

Verzekering en maatschappij

Juridische beschouwingen over de
maatschappelijke rol van verzekeringen
en verzekeringsmaatschappijen

redactie:

T. HARTLIEF & M.M. MENDEL

met bijdragen van:

W.D.H. Asser
R. Van den Bergh
W.H. van Boom
C.W.L. de Bouter
P. Clausing
C.C. van Dam
Y.L.L.A.M. Delfos-Roy
M. Faure
A.Ch.H. Franken
K.P. Goudswaard
C. de Groot
T. Hartlief
G.J.J. Heerma van Voss
N.B. Hillebrand
I.S.J. Houben

Jac. Hijma
M.É. Kibédi Varga
F.Th. Kremer
S.D. Lindenbergh
M.M. Mendel
S.J.A. Mulder
R.A. Salomons
P.J. Slot
G. Straetmans
H.Th. Vos
G.J. Vossestein
R.M. Vriesendorp-van Seumeren
E.A. Waal
J.H. Wansink
W.J. Zwalve



KLUWER
Deventer 2000



INSTITUUT VOOR
RECHTSWETENSCHAPPELIJK
ONDERZOEK

G.J.J. Heerma van Voss[■]

1 INLEIDING

Op 1 maart 1996 trad de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte, kortweg aangeduid als WULBZ, in werking.¹ Daarmee werd de rol van de Ziektewet bij ziekte van de werknemer belangrijk teruggedrongen. In de meeste gevallen dient de werkgever gedurende ziekte van de werknemer loon te betalen. Vele werkgevers hebben zichzelf voor dit risico weer verzekerd bij een particuliere verzekeringsmaatschappij. Wat vooral is veranderd, is de relatie tussen werkgever, werknemer en controle-instanties. De noodzaak van de wijziging was destijds nogal omstreden en het achterhouden van een evaluatierapport over de voorafgaande regeling kostte de toenmalige staatssecretaris zelfs zijn positie. Dit artikel behandelt de vraag of de nieuwe situatie een goed alternatief vormt.

2 DE INVOERING VAN LOONBETALING BIJ ZIEKTE

Per 1 maart 1996 werd de rol van de Ziektewet, als publiekrechtelijke sociale verzekering tegen inkomensverlies van werknemers bij ziekte, aanzienlijk beperkt. In 1994 was reeds, naar het Duitse voorbeeld, de regel ingevoerd dat de werkgever gedurende de eerste zes weken van ziekte loon moest betalen. Voor kleine werkgevers gold dit de eerste twee weken.² Nu werd de duur van de loonbetaling verlengd tot 52 weken, de duur van de Ziektewetuitkering. De Ziektewet bleef bestaan, als zogeheten 'vangnetvoorziening'. Groepen die om een of andere reden geen aanspraak op loon van hun werkgever hadden, bleven gerechtigd tot ziekengeld op grond van de Ziektewet. Deze regeling is daardoor vooral van belang voor zieke werklozen, werknemers die in dienst zijn voor bepaalde tijd en van wie de arbeidsovereenkomst tijdens de ziekteperiode afloopt, werknemers die binnen een maand na afloop van hun arbeidsovereenkomst ziek worden, en verder freelancers en afroepcontractanten.

■ Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss is hoogleraar sociaal recht en fellow bij het E.M. Meijers Instituut, Universiteit Leiden.

1 Wet van 8 februari 1996, *Stb.* 1996, 134 (WULBZ).

2 Wet Terugdringing Ziekteverzuim, *Stb.* 1993, 750 (TZ).

Daarnaast is de zwangerschaps- en bevallingsuitkering gehandhaafd. In totaal is ongeveer 15% van de vroegere Ziektewetuitkeringen gecontinueerd.

De operatie verliep zowel voor werkgevers als werknemers financieel neutraal. Weliswaar viel de werknemerspremie weg, maar daar stond verlaging van de zogeheten overhevelingstoelage tegenover. Grote werkgevers kunnen het risico van loonbetaling bij ziekte zelf dragen. Voor kleinere werkgevers is dit risico te groot en voor hen zal het aanbeveling verdienen zich voor dit risico te verzekeren. In die verzekering kan eventueel een eigen risico worden opgenomen om de werkgever te prikkelen ziekteverzuim te bestrijden. De Ziektewet voorziet overigens in de mogelijkheid om een noodvoorziening te treffen waarbij voorzien wordt in ziekgeld ingeval de werkgever niet kan betalen en zich niet heeft verzekerd.

De Ziektewet voorziet in een ziekgeld van 70% van het dagloon (dat wil zeggen het loon, berekend volgens wettelijke normen en tot een bepaald maximum). De nieuwe regeling is opgenomen in het Burgerlijk Wetboek. Artikel 7:629 bepaalt dat de werkgever tijdens ziekte in beginsel 70% van het loon aan de werknemer verschuldigd is. Via een verwijzing naar de Coördinatiewet Sociale Verzekeringen is ook hier een maximering ingebouwd. Voor het geval waarin de werknemer daarmee onder het sociaal minimum kwam, voorziet de Toeslagenwet in een aanvulling. Ter vervanging van deze voorziening bepaalt het BW nu dat de werkgever minimaal het voor de werknemer relevante minimumloon dient te betalen tijdens ziekte. Bij deeltijdarbeid is dat een evenredig deel van het minimumloon. Daarnaast bepaalden van oudsher de meeste cao's dat de werkgever het ziekgeld moest aanvullen, meestal tot 100% van het oude loon. Deze bepalingen zijn voortgezet, in die zin dat de cao's nu bepalen dat de werkgever het volledige loon moet betalen tijdens ziekte. De wettelijke regeling is van dwingend recht. Afwijking is niet mogelijk. Wel is het mogelijk om twee zogeheten wachtdagen overeen te komen. Dit kan zelfs mondeling worden overeengekomen. Van deze mogelijkheid wordt weinig gebruik gemaakt. Ook kan het zijn dat de cao het gebruiken van deze wettelijke mogelijkheid uitsluit. Wordt van de wachtdagenregeling gebruik gemaakt, dan kan dit slechts een tweede maal indien er minimaal vier weken tussen de beide ziektegevallen liggen. Ook voor de berekening van de ziekteperiode van 52 weken geldt dat indien een tweede ziekteperiode op de vorige volgt met een tussenperiode van minimaal vier weken, de periode van 52 weken opnieuw begint te lopen. De werkgever moet de ziekte nog steeds melden bij de uitvoeringsinstelling van de sociale verzekering nadat deze 13 weken heeft geduurd, mede met het oog op het verplichte onderzoek naar reïntegratiemogelijkheden. Laat de werkgever dit na, dan wordt de periode waarin hij loon moet betalen verlengd met de periode waarin hij in dit opzicht tekort is geschoten. Dit is een civielrechtelijke straf, mede bedoeld als prikkel om de medewerking aan reïntegratie te bevorderen. Meer positieve prikkels

zijn tegenwoordig te vinden in de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten die diverse subsidiemogelijkheden biedt.³

De WULBZ moet gezien worden tegen de achtergrond van het relatief grote aantal arbeidsongeschikten in Nederland. In dat kader zijn in de loop der jaren negentig nog meer wetten tot stand gekomen⁴, waaronder de invoering van de verplichting voor elke onderneming om een Arbo-dienst in te schakelen.⁵ De bedoeling is de eigen verantwoordelijkheid van werknemer en werknemer te vergroten en zowel het kortdurende ziekteverzuim als de langduriger arbeidsongeschiktheid terug te dringen. Door een grotere financiële betrokkenheid zouden beide partijen zich actiever moeten gaan inzetten voor deze doelstelling. De gevolgen van de nieuwe regeling zullen hierna worden besproken aan de hand van de nieuwe verhouding tussen werkgever en werknemer en de rol van de Arbo-dienst bij controle van het ziekteverzuim.

3 DE LOONBETALINGSPLICHT

De relatie tussen werkgever en werknemer is door de invoering van de WULBZ aanzienlijk gewijzigd. De werkgever heeft nu een directe verantwoordelijkheid voor het inkomen van de werknemer bij ziekte. Daartoe moet hij zelf bepalen wanneer loonbetaling op haar plaats is. Om de werknemer te beschermen tegen een te gemakkelijke inhouding van loon tijdens ziekte, zijn de mogelijkheden van de werkgever om dit te doen, strikt omschreven in de wet. De volgende situaties worden genoemd:

- het recht op loon geldt niet indien de werknemer valse informatie heeft verstrekt bij de aanvang van de arbeidsovereenkomst;
- het geldt evenmin, indien de werknemer de genezing belemmert of vertraagt;
- het geldt evenmin, indien de werknemer tijdens zijn ziekte weigert andere passende arbeid te verrichten;
- het loon mag worden verminderd met elders genoten inkomsten;
- de betaling van het loon mag worden opgeschort indien de werknemer zich niet aan de voorschriften houdt.

3 Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten van 23 april 1998, *Stb.* 1998, 290.

4 Zie ook de Wet Terugdringing Arbeidsongeschiktheidsvolume, *Stb.* 1992, 82 (TAV) en de Wet terugdringing beroep arbeidsongeschiktheidsregelingen, *Stb.* 1993, 412 (TBA).

5 Zie de gelijktijdig ingevoerde wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet, *Stb.* 1993, 757.

3.1 Verzwijging

Het verstrekken van valse informatie bij de aanvang van de arbeidsovereenkomst heeft een raakvlak met het leerstuk van de verzwijging in het verzekeringsrecht. De werkgever heeft echter maar een zeer beperkte mogelijkheid zich op deze omstandigheid te beroepen. Het is immers niet de bedoeling dat hij een 'risico-selectie' toepast bij de aanstelling van werknemers. Integendeel, dit is uitdrukkelijk verboden: de Wet Medische Keuringen (WMK) sluit in beginsel medisch onderzoek voor de aanstelling uit.⁶ Keuringen mogen slechts worden verricht indien aan de vervulling van de functie *bijzondere* eisen moeten worden gesteld op het punt van de medische geschiktheid. Een medische keuring van een topvoetballer lijkt hier bijvoorbeeld wel in te passen, omdat hier de gezondheid een belangrijke voorwaarde is om het werk te kunnen verrichten. Hetzelfde geldt voor beroepen waarbij bijzondere gezondheidsrisico's een rol spelen. Maar bij de meeste functies is een medische keuring tegenwoordig uitgesloten.⁷ Geen keuring mag verder plaats vinden voor de deelneming aan een pensioenvoorziening, een aanvullende arbeidsongeschiktheidsverzekering en al evenmin voor het door de werkgever te verzekeren risico dat hij loon moet betalen tijdens ziekte. De verzekeraar mag evenmin uitsluiting of vermindering van rechten bedingen op grond van ziekten, aandoeningen of gebreken bij het aangaan of wijzigen van dergelijke pensioenvoorziening of verzekering voor zover een keuring terzake verboden is (art. 3 WMK). Ook als er wel mag worden gekeurd dienen de keurend arts en geneeskundige adviseurs niet alleen hun zelfstandig medisch oordeel te geven, maar zijn zij ook verplicht tot geheimhouding van hetgeen hen over de keuring bekend is en mogen zij aan de keuringvrager niet meer medelen dan voor het doel van de keuring strikt noodzakelijk is.

Overigens is een werknemer in beginsel uiteraard wel verplicht om bij een sollicitatie informatie te geven indien een ziekte of gebrek aan een goede functievervulling in de weg staat. Het is ook een reden voor ontslag op staande voet indien de werknemer in ernstige mate de bekwaamheid of geschiktheid blijkt te missen voor de arbeid waartoe hij zich heeft verbonden (art. 7:678, lid 2 onder b BW). Dit zal echter pas aan de orde komen indien het gaat om een duidelijk geval. Reeds in 1981 oordeelde de Hoge Raad, dat gezien de psychologische situatie waarin de werknemer zich in een sollicitatiegesprek bevindt, en gezien de ingrijpende gevolgen die een ontslag op staande voet op grond van een dringende reden voor hem meebrengen, het verzwijgen tijdens een sollicitatiegesprek van een kwaal waarover de werkgever geen daarop gerichte vraag heeft gesteld, alleen als een dringende reden kan worden beschouwd, indien de werknemer wist of had moeten begrijpen dat deze kwaal

6 Wet van 5 juli 1997, *Stb.* 1997, 365 (WMK).

7 C.T.J. Hulshof, 'Een algemene richtlijn voor aanstellingskeuringen', *Tijdschrift voor Bedrijfs- en verzekeringsgeneeskunde* 2000, p. 46-53.

hem ongeschikt maakte voor de betrekking waarnaar hij solliciteerde.⁸ Dit arrest is wellicht niet meer geheel van toepassing, nu de werkgever tegenwoordig geen vragen mag stellen over medische geschiktheid en verzuimverleden tijdens een sollicitatiegesprek. Wel kan een vraag aan de orde komen tijdens een (toegestane) medische keuring. In beginsel zal het onjuist of niet beantwoorden van een vraag van een werkgever die hij niet had mogen stellen de werknemer dan ook niet mogen worden aangerekend. Ingeval van twijfel zal de werknemer er overigens in het algemeen verstandig aan doen het oordeel van een medicus in te winnen over de vraag of hij de functie redelijkerwijs kan aanvaarden en of hij zijn beperking uit eigen beweging zal moeten melden in een sollicitatiegesprek. Dat zich in de praktijk nog veel problemen voordoen rond deze materie behoeft geen betoog.⁹

3.2 Genezing belemmeren of vertragen

Dit is een regel die ook voorkwam in de Ziektewet. Wanneer de werknemer zelf niet meewerkt aan zijn genezing kan van de werkgever niet gevraagd worden om loon door te betalen. Het is echter ook de vraag of de werkgever dit kan controleren. Het kan echter een onderdeel vormen van het ziekteverzuimbeleid van de werkgever, dat hij over de genezing met de werknemer contact houdt. Van de werknemer kan in elk geval worden verwacht dat hij zich onder doktersbehandeling stelt, doktersvoorschriften opvolgt en behandelingen toestaat waar die redelijkerwijs van hem te verwachten zijn. Dit wil niet zeggen dat steeds de meest agressieve behandelmethode dient te worden toegepast. Daarnaast kan de regel meebrengen dat een werknemer geen alcohol gebruikt als dit de genezing belemmert of deelneemt aan activiteiten die extra gevaar opleveren dat de genezing wordt belemmerd.

3.3 Andere, passende arbeid

Indien de werknemer bijvoorbeeld zijn rug heeft geblesseerd en daarom slechts zittend werk kan verrichten, kan de werkgever hem vragen om dat werk wel te doen. In beginsel behoudt de werknemer gedurende deze periode zijn oude loon, ook als bij het nu verrichte werk een lager loon hoort. Het BW biedt dan een garantie van minstens 70% van het loon, al dan niet aangevuld op basis van collectieve of individuele arbeidsovereenkomst.

Pas als de werknemer definitief ongeschikt is voor zijn oude functie, komt een definitieve plaatsing in een andere functie met een mogelijk lager loon

⁸ HR 20 maart 1981, NJ 1981, 507 (Mijnals/NDSM).

⁹ Het Breed Platform Verzekeren en Werk te Amsterdam houdt zich bezig met de verzameling van klachten en advisering in deze problematiek.

aan de orde. De verplichting om dit mogelijk te maken heeft de werkgever op grond van goed werkgeverschap. Daarbij kan ook een nieuwe arbeidsovereenkomst worden gesloten, zelfs met een nieuwe proeftijd.¹⁰ Overigens geldt hierbij wel het uitgangspunt dat van de werkgever meer mag worden verlangd indien de arbeidsongeschiktheid in het bedrijf is veroorzaakt.¹¹ Daarnaast bestaat reeds na 13 weken ziekte de plicht een reïntegratieplan op te stellen (art. 71a WAO). De werkgever informeert hiermee de uitvoeringsinstelling op welke wijze wordt getracht te voorkomen dat de werknemer uiteindelijk in de WAO terechtkomt.

De werkgever mag gedurende ziekte ook van de werknemer vragen dat hij bij een andere werkgever passend werk gaat doen. Daarvoor heeft hij echter de toestemming nodig van het Landelijk instituut sociale verzekeringen (Lisv), in de praktijk de uitvoeringsinstelling, zoals het GAK. Daarom zal de werkgever van deze laatste mogelijkheid in de praktijk slechts zelden gebruik maken.

3.4 Elders genoten inkomsten

De situatie dat de werknemer tijdens ziekte elders inkomen geniet, zal zich niet snel voordoen. De werknemer zou zich bijvoorbeeld bij de werkgever ziek kunnen hebben gemeld en dan elders werkzaamheden zijn gaan verrichten. Dit zou het geval kunnen zijn indien de werkgever zelf geen andere, passende arbeid beschikbaar heeft en er daarom mee instemt dat de werknemer elders gaat werken, opdat zijn loonbetalingsplicht wordt verminderd. Het zou ook kunnen zijn dat de werkgever ontdekt dat de werknemer tijdens zijn ziekte elders inkomsten heeft verworven, zonder hem dit te melden. Ook in dat geval kan de werkgever het loon verminderen met het desbetreffende bedrag. De werknemer is dan als goed werknemer verplicht hem opgave van deze inkomsten te doen. Laat hij dit na, dan is te verdedigen dat de werkgever het loon opschort totdat de werknemer hem deze informatie, zo nodig gestaafd met bewijsstukken, heeft verschaft.

3.5 Voorschriften

Dit is wellicht het belangrijkste facet van de nieuwe verhouding tussen werkgever en werknemer. De werkgever moet uiteraard kunnen beoordelen of de werknemer zich terecht ziek meldt. Daartoe mag hij voorschriften geven 'omtrent het verstrekken van inlichtingen die de werkgever behoeft om het recht op loon vast te stellen'. De voorschriften moeten schriftelijk worden gegeven en moeten redelijk zijn. Men kan zich voorstellen dat veel werkgevers

10 HR 8 november 1985, NJ 1986, 309 (Van Haaren/Cehave).

11 HR 13 december 1991, NJ 1992, 441 (Goldsteen/Roeland).

in overleg met hun Arbo-dienst een 'reglement' opstellen met betrekking tot ziekteverzuim. Daarin kan staan hoe de werknemer ziekte dient te melden, hoe de werkgever wil omgaan met de bovengenoemde mogelijkheden, maar ook hoe de werkgever ziekte wil begeleiden. Over dit laatste handelt de volgende paragraaf.

De sanctie op overtreding van de voorschriften is *opschorting* van het recht op loon. Hiermee kan de werkgever het inhouden van loon gebruiken als drukmiddel om medewerking van de werknemer te bereiken. Zodra de werknemer alsnog de informatie verschaft, dient de werkgever de loonbetaling voort te zetten.¹² Toch is het enigszins vreemd dat deze sanctie de enige is. Het is immers ook goed denkbaar, dat door het niet naleven van de voorschriften het recht op loon niet meer goed is vast te stellen. Stel dat de werknemer geen informatie verschaft over het verloop van zijn ziekte, en de werkgever er eerst later achter komt dat hij niet meer ziek is. Hij weet dan niet precies op welk moment de werknemer hersteld was. Het enkele opschorten van het recht op loon is dan geen afdoende drukmiddel.

De werkgever kan loonbetaling ook *weigeren*, met als argument dat hij niet verplicht is om loon te betalen als de werknemer niet ziek is. Dan geldt de hoofdregel van artikel 7:627 BW: geen arbeid, geen loon. De werkgever kan de loonbetaling stoppen vanaf het moment dat de werknemer die zich heeft ziek gemeld volgens hem niet (meer) ziek is en het aan de werknemer laten om te bewijzen over welke periode hij ziek was. Dat de bewijslast aldus zal worden verdeeld, ligt wel enigszins voor de hand, althans als de werkgever aannemelijk kan maken dat de werknemer in zijn informatieplicht is tekortgeschoten.

De sanctie van opschorting of weigeren van loon is de belangrijkste sanctie geworden in het nieuwe ziekteregime. In het oude regime kon de werkgever indien hij meende dat de werknemer zich ten onrechte ziek hield, overgaan tot ontslag op staande voet. De Hoge Raad had deze mogelijkheid echter aanzienlijk beperkt. In zulke gevallen ligt de bewijslast voor het niet ziek zijn van de werknemer op de werkgever. Die bewijslast zal slechts op de werknemer worden gelegd, indien aannemelijk kan worden gemaakt dat deze niet ziek is. Onder het oude regime was dat bijvoorbeeld aan de orde indien de werknemer geen ziekengeld van de uitvoeringsinstelling ontving. Zelfs dan kon de werkgever echter nog ongelijk krijgen, bijvoorbeeld als de werknemer met succes beroep instelde tegen de weigering van ziekengelduitkering. Bovendien kon de werknemer ook nog gelijk krijgen, indien hij te goeder trouw was afgegaan op het oordeel van zijn behandelend arts.¹³ Deze rechtspraak blijft naar men mag aannemen ook onder het nieuwe regime zijn waarde behouden.¹⁴ Dat geldt te meer nu de werkgever tegenwoordig beschikt over de

12 Ktg. Amsterdam 7 maart 1997, *JAR* 1997/78.

13 HR 22 januari 1982, *NJ* 1982, 470.

14 In deze zin Ktg. Amsterdam 26 augustus 1996, *JAR* 1996/188.

lichtere sanctie van opschorting of weigering van loon. Het zonder meer niet voldoen aan de controlevoorschriften, zoals het niet komen werken na hersteld-verklaring door de Arbo-arts, kan niettemin reden zijn voor ontslag op staande voet.¹⁵

Het voordeel van opschorting of weigering van loon door de werkgever heeft voor deze tevens het voordeel dat de werknemer die een loonvordering wil instellen op grond van artikel 7:629 eerst een verklaring van een deskundige, benoemd door het Lisv (lees de uitvoeringsinstelling) moet vragen (art. 7:629a BW). Men spreekt wel van de 'second opinion'.¹⁶ Komt de deskundige tot het oordeel dat de werknemer daadwerkelijk ziek is, dan heeft de werkgever reden om aan te nemen dat hij loon zal moeten betalen. Als regel zal de kantonrechter dit oordeel wel volgen. Komt de deskundige tot een tegengesteld oordeel, dan zal de werknemer zijn procedure doorgaans wel staken. Beiden hebben overigens wel de mogelijkheid om het oordeel van de Lisv-deskundige te betwisten. De werknemer zal dit bijvoorbeeld kunnen doen door een opinie aan een derde arts te vragen. De werkgever zou aan de rechter het oordeel van de arts van de eigen Arbo-dienst, indien dit afwijkt van dat van de deskundige van het Lisv, ter beoordeling kunnen voorleggen. Met name met betrekking tot vagere, moeilijk meetbare klachten (zoals rugpijn of het vermoeidheidssyndroom ME) kan men zich voorstellen dat de oordelen van de artsen uiteen zullen lopen. Daarbij kan ook het oordeel van de eigen behandelend arts van de werknemer een rol spelen. De rechter zal dan als regel kijken hoe goed hij het oordeel van de verschillende artsen gemotiveerd acht.¹⁷ Overigens kent de regeling van het BW niet zo'n streng criterium als de WAO (medisch vast te stellen gevolgen van arbeidsongeschiktheid) en zal mogen worden uitgegaan van de betekenis van het woord ziekte in het algemeen spraakgebruik (lichamelijk ongesteld).¹⁸

3.6 Oorzaak ziekte

Bij de plicht om loon te betalen tijdens ziekte is de oorzaak van de ziekte in het algemeen niet relevant, afgezien van de verzwijgingssituatie die hierboven werd beschreven. Veelvuldig wordt van werkgeverszijde als bezwaarlijk ervaren dat ook loon moet worden betaald indien de werknemer ziek is geworden als gevolg van privé-omstandigheden. Dat is een gevolg van het Nederlandse systeem van arbeidsongeschiktheidsrecht dat geen onderscheid maakt

15 Ktg. Utrecht 8 januari 1997, *JAR* 1997/44.

16 Volgens Ktg. Middelburg 7 april 1997, *JAR* 1997/96 gold deze verplichting niet nu de werkgever zelf geen Arbo-dienst had ingeschakeld bij zijn oordeel dat de werknemer niet ziek was.

17 Zie als voorbeeld Ktg. Amsterdam 26 augustus 1996, *JAR* 1996/188.

18 Vgl. overigens Hof Amsterdam 27 januari 1994, *NJ* 1998/159 voor toepassing van het zwaardere criterium bij een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering.

naar de oorzaak van ziekte. Dat heeft vooral een praktische reden. Indien alleen ziekte die veroorzaakt is op of door het werk tot loonbetaling zou leiden, zou dit meebrengen dat de oorzaak van elk ziektegeval zou moeten worden vastgesteld. Dit is echter doorgaans niet zo eenvoudig. Iemand die bijvoorbeeld na zware inspanningen voor de werkgever thuis een hartaanval krijgt, zou dan moeten gaan aantonen dat het werk daarvoor de oorzaak vormt. Zeker gezien de veranderende aard van de voorkomende ziektes (minder arbeidsongevallen als oorzaak, meer ziekten als gevolg van werkdruk en stress) wordt het onderscheid naar de oorzaak ook steeds minder hanteerbaar. De wet kent slechts een beperking voor ziekte die door opzet is veroorzaakt of als aan de genezing niet is meegewerkt. Zelfs bewuste roekeloosheid van de werknemer levert – anders dan in de aansprakelijkheidsartikelen zoals art. 7:658 en 7:661 BW – geen beperking op van de loonbetalingsverplichting van de werkgever. Kan van 'opzet' worden gesproken bij arbeidsongeschiktheid als gevolg van een niet-noodzakelijke medische schoonheidsoperatie? Mijns inziens is dit niet het geval, omdat het opzet niet gericht is op het arbeidsongeschikt worden, maar op de verwachte cosmetische resultaten.¹⁹ Bij een mislukte zelfdodingspoging zal er veelal sprake zijn van een geestelijke arbeidsongeschiktheid. Ziekte als gevolg van een niet-medisch geïndiceerde abortus zal in deze tijd ook niet als een opzettelijk veroorzaakte arbeidsongeschiktheid worden gezien.²⁰ Tijdens de parlementaire behandeling is uitdrukkelijk uitgesproken dat ziekte als gevolg van deelneming aan gevaarlijke sporten of een wintersportvakantie geen 'opzet' oplevert, zolang dit opzet niet gericht is op het ontstaan van ziekte.²¹

De discussie op dit gebied richt zich dan ook met name op de vraag of een werkgever werknemers mag verbieden om aan gevaarlijke sporten deel te nemen. Daargelaten definitievragen zoals of dit ook al skiën omvat, of alleen zaken als bergbeklimmen en parachutespringen, is onder het huidige recht een dergelijk verbod mijns inziens in het algemeen niet geoorloofd. Het botst immers met de vrijheid van de werknemer in de persoonlijke levenssfeer. Op die persoonlijke levenssfeer kan wel een beperking worden aangebracht, doch deze moet proportioneel zijn en dit laat een algemeen verbod niet toe. Wel kan men zich voorstellen dat dit onder bijzondere omstandigheden te verdedigen is op grond van de eis van goed werknemerschap (art. 7:611 BW).²² Overigens ontvangt de werknemer die arbeidsongeschikt is als gevolg van orgaan-donatie ziekengeld op grond van de Ziektewet, om te voorkomen dat hij onder druk van de werkgever zou afzien van medewerking hieraan (art. 29, lid 2 onder e ZW).

19 Vgl. ten aanzien van de Ziektewet CRvB 10 mei 1995, RSV 1995/285.

20 Vgl. B. Hoogendijk, *De loondoorbetalingsplicht gedurende het eerste ziektejaar*, (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1999, p. 92.

21 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr. 6, p. 74.

22 Zie de discussie bij Hoogendijk 1999, p. 93-94 (zie noot 20).

Een moeilijke categorie vormt voorts de zogenaamde situationele arbeidsongeschiktheid, waarbij een werknemer zich wegens spanningen op het werk ziek meldt, hoewel hij elders zijn werkzaamheden wel zou kunnen verrichten. Het komt ook voor dat de werkgever te horen krijgt dat hij in het belang van het herstel geen contact moet opnemen met de werknemer. In zulke gevallen zal het contact via de Arbo-dienst kunnen verlopen. Indien zelfs dat te bezwaarlijk wordt gevonden door de werknemer, staan er niet veel mogelijkheden open voor de werkgever. Hoewel het ontslagverbod gedurende de eerste twee jaar van ziekte (art. 7:670 BW) zich er juist op richt om te voorkomen dat de spanning van het dreigend verlies van het werk tot verergering van de ziekte leidt, kan in zulke gevallen wel ontbinding van de arbeidsovereenkomst worden gevraagd wegens gewichtige redenen (art. 7:685 BW). Daarbij zal de vraag of een vergoeding wordt toegekend en de hoogte daarvan afhangen van de correctheid van het optreden van de werkgever.²³

4 CONTROLE EN DE ROL VAN DE ARBO-DIENST

In de nieuwe verhouding tussen werkgever en werknemer kan een cruciale rol worden gespeeld door de Arbo-dienst. In de visie van de wetgever heeft de werknemer in het belang van de bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer immers het recht om zijn werkgever informatie over zijn ziekte te onthouden. De werkgever zal in zijn voorschriften wel mogen bepalen dat de werknemer mededeelt dat hij ziek is (en ook aan wie en op welk moment), maar niet dat de werknemer hem moet informeren over de aard van de ziekte. De werkgever mag wel globale vragen stellen, zoals of de werknemer zich onder doktersbehandeling heeft gesteld. Ook mag de werkgever vragen tot welke arbeid de werknemer nog wel in staat is. Wel is het mogelijk dat de werkgever voorschrijft dat de werknemer aan de bedrijfsgeneeskundige of de Arbo-dienst de nodige inlichtingen verschaft. Deze deskundigen mogen de informatie dan echter weer niet doorgeven aan de werkgever. Zij mogen hun oordeel geven over de vraag of er sprake is van arbeidsongeschiktheid, zodat de werkgever weet dat hij het loon moet doorbetalen. De geheimhoudingsplicht van de Arbo-arts is niet apart wettelijk geregeld, omdat deze volgt uit zijn beroepsgeheim. In beginsel bepaalt de werknemer welke medische gegevens aan zijn werkgever worden verstrekt. Mocht hij te weinig bereidheid hebben om noodzakelijke gegevens aan zijn werkgever te (laten) verstrekken, dan beslist hierover uiteindelijk de rechter. We komen hier in het delicate gebied waarin een evenwicht moet worden gezocht tussen het redelijke belang van de werkgever om de juistheid van de claim te beoordelen en om passende maatregelen te kunnen nemen enerzijds, en het grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer anderzijds. Deze afweging zal per geval moeten worden gemaakt. In

23 Ktg. Utrecht 28 april 1997, *JAR* 1997/127.

dit afwegingsproces kan de Arbo-arts een belangrijke spilfunctie vervullen. In sommige gevallen zal hij echter ook in een lastig dilemma verzeild raken. De druk van de werkgever kan groot zijn om informatie te verstrekken. Daarnaast wordt de Arbo-dienst door de werkgever betaald, hetgeen betekent dat deze ook onder druk kan worden gezet met het dreigement om op een andere Arbo-dienst over te stappen. Dit betekent, dat de Arbo-arts er ook belang bij heeft om zodanig te werken dat de werkgever er vertrouwen in heeft, dat werknemers niet worden betaald tijdens perioden waarin zij niet werkelijk ziek zijn. De bedoeling van de wetgever is overigens dat de Arbo-dienst niet een controleur is. Hij dient – volgens de Arbowet – een begeleider te zijn. Controle is een taak van de werkgever (art. 14 Arbowet 1998).

De werkgever kan ook voorschriften geven over de vraag hoe de werknemer zich moet gedragen tijdens de ziekte. Dit kan bijvoorbeeld inhouden dat hij bereikbaar moet zijn, dat hij op bepaalde tijden thuis moet zijn en of hij zich moet melden bij de Arbo-dienst. De wetgever achtte een dagelijkse controle niet redelijk. De werkgever kan de werknemer niet verplichten om medisch onderzoek te ondergaan. Onder omstandigheden kan hij aan de weigering daartoe echter het gevolg verbinden dat geen loon wordt betaald, omdat de ziekte niet kan worden vastgesteld. Daarmee dwingt de werkgever de werknemer om een deskundigenoordeel van het Lisv te vragen. Volgens de regering kan de werkgever de werknemer onder omstandigheden zelfs verplichten om zo'n deskundigenoordeel aan te vragen. Overigens is de werkgever die het loon geheel of gedeeltelijk niet wil betalen of de betaling wil opschorten, verplicht om onmiddellijk aan de werknemer mede te delen indien het vermoeden bij hem is gerezen of had behoren te rijzen dat hij daarvoor een grond heeft. De werknemer kan dan onmiddellijk de gewenste tegenmaatregelen nemen. De werkgever kan overigens ook niet te gemakkelijk het loon opschorten indien hij twijfelt aan de ziekte, omdat hij bij vertraging van de loonbetaling afgezien van rente een verhoging moet betalen overeenkomstig art. 7:625 BW. Deze verhoging geldt naar mag worden aangenomen niet, zo lang de werkgever het loon rechtmatig heeft opgeschort omdat de werknemer hem niet voldoende informatie heeft verschaft.

5 EVALUATIE

In de eerste plaats is het natuurlijk interessant om te weten of het ziekteverzuim is gedaald. Aanvankelijk na de eerste maatregelen ter terugdringing van het ziekteverzuim in 1994 was een duidelijke daling merkbaar. Zie in dit verband de bijdrage van Goudswaard aan dit boek. In 1998 blijkt dit percentage echter weer juist te zijn gestegen, zoals blijkt uit het volgende staatje.

*Ontwikkeling ziekteverzuim in het bedrijfsleven (exclusief zwangerschaps- en bevallingsverlof) 1993-1998*²⁴

1993	6,2%
1994	4,9%
1995	4,9%
1996	4,6%
1997	4,6%
1998	5,0%

Eén van de belangrijkste punten van twijfel bij de invoering van de WULBZ was verder of het niet een te zware last voor de werknemer zou zijn om te moeten procederen indien hij geen loon krijgt omdat de werkgever aan zijn ziekte twijfelt. Opvallend is dat sinds de invoering van de wet het aantal procedures hierover echter zeer gering is. Dit aantal is in elk geval aanzienlijk lager dan het aantal procedures dat vroeger werd gevoerd over de toekenning van ziekengeld op grond van de Ziektewet.²⁵ Betekent dit dat werknemers niet procederen terwijl zij ten onrechte geen loon tijdens ziekte ontvangen? Wij weten het niet. Het mindere procederen kan er ook op duiden dat problemen nu veel sneller worden opgelost tussen werkgever, Arbo-dienst en werknemer, dat preventie en begeleiding beter werken of dat werkgevers snel het loon doorbetalen bij twijfel. Ondanks het feit dat er wel geklaagd wordt over ongeoorloofde druk op de werknemer om snel weer aan het werk te gaan, zijn hierover nog weinig onderzoeksgegevens beschikbaar. Het weinige materiaal dat er is, duidt ook op invloed van het deskundigenadvies van het Lisv en op het gebruik van het alternatief van ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter.²⁶ Ook kan een rol spelen dat werkgevers de claim niet afwijzen, omdat zij deze eenvoudig kunnen doorgeven aan hun verzekeraar. In 1998 was 80% van de Nederlandse bedrijven verzekerd tegen het risico van ziekte. Het verzuim van verzekerde bedrijven was bovengemiddeld. Mogelijk gaan verzekeringsmaatschappijen daarom in de toekomst meer sturen door eigen risico en actieve bevordering van preventie en verzuimbeleid.²⁷

Wel is er enig materiaal over de beleving van bedrijfsartsen over de wijzigingen. Uit een in 1998 gepubliceerd onderzoek blijkt dat door een meerderheid van hen wordt geoordeeld dat de werkgever sinds de invoering van de

24 Ontleend aan: Ctsv, *Augustusrapportage arbeidsongeschiktheidsverzekeringen 1999*, Zoetermeer: Ctsv 1999, p. 22 (Bron: CBS).

25 Vgl. hierover J. Riphagen, 'Knelpunten in de rechtspositie van de werknemer gedurende het eerste ziektejaar – een verkenning naar oude en nieuwe paradigma's', in: C.J. Loonstra (red.), *De onderneming en het arbeidsrecht in de 21^e eeuw* (Koning-bundel), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 147-160, 156-159.

26 P.E. Minderhoud, I.P. Asscher-Vonk & T. Havinga, 'Procederen inzake weigering loondoorbetaling bij ziekte: een zeer zeldzaam verschijnsel', *SMA* 1999, p. 145-153.

27 Ctsv, *Augustusrapportage arbeidsongeschiktheidsverzekeringen 1999*, Zoetermeer: Ctsv 1999, p. 44.

WULBZ meer doet aan verzuimbeleid. Volgens een belangrijk deel van de artsen werd er door de privatisering echter ook meer gewerkt met flexibele contracten (50,6%), was er sprake van druk op ontslag op medische gronden (18,0%), melden werknemers zich te laat ziek of hervatten zij te vroeg (17%) en was er sprake van risicoselectie door de werkgever (30,0%). 39,0% meldde meer conflicten tussen werkgever en werknemer.²⁸ Uiteraard kunnen ook deze percentages niet worden gezien als absolute waarheden, zij vormen percepties van bedrijfsartsen in een tijd van grote verandering. Niettemin vormen zij wel een signaal dat de invoering zeker niet zonder problemen is verlopen.

Over problemen rond de solvabiliteit van met name kleine werkgevers in geval van langdurige ziekte zijn nog geen gegevens bekend. Ook dit punt zou in de toekomst aandacht behoeven, nu de Ziektewet in situaties van betalingsonmacht in principe niet als vangnet fungeert, maar wel een noodvoorziening kent.

Evenmin is duidelijk of de uitvoeringsinstellingen van de Lisv door de WULBZ nog wel voldoende mogelijkheid hebben om langdurige arbeidsongeschiktheid te voorkomen. Zij zijn hiervoor afhankelijk geworden van werkgevers en Arbo-diensten, nu hun eigen instrumenten in het eerste ziektejaar zijn beperkt. De vraag is of het reïntegratieplan, dat hiertoe is ingevoerd, voldoende soelaas biedt.

Overigens oordeelde het Comité van Deskundigen bij het Europees Sociaal Handvest uitermate kritisch over de invoering van de WULBZ. Het gaat hier dan ook om de eerste regeling in een Europees land waarin privatisering van de uitkering plaatsvindt in het gehele eerste ziektejaar. Duitsland kent bijvoorbeeld wel het systeem dat enkele jaren in Nederland gold van betaling gedurende de eerste zes weken. Volgens het Comité schendt Nederland met het nieuwe systeem hiermee de plicht om een stelsel van sociale zekerheid in stand te houden, omdat daaronder wordt verstaan een nationaal stelsel dat wordt gefinancierd uit een collectief fonds en niet een regeling waarbij individuele werkgevers voor het risico moeten instaan. Het zal moeten blijken of het comité dit standpunt volhoudt nadat ook de gevraagde informatie is gegeven over flankerend beleid, onder meer dat om risico-selectie tegen te gaan.

6 CONCLUSIE

De invoering van de loonbetalingsplicht van de werkgever tijdens ziekte van de werknemer heeft grote veranderingen meegebracht voor de positie van werkgever en werknemer. Waar vroeger de overheid de beoordeling van ziekte en de betaling van het inkomen voor haar rekening nam, zijn zij nu zelf verantwoordelijk. De controletaak dient door de werkgever te gebeuren, waar-

28 J.H.B.M. Willems, 'Privatisering van de Ziektewet: ervaringen van bedrijfs- en verzekeringsartsen', *Tijdschrift voor Bedrijfs- en Verzekeringsgeneeskunde* 1998, p. 98-102.

bij de positie van de Arbo-dienst een onzekere is geworden, mede in verband met het delicate evenwicht tussen privacybescherming en zelfbeschikkingsrecht enerzijds en informatieplicht en noodzaak van controle anderzijds. Het aantal procedures is aanmerkelijk teruggelopen, maar het is moeilijk vast te stellen in hoeverre dit ook op een verbetering in de praktijk duidt.

Daarnaast heeft zich een ander verschijnsel voorgedaan. De kleinere werkgevers hebben hun verantwoordelijkheid weer doorgeschoven naar particuliere verzekeraars. Die kunnen de preventie en het verzuimbeleid weer sturen door een eigen risico in te voeren, maar over de werking daarvan bestaat nog niet veel duidelijkheid. Wellicht dat daardoor de resultaten in de eerste jaren van de nieuwe werkgeversplicht nog niet zo duidelijk zijn te meten: eerst moet weer een nieuwe stabiliteit intreden en moeten verzekeringsmaatschappijen hun beleid volledig hebben ontwikkeld, willen effecten meetbaar worden van de ingrijpende wijzigingen die zijn doorgevoerd. De aandacht, ook in de literatuur, zou in de toekomst wel eens kunnen verschuiven naar de verhouding werkgever-verzekeraar.