concretiseren.

Een derde voorbeeld waarin nadere normering wordt aanbevolen betreft het eigenrisicodragerschap in de Wet WIA. Treedt een eigenrisicodragende werkgever zelf op als uitvoerder, dan mag van hem dezelfde duidelijkheid worden verwacht als de duidelijkheid die het UWV biedt aan werknemers die alleen met het UWV te maken hebben. Deze duidelijkheid vereist bijvoorbeeld dat de werkgever zijn wettelijke re-integratietaken uitwerkt in beleid. Dit beleid kan zijn werknemer vervolgens concrete aanknopingspunten bieden om zijn re-integratie vorm te geven en hierover eventueel te procederen.

Kortom, voor zover de verschuiving van publiek naar privaat leidt tot deregulering is er een noodzaak tot nadere normering op een lager niveau, bijvoorbeeld in de vorm van ministeriële regelingen of beleidsregels. Alleen zo wordt transparantie naar partijen gewaarborgd. De inhoudelijke invulling van de uitvoering blijft hiermee zo veel mogelijk bij de partijen die hiervoor verantwoordelijk zijn gemaakt. De wetgever hoeft er alleen voor te zorgen dat de verantwoordelijkheden op een verantwoorde wijze worden genomen. In zijn algemeenheid is het niet noodzakelijk dat de verfijning van materiële normen door de wetgever ter hand wordt genomen. Op dit niveau zijn de implicaties van nadere normering niet altijd te overzien. Dat de wetgever niet zelf de normverfijningen uitwerkt, neemt evenwel niet weg dat hij kan optreden als regisseur voor het tot stand komen van normverfijningen door andere partijen tot concrete normstelling te roepen of te verplichten, eventueel vergezeld van algemene richtsnoeren. Normverfijningen in de vorm van beleidsregels hebben vanuit de optiek van aanpasbaarheid en afwijkbaarheid indien noodzakelijk de voorkeur. Op welke niveau het ook gebeurt, ergens moeten de verantwoordelijkheden worden genomen.

Voorstellen voor het afdwingbaar maken van informatie

Een ander type oplossing is om rechtzoekenden afdwingbare informatierechten te geven tegenover de uitvoerders. Waar de wet- en regelgeving vragen oproepen, moet de rechtzoekende op hem toegespitste antwoorden kunnen krijgen. Dat mondt uit in een informatierecht: de rechtzoekende moet op zijn individuele situatie toegesneden informatie kunnen krijgen. Dit informatierecht moet worden vormgegeven als een afdwingbaar recht. Bovendien moet informatie die voor alle rechtzoekenden relevantie kan hebben door de uitvoerder uit eigen beweging worden verstrekt. Deze informatierechten gelden dan voor werkgever en werknemer tegenover het UWV of

voor de werknemer tegenover zijn werkgever. Tegenover het informatierecht staat een informatieplicht voor de desbetreffende uitvoerder die over de informatie beschikt. Waar dit soort informatierechten (nog) niet zijn geëxpliciteerd, zouden rechters deze kunnen baseren op bijvoorbeeld de algemene beginselen van behoorlijk bestuur of goed werkgeverschap.

Concreet kan bij meer afdwingbare informatierechten worden gedacht aan een verplichting voor de werkgever om bij een loonstop zijn werknemer te wijzen op het vereiste om bij een eventuele loonvordering een deskundigenoordeel te voegen. Als de werknemer op de hoogte is van zijn verplichting en de gevolgen van de schending hiervan en bovendien zijn eigen belang bij een deskundigenoordeel, ligt het in de rede dat een deskundigenoordeel minder snel zal ontbreken. Hiermee kan worden voorkomen dat de loonvordering wegens het ontbreken van een deskundigenoordeel wordt afgewezen en de werknemer een inhoudelijke behandeling van het geschil wordt onthouden.

Een dergelijk informatierecht zou verder slechts een kleine aanpassing vergen. De werkgever is immers nu al verplicht de grond van de loonstop mee te delen. Laat hij dit na, dan leidt dit tot een toewijzing van de loonvordering. Een dergelijke aanwijzing is bovendien al vanzelfsprekend in publiekrechtelijke verhoudingen, waarin het bestuursorgaan bij zijn besluiten een bezwaarclausule moet opnemen. Nu de werkgever in de plaats is getreden van een publiekrechtelijk uitvoeringsorgaan, zou een gelijksoortige plicht niet misstaan in de privaatrechtelijke verhouding.

Een voorbeeld waar een recht op informatie zou passen voor de werkgever, doet zich voor rond de aanvraag van het eigenrisicodragerschap van de Wet WIA. De werkgever heeft groot belang bij het van te voren vaststellen van de omvang van zijn risico. Deze informatie zou niet alleen op verzoek moeten worden verstrekt, maar ook uit eigen beweging bij de behandeling van de aanvraag. Verstrekking van de benodigde gegevens zou kunnen voorkomen dat de werkgever op basis van een verkeerde inschatting van zijn risico kiest voor het (onomkeerbare) eigenrisicodragerschap.

Kortom, afdwingbare informatierechten tegenover de uitvoerders vergroten de toegang tot het recht. Waar de uitvoering ligt bij de werkgever, bijvoorbeeld bij de loondoorbetaling bij ziekte of het eigenrisicodragerschap, is de werkgever de aangewezen persoon om informatie te verstrekken. Gaat het om besluitvorming door het UWV, moet de informatieverstrekking hier liggen.

Voorstellen met betrekking tot een betere stroomlijning van procedures

Een volgende oplossingsrichting is om de procedures bij het UWV zodanig te stroomlijnen dat de betrokkene zo snel mogelijk uitsluitel krijgt over alle aspecten van het geschil. Dit draagt bij aan een integrale geschilbeslechting. Wat de besluitvorming betreft, kan dit bijvoorbeeld door met formulieren te faciliteren dat rechtzoekenden niet ongewild procedurele mogelijkheden laten liggen. Een werknemer die een aanvraag doet voor een Wet WIA-uitkering zou er bijvoorbeeld op kunnen worden gewezen dat hij niet tegen het uitblijven van een loonsanctie kan opkomen, als hij hier niet uitdrukkelijk om heeft gevraagd. Het wordt namelijk niet voldoende geacht dat hij aangeeft dat zijn werkgever zich onvoldoende heeft ingespannen voor zijn re-integratie (zie ook paragraaf 5.3.3.1).

Een voorbeeld waarbij de werkgever procedureel gefaciliteerd zou kunnen worden is met een formulier voor een bekortingsverzoek van een loonsanctie. Hierin zou kunnen worden vermeld welke informatie het UWV vereist voor de behandeling van het bekortingsverzoek. Bovendien kan met een dergelijk formulier worden vermeden dat het UWV een melding van de werkgever niet als een bekortingsverzoek herkent, waardoor de loonsanctie onnodig lang doorloopt (zie paragraaf 5.3.1.2).

Integraliteit kan verder worden nagestreefd bij de afwikkeling van onrechtmatige besluiten. Bij vernietiging van een loonsanctiebesluit, wordt bijvoorbeeld van een werkgever verwacht dat hij eerst zijn schade probeert te verhalen bij zijn werknemer. Daarna kan hij voor het wettelijke deel van zijn schade het UWV aanspreken. Dit betekent dat de werkgever nog allerlei procedures moet doorlopen om het onrechtmatige besluit van het UWV recht te zetten.

Een alternatief zou zijn dat het UWV bij de herroeping van een besluit gelijk een besluit neemt over de afwikkeling van de hierdoor ontstane schade. Het UWV zou vervolgens de bevoegdheid moeten krijgen om de gemaakte kosten te verrekenen met een eventueel toegekende uitkering. Indien hierbij tekorten optreden, omdat bijvoorbeeld het bedrag van de uitkering lager is dan het doorbetaalde loon, dan komt dit voor risico van de overheid. Dit is niet onredelijk omdat de schade immers in het geheel niet zijn ontstaan zonder het onrechtmatige loonsanctiebesluit.

7.4 Het onderzoek in 'regulatory welfare state'-perspectief

Zoals in hoofdstuk 1 is aangegeven, kunnen de veranderingen in de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid worden geplaatst tegen de achtergrond van de 'regulatory welfare state'. In deze paragraaf wordt eerst gememoreerd wat hieronder kan worden verstaan. Vervolgens wordt nagegaan hoe de bevindingen en de aanbevelingen uit dit onderzoek zich hiertoe verhouden.

Regulatory welfare state

De 'regulatory state' is verre van een eenduidig begrip. Het heeft betrekking op de wijze waarop de overheid private partijen aanstuurt. Deze komt er op neer dat de overheid de partijen zelf verantwoordelijk houdt voor hun handelen, maar het gedrag van de partijen zodanig stuurt dat publieke belangen worden geborgd. Wet- en regelgeving vormt hierbij een van de sturingsinstrumenten.¹ De term 'regulatory welfare state' heeft in het bijzonder betrekking op de verschuiving van publiek naar privaat in de sociale zekerheid, waarbij de overheid eindverantwoordelijkheid blijft behouden voor de publieke belangen die met de sociale zekerheid gemoeid zijn.²

Een 'regulatory welfare state' kenmerkt zich dus in de kern door een overheid die zo veel mogelijk op afstand staat en de betrokken partijen rechtstreeks verantwoordelijk maakt. Alleen waar dit niet mogelijk is, draagt de overheid de verantwoordelijkheid zelf. Binnen de hieruit voortvloeiende mengeling van publiek en privaat stelt de wetgever vanuit haar eindverantwoordelijkheid voor het stelsel de kaders waarbinnen de betrokken partijen vrij kunnen functioneren.

1. Zie bijvoorbeeld Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2000. Zie ook Tollenaar 2010.

2. Zie ook Vonk & Tollenaar 2010, p. 1-19.

De wetgever kan de regulering op verschillende wijzen vormgeven. Hierbij hoeft niet noodzakelijkerwijs sprake te zijn van het klassieke 'command and control'-model. Ook het reguleren en stimuleren van zelfregulering behoort tot de mogelijkheden. Deze verschillende wijzen van aansturing worden in de internationale literatuur ook wel aangeduid met de termen 'old governance' en 'new governance'.³ Voor welke vorm ook wordt gekozen, de 'regulatory welfare state' houdt niet alleen deregulering in, maar ook regulering. Weliswaar is het zo dat waar de overheid zelf minder doet, er regels verdwijnen, maar er verschijnen ook weer nieuwe regels om de uitoefening van verantwoordelijkheden aan te sturen. Zoals gezegd, geldt hierbij als uitgangspunt het borgen van publieke belangen.

De sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid is bij uitstek een uitingvorm van de 'regulatory welfare state'. Werkgever en werknemer zijn zelf verantwoordelijk gemaakt voor de inkomensbescherming en re-integratie. De wetgever heeft hiervoor de kaders gesteld. Waar deze verschuiving naar privaat niet goed mogelijk werd geacht, is de overheid zelf uitvoerder gebleven, wat zichtbaar is in de vangnet-ZW en de publieke uitvoering van de Wet WIA met hooguit een voorwaardelijke opting out-mogelijkheid.

Bevindingen in perspectief

Hoe zijn de bevindingen te plaatsen tegen de achtergrond van de 'regulatory welfare state'? De bevindingen komen er op neer dat de in dit onderzoek vanuit het normatieve kader geconstateerde knelpunten de toegang tot het recht van werkgever en werknemer in het geding brengen. Toegang tot het recht is een publiek belang dat de overheid vanuit haar eindverantwoordelijkheid moet borgen. De knelpunten zijn dus vanuit dit perspectief te zien als tekortkomingen van de wetgever.

De tekortkomingen in de wetgeving zijn vaak te herleiden tot een onvolkomen verantwoordelijkheidsverdeling en een hieruit voortvloeiende onbepaaldheid van wet- en regelgeving. Dit kan worden teruggevoerd op een verantwoordelijkheidsparadox. Aan de ene kant wil de wetgever de betrokken partijen volledig verantwoordelijk maken en zelf zo veel mogelijk op afstand staan, maar aan de andere kant wordt de overheid door verschillende op de borging van het publieke belang gerichte toezichtsmechanismen toch op zijn minst medeverantwoordelijk. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de jurisprudentie waarin het UWV gebonden wordt aan zijn eigen deskundigenoordelen bij het al dan niet opleggen van een loonsanctie (zie paragraaf 5.3.1.2).

Bovendien blijft de overheid hoe dan ook eindverantwoordelijk voor het stelsel. Dat betrokken partijen verantwoordelijk zijn gemaakt, wil namelijk niet zeggen dat zij ook hun verantwoordelijkheid nemen. Concreet wordt hiermee bedoeld dat de wetgever partijen wel verantwoordelijkheid heeft gegeven, maar voor de uitoefening hiervan slechts algemene kaders heeft gesteld. De verantwoordelijkheid voor verfijning van de regels wordt steeds overgelaten aan een andere partij, die geacht wordt het detailniveau beter te overzien. De wetgever schuift bijvoorbeeld zijn regelstellende bevoegdheid door naar het UWV als publieke uitvoerder. Het UWV stelt op zijn beurt echter ook slechts globale kaders en verwacht van werkgevers en werknemers

3. Zie bijvoorbeeld Burca & Scott 2006.

dat zij tot verdere verfijning komen. Het resultaat is onduidelijkheid en onhelderheid voor alle betrokkenen. Een mooi voorbeeld van dit afwentelingsverschijnsel is de gebrekkige concretisering van de re-integratieverplichtingen waaraan moet worden voldaan door de werkgever om een loonsanctie te voorkomen. De werkgever wordt geacht zelf aan deze verplichtingen invulling te geven. Dit laat echter onverlet dat het UWV over deze invulling wel achteraf een oordeel kan hebben.

Een ander voorbeeld van het afwentelingsverschijnsel treedt op in de klassieke relatie tussen wetgever en rechter. De wetgever verwijst naar nadere verduidelijkingen die in de rechtspraak gestalte moeten krijgen, maar de rechter gaat doorgaans niet verder dan beslechting van het concrete geschil.

Bovenstaande onduidelijkheid die optreedt bij de vraag wie nu precies verantwoordelijk is om de onbepaaldheid te adresseren, kan ook worden beschouwd als een typisch probleem van de 'regulatory welfare state', aangezien in dit sturingsmodel publieke en private verantwoordelijkheden sterk verweven zijn; de private partijen worden als het ware door de overheid voor de kar van de publieke belangen gespannen. Dit vloeit voort uit het uitgangspunt van de overheid om het publieke belang samen met het maatschappelijk middenveld en het bedrijfsleven te borgen.

Het gevolg hiervan is dat een divers gezelschap van publieke, semi-publieke, private en semi-private partijen samen met de daarbij behorende toezichthouders publieke belangen moeten behartigen. Deze publieke belangen zijn bovendien niet altijd te verenigen met eventuele private belangen. Het voorgaande kan gemakkelijk leiden tot een vertroebeling van verantwoordelijkheden en afwentelingsgedrag.

De knelpunten in de transparantie, consistentie en finaliteit zijn vanuit de benadering in dit onderzoek in de eerste plaats opgevat als belemmeringen voor de toegang tot het recht. Bezien vanuit het bredere kader van de 'regulatory welfare state' kunnen zij ook worden gezien als een uitdrukking van de grote complexiteit van het stelsel als zodanig. Dit is een terugkerend thema in analyses over de 'regulatory state'. Hieruit blijkt dat bij 'regulatory state'-arrangementen het recht wordt gebruikt als belangrijk sturingsinstrument, naast andere instrumenten, zoals het inbouwen van financiële prikkels. Het gebruik dat de 'regulatory welfare state' maakt van de wet- en regelgeving leidt er onvermijdelijk toe dat zwaar wordt geleund op procedures, die bovendien ook nog ingewikkeld in elkaar zitten ten gevolge van de vermenging van publiek- en privaatrecht.

Aanbevelingen in perspectief

De volgende vraag is hoe de aanbevelingen zijn te duiden in 'regulatory welfare state'-perspectief. De aanbevelingen zijn onder te verdelen in voorstellen voor een nadere uitwerking van de wet- en regelgeving, voorstellen tot het afdwingbaar maken van informatie en voorstellen met betrekking tot het stroomlijnen van procedures.

De verschillende aanbevelingen komen neer op een verfijning van het stelsel. Indien dit gericht is op het oplossen van knelpunten, hoeft dit niet tot een grotere complexiteit te leiden, maar juist tot meer duidelijkheid en helderheid. Een groter begrip van het stelsel bij betrokkenen vermindert bovendien de noodzaak van procedures. Bij de verfijning blijft de wetgever de algemene kaders stellen en blijven de verantwoordelijkheden zo veel mogelijk bij de betrokken partijen. Wat verandert,

is dat de wetgever niet alleen verantwoordelijken aanwijst, maar ook voorschrijft dat zij hun verantwoordelijkheid nemen door hieraan uitwerking te geven in regels.

Bij de uitwerking van de regels kan als uitgangspunt worden gehanteerd dat hoe gedetailleerder de regels zijn, hoe meer zij door de betrokkenen kunnen worden ingevuld. De wetgever kan hierbij eventueel minimumvoorwaarden stellen. Naast de regulerende rol kan de wetgever coördineren en faciliteren door bijvoorbeeld integrale geschilbeslechting te bevorderen en afdwingbare informatieplichten op te leggen. Een uitbreiding van de sturende rol van de wetgever past naar mijn mening ook bij de regierol die de overheid vanuit zijn eindverantwoordelijkheid behoort te spelen in een 'regulatory welfare state'.

Hierbij moet wel de kanttekening worden gemaakt dat de voorstellen uitstekend passen in de reguleringsparadox, die veelal wordt geassocieerd met de 'regulatory state'. Dat de overheid minder zelf doet, leidt tot minder regels. Het stellen van de kaders waarin deze verantwoordelijkheden worden uitgeoefend, leidt echter tot andersoortige regels. Bovendien worden de inhoudelijke regels opnieuw uitgewerkt op een lager niveau. Deze regels zijn echter wel beter verteerbaar, omdat zij de nodige duidelijkheid bieden en bovendien zo veel mogelijk door de betrokkenen zelf wordt uitgewerkt. Zij kunnen de gevolgen van de regels overzien en aanpassen aan de omstandigheden van het geval. Dit concept van zelfregulering past overigens in het denken over de 'regulatory state'.

7.5 Slotbeschouwing

Dit onderzoek bevat een gedetailleerde analyse van het stelsel op procedurele knelpunten. Hiermee zijn onvolkomenheden opgespoord en in aansluiting hierop zijn enkele aanbevelingen gedaan om deze aan te pakken. Het beeld dat uit de bevindingen naar voren komt is dat de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid in zijn huidige vorm bezien vanuit het normatieve kader op verschillende punten tekort schiet. Naar mijn oordeel kan de toegang tot het recht worden vergroot door het stelsel te verfijnen, waarbij de wetgever blijft reguleren, faciliteren en coördineren en de betrokken partijen zo veel mogelijk de normen inhoudelijk uitwerken. Dit moet echter niet vrijblijvend gebeuren. Verantwoordelijkheden moeten niet alleen duidelijk worden verdeeld, maar de betrokken partijen moeten vervolgens ook hun verantwoordelijkheid nemen.

In het onderhavige onderzoek ging het niet zozeer om de vraag of de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid meer publiek of juist meer privaat moet worden. Gezien de onderzoeksopzet kunnen hier ook geen uitspraken over worden gedaan. Het stelsel is met zijn mengeling van publiek en privaat op zichzelf beoordeeld. Het is niet gericht op een vergelijking met een publiek of privaat stelsel.

In die zin zou kunnen worden gezegd dat het onderzoek aansluit bij wat in beschouwingen over de 'regulatory state' vaak wordt aanbevolen: niet bekritisieren op ideologische gronden, maar begrijpen hoe het stelsel werkt en op basis van onderzoek komen met voorstellen tot verbetering. Hieraan kan nog worden toegevoegd dat het publiek-private stelsel bij ziekte en arbeidsongeschiktheid ook een kans moet worden gegeven om zijn waarde te bewijzen. In de sociale zekerheid komt het maar al te vaak voor dat nieuwe regelingen niet de tijd wordt gegund om tot volle wasdom te komen

en al voordat ze zijn geëvalueerd en onderzocht al weer zijn vervangen door nieuwe oplossingen.

Bij wijze van korte excursie worden tot slot nog enkele woorden gewijd aan de mogelijkheid van een uniforme sociaalrechtelijke rechtsgang. Hoewel hier in dit onderzoek niet gericht naar is gekeken, kan wel worden opgemerkt dat dit mogelijk veel van de geconstateerde knelpunten zou kunnen wegnemen. Deze hangen immers veelal samen met de vermenging van publiek en privaat en de hierbij behorende afzonderlijke rechtsgangen. De verkenning van één sociaalrechtelijke rechtsgang lijkt mij daarom een interessant onderwerp voor nader onderzoek.

Vormen van afzonderlijke sociaalrechtelijke geschilbeslechting komen voor in de systemen van veel landen.⁴ Een aantal van die vormen zou nader kunnen worden bestudeerd, bijvoorbeeld het Duitse stelsel waarin voor de beslechting van geschillen over loondoorbetaling bij ziekte (Entgeltfortzahlung) een centrale rol is weggelegd voor het bestuursrechtelijke Sozialgericht in eerste aanleg en het Landessozialgericht in hoger beroep.

Onderzocht zou kunnen worden of een dergelijke constructie in het Nederlandse stelsel zou passen of dat het alleen een plaats heeft binnen de specifieke Duitse kaders. Daarnaast zou bijvoorbeeld kunnen worden gekeken wat het betekent als de Nederlandse bestuursrechter (of de civiele rechter) bevoegd zou worden in alle socialezekerheidsrechtelijke zaken, of die nu de publieke of private sociale zekerheid betreffen.

Hierbij rijzen allerlei interessante vragen. Wordt de bestuursrechter bevoegd in geschillen over loondoorbetaling bij ziekte, dan kunnen de procedures bijvoorbeeld in de bestuursrechtelijke mal worden gegoten. Het volgen van het burgerlijk procesrecht, eventueel publiekrechtelijk gekleurd, is echter ook een optie. Een andere vraag is of arbeidsrechtelijke geschillen van elkaar kunnen worden gescheiden. Nu is het bijvoorbeeld zo dat in loonvorderingsprocedures wordt getwist over de vraag of de werkgever het loon moet doorbetalen, omdat sprake is van arbeidsongeschiktheid door ziekte (art. 7:629 BW) of omdat de arbeidsongeschiktheid van de werknemer in zijn risicosfeer ligt (art. 7:628 BW). Worden deze geschillen in aparte procedures behandeld, dan leidt dit tot nieuwe complicaties.

Meer in het algemeen kan het verkennen van de mogelijkheden van een uniforme rechtsgang ook nut hebben in het licht van mogelijk toekomstige hybride arrangementen. Hierbij zullen zich immers waarschijnlijk gelijksoortige kwesties voordoen als in de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid.

4. Zie Erkens 2013, p. 95-127.

SAMENVATTING

Dit onderzoek gaat over de toegang tot het recht bij geschillen rondom ziekte en arbeidsongeschiktheid. Deze geschillen vinden vanaf de jaren 1990 in toenemende mate plaats binnen privaatrechtelijke kaders. Dit houdt verband met een verandering van de verantwoordelijkheidsverdeling tussen overheid, werkgever en werknemer. De publiekrechtelijke aanspraak op ziekgeld is grotendeels vervangen door de privaatrechtelijke loondoorbetalingsplicht bij ziekte. En hoewel de vormgeving bij langdurige arbeidsongeschiktheid publiekrechtelijk is gebleven, geldt ook hier dat de betrokkenheid van de werkgever is vergroot met figuren als premiedifferentiatie en eigenrisicodragerschap. De toenemende rol van de werkgever houdt verband met de opkomst van het belang van re-integratie. Van werkgever en werknemer wordt verwacht dat zij hier gezamenlijk werk van maken. Het huidige stelsel voldoet aan de omschrijving van een 'regulatory (welfare) state', waarin de overheid zo veel mogelijk op afstand staat en de kaders stelt waarbinnen betrokken partijen verantwoordelijkheden worden gegeven.

De veranderingen in de rechten en plichten werken ook door in de rechtsbescherming. Dit kan leiden tot knelpunten. In dit onderzoek wordt nagegaan of en in hoeverre zich inderdaad knelpunten voordoen. De procedures worden onderzocht in drie opeenvolgende fasen: kort- en langdurende arbeidsongeschiktheid en de overgang hiertussen.

Historische achtergrond

De geschiedenis van de inkomensbescherming bij ziekte en arbeidsongeschiktheid kan worden geschreven vanuit het perspectief van verschuivingen tussen publiek en privaat (hoofdstuk 2). Eeuwenlang was het aan werknemers zelf om (soms met steun van hun werkgever) voorzieningen te treffen om hun bestaanszekerheid zeker te stellen. Aan deze voorzieningen waren in meer of mindere mate rechten te ontleen. Er werd bijvoorbeeld veel gebruik gemaakt van onderlinge verzekeringen, waarin werknemers gezamenlijk risico's droegen. Waar een dergelijke voorziening ontbrak of tekortschoot, was de werknemer aangewezen op de liefdadigheid van anderen of de armenzorg (geen recht, maar een gunst). In de tweede helft van de negentiende eeuw groeide de kritiek op dit stelsel. Dit leidde uiteindelijk tot een publiek stelsel dat in de tweede helft van de twintigste eeuw tot volle wasdom kwam. Tekortkomingen in dit stelsel waren aan het einde van de twintigste eeuw aanleiding tot een vergroting van

de private verantwoordelijkheden. Bij de overdracht van verantwoordelijkheden bleef de overheid vanuit haar eindverantwoordelijkheid voor het stelsel betrokken als kaderschepper en toezichthouder (bijvoorbeeld bij loondoorbetaling bij ziekte). Voorts bleven bepaalde voorzieningen (of een deel hiervan) een publieke verantwoordelijkheid (zoals de vangnetfunctie van de Ziektewet).

Normatief kader van toegang tot het recht

Om de knelpunten in de procedures in de huidige publiek-private mix te analyseren wordt in dit onderzoek gebruik gemaakt van een normatief kader van toegang tot het recht (hoofdstuk 3). Hierin wordt toegang tot het recht vertaald in drie aspecten: transparantie, consistentie en finaliteit. Met transparantie wordt bedoeld op de mate waarin een rechtzoekende vooraf kan inschatten wat zijn rechten zijn en hoe hij deze kan effectueren (bijvoorbeeld door informatievoorziening). Bij consistentie gaat het enerzijds tussen het algemene deel van het recht (bestuursrecht of privaatrecht) en het bijzondere deel (socialezekerheidsrecht respectievelijk arbeidsrecht) Anderzijds gaat het om de consistentie tussen publiekrecht en privaatrecht. Inconsistenties kunnen het voor rechtzoekenden moeilijk maken het stelsel te doorgronden. Met finaliteit wordt bedoeld op het vermogen van het stelsel om een geschil definitief en volledig op te lossen. Dit wordt in dit onderzoek opgevat als een resultante van tijdigheid en zorgvuldigheid.

Toegang tot het recht bij ziekte

In de sociale zekerheid bij ziekte is de werkgever gedurende 104 weken verantwoordelijk voor de loondoorbetaling en re-integratie van zijn zieke werknemer (hoofdstuk 4). Hierover kunnen gemakkelijk geschillen ontstaan, waarbij de werkgever kan kiezen voor een loonstop. De werknemer moet vervolgens een loonvordering instellen. Een instrument dat centraal staat in de geschilbeslechting, is het deskundigenoordeel van het UWV. Hiermee beoogt de wetgever om de ongelijkheid in de verhouding tussen werknemer en werkgever te compenseren met een laagdrempelig niet-bindend advies over vragen die hen verdeeld kunnen houden. Het staat werkgever en werknemer vrij om een deskundigenoordeel aan te vragen. Indien een geschil leidt tot een loonvorderingsprocedure, wordt dit echter een verplichting.

Uit de analyse komen verschillende knelpunten met betrekking tot het deskundigenoordeel naar voren. Bezien vanuit transparantie is dit allereerst de kenbaarheid van het deskundigenoordeel-vereiste en de loonstop. Er zijn geen bijzondere waarborgen die ervoor zorgen dat de werknemer op de hoogte is van de verplichting om bij zijn loonvordering een deskundigenoordeel te voegen. Er bestaat bijvoorbeeld niet iets als een deskundigenoordeelclausule in het geval de werkgever een loonstop oplegt, naar analogie van een bezwaarclausule. Verder wordt de transparantie ondergraven als de werkgever het loon mag stopzetten zonder (duidelijke) betwisting. Bij het aanvragen van het juiste soort deskundigenoordeel is een betwisting met de precieze grond van de loonstop een belangrijk aanknopingspunt.

Bezien vanuit het perspectief van de consistentie van het systeem knelt het dat er geen effectief rechtsmiddel bestaat om een deskundigenoordeel af te dwingen. Hieraan kan behoefte bestaan als het UWV in het geheel geen deskundigenoordeel

afgeeft of als aan de inhoud ervan gebreken kleven. Bestuursrechtelijk is hier niets aan te doen, omdat het deskundigenoordeel geen besluit is. Ook de civiele rechter heeft geen invloed op de totstandkoming. Voor hem is het deskundigenoordeel één van de bewijsmiddelen die hij kan meenemen in zijn waardering van de feiten. Een ander knelpunt is dat de totstandkoming van het deskundigenoordeel alleen op hoofdlijnen is genormeerd. De regels zijn bovendien verspreid over het publiekrecht en het privaatrecht. De uitvoering van het deskundigenoordeel wordt in belangrijke mate genormeerd door een interne instructie van het UWV, die procedurele richtlijnen voor de totstandkoming bevat en materiële eisen, waaraan het deskundigenoordeel moet voldoen. Dat deze niet openbaar is, bemoeilijkt het echter voor werkgever en werknemer en de rechter om te beoordelen of het deskundigenoordeel zorgvuldig tot stand is gekomen. Verder is het bezien vanuit het stelsel als geheel inconsistent dat waar vóór en na de loonvorderingsprocedure verschillende voorzieningen zijn getroffen om een evenwicht te vinden tussen het recht op privacy van de werknemer en het recht op een eerlijk proces van de werkgever, deze waarborgen ontbreken in de loonvorderingsprocedure. Er wordt hierbij veel gevergd van de rechter. Is zijn uitgangspunt normaal gesproken volledige openheid in de procedure, hij moet nu oordelen in hoeverre medische gegevens om een bijzondere behandeling vragen.

Een knelpunt bezien vanuit finaliteit is dat een afwijzing van een loonvordering wegens het ontbreken van een deskundigenoordeel tot een niet-ontvankelijkverklaring van een volgende loonvordering kan leiden. Dit verhoudt zich niet goed met de aard van het deskundigenoordeel als procedureel vereiste, waaraan moet zijn voldaan voor de inhoudelijke beoordeling van de loonvordering. De finaliteit komt ook in het geding doordat een niet-ontvankelijkverklaring kan worden uitgesproken bij het voor het eerst inbrengen van een deskundigenoordeel in hoger beroep. Dit leidt weliswaar tot een spoedige afwikkeling van het geschil, maar bij de zorgvuldigheid kunnen kanttekeningen worden geplaatst.

Toegang tot het recht bij de overgang van ziekte naar arbeidsongeschiktheid

Bij de overgang van ziekte naar arbeidsongeschiktheid zijn verschillende knelpunten te relateren aan de loonsanctie (hoofdstuk 5). Met dit besluit verlengt het UWV de loondoorbetalingsperiode van de werkgever met ten hoogste 52 weken, indien de werkgever zich onvoldoende heeft ingespannen voor de re-integratie van zijn werknemer. De werkgever heeft vervolgens de mogelijkheid om bekorting te verzoeken als hij meent dat zijn tekortkomingen zijn hersteld.

Aan de ene kant wordt werkgever en werknemer veel vrijheid gegund om invulling te geven aan hun re-integratieverantwoordelijkheid. Aan de andere kant beoordeelt het UWV bij de poortwachterstoets of deze inspanningen voldoende zijn geweest. Daarbij hanteert het UWV dus normen. Wat deze normen zijn en waaraan de werkgever precies moet voldoen, wordt echter niet geëxpliciteerd. Dit geldt niet alleen voor de wet, maar ook voor de uitwerking van de wettelijke bepalingen in lagere regelgeving, waaronder beleidsregels van het UWV. Ook hierin wordt gesproken in vage bewoordingen als 'voldoende' en 'adequaat'. Dit tast de transparantie aan omdat de werkgever hierdoor vooraf niet weet wat van hem wordt verwacht. Een ander knelpunt is dat gerichte informatieverstrekking vanuit het UWV

richting werkgever en werknemer gedurende het eerste ziektejaar beperkt is. Dit houdt verband met het voorschrift dat de ziekmelding pas plaats hoeft te vinden in week 42. Dit kan er bijvoorbeeld toe leiden dat werkgever en werknemer nalaten een deskundigenoordeel te vragen waar dit wel is aangewezen.

Bezien vanuit consistentie knelt dat het vaststellen van het einde van de wachttijd van de Wet WIA een bevoegdheid is van het UWV, maar ook in een loonvorderingsprocedure aan de orde kan komen. Dit kan in het uiterste geval leiden tot botsende oordelen. Verder valt op dat de loonsanctie in het licht van het algemene bestuursrecht enkele eigenaardigheden vertoont. Het UWV hoeft allereerst in de motivering van een loonsanctie of de afwijzing van een bekortingsverzoek niet specifiek aan te geven welke herstelacties vereist zijn. Het ontbreken van een dergelijke motiverings-eis is bij een voor de burger belastend besluit zeer ongebruikelijk in het bestuursrecht (art. 5:24 lid 1 Awb). Daarnaast valt op dat een loonsanctie niet een begunstigings-termijn bevat om de tekortkoming herstellen. Dit is bij herstelsancties wel gebruikelijk en zelfs vereist (art. 5:24 lid 2 Awb). Verder wordt bij de loonsanctie ook afgeweken van een andere hoofdregel van het bestuursprocesrecht, namelijk die van een *ex nunc*-beoordeling in bezwaar. Er wordt gekeken naar de rechten en feiten op het moment van het nemen van het primaire besluit (*ex tunc*). Deze afwijking kan echter worden gerechtvaardigd door de bijzondere bekortingsprocedure.

Een complicatie gezien vanuit finaliteit is dat bij het niet opleggen van een loonsanctie geen besluit wordt genomen. Het UWV zou dit ook in alle gevallen ambtshalve kunnen doen, zodat de werknemer tegen het besluit om geen loonsanctie op te leggen in bezwaar en beroep kan gaan. Een ander knelpunt is dat in het geval het UWV ten onrechte een loonsanctie heeft opgelegd, de werkgever zijn schade in verschillende procedures moet verhalen. Hierbij moet hij eerst zijn werknemer aanspreken, voordat hij bij het UWV terecht kan. Ook knelt het dat de loonsanctie niet verzekert dat de werkgever het loon doorbetaalt. Doet hij dit niet, dan moet de werknemer een loonvordering instellen. In deze procedure is bovendien niet uitgesloten dat de civiele rechter zijn eigen beoordeling in de plaats stelt van die van het UWV. Dit kan ertoe leiden dat de werknemer met lege handen komt te staan (zonder uitkering en zonder loon).

Toegang tot het recht bij arbeidsongeschiktheid

In de sociale zekerheid bij langdurige arbeidsongeschiktheid gaat de aandacht uit naar knelpunten die voortvloeien uit het eigenrisicodragerschap in de Wet WIA (hoofdstuk 6). In deze fase kan de werkgever er voor kiezen om zelf uitvoerder van de Wet WIA te worden. Hiermee wordt hij verantwoordelijk voor de uitkeringen en de re-integratie van zijn (ex-)werknemers.

Een knelpunt gezien vanuit transparantie is dat een werkgever die eigenrisicodragers wordt hier achteraf spijt van kan krijgen, omdat zijn risico meer omvat dan hij had verwacht. Gerichte informatievoorziening vanuit het UWV (en de Belastingdienst) kan dit knelpunt wegnemen. Als het onmogelijk is om dit voor het geven van het toestemmingsbesluit uitputtend te doen zoals bij het toerekeningsbesluit gebeurt, kan bij de informatievoorziening in ieder geval worden aangegeven waar de informatie op is gebaseerd. De werkgever kan dan vanuit zijn eigen verantwoorde-

lijkheid de volledigheid en juistheid van de informatie controleren. Een alternatief zou zijn om de toestemming en de toerekening van het risico te combineren. De werkgever zou dan nog de mogelijkheid moeten hebben om zijn aanvraag in te trekken, als het risico meer omvat dan verwacht. De transparantie komt voorts in het geding doordat onduidelijkheid kan bestaan over welke hoedanigheid een eigenrisicodrager heeft. Hij kan tegelijkertijd nog werkgever zijn. Er zijn wat dit betreft geen bijzondere waarborgen om publiek en privaat van elkaar te scheiden, zoals een informatieplicht voor het UWV of een beleidsregelplicht voor de werkgever.

Als het om consistentie gaat kan allereerst worden gewezen op de invloed van de werknemer op het eigenrisicodragerschap. Eén mogelijkheid is het medezeggenschapsrecht. De ondernemingsraad heeft een adviesrecht bij de beslissing om eigenrisicodrager te worden. De overweging van de wetgever om niet te kiezen voor een instemmingsrecht was dat de werkgever financieel verantwoordelijk was. Dit argument is tegenwoordig minder overtuigend, omdat de werkgever de helft van de kosten op de werknemer kan verhalen. Als het gaat om het toestemmingsbesluit valt allereerst op dat de wet deze als een voor bezwaar vatbare beschikking aanmerkt, terwijl het daarnaast ook als een besluit van algemene strekking kan worden beschouwd. Dit heeft consequenties voor de wijze waarop het toestemmingsbesluit moet worden bekendgemaakt en hiermee het bereik (ook naar bijvoorbeeld (ex-) werknemers). Of een werknemer iets opschiet met bezwaar en beroep is overigens de vraag, omdat het toestemmingsbesluit hoofdzakelijk draait om eisen als een garantieverklaring. Meer inhoudelijke bezwaren, zoals bedenkingen bij de uitvoering, mogen niet worden betrokken in de besluitvorming.

Bezien vanuit de samenhang tussen de publieke en private uitvoering van de Wet WIA, valt op dat er bij het eigenrisicodragerschap voor de werknemer minder procedurele handvatten bestaan om de uitvoerder aan te spreken. Dit vloeit voort uit de vormvrijheid van de uitwerking van het re-integratierecht. Deze vormvrijheid is ook te zien bij de sanctiebevoegdheid. Hierdoor is het bijvoorbeeld voor de werknemer moeilijk na te gaan of de werkgever zonder willekeur gebruik maakt van zijn bevoegdheid. Wat de complicatie van de dubbele hoedanigheid van de werkgever betreft kan vanuit algemeen bestuursrechtelijk perspectief worden gesteld dat een eigenrisicodrager, die ook werkgever is, bij re-integratie op grond van de tweewegenleer voorrang zou moeten geven aan zijn publiekrechtelijke bevoegdheden. Ook wanneer de eigenrisicodrager privaatrechtelijk optreedt tegenover de uitkeringsgerechtigde zou dit in zekere mate genormeerd moeten blijven door het publiekrecht. Verder valt op dat de werkgever als bestuursorgaan kan optreden zonder dat bijzondere voorzieningen zijn getroffen om belangenconflicten te vermijden. Juist bij een eigenrisicodrager, voor wie het optreden als bestuursorgaan een nevenfunctie is, zouden deze waarborgen op hun plaats zijn. Verder zijn ook in deze fase spanningen met privacy te zien. Het is inconsistent dat bij het eigenrisicodragerschap in het geheel geen bijzondere waarborgen bestaan, terwijl hierbij in de eerdere fasen in meer of mindere mate is stilgestaan.

Bezien vanuit finaliteit knelt het dat een werkgever door gefragmenteerde besluitvorming met meerdere besluiten van verschillende bestuursorganen eigenrisicodrager kan worden zonder te weten wat dit precies inhoudt. De finaliteit is ook in het geding

bij de afwikkeling van onrechtmatige besluiten. Bezwaar en beroep hebben geen opschortende werking, maar het is niet ondenkbaar dat de eigenrisicodragers in afwachting van de uitkomst van een procedure zijn re-integratie-inspanningen verzaakt. Ook wanneer een besluit wordt herroepen of vernietigd leidt de afwikkeling tot onzekerheid voor betrokkenen.

Conclusies

In de conclusie van het onderzoek worden enkele bevindingen uit de knelpuntenanalyse uitgelicht en worden aanbevelingen gedaan om deze aan te pakken (hoofdstuk 7). De aanbevelingen komen neer op voorstellen tot verfijning van wet- en regelgeving, het afdwingbaar maken van informatie en tot een betere stroomlijning van procedures. Wat opvalt, is dat de algemene kaders regelmatig niet verder worden uitgewerkt. Bezien vanuit de toegang tot het recht is dit onwenselijk, omdat dit tot onduidelijkheid en onzekerheid leidt. Wat dit betreft is er ook een belangrijke rol weggelegd voor informatieplichten. De uitvoerders van de sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid (of dit nu het UWV of de werkgever) is, zouden de rechtzoekende van informatie moeten voorzien. Ook een stroomlijning van de procedures kan de toegang tot het recht vergroten. Door meer formulieren beschikbaar te stellen kan bijvoorbeeld worden voorkomen dat ongewild procedurele mogelijkheden blijven liggen, bijvoorbeeld bij het aanvragen van een loonsanctie door de werknemer of het bekorten hiervan door de werkgever. Vanuit een oogpunt van integrale geschilbeslechting zou het UWV ook een centrale rol moeten krijgen bij het afwikkelen van onrechtmatige besluiten.

De bevindingen en aanbevelingen kunnen ook worden beschouwd tegen de achtergrond van de 'regulatory welfare state'. Vastgesteld kan worden dat de knelpunten regelmatig terug te voeren zijn op een onvolkomen verantwoordelijkheidsverdeling en een hieruit voortvloeiende onbepaaldheid van de verantwoordelijkheidsverdeling. De wetgever heeft de verantwoordelijkheden verdeeld tussen overheid, werkgever en werknemer en algemene kaders gesteld voor de uitoefening hiervan. De overheid heeft een medeverantwoordelijkheid op zich genomen en uitgewerkt met instrumenten als het deskundigenoordeel en de loonsanctie. De verantwoordelijkheid voor verfijning van de regels wordt echter steeds aan anderen overgelaten. Dit kan leiden tot onduidelijke situaties. Er worden bijvoorbeeld enerzijds verantwoordelijkheden overdragen, maar onbepaalde tekortkomingen in de uitoefening hiervan worden wel publiekrechtelijk gesanctioneerd. Verder valt op dat de wetgever consequent op de rechter vertrouwt. Uit de knelpuntenanalyse volgt echter dat de rechter niet altijd uitkomst kan bieden. Kortom, de toegang tot recht kan worden verbeterd. Vanuit 'regulatory welfare state'-perspectief ligt het voor de hand om hierbij werkgever en werknemer te betrekken. Waar nodig moeten betrokken partijen (werkgever en werknemer, maar ook de lagere regelgever en het UWV), meer dan nu het geval is, worden bijgestuurd door de wetgever, die hiermee ook zijn eindverantwoordelijkheid voor het stelsel kan nemen.

SUMMARY

This study is about access to justice in disputes regarding illness and incapacity for work. Since the 1990s these disputes have increasingly taken place within private frameworks. This trend is related to a shift in the division of responsibility between government, employer and employee. Entitlement to sickness benefit under public law has largely been replaced by the mandatory continued payment of wages during periods of illness under private law. And although long term disability continues to fall under public law, here too the employer's involvement has increased in terms of premium differentiation and risk bearing. The shift towards employer responsibility is related to a new focus on reintegration. Employer and employee are expected to pursue this objective together. The current system meets the definition of a regulatory (welfare) state, in which the government keeps its distance wherever possible and defines the boundaries within which interested parties are given responsibilities.

Changes in rights and obligations also affect legal protection, which can create problems. This study examines whether and to what extent problems do indeed arise. The procedures are studied in three consecutive phases: short and long term disability and the transition between these two terms.

Historical background

The history of income protection during illness and disability can be described from the perspective of shifts between public and private (Chapter 2). For centuries it was up to employees themselves (sometimes with the support of their employer) to take measures to ensure their livelihoods. Rights could to a greater or lesser extent be derived from these measures. For example much use was made of mutual insurance schemes in which employees bore risks together. Where such a facility was lacking or insufficient, the employee was dependent on the charity of others or poor relief (not a right but a favour). In the second half of the nineteenth century, this system was subject to increasing criticism. This eventually led to a public system that came to fruition in the second half of the twentieth century. At the end of the twentieth century shortcomings in this system gave rise to an increase in private responsibilities. During the transfer of responsibilities the government, as the party bearing final responsibility continued to be involved as framework creator and supervisor (e.g. in connection with continued payment of wages during illness). Furthermore, certain facilities (or part thereof) remained a public responsibility (such as the safety net provided by the Sickness Benefits Act).

Normative framework of access to justice

To analyse the weaknesses in the procedures in the current public-private mix this study uses a normative framework for access to justice (Chapter 3). This framework defines access to justice in terms of three aspects: transparency, consistency and finality. Transparency refers to the extent to which litigants can estimate what their rights are and how they can exercise these in advance (e.g. information). Consistency is about the general area of law (administrative law or private law) and the special area of law (social security law or labour law) as well as the consistency between public and private law. Inconsistencies can make it difficult for litigants to understand the system. Finality refers to the ability of the system to finally and fully resolve a dispute. In this study this is understood to be the result of timeliness and due care.

Access to justice in case of illness

In social security in case of illness the employer is responsible for the continued payment of wages for a period of 104 weeks and for the reintegration of the ill employee (Chapter 4). This can easily lead to a dispute and the employer choosing to freeze wages. The employee must then file a wage claim. An instrument that is central to the settlement of the dispute is the expert opinion of the UWV, the Dutch Employee Insurance Agency. The legislator intended this instrument to compensate the inequality in the relationship between the employee and the employer with an easily accessible non-binding opinion on the issues over which the parties are divided. The employer and employee are free to apply for an expert opinion. However this becomes mandatory once the dispute leads to wage claim proceedings.

The analysis reveals various problems relating to the expert opinion. From the point of view of transparency these are primarily the discernibility of the requirement to apply for an expert opinion and the wage freeze. There are no particular safeguards to ensure that the employee is aware of the obligation to append an expert opinion to his wage claim. For example there is no such thing as an expert opinion clause along the lines of an objection clause, in the event the employer imposes a wage freeze. Furthermore, transparency is undermined if the employer is allowed to impose a wage freeze without (clear) objection. When applying for the right kind of expert opinion an objection based on the exact grounds for the wage freeze is an important starting point.

From the perspective of the consistency of the system the problem is that there is no effective legal remedy to enforce an expert opinion. Such a legal remedy may be needed if the UWV issues no expert opinion at all or if the substance of such an opinion is inadequate. Nothing can be done about this under administrative law because the expert opinion is not a decision. Neither can the civil court influence the issuance of such an opinion. For the civil court the expert opinion is just one piece of evidence it takes into account when considering the facts. Another problem is that the writing of an expert opinion is only standardized in outline. What is more, the rules are divided between public and private law. The implementation of the expert opinion is largely standardized by an internal instruction of the UWV, which contains procedural guidelines for the writing of the opinion and material requirements, which the expert opinion must meet. However, the fact that this is not public, makes

it difficult for employers and employees and the courts to assess whether the expert opinion has been composed with due care. Furthermore, seen from the system as a whole it is inconsistent that where before and after the wage claim procedure several provisions have been made to balance the right to privacy of the employee and the right to a fair trial of the employer, these guarantees are lacking in the wage claim procedure itself. This demands a lot of the court. Where under normal circumstances the court's starting point is full disclosure during the proceedings, it now has to assess to what extent medical details require special treatment.

A problem from the point of view of finality is that a rejection of a wage claim due to the lack of an expert opinion may result in the inadmissibility of a subsequent wage claim. This does not match well with the nature of the expert opinion as a procedural requirement that must be met for the substantive assessment of the wage claim. The finality is also compromised because an expert opinion produced for the first time in an appeal may be declared inadmissible. This might lead to a fast settlement of the dispute but whether this was done with due care can be questioned.

Access to justice during the transition from illness to incapacity for work

During the transition from illness to incapacity for work various problems can be observed related to the wage penalty (Chapter 5). With this decision the UWV extends the continued payment of wages by the employer for up to 52 weeks if the employer has made insufficient efforts to reintegrate the employee. The employer then has the opportunity to apply for a reduction of this extension if the employer feels its failures have been rectified.

On the one hand, the employer and employee are given a lot of freedom in fulfilling their reintegration responsibilities while on the other hand it is the UWV that assesses whether their efforts have been sufficient by applying the gatekeepers test. In doing so the UWV sets standards. However no explicit statement is made as to what these standards are and what requirements the employer must meet. This applies not only to the act itself, but also to the development of the legal provisions in secondary legislation, including the policy rules of the UWV. These also use vague terms such as 'satisfactory' and 'adequate'. This affects the transparency because the employer will not know in advance what is expected of him. Another problem is that targeted information from the UWV to the employer and employee is limited during the first year of illness. This is due to the requirement that the illness only has to be reported in week 42. This may for example result in the employer and employee failing to apply for an expert opinion when this is appropriate.

From the point of view of consistency the problem is that establishing the expiry of the waiting period under the WIA, the Dutch Act on Work and Income according to Capacity for Work, is a competence of the UWV but can also be an issue in a wage claim procedure. In extreme cases this can lead to conflicting judgments. It is also striking that in the light of the general administrative law the wage penalty has some peculiarities. First of all, the UWV is not specifically required to state what actions need to be taken to rectify the failures in its grounds for imposing a wage penalty or rejecting a request for a reduction in the extension period. The absence of such a statement in the grounds for a ruling is highly unusual in a ruling against a citizen in

administrative law (Art. 5:24 paragraph 1 General Administrative Law Act (Awb)). In addition, it is striking that a wage penalty does not contain a period of grace in which to rectify the failure. In remedial sanctions this is common and even required (Art. 5:24 paragraph 2 General Administrative Law Act (Awb)). Furthermore the wage penalty also deviates from another principal rule of administrative procedural law, namely that of an *ex nunc* assessment on a statement of objection. The rights and facts at the time of the first decision are considered (*ex tunc*). This deviation may be justified by the special reduction procedure.

A complication from the point of view of finality is that no decision is taken on the non-imposition of a wage sanction. The UWV could do this automatically in all cases to allow the employee to object to and appeal against a decision not to impose a wage sanction. Another weakness is that if the UWV has incorrectly imposed a wage sanction, the employer has to recover the damage in several proceedings. The employer first has to address the employee before he can go to the UWV. Neither does the wage sanction guarantee that the employer will continue to pay the wage. If the employer does not continue to pay the wage the employee has to file a wage claim. In these proceedings it is not impossible that the civil court will impose its own assessment in the place of that of the UWV. This can result in the employee coming away empty-handed (no benefit and no wage).

Access to justice in case of incapacity for work

With regard to social security in case of long term incapacity for work this research focuses on the problems arising from self-insurance under the WIA Act (Chapter 6). In this phase, the employer may choose to administer the WIA Act himself. If he does so he bears responsibility for the benefits and the reintegration of his (former) employees.

A problem from the perspective of transparency is that an employer who is such a self-insurer can later regret this because his risks are more extensive than he had expected. Targeted information from the UWV (and the tax authority) can remove this problem. If it is impossible to provide complete information together with the authorisation decision, as is the case with regard to an allocation decision, the information provided can at least indicate on what the information is based. The employer can then check the completeness and accuracy of the information on the basis of his own responsibility. Alternatively the authorisation and allocation of the risk could be combined. In this case the employer would have the option to withdraw his application if the risk is greater than anticipated. Transparency is also at stake as a result of ambiguity that might exist in relation to the role of a self-insurer. He may continue to be the employer as well. There are no particular safeguards in this respect for separating public and private from each other, such as an obligation on the part of the UWV to provide information or an obligation on the part of the employer to lay down policy rules.

When it comes to consistency focus is first and foremost on the influence the employee has on the risk exposure. One option is the right of consultation. The works council has the right to make recommendations in relation to the employer's decision to self-insure. The legislator's decision not to opt for a right of assent was based on the fact that the employer was financially responsible. Today this argument is less convincing because the employer can recover half of the costs from the employee.

Where an authorisation decision is concerned it is first of all striking that the law treats this as a decision that may be subject to appeal, while it can also be considered as a decision with general application. This affects how the authorisation decision should be announced and thus the scope of this announcement (including for example (former employees)). Whether an employee stands to gain anything from filing objections and appeals is however questionable, because the authorisation decision essentially revolves around requirements such as a guarantee statement. More substantive objections, such as concerns about the implementation, may not be involved in the decision.

From the point of view of the relationship between the public and private administration of the WIA Act, it is striking that when the employer is a self-insurer there are fewer procedural provisions enabling the employee to address the administrator. This stems from the freedom employers have in implementing the reintegration right. This freedom can also be found in the sanctioning power. This makes it difficult, for example, for the employee to check whether the employer is using his powers without arbitrariness. As regards the complication relating to the dual role played by the employer, from the perspective of general administrative law it is established that a self-insurer who is also an employer should, on grounds of the thwarting doctrine, give priority to his powers under public law in the case of reintegration. Even when the self-insurer acts under private law against the beneficiary this should to a certain extent continue to be ruled by public law. Furthermore, it is striking that as the administrative body the employer can act without any special measures being taken to avoid conflicts of interest, even though it is precisely in such cases in which it is the employer's secondary activity to act as the administrative body, that such safeguards are needed. In this phase too conflict with privacy rules are observable. It is inconsistent that in the case of self-insurance there are no special safeguards at all, while in previous phases this has been addressed to a greater or lesser extent.

From the point of view of finality it is problematic that as a result of fragmented decision-making with several decisions being taken by different administrative bodies, an employer can become a self-insurer without knowing exactly what this entails. Finality is also at stake in the handling of incorrect decisions. Objections and appeals do not have suspensive effect, but it is not inconceivable that pending the outcome of the proceedings the self-insurer will renounce his reintegration efforts. The settlement also produces uncertainty for the parties involved when a decision is revoked or nullified

Conclusions

In the conclusion of the study some findings of the problem analysis are highlighted and recommendations are made as to how these could be addressed (Chapter 7). The recommendations are proposals for the refinement of laws and regulations, for making information mandatory and for the better streamlining of procedures. What is striking is that the general frameworks are not regularly developed. From the perspective of access to justice this is undesirable because it leads to ambiguity and uncertainty. In this respect there is also an important role set aside for the duty to

provide information. In the case of illness and capacity for work the social security administrations (whether the UWV or the employer) would be responsible for providing the litigant with information. A streamlining of procedures can also increase access to justice. For example by making additional forms available procedural options will not be overlooked unintentionally, for example when employees apply for a wage penalty or when employers apply for a reduction of this penalty. From the perspective of integral dispute settlement the UWV should also be given a central role in handling incorrect decisions.

The findings and recommendations can be considered with reference to the background of the 'regulatory welfare state'. It can be established that the problems can be regularly traced back to an imperfect division of responsibility and a resulting indeterminacy in the division of responsibilities. The legislator has divided the responsibilities between government, employer and employee and established general frameworks for the exercise thereof. The government has undertaken co-responsibility, exercising this with instruments such as expert opinions and the wage penalty. The responsibility for refining the rules is, however, still left to others. This can lead to ambiguous situations. For example on the one hand responsibilities are delegated, while on the other hand unspecified shortcomings in the exercise of these are sanctioned under public law. It is also striking that the legislator consistently relies on the courts. However the analysis of the problems shows that the courts cannot always offer a solution. In brief, access to justice could be improved. From the 'regulatory state' perspective it makes sense to involve employers and employees in this. Where necessary the involved parties (employer and employee, but also the lower regulator and the UWV), should be directed more than is currently the case by the legislator, who in doing so can also take on final responsibility for the system.

LITERATUUR

Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid 2001

Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid, *Werk maken van arbeidsgeschiktheid. Rapport van advies van de Commissie Donner (Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid)*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Directie Voorlichting, Bibliotheek en Documentatie 2001.

Asscher-Vonk e.a. 2007

I.P. Asscher-Vonk e.a., *De zieke werknemer*, Deventer: Kluwer 2007.

Barendrecht, Mulder & Giesen 2006

M. Barendrecht, J. Mulder & I. Giesen, 'How to Measure the Price and Quality of Access to Justice', (ongepubliceerd) 2006.

Barentsen 2003

B. Barentsen, *Arbeidsongeschiktheid. Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003.

Barkhuysen, Brenninkmeijer & Van Emmerik 1998

T. Barkhuysen, A. Brenninkmeijer & M. van Emmerik, 'Access to Justice as a Fundamental Right in the Dutch Legal Order', in: E.H. Hondius (red.), *Netherlands reports to the fifteenth international congress of comparative law*, Antwerpen: Intersentia Rechtswetenschappen 1998, p. 395-420.

Van den Berg 1999

B. van den Berg, *Deskundigheid in het geding. Een vergelijkend onderzoek naar de inbreng van deskundigheid bij de administratieve en civiele rechter* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.

Bouwens 2011

W.H.A.C.M. Bouwens, 'Hernieuwde uitval van gereïntegreerde werknemers', *AA* 2011, p. 890-896.

Bouwens & De Groot 2009

W.H.A.C.M. Bouwens & E.W. de Groot, 'Niet-werken vanwege een arbeidsconflict. Recht op loon?', *TRA* 2009, 2.

Brenninkmeijer 1987

A.F.M. Brenninkmeijer, *De toegang tot de rechter. Een onderzoek naar de betekenis van onafhankelijke rechtspraak in een democratische rechtsstaat* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

Bröring 2003

H.E. Bröring, 'Mandaat en delegatie in de gemeentelijke praktijk', *Gst.* 2003, 128.

Buijze & Widdershoven 2010

A.W.J.G. Buijze & R.J.G.M. Widdershoven, 'De Awb en EU-recht: het transparantiebeginsel', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren. 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010. p. 598-607.

De Búrca & Scott 2006

G. de Búrca & J. Scott, 'Introduction: New Governance, Law and Constitutionalism', in: G. de Búrca & J. Scott (red.), *Law and New Governance in the EU and the US*, Oxford: Hart Publishing 2006, p. 1-12.

Carlin 1966

J.E. Carlin, *Lawyers' Ethics. A Survey of the New York City Bar*, New York: Russell Sage Foundation 1966.

CBP 2008

CBP, *De zieke werknemer en privacy. Regels voor de verwerking van persoonsgegevens van zieke werknemers*, Den Haag: College bescherming persoonsgegevens 2008.

Corra & De Ridder 2013

A. Corra & J. de Ridder, 'Outsourcing Public Services: Process Innovation in Dutch Municipalities', in: P. Valkama, S. Bailey & A. Anttiroiko (red.), *Organisational Innovation in Public Services: Forms and Governance*, z.p.: Palgrave Macmillan 2013.

Cousins 2008

M. Cousins, *The European Convention on Human Rights and Social Security law*, Antwerpen: Intersentia 2008.

Damen e.a. 2013

L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht. Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

De Die & Hoorenman 2008

A.C. de Die & E.M. Hoorenman, *De Wet BIG. De betekenis van de wet voor de beroepsbeoefenaren in de gezondheidszorg*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008.

Drahmann 2010

A. Drahmann, 'Tijd voor een Nederlands transparantiebeginsel?', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink & A. Drahmann, *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen?*

Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie (Preadviezen Jonge VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 143-197.

Drahmann 2012

A. Drahmann, 'Uitdijing van de werking van het transparantiebeginsel: van concessies naar vergunningen?', *NTB* 2012/25.

Driessen 1997

M.J.A.C. Driessen, 'Pemba: afgod, paradijs of gewoon een privaatput', *SR* 1997, p. 312-317.

Faber 1992

W. Faber, *90 jaren in beroep. Geschiedenis van de Raden van Beroep en de ambtenarengerechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk-Willink 1992.

Faber 2003

W. Faber, 'Geschiedenis en organisatie van de Centrale Raad van Beroep', in: R.M. van Male e.a. (red.), *Centrale Raad van Beroep. 1903-2003*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 1-60.

Fase 1996

W.J.P.M. Fase, *Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte*, Deventer: Kluwer 1996.

Fase 2001

W.J.P.M. Fase, 'De legitimering van het verplichtend karakter van de sociale verzekering', in: Jaspers e.a. 2001, p. 47-65.

Fleischacker 2004

S. Fleischacker, *A Short History of Distributive Justice*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2004.

Fluit 2001

P.S. Fluit, *Verzekeringen van solidariteit* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2001.

Fluit 2005

P.S. Fluit, 'WIA en privacy', *SR* 2005, 51.

Fluit 2006

P.S. Fluit, 'WIA en reïntegratie', *SR* 2006, 2.

Fluit 2011

P.S. Fluit, 'De loonsanctie na 104 weken in de praktijk', *AR* 2011/27.

Galanter 1974

M. Galanter, 'Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change', *Law and Society Review* 1974-1, p. 165-230.

Van Genabeek 1998a

J.A.G.M. van Genabeek, 'Onderlinges 1800-1890', in: Neeleman e.a. 1998, p. 317-348.

Van Genabeek 1998b

J.A.G.M. van Genabeek, 'Fabrieks- en bedrijfstakfondsen 1890-1950', in: Neeleman e.a. 1998, p. 349-370.

Van Genabeek 1999

J.A.G.M. van Genabeek, *Met vereende kracht risico's verzacht. De plaats van onderlinge hulp binnen de negentiende-eeuwse particuliere regelingen van sociale zekerheid*, Amsterdam: Stichting Beheer IISG 1999.

Genn & Beinart 1999

H. Genn & S. Beinart, *Paths to Justice. What People Do and Think about Going to Law*, Oxford: Hart 1999.

Van Gerwen 2000a

J.L.J.M. van Gerwen, *De ontluikende verzorgingsstaat. Overheid, vakbonden, werkgevers, ziekenfondsen en verzekeringsmaatschappijen 1890-1945*, Den Haag: Verbond van Verzekeraars 2000.

Van Gerwen 2000b

J.L.J.M. van Gerwen, *De welvaartsstaat. Volksverzekeringen, verzekeringsconcerns, financiële dienstverleners en institutionele beleggers 1945-2000*, Den Haag: Verbond van Verzekeraars 2000.

Gramatikov 2008

M. Gramatikov, 'Methodological Challenges in Measuring Cost and Quality of Access to Justice', TISCO Working Paper Series on Civil Law and Conflict Resolution Systems, nr. 002/2008.

Gras 1994

E. Gras, *Kracht en gezag van gewijsde. De rechtskracht van einduitspraken van de burgerlijke rechter* (diss. Amsterdam UvA), Arnhem: Gouda Quint 1994.

De Groot 2010

E.W. de Groot, 'Uitval na arbeidsconflict: ziek of toch niet? Hoe dan ook: nooit (meer) situatief!', *TAP* 2010/4.

De Groot 2008

G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008.

Van der Ham & Zaman 2011

R.J. van der Ham & M. Zaman, 'Van passende arbeid naar de nieuwe bedongen arbeid: een perpetuum mobile?', *TRA* 2011/13.

Happé e.a. 2010

R.H. Happé e.a., *Algemeen fiscaal bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Harris, O'Boyle & Warbrick 2009

D.J. Harris, M. O'Boyle & C. Warbrick, *Harris, O'Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2009.

Heerma van Voss 1999

G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

Heerma van Voss 2008

G.J.J. Heerma van Voss, 'Behoorlijkheid bij het deskundigenoordeel van het UWV', *TRA* 2008, 1.

Heida 2007

R.A. Heida, 'Hoe oordelen rechters over deskundigenoordelen?', *TBV* 2007-9, p. 402-404.

Heida & Buijs 2007

R.A. Heida & D.J. Buijs, 'Het deskundigenoordeel '(on)geschiktheid tot werken' kritisch beschouwd', *SR* 2007, 80.

Van der Heijden 1984

P.F. van der Heijden, *Een eerlijk proces in het sociaal recht? Rechtspraak, pseudo-rechtspraak en beginselen van behoorlijke rechtspraak. Een onderzoek naar de kwaliteit en kwantiteit van bijzondere vormen van geschilbehandeling in het sociaal recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1984.

Van der Helm 2009

I. van der Helm, *De privacybescherming van de zieke werknemer* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2009.

Hieltjes 1993

H.B. Hieltjes, 'De betekenis van het materiële beschikkingsbegrip voor het belastingrecht: onverwachte gevolgen?', *WFR* (6067) 1993, p. 1241-1251.

Hoogendijk 1999

B. Hoogendijk, *De loondoorbetalingsverplichting gedurende het eerste ziektejaar*, Deventer: Gouda Quint 1999.

IWI 2005

IWI, *Tussen oordeel en advies. Uitvoering van het deskundigenoordeel 'geschiktheid tot werken' door UWV*, z.p.: Inspectie Werk en Inkomen 2005.

Jansen & Loonstra 2001

C.J.H. Jansen & C.J. Loonstra, 'De personele werkingssfeer van de sociale verzekeringswetten 1900-1960', in: Jaspers e.a. 2001, p. 89-103.

Jansen & Opdam 2013

N. Jansen & M. Opdam, 'Perikelen rond de deskundigenverklaring bij ziekte: lang niet altijd een noodzakelijk middel', *TRA* 2013/35.

Jaspers e.a. 2001

A.Ph.C.M. Jaspers e.a. (red.), *'De gemeenschap is aansprakelijk...'. Honderd jaar sociale verzekering 1901-2001*, Lelystad: Vermande 2001.

De Jong e.a. 2010

Ph. de Jong e.a., *Nederland is niet ziek meer. Van WAO-debakel naar WIA-mirakel*, APE/ASTri: 2010 (ongepubliceerd).

Laagland & Rayer 2010

F.G. Laagland & C.W.G. Rayer, 'Passende arbeid na 104 weken', *TRA* 2010, 24.

Laemers, De Groot-Van Leeuwen, Fredriks 2007

M.T.A.B. Laemers, L.E. de Groot-Van Leeuwen & R. Fredriks, *Awb-procedures vanuit het gezichtspunt van de burger: stand van zaken in theorie en eerder onderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

Langbroek & Rijkema 2004

Ph. Langbroek & P. Rijkema (red.), *Ombudsprudentie: over de behoorlijkheidsnorm en zijn toepassing*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Van Leeuwen 2000a

M.H.D. van Leeuwen, *De rijke republiek. Gilden, assuradeurs en armenzorg 1500-1800*, Den Haag: Verbond van Verzekeraars 2000.

Van Leeuwen 2000b

M.H.D. van Leeuwen, *De eenheidsstaat. Onderlinges, armenzorg en commerciële verzekeraars 1800-1890*, Den Haag: Verbond van Verzekeraars 2000.

Klosse 2005

S. Klosse, 'Van WAO naar WIA: een verantwoorde omslag?', *SR* 2005, 52.

Klosse & Noordam 2010

S. Klosse & F.M. Noordam, *Socialezekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Leventhal 1980

G.S. Leventhal, 'What Should Be Done with Equity Theory? New Approaches to the Study of Fairness in Social Relationships', in: K.J. Gergen, M.S. Greenberg & R.H. Willis (red.), *Social Exchange. Advances in Theory and Research*, New York: Plenum 1980, p. 27-55.

Liedorp 2002

M. Liedorp, *Twintig jaar ziekteverzuim- en arbeidsongeschiktheidsbeleid. Het dilemma tussen sturingsbehoefte en sturingsmogelijkheden* (diss. Utrecht), z.p. 2002.

Loonstra & Zondag 2010

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Marseille & Van Wolde 2006

A.T. Marseille & E. van Wolde, 'De werkgever als bestuursorgaan', in: M. Herweijer, G.J. Vonk & W.A. Zondag (red.), *Sociale zekerheid voor het oog van de meester: opstellen voor prof. mr. F.M. Noordam*, Deventer: Kluwer 2006.

Moran 2002

M. Moran, 'Review Article: Understanding the Regulatory State', *British Journal of Political Science* 2002, p. 391-413.

Neeleman e.a. 1998

H.J. Neeleman e.a. (red.), *Studies over zekerheidsarrangementen. Risico's, risicobestrijding en verzekeringen in Nederland vanaf de Middeleeuwen*, Amsterdam: Nederlandsch Economisch Historisch Archief 1998.

Nicolaï 1990

P. Nicolaï, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer: Kluwer 1990.

Noordam 1998a

F. Noordam, 'Sociale verzekeringen 1890-1950', in: Neeleman e.a. 1998, p. 570-604.

Noordam 1998b

F. Noordam, 'Sociale zekerheid 1950-2000', in: Neeleman e.a. 1998, p. 807-853.

Noordam 2005a

F.M. Noordam, 'Sociale zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel (I)', *SMA* 2005, p. 272-283.

Noordam 2005b

F.M. Noordam, 'Sociale zekerheid: een uiterst veranderlijk verschijnsel (II)', *SMA* 2005, p. 335-345.

Noordam 2006

F.M. Noordam, 'Socialezekerheidsrecht: ingewikkeld ingewikkeld', in: S. Klosse e.a. (red.), *Arbeid en gezondheid. Schipperen tussen verantwoordelijkheid en bescherming*, Deventer: Kluwer 2006, p. 223-234.

Van Oorschot, Boos & Geleijnse 1996

W.J.H. van Oorschot, C.L.J. Boos & L.L. Geleijnse, *Solidair of selectief: een evaluatie van toepassing van het selectieve-marktmodel in de sociale zekerheid*, Deventer: Kluwer 1996.

Parker 1999

C. Parker, *Just Lawyers. Regulation and Access to Justice*, Oxford: Oxford University Press 1999.

Pieters 2002

D. Pieters, *The Social Security Systems of the Member States of the European Union*, Antwerpen: Intersentia 2002.

Prechal & De Leeuw 2007

A. Prechal & M. de Leeuw, 'Dimensions of Transparency. The Building Blocks for a New Legal Principle?', *Review of European and Administrative Law*, 2007-1, p. 51-61.

Rhode 2004

D.L. Rhode, *Access to Justice*, New York: Oxford University Press 2004.

Rijkema & Tollenaar 2010

A.M.P. Rijkema & A. Tollenaar, 'Verlengde loondoorbetaling: een bestuursrechtelijke blik op bijzondere besluiten', *TRA* 2010, 97.

Rijkema & Tollenaar 2012

A.M.P. Rijkema & A. Tollenaar, 'Eigenrisicodrager in de Wet WIA vanuit een bestuursrechtelijk perspectief', *TRA* 2012/24.

Rijkema, Tollenaar & Vonk 2011

A.M.P. Rijkema, A. Tollenaar & G.J. Vonk, 'Het deskundigenoordeel en loondoorbetaling bij ziekte. Rechtsbescherming in het geding?', in: B. Krans e.a. (red.), *De deskundige in het recht*, Zutphen: Paris 2011, p. 35-49.

Roebroek & Hertogh 1998

J.M. Roebroek & M.W. Hertogh, *'De beschavende invloed des tijds'. Twee eeuwen sociale politiek, verzorgingsstaat en sociale zekerheid in Nederland*, Den Haag: VUGA Uitgeverij 1998.

Rommelse 2011

A.F. Rommelse, *Een geschiedenis van het arbeidsongeschiktheidsbeleid in Nederland*, Leiden: Leiden Law School, Department of Economics 2011.

Roozendaal 2006

W.L. Roozendaal, 'De eigenrisicodrager een bestuursorgaan?', *SMA* 2006, p. 235-245.

Roozendaal 2008

W.L. Roozendaal, 'De keizer heeft geen kleren aan. Medische privacy in arbeidsrechtelijke procedures', *SMA* 2008, p. 130 e.v.

Roozendaal & Opdam 2011

W.L. Roozendaal & M. Opdam, 'De zorg voor de zieke werknemer en de rol van de bedrijfsarts', in: C.E.C. Jansen e.a. (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Scheil-Adlung & Sandner 2010

X. Scheil-Adlung & L. Sandner, *Wage Continuation During Sickness: Observations on Paid Sick Leave Provisions in Times of Crisis*, Cornell University ILR School 2010 (ongepubliceerd).

Scholtes 2012

H.H.M. Scholtes, *Transparantie, icoon van een dolende overheid*, Den Haag: Boom/Lemma 2012.

Schuyt, Groenendijk & Sloot 1976

C.J.M. Schuyt, C.A. Groenendijk & B.P. Sloot, *De weg naar het recht. Een rechtssociologisch onderzoek naar de samenhangen tussen maatschappelijke ongelijkheid en juridische hulpverlening*, Deventer: Kluwer 1976.

Schwitters 1991

R.J.S. Schwitters, *De risico's van de arbeid. Het ontstaan van de Ongevallenwet 1901 in sociologisch perspectief* (diss. Utrecht), Groningen: Wolters-Noordhoff 1991.

Van Slooten 2013

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

Snijders 2011

H.J. Snijders, *Inleiding Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Van Sonsbeek & Gradus 2010

J.-M. van Sonsbeek & R.H.J.M. Gradus, 'De beleidsmaatregelen voor de WAO gekwantificeerd', *ESB* (96) 2010, p. 586-589.

Sparrius 2001

C.F. Sparrius, *De verantwoordelijkheidsverdeling voor de inkomensbescherming van zieke werknemers* (diss. Nijmegen), Maastricht: Shaker Publishing 2001.

Steenbeek, Van den Heuvel & Buijs 2006

R. Steenbeek, F.M.M. van den Heuvel & P.C. Buijs, 'Werknemers weten te weinig over hun rechten en handelingsmogelijkheden in relatie tot de bedrijfsarts', *TBV* 2006-7, p. 306-311.

Stein & Rueb 2011

P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Stichting De Ombudsman 2011

Stichting De Ombudsman, *Het deskundigenoordeel: vrijwillig maar niet vrijblijvend. Onderzoek naar effecten en verwachtingspatronen*, Hilversum: Stichting De Ombudsman 2011 (ongepubliceerd).

Thibaut & Walker 1978

J. Thibaut & L. Walker, 'A Theory of Procedure', *California Law Review*, 1978, p. 541-566.

Tollenaar 2010

A. Tollenaar, 'Instrumentalisation of Public Interests: A Legal Perspective', in: Vonk & Tollenaar 2010, p. 153-172.

Tyler 1988

T.R. Tyler, 'What is Procedural Justice? Criteria Used by Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures', *Law & Society Review*, (22) 1988, p. 103-136.

Vas Nunes & Heida 2009

P.C. Vas Nunes & R.A. Heida, 'Niet werken vanwege een arbeidsconflict: recht op loon?', *TAP* 2009/3.

Veerman 2011

T.J. Veerman, *Sanctieoplegging en bezwaarprocedures bij eigenrisicodragers WGA*, Leiden: Astri 2011.

Van Velthoven & Klein Haarhuis 2010

B.C.J. van Velthoven & C.M. Klein Haarhuis, *Geschilbeslechtingdelta 2009. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Van Velthoven & Ter Voert 2004

B.C.J. van Velthoven & M.J. ter Voert, *Geschilbeslechtingdelta 2003. Over verloop en afloop van (potentieel) juridische problemen van burgers*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Vonk & Tollenaar 2010

G.J. Vonk & A. Tollenaar (red.), *Social Security as a Public Interest: A Multidisciplinary Inquiry into the Foundations of the Regulatory Welfare State*, Antwerpen: Intersentia 2010.

De Waard 1987

B.W.N. de Waard, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging. Met name in het administratief procesrecht* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

Walker, Lind & Thibaut 1979

L. Walker, E.A. Lind & J. Thibaut, 'The Relation between Procedural and Distributive Justice', *Virginia Law Review* (65) 1979, p. 1401-1420.

Wenders 2010

D.W.M. Wenders, *Doorwerking van de beginselen van behoorlijke rechtspleging in de bestuurlijke voorprocedures* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2010.

WRR 2000

WRR, *Het borgen van publiek belang*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2000.

White & Ovey 2010

R.C.A. White & C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2010.

Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 2008

H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2008.

Wilkeshuis 2010

K. Wilkeshuis, *Publieke belangen en nutssectoren. Op weg naar een juridisch afwegingskader* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Vrije Universiteit 2010.

Willems 2005

P. Willems, 'Ziekte na een cosmetische ingreep: is art. 7:629 lid 3 onder a BW toe aan een chirurgische operatie?', *AR* 2005-1, p. 8-14.

Woolf 1996

H.K. Woolf, *Access to Justice. Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, Londen: The Stationery Office 1996.

Zijlstra e.a. 2001

S.E. Zijlstra e.a., *Mandaat en delegatie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

De Zwart, Prins & Van der Gulden 2011

B.C.H. de Zwart, R. Prins & J.W.J. van der Gulden, *Onderzoek naar de positie van de bedrijfsarts. Eindrapport*, Leiden: AStri Beleidsonderzoek en -advies 2011 (ongepubliceerd).

JURISPRUDENTIE

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

| | |
|---|--------------|
| EHRM 29 mei 1986, NJ 1987, 432, m.nt. E.A. Alkema (Feldbrugge/Nederland). | 2.4 |
| EHRM 18 maart 1997, nr. 8/1996/627/810, JB 1997/112, m.nt. AWH (Mantovanelli/Frankrijk). | 4.3.2.2 |
| EHRM 27 maart 2012, nr. 20041/10, AB 2012/240, m.nt. A.C. Hendriks (Eternit/Frankrijk). | 2.5; 4.3.2.3 |

Hoge Raad

| | |
|--|-----------------------|
| HR 10 juni 1919, NJ 1919, 647. | 4.3.2.2 |
| HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393. | 6.3.2.4 |
| HR 8 april 1994, NJ 1994, 704. | 4.2.1 |
| HR 14 november 1997, NJ 1998, 149. | 4.2.1 |
| HR 15 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7349, JAR 2002/294. | 4.3.1.2 |
| HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA5315, JAR 2007/196. | 4.3.1.2; 4.3.3.1 |
| HR 21 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB6187, JAR 2008/18. | 4.2.2; 4.2.3; 4.3.2.2 |
| HR 14 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC6699, NJ 2008, 567, m.nt. E. Verhulp. | 4.2.1 |
| HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7669, JAR 2008/188. | 4.2.2 |
| HR 30 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8134, TRA 2011/103, m.nt. C.J. Frikkee. | 2.6 |

Raad van State

| | |
|--|---------|
| ARRvS 4 september 1984, ECLI:NL:RVS:1984:AM8274, AB 1985, 326, m.nt. J.H. van der Veen. | 5.3.2.2 |
| ABRvS 4 februari 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO2875, Gst. 2004, 72, m.nt. L.J.J. Rogier. | 5.3.2.2 |

Centrale Raad van Beroep

| | |
|--|---------|
| CRvB 14 mei 1936, AB 1936, p. 443. | 4.2.1 |
| CRvB 15 februari 1995, ECLI:NL:CRVB:1995:ZB1348, AB 1995, 426, m.nt. L.J.M. de Leede. | 2.5 |
| CRvB 27 augustus 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:ZB7154, AB 1997, 390, m.nt. F.J.L. Pennings. | 4.3.2.1 |

| | |
|--|-------------------------|
| CRvB 20 juli 2001, ECLI:NL:CRVB:2001:AB2857, AB 2001, 252, m.nt. F.J.L. Pennings. | 4.3.2.3 |
| CRvB 14 maart 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AF5937, USZ 2003/147, m.nt. M.J.A.C. Driessen. | 5.3.1.2 |
| CRvB 11 november 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR5915, USZ 2005/31. | 6.2.1 |
| CRvB 5 januari 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AS3619, USZ 2005/115. | 4.3.2.1 |
| CRvB 22 februari 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AV2317, AB 2006, 215, m.nt. H.E. Bröring. | 5.2.1 |
| CRvB 21 juli 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU0705, USZ 2005/356. | 6.3.1.1 |
| CRvB 27 oktober 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU5674, USZ 2005/421. | 6.3.1.1 |
| CRvB 10 oktober 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AZ0127, USZ 2006/330, m.nt. B. Barentsen. | 6.2.1; 6.3.1.1 |
| CRvB 25 april 2007, ECLI:NL:CRVB:2007:BA3866, USZ 2007/155, m.nt. A. van Eijs. | 5.3.3.1 |
| CRvB 11 januari 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BC2194. | 6.3.3.1 |
| CRvB 6 februari 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BC4478, AB 2008, 246, m.nt. A.M.P. Rijpkema. | 5.3.3.1 |
| CRvB 8 mei 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BD2044, RSV 2008, 200. | 6.3.1.1 |
| CRvB 27 augustus 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BE9388, USZ 2008/308, m.nt. P.S. Fluit. | 5.3.3.2 |
| CRvB 16 december 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BG7243, AB 2009, 314, m.nt. A. Tollenaar. | 6.3.3.1 |
| CRvB 7 januari 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BG9129, USZ 2009/63. | 4.3.2.1 |
| CRvB 25 februari 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BH6077, USZ 2009/105. | 5.3.3.2 |
| CRvB 10 april 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI0960, USZ 2009/165. | 6.3.3.1 |
| CRvB 8 mei 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BI4660, AB 2009, 315, m.nt. A. Tollenaar. | 6.3.3.1 |
| CRvB 3 juli 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ2544, RSV 2009, 246. | 6.3.1.1 |
| CRvB 5 augustus 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ4975, RSV 2009, 286. | 5.3.3.2 |
| CRvB 4 september 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ6992. | 6.3.1.1 |
| CRvB 28 oktober 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK1570, USZ 2009/349, m.nt. P.S. Fluit. | 5.2.1; 5.3.1.2; 5.3.2.2 |
| CRvB 18 november 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK3713, AB 2010, 10, m.nt. A. Tollenaar. | 5.2.1 |
| CRvB 18 november 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK3717. | 5.2.1 |
| CRvB 19 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL4562. | 6.3.3.1 |

| | |
|---|----------------|
| CRvB 26 februari 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL6063, USZ 2010/93. | 6.3.1.1 |
| CRvB 31 maart 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BL9850, USZ 2010/115. | 5.2.1; 5.3.2.4 |
| CRvB 14 april 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM1179, USZ 2010/130, m.nt. Red. | 5.3.1.2 |
| CRvB 14 april 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM1194, AB 2010/234, m.nt. A. Tollenaar & A.M.P. Rijpkema. | 5.3.2.1 |
| CRvB 28 juli 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BN2796. | 4.2.1 |
| CRvB 20 juli 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BR2382, AB 2011/338, m.nt. A. Tollenaar. | 5.3.1.2 |
| CRvB 21 oktober 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BU1384, AB 2012/13, m.nt. A. Tollenaar. | 6.3.3.1 |
| CRvB 11 april 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW1526. | 5.2.1 |
| CRvB 18 april 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW3127, RSV 2012/170. | 5.3.1.2 |
| CRvB 15 augustus 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BX4618, USZ 2012/250. | 5.3.3.1 |

Gerechtshoven

| | |
|---|----------------|
| Hof Amsterdam 20 juni 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002: AG7889, JAR 2002/163. | 4.2.3 |
| Hof 's-Hertogenbosch 12 maart 2003, ECLI:NL: GHSHE:2003:AG8056, JAR 2003/145, m.nt. M.S.A. Vegter. | 4.3.2.2 |
| Hof Amsterdam 22 mei 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AO3200, JAR 2004/24. | 4.3.3.2 |
| Hof Arnhem 9 november 2004, ECLI:NL:GHARN:2004: AT3397, JAR 2005/81, m.nt. M.S.A. Vegter. | 4.2.1 |
| Hof Amsterdam 7 april 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT5977, JAR 2005/111, m.nt. B. Barentsen. | 4.2.1 |
| Hof Amsterdam 26 mei 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AT9612, JAR 2005/168. | 4.2.2 |
| Hof 's-Gravenhage 27 mei 2005, ECLI:NL:GHSGR:2005: AT9372. | 4.2.3 |
| Hof Amsterdam 1 september 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005: AZ4470, JAR 2006/300. | 5.2.1; 5.2.2.2 |
| Hof 's-Gravenhage 19 mei 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006: AX8713, JAR 2006/187. | 4.2.2 |
| Hof 's-Hertogenbosch 17 oktober 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006: AZ9594. | 4.3.2.2 |
| Hof 's-Gravenhage 16 februari 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007: BA1602, JIN 2007/315, m.nt. R.A. Heida. | 4.3.2.2 |
| Hof Amsterdam 24 mei 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007: BB3133. | 5.3.3.3 |
| Hof 's-Hertogenbosch 15 januari 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008: BD5650, JAR 2008/202. | 4.3.2.2 |

| | |
|--|------------------|
| Hof 's-Hertogenbosch 4 november 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BG4267. | 4.3.2.2; 4.3.3.1 |
| Hof 's-Hertogenbosch 20 januari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH0657, <i>JAR</i> 2009/54. | 4.2.1 |
| Hof Amsterdam 3 februari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BI6390, <i>JIN</i> 2009/750, m.nt. R.A. Heida. | 4.3.2.2 |
| Hof Arnhem 22 december 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL9257, <i>RAR</i> 2010, 77. | 4.3.3.1 |
| Hof Arnhem 13 april 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM1249. | 4.3.3.2 |
| Hof Amsterdam 29 juni 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN8221, <i>JAR</i> 2010/230. | 4.2.1 |
| Hof Arnhem 27 juli 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN2890, <i>USZ</i> 2010/285, m.nt. Red. | 4.2.3; 4.3.1.1 |
| Hof Leeuwarden 17 augustus 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BN4505. | 4.2.2 |
| Hof Leeuwarden 29 maart 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BQ0686, <i>RAR</i> 2011/89. | 4.3.1.2 |
| Hof Amsterdam 12 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR3417. | 4.3.2.2 |
| Hof 's-Hertogenbosch 15 november 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU5484. | 4.3.1.1 |
| Hof Leeuwarden 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY1290. | 4.2.2 |
| Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5362. | 4.2.1 |
| <i>Rechtbanken</i> | |
| Rb. Assen 5 maart 2002, ECLI:NL:RBASS:2002:AG7858, <i>JAR</i> 2002/130. | 4.2.2 |
| Rb. Roermond 11 januari 2005, ECLI:NL:RBROE:2005:AS4792, <i>USZ</i> 2005/90, m.nt. B. Barentsen. | 5.3.3.1 |
| Rb. 's-Hertogenbosch 22 februari 2005, ECLI:NL:RBSHE:2005:AU5453, <i>JAR</i> 2005/246, m.nt. B. Barentsen. | 4.3.2.2 |
| Rb. Zutphen 29 maart 2005, ECLI:NL:RBZUT:2005:AT3290, <i>USZ</i> 2005/256, m.nt. B. Barentsen. | 5.3.3.1 |
| Rb. Assen 10 augustus 2006, ECLI:NL:RBASS:2006:AY9964. | 6.3.3.1 |
| Rb. 's-Gravenhage 23 april 2007, ECLI:NL:RBGR:2007:BA4595. | 6.3.3.1 |
| Rb. Haarlem 17 juli 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BB0945. | 5.3.3.2 |
| Rb. 's-Hertogenbosch 13 augustus 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BE9882. | 5.3.1.2 |
| Rb. Utrecht 12 november 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BG4230, <i>JAR</i> 2009/11. | 5.2.2.2 |
| Rb. Arnhem 5 augustus 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN4498. | 6.3.1.1 |
| Rb. Utrecht 19 oktober 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BU3636, <i>JAR</i> 2011/310. | 5.2.2.2 |

Kantonrechters

| | |
|--|-------------------------|
| Ktr. Breda 18 december 1999, ECLI:NL:RBBRE:2009:BL6655. | 4.2.1 |
| Ktr. Emmen 27 juni 2001, <i>JAR</i> 2001/147. | 4.2.2 |
| Ktr. Amersfoort 5 augustus 2004, ECLI:NL:RBUTR:2004:AR5128, <i>JAR</i> 2004/241. | 5.2.1 |
| Ktr. 's-Hertogenbosch 18 november 2004, <i>JAR</i> 2005/4. | 5.2.1 |
| Ktr. Zaandam 2 maart 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AV3412, <i>USZ</i> 2006/159, m.nt. B. Barentsen. | 5.3.3.3 |
| Ktr. Leeuwarden 24 oktober 2006, ECLI:NL:RBLEE:2006:AZ1565. | 4.2.3 |
| Ktr. Haarlem 20 december 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AZ5326, <i>JIN</i> 2007/191, m.nt. R.A. Heida. | 4.3.2.2 |
| Ktr. Amersfoort 17 januari 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BA0770, <i>JAR</i> 2007/54. | 4.2.3 |
| Ktr. Gouda 23 augustus 2007, <i>JAR</i> 2007/237. | 4.2.1 |
| Ktr. 's-Gravenhage 23 april 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BF7932, <i>JAR</i> 2008/248. | 4.3.2.2 |
| Ktr. Alphen aan den Rijn 14 oktober 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BH0829, <i>JAR</i> 2009/2. | 4.3.2.2 |
| Ktr. Alkmaar 12 november 2008, ECLI:NL:RBALK:2008:BG5043. | 4.3.1.2 |
| Ktr. Leiden 17 december 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BH5588, <i>JIN</i> 2009/396, m.nt. R.A. Heida. | 4.3.2.2 |
| Ktr. Utrecht 28 januari 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BH5196, <i>Prg.</i> 2009, 60. | 4.3.3.1 |
| Ktr. Haarlem 10 februari 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH9302, <i>JAR</i> 2009/83. | 4.2.3 |
| Ktr. Utrecht 13 mei 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK9352, <i>JAR</i> 2010/10. | 5.2.1 |
| Ktr. Zwolle 2 juni 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BI9944. | 4.3.1.2 |
| Ktr. Eindhoven 2 juli 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BJ1305, <i>RAR</i> 2009, 130. | 4.3.1.1 |
| Ktr. Amersfoort 22 juli 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ3489, <i>JAR</i> 2009/237. | 4.2.1 |
| Ktr. Leeuwarden 16 oktober 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BK1711. | 4.2.1 |
| Ktr. Zaandam 8 december 2009, ECLI:NL:KTGZAA:2009:BM0903, <i>JAR</i> 2010/83. | 4.2.2 |
| Ktr. Haarlem 13 januari 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BK9858, <i>Prg.</i> 2010, 55. | 4.2.3; 4.3.1.1; 4.3.3.1 |
| Ktr. Alkmaar 10 maart 2010, ECLI:NL:RBALK:2010:BM0541. | 4.2.3; 4.3.1.2; 4.3.3.1 |
| Ktr. Gorinchem 16 maart 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BL9438, <i>Prg.</i> 2010, 96. | 4.3.1.1; 4.3.1.2 |
| Ktr. Amsterdam 24 maart 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM6108, <i>JIN</i> 2010/775, m.nt. R.A. Heida. | 4.2.2; 4.3.2.1 |

| | |
|--|-------------------------|
| Ktr. Amsterdam 23 juni 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO0125, <i>JAR</i> 2010/236. | 4.2.1; 4.3.1.2 |
| Ktr. Middelburg 17 november 2010, ECLI:NL:RBMID:2010: BP7691. | 4.3.2.1 |
| Ktr. Leeuwarden 15 februari 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011: BP6842. | 4.2.2; 4.3.2.2 |
| Ktr. Utrecht 9 maart 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP7254. | 4.3.1.2 |
| Ktr. Zwolle 29 april 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BQ3945. | 4.2.2; 4.3.2.2 |
| Ktr. Middelburg 8 juli 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BX5083, <i>JAR</i> 2012/217, m.nt. C.S. Kehrer-Bot. | 4.2.1 |
| Ktr. Utrecht 18 juli 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX2049, <i>JAR</i> 2012/219. | 4.2.2 |
| Ktr. Nijmegen 20 juli 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX4261. | 4.2.3 |
| Ktr. Amersfoort 22 juli 2011, <i>JAR</i> 2011/229. | 4.2.3; 4.3.1.2; 5.3.3.3 |
| Ktr. Dordrecht 3 februari 2012, ECLI:NL:RBDOR: 2012:BV3735. | 4.3.1.1 |
| Ktr. Maastricht 6 september 2012, ECLI:NL:RBMAA: 2012:BX7553. | 4.2.2 |
| Ktr. Enschede 25 september 2012, ECLI:NL:RBALM: 2012:BX8766, <i>JAR</i> 2012/281. | 4.2.1 |

AFKORTINGEN

| | |
|--------------|---|
| AA | Ars Aequi |
| AB | Administratiefrechtelijke Beslissingen |
| AR | ArbeidsRecht |
| Arbowet | Arbeidsomstandighedenwet |
| Awb | Algemene wet bestuursrecht |
| BW | Burgerlijk Wetboek |
| CBP | College bescherming persoonsgegevens |
| EHRM | Europees Hof voor de Rechten van de Mens |
| ESB | Economisch-statistische berichten |
| EVRM | Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden |
| GMD | Gemeenschappelijke Medische Dienst |
| Gst. | De Gemeentestem |
| IVA | Inkomensverzekering volledig en duurzaam arbeidsongeschikten |
| IWI | Inspectie Werk en Inkomen |
| JAR | Jurisprudentie Arbeidsrecht |
| JIN | Jurisprudentie in Nederland |
| KNMG | Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst |
| Minister van | |
| SZW | Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid |
| NJ | Nederlandse Jurisprudentie |
| NTB | Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht |
| NVVG | Nederlandse Vereniging voor Verzekeringsgeneeskunde |
| Prg. | Praktijkgids |
| Rpetz | Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar |
| RSV | Rechtspraak Sociale Verzekeringen |
| Rv | Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering |
| SMA | Sociaal maandblad arbeid |
| SR | Sociaal Recht |
| TBV | Tijdschrift voor Bedrijfs- en verzekeringsgeneeskunde |
| TAP | Tijdschrift Arbeidsrecht Praktijk |
| TRA | Tijdschrift Recht en Arbeid |
| USZ | Uitspraken Sociale Zekerheid |
| UWV | Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen |

| | |
|----------|--|
| WAO | Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering |
| Wbp | Wet bescherming persoonsgegevens |
| Wet BIG | Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg |
| Wet SUWI | Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen |
| Wet WIA | Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen |
| WFR | Weekblad Fiscaal Recht |
| Wfsv | Wet financiering sociale verzekeringen |
| WGA | Regeling Werkhervatting Gedeeltelijk Arbeidsgeschikten |
| Wob | Wet openbaarheid van bestuur |
| WOR | Wet op de ondernemingsraden |
| WRR | Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid |
| ZW | Ziektewet |

CURRICULUM VITAE

Bram Rijpkema werd op 3 juni 1982 geboren in Winschoten. Na zijn Gymnasiumopleiding aan het Vincent van Gogh College in Assen, studeerde hij tussen 2000 en 2008 aan de Rijksuniversiteit Groningen. Hier volgde hij de studies Nederlands Recht (Staats- en Bestuursrecht en Privaatrecht) en Geschiedenis (Geschiedenis van de Politieke Cultuur). Hierop volgde een aanstelling als promovendus bij de vakgroep Bestuursrecht & Bestuurskunde van de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit Groningen. Bram Rijpkema is op dit moment werkzaam als wetgevingsjurist op het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.

