

Re-integratie van de zieke werknemer

Diebels, M.

Document version:
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2014

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
Diebels, M. (2014). Re-integratie van de zieke werknemer: Nederland, Duitsland en flexicurity S.I.: [s.n.]

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- ? Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- ? You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- ? You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

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.

Re-integratie van de zieke werknemer

Nederland, Duitsland en flexicurity

Re-integratie van de zieke werknemer Nederland, Duitsland en flexicurity

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor

aan Tilburg University

op gezag van de rector magnificus,

prof. dr. Ph. Eijlander,

in het openbaar te verdedigen ten overstaan van een

door het college voor promoties aangewezen commissie

in de aula van de Universiteit

op donderdag 18 december 2014 om 16:15 uur

door

Gerardus Antonius Diebels

geboren op 13 augustus 1968 te Veghel

Promotiecommissie

Promotor: prof. dr. A.C.J.M. Wilthagen
Copromotor: mr. dr. W.G.M. Plessen

Overige leden: prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss
prof. mr. A.R. Houweling
prof. dr. M.S. Houwerzijl
prof. mr. S. Klosse
prof. dr. B. Waas

VOORWOORD

Die Mühen der Gebirge liegen hinter uns. Vor uns liegen die Mühen der Ebenen.
Bertolt Brecht

Langs drie wegen heb ik een link met het arrest Van Haaren/Cehave uit 1985. Om te beginnen heb ik midden jaren tachtig als scholier en student jarenlang vakantiewerk verricht bij Cehave. Daar verdiende ik het collegegeld bij elkaar voor mijn rechtenstudie, zonder te beseffen dat mijn 'vakantiewerkgever' zo'n hoofdrol speelde in de ontwikkeling van de rechtspositie van zieke werknemers. Daarnaast is de uitspraak juridisch van groot belang: een werkgever is verplicht aan zijn arbeidsongeschikte werknemer passende andere arbeid aan te bieden, tenzij dat redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd. De norm die de HR ontwikkelde is inspiratie geweest om mij te verdiepen in de rechten en plichten van verschillende betrokkenen bij re-integratie. De derde link is dat ik mij als advocaat wel eens heb afgevraagd of het promoveren op dit onderwerp wel 'passende andere arbeid' is. Dat blijkt verrassend goed samen te gaan: naast de hectiek van alle dag in de arbeidsrechtelijke advocatenpraktijk past goed de beschouwing, de afstand en de verdieping die het schrijven van dit boek heeft geboden. Het zijn vier waardevolle jaren geweest.

Uiteraard heb ik dat niet alleen gekund. Allereerst dank aan Ton die in het allereerste begin met zijn bevlogen voordracht over flexicurity het zaadje heeft geplant voor deze studie. Zijn conceptuele denken én zijn unieke schetsjes om dat duidelijk te maken zetten mij daarna geregeld op het goede spoor. Natuurlijk dank aan Willem. Zijn kritische vragen en zijn gecombineerde blik van wetenschap en praktijk waren meer dan welkom, naast de goedlachse opmerkingen, als het weer eens over iets heel anders ging. De leden van de promotiecommissie ben ik zeer erkentelijk voor hun bereidheid om het manuscript te beoordelen.

Dank aan Diana Hans die zes weken lang met de laatste versie van mijn boek is opgestaan en naar bed gegaan. Zij is niet alleen een goede vriendin maar had ook nog eens zeer waardevol commentaar. Ook Leo Klijn heeft naast zijn eigen drukke praktijk tijd gevonden om veel meer toe te voegen dan alleen punten en komma's. Jouw input maakte het boek echt beter. Ik bedank verder Leo van Osch die mij onverwacht kennis heeft laten maken met tante Betje. Dat was geen onverdeeld genoegen. In de loop van mijn onderzoek heb ik met veel mensen gesproken, heb ik mijn ideeën bij velen kunnen toetsen en ben ik regelmatig verrast door de oprechte

belangstelling die iedereen steeds weer bleek te koesteren voor mijn onderwerp, terwijl dat voor hen vaak ver-van-mijn-bed was. Speciaal moet ik bedanken prof. dr. M. Henssler (Universität zu Köln), prof. dr. F. Welti (Universität Kassel) en de staf van de Humboldt-Universität zu Berlin, zonder wie ik nooit zo'n begrip van het Duitse recht zou hebben gekregen. En natuurlijk mijn kantoorgenoten: dank voor de steun, de interesse en het inspringen als ik weer een week studieverlof had; en Claudia en Janneke voor het monnikenwerk op het einde.

Ten slotte Maartje, zoveel meer dan mijn fiscale danspartner en fietsmaat. Mijn 'beklimmingen' om dit boek te schrijven zijn voorbij; dank je wel voor je steun, je humor en je geduld.

VERKORTE INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Lijst van gebruikte afkortingen / XXI

HOOFDSTUK 1

Inleiding, methodologie en vraagstelling / 1

- 1.1 Werken moet / 1
- 1.2 Inzicht in ziekteverzuim / 12
- 1.3 Invloed van de Europese Unie / 15
- 1.4 Juridisch relevante factoren bij re-integratie / 17
- 1.5 Rechtsvergelijking / 22
- 1.6 Vraagstelling / 24

Stap IV: Ontwikkelen van een toetsingskader / 33

HOOFDSTUK 2

Nederland: definities en systeemkenmerken / 35

- 2.1 Mijn koninkrijk voor een definitie / 35
- 2.2 Begripsafbakening / 36
- 2.3 Elementen / 41
- 2.4 De definitie van re-integratie / 43
- 2.5 Werknemersbegrip / 46
- 2.6 Arbeidsongeschiktheid / 47
- 2.7 Inkomen bij arbeidsongeschiktheid / 52
- 2.8 Ontslag bij arbeidsongeschiktheid / 61
- 2.9 Afronding / 74

HOOFDSTUK 3

Flexicurity / 75

- 3.1 Inleiding / 75
- 3.2 Europees werkgelegenheidsbeleid / 75

- 3.3 Juridisch kader werkgelegenheidsbeleid / 77
- 3.4 Opkomst en ontwikkeling van flexicurity / 83
- 3.5 Flexicurity: de inhoud / 89
- 3.6 Open Method of Coordination (OMC) / 96
- 3.7 De eerste antwoorden / 98
- 3.8 Afronding / 101

HOOFDSTUK 4

Naar een toetsingskader / 103

- 4.1 Inleiding / 103
- 4.2 Waarde, rechtsbeginsel, sociale rechtsvorming / 105
- 4.3 Basiswaarde in Europa / 112
- 4.4 Sociale rechtvaardigheid in Europa en Nederland / 120
- 4.5 Wat is sociale rechtvaardigheid? / 126
- 4.6 Waarden en rechtsbeginselen van Nederlandse sociale rechtsvorming / 139
- 4.7 Ontwikkeling van een toetsingskader / 169
- 4.8 Antwoord op vierde deelvraag / 189
- 4.9 Afronding / 192

Stap V: Beschrijving / 193

HOOFDSTUK 5

Historische ontwikkeling van re-integratie in Nederland / 195

- 5.1 Inleiding / 195
- 5.2 De inhoud van de OW / 196
- 5.3 Ongevallenwet 1901 als oerbron / 199
- 5.4 De Wet op de Arbeidsovereenkomst / 200
- 5.5 Risque social en gestage uitbouw arbeidsongeschiktheidswetten / 202
- 5.6 Beveridge-rapport en Commissie Van Rhijn / 206
- 5.7 De eerste wettelijke re-integratieregeling / 209
- 5.8 Wie doet wat? / 210
- 5.9 De WAO / 212
- 5.10 Zijstap naar de AAW / 213
- 5.11 Problemen met verdiscontering / 214
- 5.12 Waar bleef de re-integratie? / 215
- 5.13 De WAGW / 217
- 5.14 De re-integratie-arresten / 220
- 5.15 Stelselherziening 1987: afschaffing van verdiscontering / 223
- 5.16 De eerste T-wetten: TAV en TBA / 224
- 5.17 Invloed van Buurmeijer / 226
- 5.18 Naar meer werkgeversverantwoordelijkheid / 227
- 5.19 Tempo in de wetgeving / 228
- 5.20 Loondoorbetaling bij ziekte / 230
- 5.21 Het eerste poortwachtermodel / 232

- 5.22 Relatie met ontslag / 234
- 5.23 Renationalisatie van de uitvoering / 235
- 5.24 Donner's blauwdruk voor huidig stelsel / 235
- 5.25 Conclusie / 237
- 5.26 Afronding / 247

HOOFDSTUK 6

Re-integratie van de zieke werknemer in Nederland / 249

- 6.1 Achtergronden van het huidige re-integratiestelsel / 249
- 6.2 Het positieve recht / 267
- 6.3 Controlevoorschriften / 267
- 6.4 Verzuimvoorschriften / 273
- 6.5 Re-integratievoorschriften / 280
- 6.6 Formele vereisten aan re-integratie / 281
- 6.7 Materiële vereisten aan re-integratie / 297
- 6.8 UWV-toetsing van de re-integratie / 334
- 6.9 De loonsanctie / 340
- 6.10 Overige sancties en einde aan de re-integratie / 362
- 6.11 Een paar internationale vragen / 368
- 6.12 De praktijk van re-integratie / 370
- 6.13 Afsluitende opmerkingen over re-integratie / 376
- 6.14 Afronding / 378

HOOFDSTUK 7

Duitsland: achtergrond, definities en systeemkenmerken / 379

- 7.1 Inleiding / 379
- 7.2 Bronnen van het Duitse sociaal recht / 380
- 7.3 Kenmerken van het Duitse sociaal recht / 381
- 7.4 Definities / 388
- 7.5 Inkomen bij arbeidsongeschiktheid / 399
- 7.6 Inleiding Duits ontslagrecht / 405
- 7.7 Ontslag en arbeidsongeschiktheid / 414
- 7.8 Conclusie ontslag en arbeidsongeschiktheid / 427
- 7.9 Afronding / 427

HOOFDSTUK 8

Re-integratie van de zieke werknemer in Duitsland / 429

- 8.1 Inleiding / 429
- 8.2 Geschiedenis van re-integratie in Duitsland / 430
- 8.3 Het positieve recht / 442
- 8.4 Controlevoorschriften / 443
- 8.5 Verzuimvoorschriften / 445
- 8.6 Re-integratievoorschriften / 448

- 8.7 Passende arbeid / 462
- 8.8 Na de eerste zes weken / 463
- 8.9 Re-integratiemaatregelen voor (Schwer)behinderten / 464
- 8.10 Sancties bij niet-naleving / 465
- 8.11 Conclusie / 467
- 8.12 Afronding / 469

Stap VI: Verklaring door toepassing toetsingskader / 471

HOOFDSTUK 9

Toetsing / 473

- 9.1 Uitwerking toetsingskader / 473
- 9.2 Toetsing loondoorbetaling bij ziekte / 478
- 9.3 Toetsing controlevoorschriften / 489
- 9.4 Toetsing verzuimvoorschriften / 496
- 9.5 Toetsing re-integratievoorschriften / 503
- 9.6 Toetsing Duitsland / 513
- 9.7 Eindconclusie toepassing toetsingskader en antwoord op deelvragen / 523
- 9.8 Afronding / 524

Stap VII: Waardering en aanbevelingen / 525

HOOFDSTUK 10

Waardering en aanbevelingen / 527

- 10.1 Waardering van het re-integratierecht / 527
- 10.2 De laatste deelvraag / 533
- 10.3 Aanbevelingen voor sociale rechtsvorming in het algemeen / 534
- 10.4 Aanbevelingen loondoorbetalingsplicht / 535
- 10.5 Aanbevelingen controlevoorschriften / 562
- 10.6 Aanbevelingen verzuimvoorschriften / 567
- 10.7 Aanbevelingen re-integratievoorschriften / 571
- 10.8 Beantwoording van de centrale vraagstelling / 581

Samenvatting / 585

Summary / 607

Bijlage 1 Aanbevelingen / 635

Bijlage 2 De Common Principles of flexicurity / 641

Literatuurlijst / 643

Curriculum vitae / 665

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Lijst van gebruikte afkortingen / XXI

HOOFDSTUK 1

Inleiding, methodologie en vraagstelling / 1

- 1.1 Werken moet / 1
- 1.1.1 Waarom zou je aan re-integratie werken? / 2
- 1.1.2 Macroperspectief / 4
- 1.1.3 Werknemersperspectief / 5
- 1.1.4 Werkgeversperspectief / 8
- 1.1.5 Arbeidsrelativisme: is werken wel zo belangrijk? / 11
- 1.2 Inzicht in ziekteverzuim / 12
- 1.3 Invloed van de Europese Unie / 15
- 1.4 Juridisch relevante factoren bij re-integratie / 17
- 1.4.1 Driedeling / 17
- 1.4.2 Succesvolle interventies / 19
- 1.4.3 Voorschriften voor interventies / 21
- 1.5 Rechtsvergelijking / 22
- 1.5.1 Waarom Duitsland? / 22
- 1.5.2 Samenvatting / 24
- 1.6 Vraagstelling / 24
- 1.6.1 Methodologie – stap I tot en met VII / 25
- 1.6.2 Stap I: Omschrijving van het onderwerp van onderzoek / 26
- 1.6.3 Afbakening bij stap I / 28
- 1.6.4 Stap II: Doel van de rechtsvergelijking / 29
- 1.6.5 Stap III: Aanpak van de rechtsvergelijking / 31
- 1.6.6 Vervolgstappen IV tot en met VII / 31

Stap IV: Ontwikkelen van een toetsingskader / 33

HOOFDSTUK 2

Nederland: definities en systeemkenmerken / 35

- 2.1 Mijn koninkrijk voor een definitie / 35
- 2.2 Begripsafbakening / 36
 - 2.2.1 Nationaal / 36
 - 2.2.2 Private invulling van begrip re-integratie / 38
 - 2.2.3 Literatuur / 39
 - 2.2.4 Internationaal / 40
- 2.3 Elementen / 41
- 2.4 De definitie van re-integratie / 43
 - 2.4.1 Oorzaak van niet-werken / 44
 - 2.4.2 Duurzaamheid als doel van re-integratie / 44
 - 2.4.3 Verbijzondering van de re-integratie-inspanningen / 45
- 2.5 Werknemersbegrip / 46
- 2.6 Arbeidsongeschiktheid / 47
- 2.7 Inkomen bij arbeidsongeschiktheid / 52
 - 2.7.1 Loondoorbetaling / 53
 - 2.7.2 Ziektewet / 58
 - 2.7.3 WIA / 59
 - 2.7.4 Conclusie / 60
- 2.8 Ontslag bij arbeidsongeschiktheid / 61
 - 2.8.1 Ontslag en ziekte: negen situaties / 61
 - 2.8.2 Ontslag en ziekte: Wet Werk en Zekerheid / 68
 - 2.8.3 Conclusie / 73
- 2.9 Afronding / 74

HOOFDSTUK 3

Flexicurity / 75

- 3.1 Inleiding / 75
- 3.2 Europees werkgelegenheidsbeleid / 75
- 3.3 Juridisch kader werkgelegenheidsbeleid / 77
 - 3.3.1 Europese bevoegdheidstoedeling en -beperking / 78
 - 3.3.2 EU-werkgelegenheidsbeleid / 79
 - 3.3.3 Juridische instrumenten voor werkgelegenheidsbeleid / 81
 - 3.3.4 Tussenconclusie juridisch kader werkgelegenheidsbeleid / 82
- 3.4 Opkomst en ontwikkeling van flexicurity / 83
 - 3.4.1 Opkomst van het concept flexicurity / 83
 - 3.4.2 Naar Common Principles of Flexicurity / 86
 - 3.4.3 Flexicurityprincipes in tijden van crisis / 87
 - 3.4.4 Tussenconclusie opkomst en ontwikkeling flexicurity / 89

- 3.5 Flexicurity: de inhoud / 89
- 3.5.1 Flexicurity volgens Wilthagen / 90
- 3.5.2 Flexicurity volgens de Commissie / 92
- 3.5.3 Kritiek op flexicurity / 93
- 3.5.4 Tussenconclusie inhoud flexicurity / 95
- 3.6 Open Method of Coordination (OMC) / 96
- 3.6.1 Oog voor het eigene / 96
- 3.6.2 Nut en toepassing OMC / 97
- 3.7 De eerste antwoorden / 98
- 3.8 Afronding / 101

HOOFDSTUK 4

Naar een toetsingskader / 103

- 4.1 Inleiding / 103
- 4.2 Waarde, rechtsbeginsel, sociale rechtsvorming / 105
- 4.2.1 Wat is een waarde? / 105
- 4.2.2 Wat is een rechtsbeginsel? / 107
- 4.2.3 Wat is sociale rechtsvorming? / 109
- 4.3 Basiswaarde in Europa / 112
- 4.3.1 Onder de parasol / 112
- 4.3.2 Dat wat we delen: de kern / 114
- 4.3.3 Arbeidsrechtelijke uitwerking van menselijke waardigheid / 116
- 4.3.4 Menselijke waardigheid of toch sociale rechtvaardigheid? / 118
- 4.4 Sociale rechtvaardigheid in Europa en Nederland / 120
- 4.4.1 Hesselink's toets van een Europees voorbeeld / 120
- 4.4.2 Kijkend naar CFR-onderzoek / 121
- 4.4.3 Vijf Europese elementen van sociale rechtvaardigheid / 121
- 4.4.4 Sociale rechtvaardigheid in Nederland / 123
- 4.5 Wat is sociale rechtvaardigheid? / 126
- 4.5.1 Het begrip sociale rechtvaardigheid / 126
- 4.5.2 Aristoteles / 127
- 4.5.3 Kant / 128
- 4.5.4 Rawls / 129
- 4.5.5 Dworkin / 132
- 4.5.6 Nussbaum / 134
- 4.5.7 Tussenbalans / 138
- 4.6 Waarden en rechtsbeginselen van Nederlandse sociale rechtsvorming / 139
- 4.6.1 'Hét beginsel is ongelijkheidscompensatie, toch?' / 140
- 4.6.2 Er is méér / 142
- 4.6.3 Blik vanuit sociale zekerheid / 145
- 4.6.4 De ethische en typische rechtsbeginselen van Van Kessel / 147
- 4.6.5 Vonk / 149
- 4.6.6 De onderverdeling van Van der Heijden/Noordam / 150

4.6.7	De basiswaarden van Van der Heijden/Noordam / 152
4.6.8	Kritiek Brenninkmeijer en Heerma van Voss / 154
4.6.9	De herwaardering door Jaspers / 155
4.6.10	Tilburg spreekt / 156
4.6.11	Asscher-Vonk / 158
4.6.12	Liber Amoricum Van der Heijden / 161
4.6.13	Analyse arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht / 162
4.7	Ontwikkeling van een toetsingskader / 169
4.7.1	Wat zijn leidende sociaalrechtelijke waarden en rechtsbeginselen? / 169
4.7.2	Waarden, rechtsbeginselen en de OMC: pleidooi voor een beginselentoets / 178
4.7.3	Waarden, rechtsbeginselen en flexicuritydoelen: pleidooi voor een flexicuritytoelichting / 181
4.7.4	Waarden en beginselen of flexicurity: pleidooi voor een voorrangsregel / 183
4.7.5	OMC en juridische technieken / 185
4.8	Antwoord op vierde deelvraag / 189
4.9	Afronding / 192

Stap V: Beschrijving / 193

HOOFDSTUK 5

Historische ontwikkeling van re-integratie in Nederland / 195

5.1	Inleiding / 195
5.2	De inhoud van de OW / 196
5.3	Ongevallenwet 1901 als oerbron / 199
5.4	De Wet op de Arbeidsovereenkomst / 200
5.5	Risque social en gestage uitbouw arbeidsongeschiktheidswetten / 202
5.6	Beveridge-rapport en Commissie Van Rhijn / 206
5.7	De eerste wettelijke re-integratieregeling / 209
5.8	Wie doet wat? / 210
5.9	De WAO / 212
5.10	Zijstap naar de AAW / 213
5.11	Problemen met verdiscontering / 214
5.12	Waar bleef de re-integratie? / 215
5.13	De WAGW / 217
5.14	De re-integratie-arresten / 220
5.15	Stelselherziening 1987: afschaffing van verdiscontering / 223
5.16	De eerste T-wetten: TAV en TBA / 224
5.17	Invloed van Buurmeijer / 226
5.18	Naar meer werkgeversverantwoordelijkheid / 227
5.19	Tempo in de wetgeving / 228
5.20	Loondoorbetaling bij ziekte / 230

- 5.21 Het eerste poortwachtermodel / 232
- 5.22 Relatie met ontslag / 234
- 5.23 Renationalisatie van de uitvoering / 235
- 5.24 Donner's blauwdruk voor huidig stelsel / 235
- 5.25 Conclusie / 237
- 5.25.1 Periodisering / 237
- 5.25.2 Elementen / 239
- 5.25.3 Slotsom / 244
- 5.26 Afronding / 247

HOOFDSTUK 6

Re-integratie van de zieke werknemer in Nederland / 249

- 6.1 Achtergronden van het huidige re-integratiestelsel / 249
- 6.1.1 Wet verbetering poortwachter / 249
- 6.1.2 Commentaar totstandkoming Wet verbetering poortwachter / 252
- 6.1.3 Wulbz II: naar 104 weken loondoorbetaling bij ziekte / 253
- 6.1.4 Commentaar totstandkoming Wulbz II / 257
- 6.1.5 Wat achter de poort ligt: de WIA / 261
- 6.1.6 Commentaar totstandkoming WIA / 265
- 6.2 Het positieve recht / 267
- 6.3 Controlevoorschriften / 267
- 6.3.1 Het begrip 'controlevoorschriften' / 268
- 6.3.2 De inhoud van controlevoorschriften / 268
- 6.3.3 Overtreding van controlevoorschriften / 271
- 6.3.4 Tussenconclusie controlevoorschriften / 273
- 6.4 Verzuimvoorschriften / 273
- 6.4.1 Het begrip 'verzuimvoorschriften' / 273
- 6.4.2 De inhoud van de verzuimvoorschriften / 274
- 6.4.3 Overtreding van de verzuimvoorschriften / 278
- 6.4.4 Tussenconclusie verzuimvoorschriften / 279
- 6.5 Re-integratievoorschriften / 280
- 6.6 Formele vereisten aan re-integratie / 281
- 6.6.1 Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar / 281
- 6.6.2 Het procesverloop / 283
- 6.6.3 Probleemanalyse en plan van aanpak / 284
- 6.6.4 Eerstejaarsevaluatie / 286
- 6.6.5 Deskundigenoordeel / 287
- 6.6.6 Re-integratieverslag / 292
- 6.6.7 Privacy en re-integratie / 294
- 6.6.8 Tussenconclusie formele eisen / 296
- 6.7 Materiële vereisten aan re-integratie / 297
- 6.7.1 Codificatie / 297
- 6.7.2 Geheel of gedeeltelijk, tijdelijk of blijvend / 301

6.7.3	Volgorde van re-integratie / 302
6.7.4	Beoordelingskader voor re-integratie-inspanningen / 304
6.7.5	Plichten van de werkgever / 307
6.7.6	Verhouding werkgever en ondersteuners / 313
6.7.7	Plichten van de werknemer / 315
6.7.8	Passende arbeid / 317
6.7.9	Passende of bedongen arbeid? / 321
6.7.10	Re-integratie tweede spoor / 327
6.7.11	Kosten van de re-integratie / 331
6.8	UWV-toetsing van de re-integratie / 334
6.8.1	Bevredigend resultaat / 334
6.8.2	Geen benutbare mogelijkheden / 335
6.8.3	Onbevredigend resultaat betekent loonsanctie werkgever / 336
6.9	De loonsanctie / 340
6.9.1	De basis van de loonsanctie / 340
6.9.2	Aard van de loonsanctie / 342
6.9.3	De bestuursrechtelijke beschikking / 344
6.9.4	Te laat afgeven loonsanctiebeschikking / 348
6.9.5	Diverse tekortkomingen / 349
6.9.6	Duur van de loonsanctie / 353
6.9.7	Bekorting van de loonsanctie / 356
6.9.8	Civielrechtelijke aspecten / 357
6.10	Overige sancties en einde aan de re-integratie / 362
6.10.1	Overige sancties voor de werkgever / 362
6.10.2	Sancties voor de werknemer / 363
6.10.3	Einde aan de re-integratie / 367
6.11	Een paar internationale vragen / 368
6.12	De praktijk van re-integratie / 370
6.13	Afsluitende opmerkingen over re-integratie / 376
6.14	Afronding / 378

HOOFDSTUK 7

Duitsland: achtergrond, definities en systeemkenmerken / 379

7.1	Inleiding / 379
7.2	Bronnen van het Duitse sociaal recht / 380
7.3	Kenmerken van het Duitse sociaal recht / 381
7.3.1	Kenmerken van het Duitse arbeidsrecht / 381
7.3.2	Kenmerken van het Duitse socialezekerheidsrecht / 385
7.3.3	Conclusie over kenmerken / 388
7.4	Definities / 388
7.4.1	Rehabilitation / 388
7.4.2	Werknemersbegrip / 391
7.4.3	Arbeidsongeschiktheid / 394
7.4.4	Arbeitsunfähige Arbeitnehmer of (Schwer)behinderte? / 396

7.5	Inkomen bij arbeidsongeschiktheid / 399
7.5.1	Loondoorbetaling / 399
7.5.2	Krankengeld / 402
7.5.3	Rentenversicherung / 403
7.5.4	Unfallversicherung / 404
7.5.5	Samenvatting / 405
7.6	Inleiding Duits ontslagrecht / 405
7.6.1	Ontslagrecht in grote lijnen / 406
7.6.2	Ordentliche Kündigung / 407
7.6.3	Außerordentliche Kündigung / 411
7.6.4	Änderungskündigung / 412
7.6.5	Aufhebungsvertrag / 413
7.6.6	Samenvatting Duits ontslagrecht / 413
7.7	Ontslag en arbeidsongeschiktheid / 414
7.7.1	Wilsgebreken en arbeidsongeschiktheid / 414
7.7.2	Ontslag wegens en tijdens arbeidsongeschiktheid / 415
7.7.3	Ordentliche Kündigung bij arbeidsongeschiktheid / 416
7.7.4	Außerordentliche Kündigung bij arbeidsongeschiktheid / 423
7.7.5	Betrokkenen bij ontslag van arbeidsongeschikte werknemer / 424
7.8	Conclusie ontslag en arbeidsongeschiktheid / 427
7.9	Afronding / 427

HOOFDSTUK 8

Re-integratie van de zieke werknemer in Duitsland / 429

8.1	Inleiding / 429
8.2	Geschiedenis van re-integratie in Duitsland / 430
8.2.1	Oorlog / 430
8.2.2	Re-integratie op de agenda / 432
8.2.3	Bezuinigingen en SGB IX / 433
8.2.4	Een frisse wind? / 435
8.2.5	Organisatie van re-integratie / 436
8.2.6	Waarden en beginselen bij Rehabilitation / 439
8.2.7	Conclusie / 441
8.3	Het positieve recht / 442
8.4	Controlevoorschriften / 443
8.5	Verzuimvoorschriften / 445
8.5.1	Informatieplichten / 445
8.5.2	Het genezingsvoorschrift / 446
8.5.3	Voorschriften om arbeidsgeschikt te worden / 446
8.6	Re-integratievoorschriften / 448
8.6.1	Herplaatsingsplicht voor de werkgever / 448
8.6.2	§ 84 SGB IX / 450
8.6.3	Preventie / 450
8.6.4	'Betriebliches Eingliederungsmanagement' / 451

8.6.5	Formele aspecten van het betriebliches Eingliederungsmanagement / 451
8.6.6	Materiële aspecten van het betriebliches Eingliederungsmanagement / 454
8.6.7	De praktijk van het betriebliches Eingliederungsmanagement / 456
8.6.8	'Stufenweise Wiedereingliederung' / 457
8.6.9	Formele aspecten van de stufenweise Wiedereingliederung / 458
8.6.10	Aard van het 'Wiedereingliederungsverhältnis' / 459
8.6.11	Materiële aspecten van de stufenweise Wiedereingliederung / 461
8.6.12	De praktijk van de stufenweise Wiedereingliederung / 462
8.7	Passende arbeid / 462
8.8	Na de eerste zes weken / 463
8.9	Re-integratiemaatregelen voor (Schwer)behinderten / 464
8.10	Sancties bij niet-naleving / 465
8.11	Conclusie / 467
8.12	Afronding / 469

Stap VI: Verklaring door toepassing toetsingskader / 471

HOOFDSTUK 9

Toetsing / 473

9.1	Uitwerking toetsingskader / 473
9.1.1	Recapitulatie / 473
9.1.2	Kan het re-integratierecht werken? / 474
9.1.3	Sociale rechtsvorming of gevormd sociaal recht? / 475
9.1.4	'All Common Principles are created equal, but...' / 477
9.1.5	Conclusie uitgewerkt toetsingskader / 478
9.2	Toetsing loondoorbetaling bij ziekte / 478
9.2.1	Beginselentoets loondoorbetaling bij ziekte / 478
9.2.2	Flexicuritytoelichting loondoorbetaling bij ziekte / 485
9.2.3	Conclusie loondoorbetaling bij ziekte / 489
9.3	Toetsing controlevoorschriften / 489
9.3.1	Beginselentoets controlevoorschriften / 489
9.3.2	Flexicuritytoelichting controlevoorschriften / 493
9.3.3	Conclusie controlevoorschriften / 495
9.4	Toetsing verzuimvoorschriften / 496
9.4.1	Beginselentoets verzuimvoorschriften / 496
9.4.2	Flexicuritytoelichting verzuimvoorschriften / 501
9.4.3	Conclusie verzuimvoorschriften / 503
9.5	Toetsing re-integratievoorschriften / 503
9.5.1	Beginselentoets re-integratievoorschriften / 503
9.5.2	Flexicuritytoelichting re-integratievoorschriften / 508
9.5.3	Conclusie re-integratievoorschriften / 512
9.6	Toetsing Duitsland / 513
9.6.1	Recapitulatie Duitse situatie / 513
9.6.2	Flexicuritytoelichting loondoorbetaling bij ziekte / 514

- 9.6.3 Flexicuritytoelichting controlevoorschriften / 516
- 9.6.4 Flexicuritytoelichting verzuimvoorschriften / 518
- 9.6.5 Flexicuritytoelichting re-integratievoorschriften / 520
- 9.7 Eindconclusie toepassing toetsingskader en antwoord op deelvragen / 523
- 9.8 Afronding / 524

Stap VII: Waardering en aanbevelingen / 525

HOOFDSTUK 10

Waardering en aanbevelingen / 527

- 10.1 Waardering van het re-integratierecht / 527
 - 10.1.1 Inleiding / 527
 - 10.1.2 Uitkomsten van de beginseltoets / 527
 - 10.1.3 Uitkomsten van de flexicuritytoelichting / 530
 - 10.1.4 Werken met de voorrangregel / 531
- 10.2 De laatste deelvraag / 533
- 10.3 Aanbevelingen voor sociale rechtsvorming in het algemeen / 534
- 10.4 Aanbevelingen loondoorbetalingsplicht / 535
 - 10.4.1 Heroverweeg risqué social voor de werkgever / 535
 - 10.4.2 Invoeren van een preventieplicht / 544
 - 10.4.3 Uitzonderingspositie kleinere bedrijven / 549
 - 10.4.4 Loondoorbetaling bij ziekte beperkt in tijd en/of hoogte / 556
- 10.5 Aanbevelingen controlevoorschriften / 562
 - 10.5.1 Scherpere regeling rond de ziekmelding / 562
 - 10.5.2 Een wettelijke plicht om mee te werken aan controle / 563
 - 10.5.3 Loonstop in plaats van loonopschorting / 565
- 10.6 Aanbevelingen verzuimvoorschriften / 567
 - 10.6.1 Duidelijkere informatie- en medewerkingsplicht / 567
 - 10.6.2 Invoeren behandelvoorschrift in plaats van genezingsvoorschrift / 569
- 10.7 Aanbevelingen re-integratievoorschriften / 571
 - 10.7.1 Update diverse lagere regelgeving / 571
 - 10.7.2 Schaf tweede spoorverplichting af / 572
 - 10.7.3 Herijk de rolverdeling / 573
 - 10.7.4 Duidelijkheid over nieuwe bedongen arbeid / 573
 - 10.7.5 Overweeg een verhaalsanctie in plaats van een loonsanctie / 575
 - 10.7.6 Strengere regels voor UWV bij opleggen loonsanctie / 577
 - 10.7.7 Reparatoir karakter benadrukken bij bekorting loonsanctie / 579
 - 10.7.8 Laat UWV alle schade vergoeden / 580
- 10.8 Beantwoording van de centrale vraagstelling / 581
 - 10.8.1 Voldoet Nederland en zo nee hoe kan het beter? / 581
 - 10.8.2 Relevante Duitse inzichten / 582
 - 10.8.3 Afrondende opmerkingen / 584

Samenvatting / 585

Summary / 607

Bijlage 1 Aanbevelingen / 635

Bijlage 2 De Common Principles of flexicurity / 641

Literatuurlijst / 643

Curriculum vitae / 665

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

§:	paragaaf
AAG:	<i>Aufwendungsausgleichsgesetz</i>
AAW:	Algemene Arbeidsongeschiktheidswet
Abs.:	<i>Absatz</i>
Afl.:	aflevering
Amber:	Wet afschaffing malus en bevordering re-integratie
AMvB:	Algemene Maatregel van Bestuur
AiB:	<i>Arbeitsrecht im Betrieb</i>
AOW:	Algemene Ouderdomswet
AP:	<i>Arbeitsrechtliche Praxis</i>
ARBO:	arbeidsomstandigheden
Art.:	artikel
ASiG:	<i>Arbeitssicherheitsgesetz</i>
ATV:	Arbeidstijdverkorting
AU-Richtlijnen:	<i>Arbeitsunfähigkeits-Richtlinien</i>
AVO:	Arbeid Voor Onvolwaardige Arbeidskrachten
AWB:	Algemene wet bestuursrecht
AWGB:	Algemene wet gelijke behandeling
AWW:	Algemene Weduwen- en Wezenwet
AZR:	<i>Aktezeichen Revisionsverfahren</i>
B&W:	Burgemeesters en Wethouders
BAG:	<i>Bundesarbeitsgericht</i>
BAGE:	<i>Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts</i>
BBA:	Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945
BetrVG:	<i>Betriebsverfassungsgesetz</i>
BGB:	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
Bijv.:	bijvoorbeeld
BRAVO:	bewegen, roken, alcohol, voeding, ontspanning
BSG:	<i>Bundessozialgericht</i>
BSGE:	<i>Entscheidungssammlung des BSG</i>
BVerfG:	<i>Bundesverfassungsgericht</i>
BVerfGE:	<i>Sammlung der Entscheidungen des BVerfG</i>
BVerwG:	<i>Bundesverwaltungsgericht</i>
BVG:	<i>Bundesversorgungsgesetz</i>
BW:	Burgerlijk Wetboek
cao:	collectieve arbeidsovereenkomst

CBS:	Centraal Bureau voor de Statistiek
Cbp:	College bescherming persoonsgegevens
CDA:	Christen – Democratisch Appèl
CFR:	<i>Common Frame of Reference</i>
CGB:	Commissie gelijke behandeling
CKA:	Commissie klachtenbehandeling aanstellingskeuringen
CPB:	Centraal Planbureau
CRvB:	Centrale Raad voor Beroep
CSV:	Coördinatiewet Sociale Verzekering
Ctsv:	College van toezicht sociale verzekeringen
DB:	<i>Der Betriebsberater</i>
DCFR:	<i>draft Common Frame of Reference</i>
DDR:	Duitse Democratische Republiek
diss.:	dissertatie
DM:	Duitse Mark
e.a.:	en andere
ECLI:	<i>European Case Law Identifier</i>
EEG:	Europese Economische Gemeenschap
EES:	<i>European Employment Strategy</i>
EFZG:	<i>Entgeltfortzahlungsgesetz</i>
EG:	Europese Gemeenschap
EHBO:	eerste hulp bij ongelukken
EHRM:	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
ESH:	Europees Sociaal Handvest
ESM:	Europees Sociaal Model
EU:	Europese Unie
e.v.:	en volgende
EVRM:	Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens
EzA:	<i>Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht</i>
FBV:	Federatie van Bedrijfsverenigingen
FNV:	Federatie Nederlandse Vakbeweging
GAB:	Gewestelijk Arbeidsbureau
GewO:	<i>Gewerbeordnung</i>
GG:	<i>Grundgesetz</i>
GL:	Groen Links
GMD:	Gemeenschappelijke Medische Dienst
GW:	Grondwet
HGB:	<i>Handelsgesetzbuch</i>
Hof:	Gerechtshof
HR:	Hoge Raad
HvJ EU:	Hof van Justitie van de Europese Unie (ook HvJ EG)
ILO:	Internationale Arbeidsorganisatie
IOAW:	Wet inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkloze werknemers
IOAZ:	Wet Inkomensvoorziening oudere en gedeeltelijk arbeidsongeschikte gewezen zelfstandigen
IOW:	Inkomensvoorziening oudere werklozen

Lijst van gebruikte afkortingen

ISSA:	<i>International Social Security Association</i>
IVA:	Inkomensverzekering voor volledig en duurzame arbeidsongeschikten
IVBPR:	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
IVESCR:	Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten
IW:	Invalideitswet
IWI:	Inspectie Werk en Inkomen
i.w.tr.:	in werking getreden
JAR:	Jurisprudentie Arbeidsrecht
jo.:	juncto
KNMG:	Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst
KNOV:	Koninklijke Nederlandse Organisatie van Verloskundigen
KSchG:	<i>Kündigungsschutzgesetz</i>
Ktr.:	kantonrechter
LAG:	<i>Landesarbeitsgericht</i>
Lisv:	Landelijk instituut sociale verzekeringen
LJN:	Landelijk Jurisprudentie Nummer
LLC:	Landelijke Loos sanctie commissie
LohnFG:	<i>Lohnfortzahlungsgesetz</i>
LPF:	Lijst Pim Fortuyn
MKB:	Midden- en Kleinbedrijf
m.nt.:	met noot
MuSchG:	<i>Mutterschutzgesetz</i>
NachwG:	Nachweisgesetz
NJ:	Nederlandse Jurisprudentie
NJB:	Nederlands Juristenblad
NJV:	Nederlandse Juristenvereniging
nr.:	nummer
NVAB:	Nederlandse Vereniging voor Arbeids- en Bedrijfs geneeskunde
NZA:	<i>Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht</i>
NZS:	<i>Neue Zeitschrift für Sozialrecht</i>
OESO:	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
OMC:	<i>Open Method of Coordination</i>
OSV:	Organisatiewet sociale verzekeringen
OW:	Ongevallenwet
p.:	pagina
par.:	paragraaf
Pemba:	Wet premiedifferentiatie en marktwerking bij arbeidsongeschiktheids-verzekeringen
Prg:	Praktijk gids
PvdA:	Partij van de Arbeid
Rb:	Rechtbank
REA:	Wet re-integratie arbeidsgehandicapten
Red.:	redactie
RehaG:	<i>Rehabilitations-Angleichungsgesetz</i>

RIV:	Re-integratieverslag
r.o.:	rechtsoverweging
RSI:	<i>repetitive strain injury</i>
RSV:	Rechtspraak Sociale Verzekeringen
RVB:	Rijksverzekeringsbank
RVO:	<i>Reichsversicherungsordnung</i>
SchwBeschG:	<i>Schwerbeschädigtergesetz</i>
SchwbgG:	<i>Schwerbehindertengesetz</i>
SCP:	Sociaal en Cultureel Planbureau
SER:	Sociaal Economische Raad
SGB:	<i>Sozialgesetzbuch</i>
SMA:	Sociaal Maandblad Arbeid
SozR:	<i>Sozialrecht</i>
Stb.:	Staatsblad
Stcrt:	Staatscourant
STECR:	Stichting Expertisecentrum Re-integratie
SUWI:	Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen
SZW:	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
TAV:	Wet Terugdringing arbeidsongeschiktheidsvolume
TBA:	Wet Terugdringing Beroep op Arbeidsongeschiktheidsregelingen
TBV:	Tijdschrift voor bedrijfs- en verzekeringsgeneeskunde
TNO:	Toegepast Natuurwetenschappelijk Onderzoek
TPE:	Tijdschrift voor politieke economie
TRA:	Tijdschrift Recht en Arbeid
TVG:	<i>Tarifvertragsgesetz</i>
TZ:	Wet Terugdringing Ziekteverzuim
TzBFG:	<i>Teilzeit- und Befristungsgesetz</i>
USZ:	Uitspraken Sociale Zekerheid
UvA:	Universiteit van Amsterdam
UVG:	<i>Unterhaltsvorschussgesetzes</i>
Uvi's:	uitvoeringinstellingen
UWV:	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VAAN:	Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland
Vb.:	Voorbeeld
VEU:	Verdrag betreffende de Europese Unie
Vgl.:	vergelijk
VLZ:	Wet Verlenging loondoorbetalingsverplichting bij ziekte
VN:	Verenigde Naties
VUT:	Vervroegde uittreding
VVD:	Volkspartij voor Vrijheid en Democratie
VWEU:	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Vzr.:	Voorzieningenrechter
WAGW:	Wet Arbeid Gehandicapte Werknemers
Wajong:	Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening jonggehandicapten
WAO:	Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering
WAZ:	Wet arbeidsongeschiktheidsverzekering zelfstandigen
WAZO:	Wet arbeid en zorg

Lijst van gebruikte afkortingen

Wbp:	Wet bescherming persoonsgegevens
Wet Bezava:	Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnetters
wfsv:	Wet Financiering Sociale Verzekering
WGA:	Werkhervattingsuitkering Gedeeltelijk Arbeidsgeschikten
Wgb h/cz:	Wet gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte
WIA:	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen
WIJ:	Wet investeren in jongeren
WMK:	Wet op de medische keuringen
WML:	Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag
WOR:	Wet op de Ondernemingsraden
WPM:	Wet plaatsing mindervalide arbeidskrachten
WRR:	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid
WSW:	Wet sociale werkvoorziening
Wulbz:	Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte
Wvp:	Wet verbetering poortwachter
WW:	Werkloosheidswet
WWB:	Wet Werk en Bijstand
WWZ:	Wet Werk en Zekerheid
ZfA:	<i>Zeitschrift für Arbeitsrecht</i>
ZW:	Ziektewet

HOOFDSTUK 1

Inleiding, methodologie en vraagstelling

1.1 Werken moet

Werk staat centraal in de huidige samenleving.¹ Werken is een belangrijke manier om je te ontplooiën en noodzakelijk voor volwaardige deelname aan het maatschappelijk leven. Betaalde arbeid is een must, een ideaal.² In elk geval is van alle tijden dat niet-werken onwenselijk is. Geen brood voor wie niet werkt, zeiden Paulus én Lenin.³ Nu nog steeds is 'je steentje bijdragen in betaalde arbeid' een wezenlijk uitgangspunt: niet voor niets is 'participatiesamenleving' woord van het jaar 2013 geworden.⁴ In Nederland is het besef dat een hoge arbeidsdeelname belangrijk is al lange tijd doorgedrongen. De vergrijzing levert zorgen op over de betaalbaarheid van de verzorgingsstaat.⁵ Zijn er nog wel voldoende werkenden om de lasten voor de niet-werkenden te dragen? Vanuit die zorg is er de laatste decennia vol ingezet op verhoging van de arbeidsdeelname van ouderen, jongeren,

1 In de jaren zeventig en tachtig werd werk regelmatig gezien als 'vervreemdend' en 'inhumaan', waarschijnlijk mede door de -toen nog- overheersing van industrie als grootste werkverschaffer, met als slecht ervaren arbeidsomstandigheden, P. de Beer, 'Arbeid: bittere pil of Haarlemmerolie?' in: R.P. Hortulanus en J.E.M. Machielse, *De waarde van werk*, Elsevier bedrijfsinformatie BV: Den Haag 2001, p.23-33.

2 P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, *De waarde(n) van sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, Preadvies NJV, W.E.J. Tjeenk Willink: Deventer 2001, p.67 (Van der Heijden/Noordam).

3 Paulus 3:10, Tweede brief aan de Tessalonicenzen, V.I. Lenin, *Staat en Revolutie*, 1917.

4 <https://onzetaal.nl/weblog/participatiesamenleving-onze-taal-woord-van-2013>, uitgelegd in Troonrede 2013: 'Het is onmiskenbaar dat mensen in onze huidige netwerk- en informatiesamenleving mondiger en zelfstandiger zijn dan vroeger. Gecombineerd met de noodzaak om het tekort van de overheid terug te dringen, leidt dit ertoe dat de klassieke verzorgingsstaat langzaam maar zeker verandert in een participatiesamenleving. Van iedereen die dat kan, wordt gevraagd verantwoordelijkheid te nemen voor zijn of haar eigen leven en omgeving.'

5 Meer in het algemeen de verhouding inactieven en actieven, de zgn. i/a-ratio. Uit CPB-cijfers blijkt dat de ratio in 2010 67,5% bedroeg (op elke 100 actieven, 67,5 inactieven), in 2015 gaat dat naar 75%, vooral vanwege de vergrijzing, CPB-document 213, Actualisering Economische Verkenning 2011-2015. Zie verder §1.1.1.

allochtonen, werklozen, vrouwen en arbeidsongeschikten.⁶ Voor arbeidsongeschiktheid kwam daar nog bij dat het aantal mensen dat een beroep deed op een uitkering zo groot was, dat de kosten daarvan door de regering te hoog werden gevonden. Daar komt re-integratie om de hoek kijken: Nederland, re-integratieland.⁷ Re-integratie betekent terugkeer naar het werk en in dit boek bespreek ik de rechten en plichten bij (werken aan) de terugkeer naar het werk van de arbeidsongeschikte werknemer. Dit juridische onderwerp benader ik vanuit Europese juridische verplichtingen, het Nederlandse systeem en een rechtsvergelijking met het Duitse systeem.

In dit inleidende hoofdstuk sta ik eerst stil bij de belangrijkste vraag bij re-integratie: waarom? Ik bespreek drie perspectieven die duidelijk maken wat de ratio achter re-integratie bij arbeidsongeschiktheid is. Daarbij besteed ik aandacht aan een belangrijke vooronderstelling, namelijk de gedachte dat de nadruk op betaald werk positief is. Vervolgens geef ik in § 1.2 aan de hand van verschillende cijfers inzicht in verzuim en arbeidsongeschiktheid in Nederland en oorzaken daarvan. Naast de situatie in Nederland bespreek ik ook verzuim en arbeidsongeschiktheid binnen de EU (§ 1.3). Nederland heeft bij de vormgeving van rechten en plichten rekening te houden met Europese regels, meer in het bijzonder het voeren van 'flexicurity'-beleid. In § 1.4 komen juridisch relevante factoren bij re-integratie aan bod. Wat is nodig om re-integratie bij arbeidsongeschiktheid te laten slagen? Deze informatie is van belang bij de juridische vormgeving van interventies, om de arbeidsongeschikte werknemer te laten re-integreren. Ook ga ik in op de keuze voor Duitsland (§ 1.5), om ons stelsel mee te vergelijken en welke methodologie wordt gevolgd in dit onderzoek. § 1.6 staat in het teken van de uitwerking van de vraagstelling, waarbij ik ook mijn onderwerp afbaken. Ik rond dit hoofdstuk af met een samenvatting en plan van aanpak voor het vervolg (§ 1.7).

1.1.1 *Waarom zou je aan re-integratie werken?*

Niet-werken is niet altijd ongewenst. Een student mag zich volledig richten op zijn studie en is maatschappelijk niet verplicht te werken. De AOW-gerechtigde wordt door de wetgever zijn pensioen 'gegund' en van de *volledig en duurzaam* arbeidsongeschikte werknemer wordt niets meer verwacht op de arbeidsmarkt. Bij sommige groepen is het niet-werken echter wel onwenselijk. De wetgever heeft bijvoorbeeld

6 Bijvoorbeeld fiscale maatregelen om arbeidsdeelname van oudere werknemers te stimuleren, de Wet Investeren in Jongeren, de Wet bevordering evenredige arbeidsdeelname allochtonen, werkloosheidsbestrijdende maatregelen zoals plannen Melkert 1, 2 en 3, de Taskforce deeltijd-arbeid gericht op vrouwen en uitgebreide wetgeving rond arbeidsongeschiktheid. Voor een belangrijk deel met succes: de gemiddelde leeftijd tot waarop wordt doorgewerkt is gestegen, het aandeel vrouwen dat werkt is toegenomen en het verzuimpercentage én de instroomcijfers in arbeidsongeschiktheidsverzekeringen zijn sterk gedaald.

7 F.M. Noordam, 'Prothesen en scheerzeep. Honderd jaar re-integratie en activering' in: *De gemeenschap is aansprakelijk. Honderd jaar sociale verzekering 1901-2001*, A.Ph.C.M. Jaspers e.a. (red.), Den Haag: Koninklijke Vermande 2001, p.129 (Noordam 2001).

het UWV de taak gegeven om de inschakeling van ZW- en WW-gerechtigden in het arbeidsproces te bevorderen. Het college van B&W is verantwoordelijk voor de ondersteuning van een bijstandsgerechtigde bij de arbeidsinschakeling. De werkgever is, samen met de werknemer, verantwoordelijk gemaakt voor re-integratie bij arbeidsongeschiktheid. Bij re-integratie gaat het om het opheffen van een onwenselijke situatie, waarbij het in dit boek gaat om het niet of beperkt werken vanwege arbeidsongeschiktheid.

Waarom is dat onwenselijk? In de opvatting van Noordam zijn vier verschillende re-integratieredenen bij arbeidsongeschiktheid te onderscheiden. De motieven om werk te maken van re-integratie zijn:⁸

- medisch-sociaal: re-integratie kan bijdragen aan het gezondheidsherstel en de revalidatie van de arbeidsongeschikte werknemer.
- ethisch-juridisch: ook al is een werknemer arbeidsongeschikt, dat neemt niet weg dat hij gelijke kansen verdient of de mogelijkheid tot zelfontplooiing moet hebben. Re-integratie draagt daar aan bij.
- verzekeringstechnisch: de arbeidsongeschikte werknemer kan op enig moment aanspraak maken op een socialeverzekering. Element bij elke verzekering is dat de schade zoveel mogelijk moet worden beperkt.⁹ Schadebeperking is mogelijk door re-integratie.
- economisch: de kosten van arbeidsongeschiktheid voor zowel overheid, werknemer als werkgever kunnen worden gedrukt door re-integratie.¹⁰

Een andere invalshoek is om de ratio van re-integratie vanuit de belanghebbenden te bekijken. Zowel de overheid, de werknemer als de werkgever hebben belang bij het zo snel mogelijk beëindigen van arbeidsongeschiktheid. Dat betekent drie perspectieven waarom re-integratie van de werknemer in betaalde arbeid wordt gewenst:¹¹

- 1) een macroperspectief
- 2) een werknemersperspectief
- 3) een werkgeversperspectief

Ik bespreek elk van deze perspectieven.

8 Noordam 2001, p.143-144.

9 Art. 7:957 BW.

10 De kosten zijn voor de overheid: betalen van arbeidsongeschiktheidsuitkeringen, voor de werknemer: inkomensverlies bij arbeidsongeschiktheid, voor de werkgever: loondoorbetaling zonder tegenprestatie en kosten van verzuimbegeleiding.

11 I.P. Asscher-Vonk, 'Re-integratie', in: I.P. Asscher-Vonk e.a., *De zieke werknemer*, Deventer: Kluwer 2007, p.199. Ook Westerveld ziet een persoons- en een macroperspectief: het verkleinen van iemands afstand tot werk en de vergroting van de netto arbeidsparticipatie, M. Westerveld, 'Klantgericht re-integratierecht. Een kijkje in de snoeptrommel van de overheid.', *TRA* 2009/76.

1.1.2 Macroperspectief

Allereerst bestaat een macroperspectief. Bij de invoering van de Wet WIA heeft de regering stilgestaan bij het 'waarom':

*'...het belangrijkste doel van de onderhavige wetsvoorstellen is om zoveel mogelijk mensen aan het werk te houden of weer aan het werk te krijgen. Dit is uiteraard in de eerste plaats in het belang van deze mensen zelf; te veel gedeeltelijk arbeidsgeschikten staan nu nog onnodig aan de kant. Dat is ook in het belang van de maatschappij in totaliteit; meer arbeidsparticipatie vergroot het draagvlak en draagt bij tot een sterkere economie. Dit laatste is mede van belang met het oog op de komende vergrijzing van de beroepsbevolking...Uiteraard dienen de oorzaken van de arbeidsongeschiktheid te worden bestreden. Dat laat onverlet dat, als arbeidsongeschiktheid toch is opgetreden, werkherwinning zo veel mogelijk dient te worden gestimuleerd. Met een grotere arbeidsparticipatie van beide genoemde groepen wordt het economische draagvlak ook in de toekomst versterkt.'*¹²

In deze opvatting zit een aantal componenten. De eerste component betreft een moreel aspect van re-integratie. Onze samenleving is gebaseerd op arbeid, zodat werken een plicht is tegenover de maatschappij. Er moeten zoveel mogelijk van haar leden worden ingeschakeld in arbeid, want zo worden de beschikbare personele en financiële middelen zo optimaal mogelijk aangewend.¹³ Dat raakt aan de basiswaarde van sociale rechtvaardigheid. Deel uitmaken van de maatschappij betekent tegelijk de plicht tegenover die maatschappij daar zelf zoveel mogelijk aan bij te dragen.¹⁴

De tweede component daarvan noemde ik al, namelijk het beïnvloeden van de verhouding tussen actieven en inactieven in de Nederlandse samenleving. Een te groot aantal inactieven -daar horen arbeidsongeschikten ook bij- kan leiden tot een te groot beslag op collectieve middelen. Bij een onevenwichtige verhouding tussen actieven en inactieven komt de betaalbaarheid van het socialezekerheidsstelsel onder druk te staan. Daarmee kan op zijn beurt het 'sociale vangnet' voor sommige groepen burgers in gevaar komen. In de woorden van de Minister: 'Werk is immers de beste sociale zekerheid voor mensen'.¹⁵ Re-integratie kan daarom bijdragen aan het verwezenlijken van een kerntaak van de overheid namelijk het bieden van een minimum aan bestaanszekerheid.¹⁶ De SER plaatste de oplossing van het 'WAO-vraagstuk' onder meer in het kader van het activeren van het arbeidspotentieel tegen de achtergrond van te verwachten krapte op de arbeidsmarkt en de vergrijzing.¹⁷

Voor de macroblik kan als derde component de waarschuwing worden genoemd van Commissie Donner II, die was belast met advisering over aanpak van arbeidsongeschiktheid. Door niet aan re-integratie te werken wordt een deel van de beroepsbevolking vrijwel permanent uit het arbeidsproces uitgeschakeld, wat de legitimiteit

12 Kamerstukken I 2005/06, 30 034/30 118, nr.E, p.8-9.

13 Noordam 1987, p.10-11.

14 Zie ook art. 29 lid 1 UVRM.

15 Kamerstukken II 2013/14, 33 818, nr.3, p.3.

16 Art. 20 lid 1 Grondwet.

17 SER-advies 2002-5, *Werken aan arbeidsgeschiktheid*, p.74.

van het arbeidsongeschiktheidsstelsel zou aantasten: *'Het is onwenselijk dat WAO-toetreding vaak neerkomt op een fluwelen uitsluiting uit het arbeidsproces van mensen met moeilijkheden.'*¹⁸

Ten slotte hoort bij het macroperspectief een Europese component. Nederland is geen eiland maar maakt deel uit van de internationale rechtsorde. Vanuit verschillende internationaalrechtelijke verbanden wordt het belang van re-integratie genoemd en zelfs benadrukt. In het bijzonder noem ik de Europese Unie. De EU heeft Nederland de plicht opgelegd bij het voeren van arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsbeleid rekening te houden met de zogeheten notie van 'flexicurity'. Uit die notie volgt dat zowel flexibiliteit als zekerheid moeten worden gewaarborgd, bij het nemen van maatregelen rond zwakkere groepen op de arbeidsmarkt, waaronder ook zieke werknemers worden verstaan. Nederland moet daarom -vanuit internationaalrechtelijke verplichtingen- werk maken van re-integratie. Een ander aspect van de Europese component is dat Nederland als euroland een maximaal overheidstekort van 3% en een maximale staatsschuld van 60% van het bruto nationaal product mag hebben.¹⁹ Als de collectieve uitgaven aan arbeidsongeschiktheid hoog zijn of zelfs stijgen, dan kan dat een negatieve invloed op het overheidstekort en de staatsschuld hebben. Daaruit volgen mogelijk weer sancties vanuit de EU.²⁰

Conclusie is dat voor de overheid re-integratie een loffelijk streven is vanuit morele en budgettaire afwegingen. Het draagt tevens bij aan de legitimiteit van het uitkeringsstelsel bij arbeidsongeschiktheid, maar is daarnaast internationaal gezien ook aangewezen.

1.1.3 Werknemersperspectief

Naast het macroperspectief bestaat een werknemersperspectief, dat inzicht geeft in het waarom van re-integratie voor de werknemer. Ten eerste betekent arbeidsongeschiktheid in de regel op enig moment een teruggang in inkomen. Re-integratie kan de inkomenspositie weer verbeteren, dus zou de wens om (weer) meer te verdienen een reden kunnen zijn te gaan re-integreren. Dit motief past in de algemene theorie dat werk een uitruil is van geld en tijd, een afweging tussen vrije tijd en inkomen. Als iemand meer waarde hecht aan extra inkomen dan aan één uur vrij te besteden tijd, dan zal hij dat uur gaan werken. De werknemer weegt dat af bij zijn beslissing om te gaan werken of niet en zo ja, voor hoeveel uur dan.²¹

18 *Werk maken van arbeidsongeschiktheid. Advies van de Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid*, Den Haag: Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid, 30 mei 2001, p.4 (Donner II).

19 Als bedoeld in art. 126 jo. 136 lid 1 VWEU. Klosse wees al vroeg op de financieel-Europese invalshoek, S. Klosse e.a. (red.), *Rehabilitation of Partially Disabled People. An International Perspective*, Thesis Publishers: Amsterdam, 1998 (Klosse 1998), p.16.

20 Als opgenomen in art. 126 lid 11 VWEU.

21 P. van Echtelt en S. Hoff, *Wel of niet aan het werk. Achtergronden van het onbenut arbeidspotentieel onder werkenden, werklozen en arbeidsongeschikten*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau 2008, p.34-35 (SCP 2008). Ook andere aspecten spelen in die afweging een rol zoals het toekomstig inkomen (minder werken kan de kans op een carrière schaden) en de noodzaak van inkomen (is iemand kostwinner of zijn er meerverdieners in het huishouden?).

Dit motief kan bij arbeidsongeschikte werknemers meteen worden gerelativeerd. Door onderzoek is in kaart gebracht welke belemmeringen door arbeidsongeschikten worden gezien om (meer) te werken. Niet verrassend bleek dat de arbeidsongeschiktheid zelf het grootste obstakel was.²² De afwegingen om wel of niet (meer) te gaan werken zullen veelal worden gedicteerd door de medische mogelijkheden om te werken of niet en niet zozeer door het inkomen.

De tweede reden voor een werknemer om (meer) te willen werken is het welbevinden. Werk heeft namelijk verschillende functies:

- werk structureert de tijd
- werk is een belangrijke bron van sociale contacten en sociale ervaringen
- werk maakt het mogelijk een bijdrage te leveren aan de maatschappij en geeft daardoor meer zin en betekenis aan individuele activiteiten
- werk levert status en identiteit, door het werk ontvangt men respect
- werk dwingt tot activiteit en biedt kansen tot het ontwikkelen van competenties en vaardigheden.²³

In Europees verband is onderkend dat arbeid en beroep sleutelementen zijn voor het waarborgen van gelijke kansen voor eenieder en een belangrijke bijdrage leveren aan het volledig deelnemen van burgers aan het economische, culturele en sociale leven en aan hun persoonlijke ontplooiing. Alleen al om die immateriële en intrinsieke reden is re-integratie wenselijk.²⁴ Getuige het fraaie vroeg-twintigste-eeuws overheidsproza is deze gedachte niet nieuw: *'De betekenis van het leven berust op het vermogen om te werken. Gebrekkigen zullen zich dan eerst mensch gaan voelen, wanneer ook zij den zegen van den arbeid ondervinden'*.²⁵

Re-integratie voorkomt maatschappelijke uitsluiting, vormt een fundament voor de kwaliteit van bestaan en biedt kansen op zelfontplooiing.²⁶

22 SCP 2008, p.52, bevestigd door onderzoek van verschillende instellingen te weten SCP, het Centraal Bureau voor de Statistiek, TNO en UWV Kenniscentrum, uitmondend in een rapport, M. Versantvoort en P. van Echtelt (red.), *Belemmerd aan het werk. Trendrapportage ziekteverzuim, arbeidsongeschiktheid en arbeidsdeelname personen met gezondheidsbeperkingen*, Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau augustus 2012, p.75 (SCP 2012).

23 SCP 2008, p.35.

24 Richtlijn 2000/78/EG en Eurofound, *Employment and disability: Back to work strategies*, 2004, p.21: *'It is not difficult to grasp the implications of moving from being a productive worker to long-term absence. Apart from the distressing experience of having developed an illness or disability, the altered status of long-term absence brings with it reduced income, negative self-esteem and confidence, stigma (particularly in relation to mental health conditions), disengagement from work, and a loss of skills and knowledge within a job role or occupation. There are also exclusionary impacts on the person's family, particularly if there are dependents. On a broader scale, chronic illness and work disability have impacts on the community, colleagues in the workplace, and the wider society. Many of these can be described in economic or financial terms, but there are also repercussions for quality of life and social marginalisation.'* Nationaal klinken soortgelijke overwegingen, *Kamerstukken II 2010/11*, 32 500, nr.2, p.9.

25 Verslag van de Staatscommissie inzake onvolwaardige arbeidskrachten, Den Haag 1938, p.22.

26 Sociale nota 1995, *Kamerstukken II 1994/95*, 23 902, nr.1-2, p.6 en p.69.

Bij arbeidsongeschiktheid kan ten derde gemakkelijk een beeld ontstaan van het definitief buiten het arbeidsproces staan. Een werkloze is 'between jobs'; een arbeidsongeschikte is 'beyond a job'. Zo'n beeld was in het recente verleden niet eens onwaar: een arbeidsongeschiktheidsuitkering werd in de loop van de jaren zeventig en tachtig niet langer meer gezien als een tijdelijke overbrugging op weg naar werk, maar als hét middel om bestaanszekerheid te garanderen. De uitkering was het doel geworden van de sociale zekerheid en niet een middel om de lacune op te vullen als de werknemer niet zelf in zijn onderhoud kon voorzien. Sociale zekerheid was teveel een hangmat geworden, in plaats van een trampoline.²⁷ Zulk blijvend verlies van arbeidsinkomen kan leiden tot het verlies van immateriële zaken, als aanzien en eigenwaarde, dat op zijn beurt weer zelf gezondheidsschade kan veroorzaken. Snelle terugkeer kan voorkomen dat dit soort effecten ontstaat.²⁸ Het beeld van de afgeschreven arbeidsongeschikte werknemer in zijn hangmat is daarbij niet alleen onjuist, maar kan ook stigmatiserend en demotiverend werken.²⁹ Het gevoel van eigenwaarde van een arbeidsongeschikte werknemer kan afnemen als niet wordt geprobeerd hem terug te brengen naar werk.³⁰ Betrokkenen zelf zullen normaal gesproken ook aan de slag willen. Voor hen zal het thuis zitten niet wenselijk aanvoelen; het geeft een gevoel van doelloosheid en uitgeschakeld te zijn in de maatschappij.³¹

De laatste reden voor re-integratie hangt samen met verplichtingen en verwachtingen. Zo heeft een sollicitatieplicht het effect dat mensen gaan deelnemen op de arbeidsmarkt.³² Wensen van de werkgever of van de partner hebben invloed op het méér gaan werken, terwijl sociale normen, rolpatronen en het eigen arbeidsethos net zo goed bij dragen aan al dan niet (meer) gaan werken.³³ Als bijvoorbeeld in de eigen sociale kring 'ziek vieren' acceptabel wordt gevonden, gaat daar geen prikkel tot re-integratie van uit. Als 'aanpakken' meer in de eigen mentaliteit zit verweven, dan is eerder een positieve houding tegenover snelle werkhervatting te verwachten.

Het werknemersperspectief is daarmee gericht op het bereiken van twee positieve effecten namelijk het in staat stellen zich te ontplooien en (in mindere mate) het verwerven van meer inkomen. Tegelijk is het gericht op het voorkomen van twee negatieve effecten, te weten het tegengaan van sociale uitsluiting en het voldoen

27 H.K. Klamer, 'Inkomensbescherming en activering' in: S. Klosse, *Bevordering van arbeidsparticipatie ofwel: Werk boven 'wig' of 'wig' boven werk? Over achtergronden, doelstelling en middelen tot bevordering van arbeidsparticipatie*, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 22. Samsom H.D. Tjeenk Willink: Alphen aan den Rijn 1995, p.77.

28 S. Klosse, *Bevordering van arbeidsparticipatie ofwel: Werk boven 'wig' of 'wig' boven werk? Over achtergronden, doelstelling en middelen tot bevordering van arbeidsparticipatie*, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 22, Samsom H.D. Tjeenk Willink: Alphen aan den Rijn 1995, p.9-21.

29 Al geconstateerd in 1975 door de SER, SER-advies inzake de opnemings van gehandicapten in het arbeidsproces 1975-9, p.6, *Kamerstukken II 2004/05*, 30 034, nr.3, p.3-4.

30 *Kamerstukken II 2010/11*, 32 500, nr.2, p. 9.

31 SER-advies inzake de opnemings van gehandicapten in het arbeidsproces 1975-9, p.6.

32 SCP 2008 voor arbeidsongeschiktheid, maar het mechanisme wordt breder onderkend. Koning constateert bijvoorbeeld bij re-integratie van werklozen in de bijstand significante effecten van de dreiging met sancties, P. Koning, 'Beter een stok dan een wortel. Toeleiding naar werk' in: J. Uitermark, A. Gielen en M. Ham, *Wat werkt nu werkelijk? Politiek en praktijk van sociale interventies*, Van Gennep: Amsterdam, 2012, p.105-120.

33 SCP 2008, p.36-37.

aan verplichtingen of verwachtingen. Het SCP onderzocht in 2008 het werknemersperspectief. Aan arbeidsongeschikten is gevraagd of er behoefte bestaat aan re-integratie en zo ja, waarom.³⁴ De behoefte is duidelijk aanwezig: 72% van de gedeeltelijk arbeidsongeschikten wil (meer) betaald werk verrichten en zelfs 19% van de volledig arbeidsongeschikten wil aan de slag.³⁵ Op de vraag waarom zij dan (meer) zouden willen werken, bleek dat bij arbeidsongeschikten *elk* van de vier genoemde redenen een rol speelde, maar dat het welbevinden het vaakst werd genoemd (80%).³⁶ Het belang van de werknemer bij re-integratie is daarmee van een theoretisch en feitelijk fundament voorzien.

1.1.4 Werkgeversperspectief

Ten slotte bestaat een werkgeversperspectief bij re-integratie: zowel rechtseconomisch als verbintenisrechtelijk is re-integratie verstandig. Bovendien kan maatschappelijk verantwoord ondernemen daar om vragen.

Om te beginnen de rechtseconomische component. De werkgever investeert en streeft naar optimaal rendement van zijn werknemer. Niet werken bij arbeidsongeschiktheid betekent geen rendement.³⁷ Het onderbrengen van de werkzaamheden van de arbeidsongeschikte bij een vervangende collega kan bijkomend als effect hebben dat extra kosten moeten worden gemaakt; denk aan een overwerkvergoeding of een verhoogde kans op uitval van die collega vanwege de toegenomen werkdruk. Arbeidsongeschiktheid leidt tot rendementsverlies én de noodzaak van extra investering (in verzuimbegeleiding en vervanging). In de rechtseconomie wordt er van uitgegaan dat in het recht tot uitdrukking komt dat men niet méér uitgeeft dan in de gegeven omstandigheden noodzakelijk is.³⁸ Re-integratie van de arbeidsongeschikte werknemer voorkomt of beperkt het verlies aan rendement dan wel de noodzaak voor extra investeringen of het maken van extra kosten. Daarmee geeft de werkgever niet meer uit dan noodzakelijk.

Het werkgeversperspectief heeft ten tweede een verbintenisrechtelijke kant. De arbeidsovereenkomst is een wederkerige overeenkomst: tegenover de verbintenis te werken staat de verbintenis tot het betalen van loon.³⁹ De overeenkomst verplicht partijen tot nakoming van hun respectievelijke verbintenissen. De arbeidsrechtelijke

34 Het gaat om mensen tussen 15 en 65 jaar.

35 57% van de gedeeltelijk arbeidsongeschikten wil werken (SCP 2008, p.45), 15% van de gedeeltelijk arbeidsongeschikten die werkt wil meer werken (SCP 2008, p.58). Een kanttekening daarbij is dat het SCP 2008-onderzoek zich richtte op WAO-ers en niet zozeer op werknemers in de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid. Mijn veronderstelling is dat die echter geen wezenlijk andere antwoorden zouden geven.

36 SCP 2008, p.49-51, waarbij het percentage arbeidsongeschikten en werklozen wordt samengevat als 'niet-werkenden'.

37 Maar ook geen kosten bij de regel 'geen werk, geen loon'.

38 A.M. Hol, 'Pleidooi voor een Jurisprudentia. Over recht en wetenschap', in: J.W.L. Broeksteeg en E.F. Stamhuis (red.), *Rechtswetenschappelijk onderzoek. Over object en methode*, Boom: Den Haag 2003, p.17-18.

39 Art. 7:610 BW.

hoofdregeel 'geen arbeid, geen loon'⁴⁰ past binnen het stelsel van het verbintenissenrecht. Arbeidsongeschiktheid betekent dat de werknemer niet of niet volledig kan voldoen aan zijn verplichting om te werken. Zijn presteren is voor de duur van de arbeidsongeschiktheid blijvend onmogelijk geworden zodat hij in verzuim is zonder dat ingebrekestelling is vereist.⁴¹ Een schuldenaar mag zijn prestatie opschorten als de schuldeiser, door aan hem toe rekenen omstandigheden, niet voldoet aan een verplichting van zijn kant.⁴² Systematisch zou dan logisch zijn dat de werkgever bij arbeidsongeschiktheid geen loon hoeft te betalen.⁴³ Niettemin behoudt de werknemer tijdens arbeidsongeschiktheid op grond van de wet recht op een deel van zijn loon.⁴⁴ Al vanaf de invoering van de Wet op de Arbeidsovereenkomst in 1907⁴⁵ heeft het recht op loondoorbetaling bij arbeidsongeschiktheid bestaan, geïnspireerd door onder meer Duitse wetgeving. Artikel 7A:1638c BW (oud) verplichtte de werkgever om bij arbeidsongeschiktheid het loon '*gedurende betrekkelijk korte tijd*' door te betalen.⁴⁶ De rechtvaardiging daarvoor: '*Er bestaat alleszins reden, de verplichting, ... met uitbetaling van het loon voort te gaan, welke algemeen als eene zedelijke verplichting wordt erkend, als regel tot rechtsplicht te verheffen*'.⁴⁷ Die zedelijke verplichting werd onder meer aangenomen wijzend op de situatie in Frankrijk, Duitsland en Zwitserland, maar ook voor de toen in Nederland al geregelde gevallen van ambtenaren, dienstboden en schepelingen.⁴⁸

Het is een voorbeeld van de gedachte dat het arbeidsrecht moet ingrijpen omdat werkgever en werknemer in ongelijke machtsposities tegenover elkaar staan. Het arbeidsrecht is onderdeel van het burgerlijk recht zodat uitgangspunt is dat het de werkgever vrij staat te contracteren met wie hij wil. Andersom bestaat die contractsvrijheid uiteraard ook, maar in de regel is het aanbod van arbeid groter dan de vraag.⁴⁹

40 Art. 7:627 BW, geschrapt met ingang van 1 april 2016 als gevolg van de Wet Werk en Zekerheid.

41 J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht. Contractenrecht*, Kluwer: Deventer 2004, deel 1, p.630. Onder blijvend onmogelijk wordt niet alleen verstaan algehele niet-nakoming maar ook ondeugdelijke nakoming, in de zin van niet-volledige nakoming.

42 Art. 6:59 BW. Overmacht zou nog kunnen betekenen dat het niet werken niet aan de werknemer is toe te rekenen (art. 6:75 BW). De vraag is maar of arbeidsongeschiktheid van de werknemer is te omschrijven als 'abnormale en onvoorziene omstandigheden die onafhankelijk zijn van de wil van degene die zich erop beroept en waarvan de gevolgen ondanks alle voorzorgsmaatregelen niet konden worden vermeden'.

43 Tenminste als de arbeidsongeschiktheid buiten het werk om is ontstaan.

44 Art. 7:629 lid 1 BW.

45 Stb. 1907, 193, wet van 13 juli 1907, i.w.tr. 1 februari 1909.

46 Het betrof hier semidwingend recht, zodat de loondoorbetalingsplicht bij schriftelijke overeenkomst of reglement was uit te sluiten. De 'betrekkelijk korte tijd' gold bij 'gewone ziekten die in ieder mensenleven zo nu en dan zouden voorkomen en die iemand gedurende enige dagen beletten zijn gewone werk te doen, maar die gelukkig weer verdwijnen, zoodat men zijn taak weer hervatten kan... Wij stellen het geval dat de ziekte slechts enkele dagen duurt, zooals in elk mensenleven telkens voorkomt, waarmede dan op één lijn wordt gesteld de eerste periode van een langere ziekte,...' A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, Belinfante: Den Haag 1907-1909 deel II, p.508-509.

47 Bles II, p.444, zie over de rechtsgrond voor loondoorbetaling uitgebreider: B. Hoogendijk, *De loondoorbetalingsverplichting gedurende het eerste ziektejaar*, (diss.) Gouda Quint: Rotterdam, 1999, p.22-23.

48 Bles II, p.506-507, zie de verder bespreking hiervan in §5.4.

49 RWI Arbeidsmarktanalyse 2010, p.38-65.

Een werknemer is voor het verwerven van zijn inkomen en dus voor zijn bestaanszekerheid afhankelijk van de werkgever die hem in dienst neemt. *'Beggars can't be choosers'*. Niet voor niets staat de arbeidsovereenkomst in het BW opgenomen in Boek 7, dat de bijzondere overeenkomsten regelt. Tot op de dag van vandaag wordt daarom als centraal arbeidsrechtelijk beginsel de ongelijkheidscompensatie genoemd: de wetgever komt de werknemer tegemoet in die afhankelijkheid, door hem extra bescherming te bieden bovenop die van reguliere contractspartij. De bijzondere aard van de arbeidsovereenkomst brengt dan mee dat de werkgever toch zijn prestatie moet leveren: loon betalen.

Als dat vanuit werkgeversperspectief het uitgangspunt is, dan zwenkt de verbintenisrechtelijke slinger weer terug in zijn richting, als hij de plicht om te werken zoveel mogelijk van de arbeidsongeschikte werknemer zou kunnen opeisen. Re-integratie leidt tot het reanimeren van de verbintenisrechtelijke prestatie om te werken en het beperken van de ongelijkheidscompensatie tot voor zover die nodig is. Re-integratie maakt het bijzondere karakter van de arbeidsovereenkomst een stukje minder bijzonder en een beetje meer 'normaal verbintenisrechtelijk'.⁵⁰

Vanuit werkgeversperspectief kan ten slotte nog worden gewezen op de eigen principiële houding. Maatschappelijk verantwoord ondernemen kan betekenen dat een werkgever zichzelf erop heeft vastgelegd kansen te bieden aan zwakkere groepen op de arbeidsmarkt. Bij deze component gaat het niet zozeer om wat de wet verplicht, maar om wat wenselijk of sociaal wordt geacht of waartoe de levensbeschouwing uitnodigt. Het ziet in de regel meer op het *aannemen* van arbeidsongeschikte werknemers, dan op het in dienst houden van de 'eigen' zieken. Van belang is wel dat deze 'inclusieve arbeidsorganisaties' de arbeidsongeschikten zinvol en normaal inzetten. Volgens het SCP: *'Voorkomen moet worden dat mensen uit kwetsbare groepen aangenomen worden zonder een volwaardige arbeidservaring te bieden, bijvoorbeeld om aan quota te voldoen.'* Overigens ging het in de periode 2008-2010 maar om ongeveer 8% van de werkgevers die bewust arbeidsongeschikte werknemers in dienst nam.⁵¹

Tegenover goede bedoelingen staat dat werkgevers wellicht werk maken van re-integratie omdat wetgeving, zoals de Wet gelijke behandeling op grond van handicap en chronische ziekte (Wgb h/cz), hen daartoe verplicht. Dit effect wordt wel betwijfeld.⁵²

Het waarom van re-integratie voor werkgevers kan worden samengevat met beperking van de kosten, herstel van het juridisch evenwicht en/of goede bedoelingen.

50 Zie echter voor nuancering § 9.5.1 bij bescherming.

51 SCP 2012, p.125-144.

52 R. Prins, 'Rising disability benefits: In search of innovative policies' in: *Developments and trends supporting dynamic social security. Report World social security forum 29th ISSA general assembly 2007*, p.16.

1.1.5 Arbeidsrelativisme: is werken wel zo belangrijk?

Bij al die wierook voor 'de zegen' van betaald werk past een kanttekening. De nadruk op arbeidsparticipatie en re-integratie wordt wel eens 'arbeidsfundamentalisme' genoemd.⁵³ Ergens las ik de spreuk 'mensen zijn niet ongeschikt voor arbeid, arbeid is ongeschikt voor mensen.' In deze gedachtegang moet de arbeidsongeschikte mens zelf de kern zijn en niet zijn vermogen met arbeid bij te dragen aan de maatschappij. Reguliere betaalde arbeid hoeft immers niet altijd het maatschappelijk waardevolste gebruik te zijn van het resterende arbeidsvermogen.

Pieters neemt daar helder stelling in.⁵⁴ Arbeid heeft een positieve zedelijke waarde. Het is van oudsher essentieel voor de persoonlijke menswording door zelfontplooiing. Ook voor de samenleving is het essentieel dat alle leden naar beste vermogen bijdragen tot de collectieve behoeftebevrediging. De diepere ethische betekenis van arbeidsplicht wordt echter miskend door alleen naar financiële aspecten te kijken. Het traditioneel arbeidsethos, waar de plicht tot werken centraal staat, lijkt volgens hem te worden verdrongen door een materialistisch arbeidsethos dat de plicht centraal stelt om in eigen onderhoud te voorzien.

Deze kijk op arbeid komt volgens Pieters naar voren bij het verschil in waardering van onbetaalde en betaalde arbeid: de eerste moet wijken voor de tweede, hoewel de eerste ook maatschappelijke waarde heeft.⁵⁵ Pieters betreurt deze verschuiving:

'Immers, niet de waardigheid van elke persoon zich te realiseren en maatschappelijke erkenning te vinden door zijn arbeid, wordt nagestreefd, maar slechts de 'economische zelfstandigheid' van individuen. Met het weghalen van mensen van hun maatschappelijk uiterst waardevolle onbetaalde taken, als daar bijvoorbeeld zijn de opvoeding van kleine kinderen of de verzorging van een zwaar zieke huisgenoot, wordt de emancipatie van de betrokkenen...niet gediend, de samenleving evenmin.'

De maatschappelijke waarde van onbetaald werk relativeert dus de tegenwoordige nadruk op betaalde arbeid. Daarnaast zijn er negatieve bijwerkingen van de nadruk op betaalde arbeid, stelt De Beer, juist bij arbeidsongeschiktheid.⁵⁶ Zowel de werkgever, de werknemer als de samenleving zouden bij werken voordelen hebben, als een soort Haarlemmerolie. Voor de immateriële en intrinsieke voordelen van arbeid zijn wel aanwijzingen te vinden,⁵⁷ maar De Beer wijst tegelijk op een paradox. Het welbevinden van arbeidsongeschikten wordt nauwelijks beïnvloed door de inkomensachteruitgang bij ziekte. Als meer inkomen door werk niet zo heel belangrijk is,

53 M. van Hasselt, 'Verbetering reïntegratie en verhoging arbeidsparticipatie: volksverlakkerij?', 17 maart 2008, <http://basisinkomen.nl/wp/opinie/>.

54 D.C.H.M. Pieters, 'Aan het werk...beschouwingen over het arbeidsethos in het socialezekerheidsrecht van vandaag en morgen', oratie 19 september 1986 in: F.M. Noordam (red.), *Sociaalrechtelijke Oraties 1977-1997*, Kluwer: Deventer 1998, p.113-159.

55 Ook De Beer wijst op de belangrijke invloed van vrijwilligerswerk op het gevoel van welbevinden, p.27.

56 De Beer, p.31-32.

57 Zie ook het hiervoor besproken SCP 2008.

zou het aanvaarden van onbetaald werk gemakkelijker moeten zijn. Toch blijkt uit onderzoek dat onbetaald werk voor hen geen bevredigende vervanging is van betaald werk, terwijl dat wél zo is bij huisvrouwen of gepensioneerden.

Hij zoekt de verklaring in de maatschappelijke waardering van verschillende vormen van inactiviteit.⁵⁸ Waar de vutter zijn vroegpensioen heeft 'verdiend', wordt in de samenleving het niet-regulier werken van een arbeidsongeschikte werknemer nauwelijks geaccepteerd. 'Ziekte overkomt je, verzuim is een keuze.'⁵⁹ De arbeidsongeschikte wordt er volgens De Beer op aangekeken als hij zich niet spiegelt aan de werkenden en passief aan de kant blijft staan. De werkende laat zich door het werk ('druk, druk, druk', *ratrace*) in beslag nemen, zodat ontspanning en zorgtaken er onder lijden. Stress en psychische klachten liggen als negatieve bijwerking op de loer. De arbeidsongeschikte wordt tegelijk verweten geen bijdrage te leveren aan de welvaart en de verzorgingsstaat tot last te zijn; ook geen fraai verschijnsel. Zo lijkt de druk op maximale arbeidsparticipatie te leiden naar versterking van een tweedeling in de samenleving. Hoe meer nadruk op regulier werk (gezondheidsgevaar voor werkenden), hoe pregnanter het verschil met niet-werkenden (verwijt van niet-meedoen). De nadruk op betaald werk levert dan maatschappelijk -in termen van sociale samenhang en gelijkheid- niets op.⁶⁰ Wat Pieters en De Beer gemeen hebben is een zeker arbeidsrelativisme: alleen maar kijken naar (meer) betaald werk is eenzijdig en kan ongewenste neveneffecten hebben. Hun gedachten zijn onverminderd actueel, gelet bijvoorbeeld op het pleidooi van FNV-voorzitter Heerts in december 2013 voor herwaardering van onbetaald werk en het voorkomen van tegenstellingen door de nadruk op betaald werk.⁶¹

De conclusie mag wat mij betreft niet zijn dat het streven naar verhogen van de arbeidsparticipatie in betaald werk wordt losgelaten. Mijn punt is vooral om duidelijk te maken dat in dit onderzoek de vooronderstelling wordt gedaan dat de nadruk op activering van arbeidsvermogen door re-integratie positief is. Over die vooronderstelling kan echter ook anders worden gedacht.

1.2 Inzicht in ziekteverzuim

Uit de hiervoor geschetste motieven en perspectieven volgt dat de aandacht voor re-integratie verklaarbaar is. Het leidt immers tot overwegend positieve effecten voor alle belanghebbenden. Een voor de hand liggende vraag rijst dan hoe groot het probleem van arbeidsongeschiktheid eigenlijk is? Het antwoord: nog steeds behoorlijk groot. In de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw was Nederland

58 Inactiviteit in betaald werk. Mijn eerdere stelling dat niet-werken (in betaalde arbeid) niet altijd onwenselijk wordt gevonden gaat volgens De Beer dus op vanuit werknemersperspectief.

59 S. Riepema, *Ziekte of verzuim?*, VKBanen.nl, 11 oktober 2011.

60 De Beer, p.31-32.

61 T. Heerts, <http://www.socialevraagstukken.nl/site/2013/12/10/al-het-werk-is-zingevend-ook-het-vrijwillige/> geraadpleegd op 25 januari 2014.

'wereldkampioen arbeidsongeschiktheidsuitkeringen'.⁶² Tegenwoordig nemen wij internationaal gezien een gunstiger positie in dan tien jaar geleden, hoewel het ziekteverzuim nog wel boven het Europese gemiddelde ligt. Ook de uitgaven aan arbeidsongeschiktheidsuitkeringen en het arbeidsongeschiktheidsvolume zijn de afgelopen jaren gedaald, maar binnen de EU nog steeds erg hoog.⁶³ Een aantal cijfers.

De Nederlandse potentiële beroepsbevolking bestaat uit 11 miljoen mensen. Drie miljoen daarvan is om verschillende redenen niet actief op de arbeidsmarkt.⁶⁴ Ongeveer de helft van die niet-actieve mensen werkt niet (volledig) vanwege een medische belemmering bij het houden of krijgen van werk. Deze anderhalf miljoen mensen vormen ongeveer 13% van de beroepsbevolking.⁶⁵ Het ziekteverzuimpercentage in Nederland was de afgelopen decennia wisselend maar is de laatste jaren stabiel.⁶⁶

Tabel 1 Ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheidsuitkeringen

	1962	1979	1990	1999	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013*
ziekteverzuim (%)	6,0	10,0	6,8	5,3	4,8	4,5	4,2	4,1	4,0	4,2	4,3	4,0	3,9
arbeidsongeschiktheidsuitkeringen (x 1000)													
WAO en WIA samen	-	-	871	918	700	660	636	619	606	592	582	568	561
alleen WIA	-	-	-	-	-	19	38	59	83	110	138	162	183

(bron: SCP 2012, p.12, 26 en 54 (bewerkt), Sociale nota 2001, CBS, Ministerie VWS, * WAO en WIA cijfers tot en met oktober 2013)

Tabel 1 laat de ontwikkeling van het ziekteverzuimpercentage zien. Een verzuimpercentage van 4,2% (2010) betekent grofweg dat van alle mogelijk te werken werknemers er 4,2% niet is gewerkt vanwege ziekte, ongeval of een andere gezondheidsreden. Dit verzuim kost ongeveer € 12,6 miljard per jaar, uitgaande van € 300,5 miljard aan totale loonkosten in Nederland (2010). Een verzuim van 4,2% betekent gemiddeld negen dagen verzuim per jaar per werknemer. Het betekent ook dat gemiddeld iedere dag meer dan 200.000 werknemers niet werken vanwege ziekte of een ongeval.⁶⁷ Uit tabel 1 volgt verder dat het aantal arbeidsongeschiktheidsuitkeringen na de eeuwwisseling gestaag aan het teruglopen is. Van de WIA-uitkeringen per 1 november 2013 (183.000) is 37,5% (50.000) een IVA-uitkering, dus vanwege volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid. In deze categorie is

62 'In the 1980s and 1990s, the country was the world champion in disability benefit reciprocity.' OESO 2008, p.34.

63 SCP 2012, p.101-102; R. Euwals, D. van Vuren en B. ter Weel, *Werken in goede gezondheid*, CBP Policy Brief 2014/3 laat zien dat in de EU alleen Denemarken hogere uitgaven aan ziekte en arbeidsongeschiktheid heeft (publieke en verplichte private uitgaven). Nederland zit bovendien met 3,8% van het bbp een stuk hoger dan het OESO gemiddelde van 2,6%.

64 SCP 2008, p.9. Het gaat om mensen tussen 15 en 65 jaar.

65 SCP 2012, p.62 en 65.

66 SCP 2012, p.12.

67 SCP 2012, p.28, met de nodige (statistische) voorbehouden en kanttekeningen. Niet meegenomen zijn kosten voor verzuimbegeleiding, vervanging van zieke arbeidskrachten en schade door niet tijdig geleverde producten en diensten. Uiteraard is een ziekteverzuimpercentage van 0% niet te halen.

weinig re-integratie te verwachten. De OESO en het SCP hebben geconstateerd dat de arbeidsdeelname van arbeidsongeschikten relatief laag is, terwijl de algehele arbeidsparticipatie van Nederland tot de hoogste behoort van Europa.⁶⁸ Dat kan betekenen *'that people with disability are more vulnerable on the labour market in times of a weakening economy, an effect that may be increased by the remarkable financial responsibility employers have for their employees.'*⁶⁹

Naast de hoogte van het ziekteverzuimpercentage en het aantal arbeidsongeschiktheidsuitkeringen is interessant te kijken naar de invloed van verschillende oorzaken van arbeidsongeschiktheid. Om te beginnen zegt de oorzaak alleen, niets over de invloed daarvan op de arbeidsongeschiktheidscijfers. Griep of verkoudheid is met 41% de meest genoemde oorzaak van ziekteverzuim. Maar omdat dit verzuim bijna steeds van korte duur is, blijft het effect op de verzuimcijfers relatief beperkt. Om de invloed te kunnen vaststellen moet daarom het aantal ziekmeldingen uit een bepaalde oorzaak worden vermenigvuldigd met het totaal verzuimde dagen vanwege die oorzaak. Voor de uitkomst wordt de term 'verzuimvolume' gebruikt.⁷⁰ Bovenaan de ranglijst van verzuimvolume staan klachten aan het bewegingsapparaat (37%) en psychische klachten (17%). Dit betreft uitval dat relatief niet vaak voorkomt, maar wel een gemiddeld lange duur heeft.⁷¹ De invloed van deze twee redenen op de arbeidsongeschiktheidscijfers is dus het grootst. Ik zal nog uitgebreider bespreken dat de reden bij ziekteverzuim juridisch op zich niet relevant is, omdat in Nederland is gekozen voor een zogeheten 'risque social'. Niettemin zegt de oorzaak van uitval bij ziekte iets over de mate waarin de werkgever *invloed* kan uitoefenen op het ontstaan daarvan. Waar ontstaan de klachten? Naar de beleving van de werknemers is er bij ziekteverzuim maar zeer beperkt een relatie met het werk.

Tabel 2 Werknemers die hun verzuim hoofdzakelijk of gedeeltelijk werkgebonden achten

	2005	2010
ja	25%	23%
nee	70%	72%
weet niet	5%	5%

68 SCP 2012, p.101-102.

69 OESO 2008, p.35, die eraan toevoegt dat voor dat laatste effect geen onderzoek beschikbaar was.

70 Frequentie van ziekmelding vanwege een verzuimreden x aantal verzuimde dagen vanwege die reden = verzuimvolume vanwege die reden.

71 Het aandeel psychische arbeidsongeschiktheid daalt wel, SCP 2012, p.37-39.

Verzuimvolume: deel van aantal verzuimdagen veroorzaakt door werkgebonden verzuim

	2005	2010
	50%	43%

(bron: SCP 2012, p.37-41 bewerkt)⁷²

Uit tabel 2 blijkt dat het aantal en de omvang van het werkgebonden verzuim in de periode 2005-2010 aanmerkelijk is teruggelopen. Tegenwoordig wordt bijna driekwart van het *aantal ziekmeldingen* niet werkgebonden geacht. Minder dan de helft van het *verzuimvolume* is toe te schrijven aan het werk.⁷³ De Gezondheidsraad rapporteerde in 2005 dat 40% van de instroom in de WAO arbeidsgebonden werd geacht.⁷⁴

Samenvattend kan worden gezegd dat het verzuimpercentage al een aantal jaren op of net boven 4% zit. Het aantal arbeidsongeschiktheidsuitkeringen is aan het dalen. Het lijkt er daarbij op dat het ziekteverzuim voor het grootste deel ontstaat buiten de invloedssfeer van de werkgever.

1.3 Invloed van de Europese Unie

Bij het macroperspectief voor re-integratie is gewezen op de invloed van de EU, omdat de aandacht voor aanpak van arbeidsongeschiktheid uiteraard niet exclusief Nederlands is. Op een top in Lissabon in 2000 werd voor de Europese economie de doelstelling geformuleerd in 2010 *'de meest concurrerende en dynamische kenniseconomie van de wereld te worden die in staat is tot duurzame economische groei met meer en betere banen en een hechtere sociale samenhang.'* Lidstaten moesten zich richten op drie doelstellingen te weten volledige werkgelegenheid, verbetering van de kwaliteit én productiviteit van de arbeid en versterking van de sociale cohesie. Hulpmiddel daarbij moet de al eerder genoemde notie van flexicurity zijn, gericht op het flexibeler maken van arbeid, de arbeidsorganisatie en arbeidsrelaties en tegelijkertijd aan het verschaffen van meer zekerheid aan werknemers (met name met een zwakke arbeidsmarktpositie).⁷⁵ Deze 'Lissabon-strategie' is in aangescherpte vorm voortgezet met de zogeheten Europa 2020-strategie. Aandacht voor zieke werknemers is daar onderdeel van, omdat arbeidsongeschiktheid in Europa een belangrijk probleem vormt.

De Europese Commissie stelde in 2010 namelijk vast dat één op de zes EU-burgers te maken heeft met enige vorm van beperking. In totaal gaat het om 80 miljoen

72 Voorbehoud is dat het gaat om door werknemers ervaren oorzaken.

73 In lijn met bevindingen van Eurofound 2004, p.5: *'... over 50% of those who reported a long-standing health problem or disability indicated that it was as a result of non-work related diseases.'*

74 Gezondheidsraad, *Beoordelen, behandelen, begeleiden. Medisch handelen bij ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid*, 22 juli 2005, p.29. Hij constateert tegelijk een onderrapportage van beroepsziekten in Nederland.

75 Zie uitgebreid hoofdstuk 4.

burgers 'who are often prevented from taking part fully in society and the economy'.⁷⁶ Uit eerder EU-onderzoek rond arbeidsongeschiktheid blijkt dat het aantal mensen met een arbeidsongeschiktheidsuitkering groeit tot wel 10% van de beroepsbevolking in bepaalde Lidstaten, terwijl in het algemeen de re-integratiesystemen niet adequaat zijn.⁷⁷ In vrijwel alle EU-landen nemen mensen met een gezondheidsbeperking minder vaak aan het arbeidsproces deel dan mensen zonder zo'n beperking.⁷⁸ Een vergelijking van een aantal cijfers tussen Nederland en Duitsland levert het volgende op:

Tabel 3 Vergelijking ziekteverzuimpercentage Nederland en Duitsland

ziekteverzuim (%)	1962	1979	1990	1999	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Nederland	6,0	10,0	6,8	5,3	4,8	4,5	4,2	4,1	4,0	4,2	4,3	4,0	3,9
Duitsland*	-	5,6	5,2	4,2	3,6	3,2	3,2	3,3	3,4	3,6	3,8	3,6	3,8

* gelijklopende cijfers van het *Bundesministerium für Gesundheit*, de *Bundeszentrale für politische Bildung* en het *Statistisches Bundesamt*: ziekteverzuim dat langer dan drie dagen duurt, gemeten onder verplicht verzekerden onder de *Krankenversicherung*⁷⁹

Tabel 4 Percentage van populatie tussen 20-64 jaar met arbeidsongeschiktheidsuitkering

	1990	1995	2000	2005	2006	2007	2008
Nederland	8,6	8,4	8,6	8,4	7,7	7,5	7,3
Duitsland	-	4,2	4,5	4,5	4,4	4,4	3,9

(bron: OESO 2010)

De publieke en verplichte private uitgaven aan ziekte en arbeidsongeschiktheid zijn daarbij onverminderd hoog: voor Nederland 3,8% van het bbp, voor Duitsland 3,5% terwijl het OESO-gemiddelde 2,6% is.⁸⁰

Uit de cijfers blijkt nog niet van een succes van de 'Lissabonstrategie' als het om arbeidsongeschikte werknemers gaat. De noodzaak voor re-integratie bij arbeidsongeschiktheid wordt door de EU niettemin expliciet onderkend: *The social inclusion of people with a disability or illness is essential in order to achieve the objectives of the*

76 Europese Commissie, *European Disability Strategy 2010-2020: A Renewed Commitment to a Barrier-Free Europe*, SEC (2010) 1323 en 1324, 15 november 2010, p.3. 'Disability' is: '...those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others', p.3. De term omvat méér dan alleen arbeidsongeschikten en is tegelijk niet beperkt tot gehandicapten.

77 Eurofound 2004, p. Volgens Eurofound heeft arbeidsongeschiktheid in bepaalde Lidstaten invloed op andere cijfers: bijvoorbeeld de hoge graad van werknemers in de EU dat vervroegd met pensioen gaat, zou in toenemende mate worden veroorzaakt door arbeidsongeschiktheid. De OESO had eerder zo'n verband niet gevonden, OESO, *Transforming Disability into Ability. Policies to Promote Work and Income Security for Disabled People*, 2003, p.10.

78 SCP 2012, p.101-102.

79 Iets andere cijfers biedt Lepke: 2008: 3,7%, 2009: 3,9%, 2010: 4,0%, 2011: 4,2% A. Lepke, *Kündigung bei Krankheit*, Erich Schmidt: Berlin 2012, p.9 (*Betriebskrankenkassen, Pflichtmitglieder mit Entgeltfortzahlungsansprüche*).

80 CPB, *Werken in goede gezondheid. Werkgeversprijkelers verbeteren. Perverse effecten tegengaan*, Policy Brief, 2014/03, (CPB 2014), p.5.

*Lisbon Summit and to promote a more inclusive society.*⁸¹ Elke Lidstaat moet werk maken van de combinatie re-integratie en flexicurity op basis van zijn verplichtingen uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), maar een Lidstaat mag dat wél doen op zijn eigen manier.⁸² Als die vrijheid bestaat, wordt van belang wat juridisch relevant is om re-integratie effectief vorm te geven.

1.4 Juridisch relevante factoren bij re-integratie

Bij een onderzoek naar de rechtsvorming rond re-integratie van zieke werknemers is het verstandig te weten wát er voor zorgt dat die re-integratie een succes kan worden. Als duidelijk is wat bijdraagt aan het slagen van re-integratie, is gegeven welke elementen terug zouden moeten komen bij de juridische vormgeving van rechten en plichten.

1.4.1 Driedeling

Een eerste aanzet levert een onderzoek door de International Social Security Association (ISSA) naar o.a. Nederland en Duitsland.⁸³ In dat onderzoek worden drie elementen genoemd die relevant zijn voor re-integratie bij zieke werknemers. Het gaat om:

- a. interventies bij arbeidsongeschiktheid
 - b. ontslagbescherming bij arbeidsongeschiktheid
 - c. hoogte van inkomen bij arbeidsongeschiktheid
- a) Interventies: bij interventies gaat het om ingrepen gericht op re-integratie. Een actieve aanpak van re-integratie is succesvoller dan passiviteit. Van veel interventies is de effectiviteit echter moeilijk aan te tonen. Waar flexibele toepassing plaatsvindt van re-integratie-instrumenten, zoals bijvoorbeeld aanpassing van de werkplek en arbeidstherapeutisch werken, is de kans op succes het grootst. Verder leveren inspanningen, gericht op de terugkeer naar de eigen werkgever de beste resultaten op.⁸⁴ De OESO meent dat bij de vormgeving van doelmatige interventies een paar elementen naar voren moeten komen:
- financiële verantwoordelijkheid van werkgevers,
 - re-integratieverplichtingen van werkgevers,
 - de nadruk op de mogelijkheden van arbeidsongeschikten in plaats van hun beperkingen en
 - de regelmatige herbeoordeling van (gedeeltelijk) arbeidsongeschikten.⁸⁵

81 Europese Commissie 2010, p.3.

82 Zie uitgebreid § 3.6 over OMC.

83 F.S. Bloch en R. Prins (red.), *Who Returns to Work and Why? A Six-Country Study on Work Incapacity en Reintegration*, Transaction Publishers: New Brunswick New Jersey, 2001. Onderzocht werden Nederland, Duitsland, Denemarken, Zweden, Israël en de Verenigde Staten.

84 Naast Bloch/Prins ook bevestigd door SER-Advies, *Kabinetsvoornemens ZW, AAW en WAO, 95/05*, p.185 en 211, SCP 2012, p.17-18 en Eurofound, p.93, anders: T.J. Veerman en M. Cavé, 'Reïntegratieprocessen bij oude en nieuwe werkgevers', *SMA* 1994, p.79.

85 Aldus weergegeven door het SCP 2012, p.101-102.

- b) Ontslagbescherming bij arbeidsongeschiktheid: of de re-integratie-inspanningen worden gericht op terugkeer naar de eigen werkgever of naar een andere werkgever hangt samen met de mate van ontslagbescherming bij arbeidsongeschiktheid. Hoge ontslagbescherming betekent het eerder richten op interne terugkeer; een lagere mate van ontslagbescherming betekent eerder ontslag en de noodzaak nieuwe werkgevers te bewegen tot re-integratie.
- c) Hoogte van inkomen bij arbeidsongeschiktheid: er is verband te leggen tussen ontslagbescherming en de hoogte van het inkomen bij arbeidsongeschiktheid. Het gaat er daarbij niet om wie dat inkomen verschaft, maar alleen over hoe hoog dat inkomen is. In een systeem met hoge ontslagbescherming en uitgebreide inkomensbescherming is re-integratie effectief, vooral bij de eigen werkgever, maar tegen behoorlijke kosten. Een systeem met lage ontslagbescherming en lage inkomensbescherming levert ook succesvolle re-integratie op, vaak bij een nieuwe werkgever, waarbij re-integratie soms noodgedwongen plaats vindt. De werknemer moet wel, vanwege financiële druk. Een lage ontslagbescherming en een hoge inkomensbescherming levert een lagere kans om aan de slag te blijven bij de eigen werkgever en een geringe prikkel om bij een andere werkgever te gaan werken. Zo'n systeem lijkt het minst effectief.⁸⁶

Schema 1 Combinaties en effecten

Combinatie	Effect
Hoge ontslagbescherming Hoog inkomensniveau	– Hoge prikkel re-integratie eigen werkgever – Hoge kosten
Laag ontslagbescherming Laag inkomensniveau	– Hoge prikkel re-integratie nieuwe werkgever – Noodgedwongen
Laag ontslagbescherming Hoog inkomensniveau	– Lage prikkel re-integratie eigen werkgever – Lage prikkel re-integratie nieuwe werkgever

De bevindingen van ISSA stroken met die van het SCP: *'Eerder onderzoek geeft aanwijzingen dat landen met een genereuze inkomensbescherming en landen met weinig verplichtingen voor de werkgever relatief hoge verzuimpercentages hebben. Ook de mate van ontslagbescherming lijkt een belangrijke beïnvloedende factor te zijn voor de hoogte van het ziekteverzuim.'*⁸⁷

Ook ander onderzoek bevestigt dit verband.⁸⁸ Dat toont aan dat verzuimgedrag van werknemers wordt bepaald door drie factoren: noodzaak, gelegenheid en behoefte. De noodzaak van verzuim ontstaat als de objectieve medische conditie (in jargon:

86 T. Veerman en E. Palmer, 'Work Resumption and the Role of Interventions', in: Bloch/Prins 2001, p.250-255 en p.282.

87 SCP 2012, p.94-95.

88 Ph. De Jong en W. Velema, *Nederland is niet ziek meer. Van WAO-debakel naar WIA-mirakel*, APE/Astri 2010, p.10-11.

'belastbaarheid') van werknemers dermate is verslechterd dat zij niet meer kunnen voldoen aan de eisen die het werk aan hen stelt ('belasting'). De gelegenheid om te verzuimen is afhankelijk van de mate waarin een verzuimregeling de werknemer meer of minder vrijheid laat. De gelegenheid is groter als er bijvoorbeeld ontslagbescherming is bij ziekte, als de uitkering bij ziekte relatief hoog is en als er bij ziekte aan werkgever en werknemer geen verplichtingen worden opgelegd om er wat aan te doen. De behoefte van werknemers aan verzuim wordt bepaald door hun waardering van arbeid in het algemeen en van hun eigen werk in het bijzonder en daarnaast door omstandigheden buiten het werk, die spanningen of zorgverplichtingen met zich mee kunnen brengen.

In een juridisch onderzoek naar rechtsvorming van re-integratie bij arbeidsongeschiktheid moet vooral worden stilgestaan bij de *interventies*, maar is niet te ontkomen aan aandacht voor ontslagbescherming én de hoogte van het inkomen bij arbeidsongeschiktheid. Daarbij lijkt een stelsel met hoge ontslagbescherming en een hoog inkomensniveau bij arbeidsongeschiktheid de beste stimulans om de interventies te richten op de effectiefste re-integratie, te weten bij de eigen werkgever.⁸⁹

1.4.2 Succesvolle interventies

Ik wil stil staan bij drie onderzoeken naar welke factoren tot succesvolle interventies leiden.⁹⁰ Die onderzoeken laten veel verschillende factoren zien, maar mijn aandacht gaat uit naar wat daadwerkelijk met een interventie te beïnvloeden is, na het moment van uitval wegens ziekte.⁹¹

Ten eerste betreft het persoonsgebonden factoren.⁹² Succesvolle re-integratie wordt beïnvloed door de gezondheidssituatie zelf, wat evident is. De aard, de ernst, de duur en de ontwikkeling van de beperking zijn immers bepalend voor welke

89 Zie hiervoor Bloch/Prins, SCP 2012 en Eurofound. De interventies kunnen het best zijn gericht op het kleiner maken van de gelegenheid te verzuimen.

90 S. Klosse e.a. (red.), *Rehabilitation of Partially Disabled People. An International Perspective*, Thesis Publishers: Amsterdam, 1998 (Klosse 1998), B. van Lierop, *Reïntegratie na scholing. De brug tussen arbeidsongeschiktheid en arbeidsparticipatie*, (diss.) Den Haag: Elsevier Bedrijfsinformatie BV, 2001, S.E. den Uijl, *Succesvolle reïntegratieprocessen. Een zoektocht naar factoren van succesvolle reïntegratie van gedeeltelijk arbeidsgeschikte werknemers in de arbeidsorganisatie in Nederland, Duitsland en Zweden*, (diss.) Eburon: Delft, 2002.

91 De arbeidsmarktsituatie, de leeftijd, het geslacht, het arbeidsverleden of de stand van de economie zijn van invloed, maar niet beïnvloedbaar. Zie ook Den Uijl, p.126-132. Ook preventie laat ik buiten beschouwing.

92 Ik bespreek in het vervolg van deze paragraaf de bevindingen van Klosse 1998, Van Lierop en Den Uijl gecombineerd, terug te vinden in Klosse 1998, p.1-26, Van Lierop, p.43-46 en Den Uijl, p.123-144.

re-integratieinspanningen worden gedaan.⁹³ Daarnaast is de manier waarop mensen hun gezondheid en hun beperkingen beleven van invloed (motivatie).⁹⁴ Het verhogen van het opleidingsniveau van de individuele arbeidsongeschikte werknemer heeft verder een positief effect op de kans op succes met re-integratie, zoals sowieso maatregelen gericht op de specifieke persoon.⁹⁵

In de tweede plaats gaat het om omgevingsgebonden factoren. Vooroordelen, stigmatisering en stereotypering van arbeidsongeschikte werknemers door werkgevers zijn in beginsel beïnvloedbaar maar complex en een zaak van lange adem. Resultaten in re-integratie kunnen veel directer worden bereikt door het volgen van een re-integratieprogramma (waarin wordt gewerkt aan persoonlijke, sociale en werkgerelateerde vaardigheden), door bemiddeling en door scholing, ook op attitude. Voorlichting speelt een rol, net als ingewikkelde regelgeving en bureaucratie.⁹⁶

Ten derde wordt re-integratie beïnvloed door bedrijfsgebonden factoren. Het betreft daarbij om te beginnen de organisatie van de arbeid: in teamverband werken leidt minder snel tot succesvolle re-integratie dan bij vaak alleen werken. Een andere factor die belangrijk blijkt, is het houden van direct contact tussen werkgever en werknemer, ondersteund door een professionele begeleider.⁹⁷ Re-integratie in de eigen organisatie is succesvoller dan bij een nieuwe werkgever.⁹⁸ Het hebben van een beleid ten aanzien van aannemen en in dienst houden van arbeidsongeschikte werknemers (bedrijfscultuur) is relevant. Maar de belangrijkste invloed is de wens en de mogelijkheid van aanpassing van de werksituatie. Als die mogelijkheden bestaan én de werkgever is bereid maatregelen te treffen dan levert dat een grote kans op voor succesvolle re-integratie.⁹⁹

93 De Inspectie Werk en Inkomen (IWI) stelde vast dat succes bij re-integratie voor een aanzienlijk deel wordt bepaald door de gezondheid en de economische situatie, IWI, *Duurzaamheid van re-integratie. Korte- en langetermijneffecten van re-integratie van arbeidsgehandicapten*, december 2006, p.14-15.

94 SCP 2012 bevestigt dit, p.17. H.G. van der Stelt en M. Staal, 'WAO-toetreding vóór en na TBA', *SMA* 1997/2, p.102-114 stellen vast dat de gezondheid gemiddeld het best wordt ervaren als men niet arbeidsongeschikt is verklaard en het slechtst wordt ervaren als men volledig arbeidsongeschikt is verklaard. IWI-onderzoek uit 2011 benoemt voor WGA'ers factoren die van invloed zijn op het zoeken naar (meer) werk: de gezondheid, zelfredzaamheid, een positieve houding ten opzichte van arbeid, het hebben van een vaste aanstelling en een laag arbeidsongeschiktheidspercentage, IWI, *De voorlichting aan WGA'ers*, juli 2011, p.8.

95 Bevestigd door SCP 2012, p.75 en Van Lierop p.9, kritisch Koning, p.113-117.

96 Zie ook Klosse 1998, p.19-20.

97 Eurofound 2004: *'A timely and appropriate response is crucial...the probability of returning to work is less than 50% for those who are absent for between three and six months...Workplace factors, such as lack of contact with the workplace, lack of procedures for dealing with disability and company culture, can all contribute to the likelihood that someone will fail to return to work...Reintegration into work involves a number of parties, such as the worker, family, employer, doctor, occupational health and HR staff'*, p.21. Zie voor breder effect van intensief contact bij re-integratie, Koning, p.113.

98 SCP 2012, p.17. Klosse 1998 benoemt factoren die dat beïnvloeden: een grote organisatie, tevredenheid over het functioneren van de nu arbeidsongeschikte werknemer, nauw contact, een lang dienstverband, een hoge gemiddelde leeftijd, de mogelijkheid van functie- of contractaanpassing, p.4.

99 SCP 2012: *'Als werknemers tijdelijk parttime konden werken of minder belastend werk kregen, bleek het verzuim met 13% af te nemen'*, p.46. Dit past ook bij de conclusies van Van der Stelt/Staal over hoe gezondheid wordt ervaren.

Consistentie en voorlichting is daarbij wezenlijk. Het gebrek aan succes van veel interventies is deels verklaarbaar omdat het bij re-integratie-instrumenten gaat om een 'meanderende stroom, die nu eens deze kant opgaat, dan weer een hele andere', met 'garanties tot de hoek'.¹⁰⁰

1.4.3 Voorschriften voor interventies

Niet alle genoemde beïnvloedbare factoren lenen zich voor juridische vormgeving in de verhouding tussen werkgever en werknemer. Gezondheidsbeleving van werknemers of vooroordelen van werkgevers kunnen niet worden gevangen in rechten en plichten. Wat zijn dan wél *juridisch* relevante factoren voor doelmatige interventies bij re-integratie? Ik zie een vertaling in drie soorten voorschriften voor interventies:

a) controlevoorschriften

De intensiteit van verzuimbegeleiding en -controle lijkt een aanknopingspunt te bieden voor succesvolle re-integratie. Met intensivering zou het verzuim met enkele procenten te reduceren zijn.¹⁰¹ Daarnaast levert een goede organisatie van de re-integratie een belangrijke bijdrage.¹⁰² Controlevoorschriften regelen deze aspecten.

b) verzuimvoorschriften

Werk maken van genezing is een belangrijk deel van de verzuimvoorschriften. Hiermee wordt de oorzaak van uitval vanwege arbeidsongeschiktheid bestreden, wat uiteraard invloed heeft op een effectieve terugkeer op het werk.

c) re-integratievoorschriften

Behoud van de werkgeversrelatie is cruciaal voor succesvolle re-integratie van mensen met gezondheidsbeperkingen. Terugkeer naar de eigen werkgever biedt namelijk de grootste kans op succes. Re-integratievoorschriften zien daarop, bijvoorbeeld vanwege de verplichte volgorde van re-integratie (eerst gericht op de eigen werkgever, dan op een andere werkgever) of de waarborgen bij een re-integratie bij een andere werkgever (tweede spoor). Daarnaast lijken re-integratie-instrumenten

100 M. Westerveld, 'Klantgericht re-integratierecht. Een kijkje in de snoeptrommel van de overheid', TRA 2009/76.

101 SCP 2012, p.17-18, Naast aandacht voor de gezondheidsbeleving noemt SCP nog: 'Een vierde kansrijke optie is thuis- en telewerk. Met name telewerk vanuit huis reduceert ziekteverzuim en stimuleert de arbeidsduur van arbeidsgehandicapten.' Deze optie laat ik verder onbesproken.

102 Den Uijl signaleert dat positieve financiële prikkels nauwelijks iets bijdragen, dat één aanspreekpartner wel verschil maakt en dat het succes ook afhangt wie de re-integratie in een organisatie onder zijn hoede heeft. Een re-integratiespecialist of de afdeling personeelszaken doen goed werk, p.490.

die worden gericht op de werknemer succesvol te zijn (o.a. aanpassing werkplek).¹⁰³ Ten slotte zeggen re-integratievoorschriften die de formele aspecten daarvan regelen iets over hoe goed de re-integratie is georganiseerd. Deze driedeling past ook bij de onderverdeling zoals die in de WIA wordt gehanteerd.¹⁰⁴

1.5 Rechtsvergelijking

Als zowel in Nederland als in Europa aandacht bestaat voor re-integratie bij arbeidsongeschiktheid en de voorschriften voor interventies zijn gevonden, dan is het interessant ons land te vergelijken met een ander land. Toepassingen dáár kunnen worden getoetst aan de Europese strategie en worden vergeleken met Nederland.¹⁰⁵ Rechtsvergelijking helpt dus 'rechtsprovincialisme' overwinnen.¹⁰⁶ Rechtsvergelijking moet worden gemaakt met een ander EU-land, dat immers ook is geëngageerd aan de notie van flexicurity. Ik kies daarom voor onderzoek naar Nederlands recht en een vergelijking met het Duitse recht.

1.5.1 Waarom Duitsland?

Waarom Duitsland? Allereerst hebben de oosterburen veel invloed gehad op het ontstaan van ons arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht.¹⁰⁷ Daarnaast is er enige culturele verwantschap en speelt ook in Duitsland de noodzaak om de arbeidsparticipatie te verhogen.¹⁰⁸ Daar komt bij dat uit toepassing van schema 1 volgt dat Nederland en Duitsland allebei landen zijn waarin zowel een hoog niveau van ontslagbescherming bij arbeidsongeschiktheid bestaat, als een hoog niveau van

103 Van Lierop's conclusie is dat met name re-integratieinstrumenten gericht op de persoon (verhogen opleidingsniveau, re-integratie-plan, scholing) leiden tot succes bij re-integratie, p.174-175. Ik interpreteer dat zo dat het gaat om persoonsgebonden, omgevingsgebonden en bedrijfsgebonden factoren die worden gericht op de werknemer in plaats van op de werkgever. Koning trekt een andere conclusie. Hij stelt dat loonkostensubsidies bij re-integratie kunnen werken, maar dat het verhogen van het opleidingsniveau per saldo niet effectief is. Training van karaktereigenschappen als externe gerichtheid, zelfbewustzijn, emotionele stabiliteit, extravertie en openheid lijkt zinvoller. Zijn bevindingen betreffen werklozen in de bijstand, maar een zekere uitstraling naar re-integratie van arbeidsongeschikten acht ik aannemelijk, p.114-117.

104 *Kamerstukken II 2004/05*, 30 034, nr.3, p.47, waar een nog iets fijnmaziger onderverdeling is aangebracht: informatieplicht en medewerking aan controle, plichten ter voorkoming van ontstaan en bestaan van recht op uitkering, plichten gericht op vergroten van mogelijkheden tot het verrichten van arbeid en plichten gericht op de inschakeling in de arbeid.

105 Met de kanttekening dat het ene stelsel het andere niet is en dat oplossingen uit de ene Lidstaat niet zonder meer één-op-één kunnen worden overgezet naar een andere Lidstaat. Zie hierover § 1.6.

106 Kokkini-Iatridou, p.27-28.

107 Zie § 5.1. Tweede Kamerlid Van Wijnbergen bij de behandeling van de ontwerp-Wet op de arbeidsovereenkomst in 1906: *'Gisteren heeft de heer Drucker een beroep gedaan op de Duitse wetgeving. Mij dunkt dat men zich hier in de Kamer wel wat al te veel beroept op het buitenland. Het heeft er iets van of nooit iets goed kan zijn, als men niet kan aantonen, dat het in andere landen evenzoo bestaat.'*, Bles II p.569.

108 Den Uijl beschrijft wel wat verschil: Duitsland ontwikkelt zich ongeveer even evolutionair als Nederland, is minder geïndividualiseerd, heeft meer ambitie en neiging te polariseren en mijdt onzekerheid meer dan Nederland, door regels en procedures, p.30-31. De hogere arbeidsparticipatie is nodig vanwege vergrijzing, Den Uijl, p.37-38 op basis van gegevens van o.a. het SCP.

inkomensbescherming.¹⁰⁹ Met die soortgelijke achtergrond is vergelijking van interventies beter mogelijk.

Tegelijk zijn interessante verschillen te verwachten tussen Nederland en Duitsland. De OESO heeft de sociale zekerheidssystemen van landen met elkaar vergeleken. Er zijn vier modellen: het liberale model, het sociaaldemocratische model, het corporatistische model en een restgroep. Onder het liberale model vallen onder andere het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten. Hun systeem kent een laag uitkeringsniveau, scherpe toegangscriteria en relatief weinig aandacht voor re-integratie. Nederland wordt met de Scandinavische landen tot het sociaaldemocratische model gerekend.¹¹⁰ Hun sociale zekerheid kent relatief genereuze uitkeringen, veel aandacht voor re-integratie en een relatief grote kring van rechthebbenden. Het corporatistische model ligt in zekere zin tussen de eerste twee in, met relatief weinig aandacht voor re-integratie. Tot dit model behoren onder andere Duitsland, België en Frankrijk.¹¹¹ Een belangrijk verschil tussen Nederland en Duitsland zou dus de aandacht voor re-integratie kunnen zijn. Anders gezegd is de hypothese dat Nederland veel interventies kent en Duitsland weinig.

Een ander mogelijk interessant verschil is de aard van de interventies. Die aard wordt bepaald door de manier waarop tegen arbeidsongeschiktheid wordt aangekeken. Daarbij bestaan twee zienswijzen: het medische en het sociale model. Het medische model ziet arbeidsongeschiktheid als een persoonlijk probleem, direct veroorzaakt door ziekte, ongeval of een slechte gezondheid, dat op te lossen is door medische interventies. Het sociale model beschouwt arbeidsongeschiktheid niet als kenmerk van de persoon, maar als een product van zijn sociale context en omgeving. In de aanpak van ziekte en arbeidsongeschiktheid krijgen andere dan de medische aspecten aandacht. Nederland wordt samen met de Scandinavische landen gerekend tot de landen met een sociaal model, terwijl bijvoorbeeld Frankrijk, Duitsland, België, een medisch model hanteren.¹¹² Als er dus al interventies zijn, zijn die wellicht anders gericht.

109 Bloch/Prins, p.277-284. Overigens is niet alleen het niveau van inkomensbescherming hoog, het is deels vergelijkbaar. Ook een Duitse werkgever moet enige tijd het loon doorbetalen bij arbeidsongeschiktheid, net als een Nederlandse werkgever. In Duitsland is (inkomens)zekerheid van de werknemer daarmee eveneens een punt van (private) juridische aandacht.

110 Borghouts-van de Pas meent dat Nederland hybride is, een mix van sociaal-democratisch en corporatistisch, I.W.C.M. Borghouts-van de Pas, *Securing job-to-job transitions in the labour market. A comparative study of employment security systems in European countries*, (diss.), WLP: Nijmegen 2012, p.42.

111 SCP 2012, p.90. Naar de mening van SCP zijn in Duitsland de uitkeringshoogte en de toegangscriteria voor uitkeringen 'gematigd'. Ik vind het onderzoek van Bloch/Prins (waaruit de conclusie 'hoog inkomensniveau' volgt) voor arbeidsongeschiktheid overtuigender, gelet ook op mijn eigen bevindingen in hoofdstuk 7.

112 SCP 2012, p.86. Het SCP vervolgt: *'De beleidsontwikkelingen van de afgelopen jaren hebben ertoe geleid dat steeds meer landen neigen naar het sociale model en een meer interdisciplinaire aanpak hanteren bij het terugdringen van het arbeidsongeschiktheidsvolume (OESO 2010: 105)'*.

1.5.2 Samenvatting

Arbeidsongeschiktheid leidt nog tot aanzienlijke aantallen mensen die niet werkzaam zijn in betaald werk, zowel in Nederland als in de rest van de EU. Participeren op de arbeidsmarkt is vanuit verschillende invalshoeken echter wel wenselijk. Voor de overheid vanwege morele afwegingen en internationale verdragen, maar ook vanwege de kosten van en de rechtvaardiging voor het uitkeringsstelsel bij arbeidsongeschiktheid. Voor de werknemer geldt dat betaald werk hem in staat stelt zich te ontplooiën en sociale uitsluiting voorkomt. Het verwerven van meer inkomen en het voldoen aan verplichtingen of verwachtingen spelen eveneens een rol. Voor een werkgever zijn de belangrijkste redenen beperking van de kosten, herstel van het juridisch evenwicht en de eigen overtuigingen. Re-integratie bij arbeidsongeschiktheid dient dus verschillende belangen.

In Nederland en in de EU wordt geprobeerd de arbeidsparticipatie te verhogen door een gecoördineerd EU-‘flexicurity’-beleid. Gevolg is dat de manier waarop de positie van zwakkeren op de arbeidsmarkt, zoals arbeidsongeschikte werknemers, is geregeld, moet bijdragen aan het bereiken van een aantal flexicuritydoelen. Om die reden spelen die doelen bij de re-integratie van zieke werknemers een rol, want re-integratie versterkt de arbeidsmarktpositie van arbeidsongeschikte werknemers. Andere juridisch relevante factoren zijn het richten op terugkeer naar de eigen werkgever, intensieve verzuimbegeleiding en -controle, het richten van de re-integratie-instrumenten op de werknemer en een goede organisatie van de re-integratie. Daarbij moeten interventies gericht op re-integratie centraal staan; die interventies zijn geregeld in drie soorten voorschriften:

- a) controlevoorschriften
- b) verzuimvoorschriften
- c) re-integratievoorschriften

Tegelijk lijkt ook bespreking van de ontslagbescherming en (vooral) inkomensvoorziening bij arbeidsongeschiktheid noodzakelijk. Een vergelijking met Duitsland is in mijn ogen zinnig. Ook Duitsland moet flexicuritydoelstellingen halen bij een arbeidsmarkt waarin méér participatie gewenst is. De achtergrond qua ontslagbescherming en inkomensbescherming bij arbeidsongeschiktheid is vergelijkbaar, waarbij uit modelbeschrijvingen volgt dat er in Duitsland minder én andere interventies zouden plaatsvinden dan in Nederland.

1.6 Vraagstelling

Voordat de concrete vraagstelling kan worden geformuleerd is het raadzaam een methodologische onderzoeksstructuur op te stellen. In dit boek komt rechtsvergelijking met Duitsland aan de orde. De bijzonderheid is dat het niet sec een vergelijking van Nederland en Duitsland is, maar dat een derde ‘rechtssfeer’ een rol speelt, te weten het Europees recht. Flexicurity vormt het kader, de achtergrond waartegen het Nederlands en Duitse systeem rond re-integratie bij zieke werknemers worden onderzocht. In de onderzoeksstructuur moet daarom rechtsvergelijkende methodologie worden gehanteerd voor een vergelijking met Europa én Duitsland. Ik kies er

daarbij voor de methodologie toe te passen zoals die is beschreven door Kokkini-Iatridou en die hieronder wordt uitgewerkt.¹¹³ Daar voeg ik echter één tussenstap aan toe vanwege de bijzonderheid van de Europese flexicuritycontext: de ontwikkeling van een toetsingkader. Het onderzoek is opgezet als rechtsvergelijkend onderzoek, maar met deze tussenstap wijkt de methodologie enigszins af om ruimte bieden voor die Europese invalshoek. Het uiteindelijke doel is een rechtsvergelijking te maken van de stelsels in Nederland en Duitsland tegen de achtergrond van flexicuritydoelen. De inrichting van dit onderzoek langs rechtsvergelijkende lijnen is daarom in mijn ogen methodologisch verantwoord.

1.6.1 Methodologie – stap I tot en met VII

Rechtsvergelijking moet worden gedaan met een bepaalde systematiek. In de eerste plaats moet duidelijk worden gemaakt wat precies met elkaar wordt vergeleken. Welk onderwerp staat centraal? In de tweede plaats is van belang vooraf te benoemen welke doelstelling men wil bereiken met de rechtsvergelijking.¹¹⁴ Als het onderwerp en het doel zijn bepaald, is ook meer te zeggen over de aanpak die wordt gekozen: staat een onderwerp centraal of een rechtsregel? Na de keuze van onderwerp of rechtsregel wil ik een toetsingkader gebruiken. Dat moet worden ontwikkeld om te kunnen toetsen aan flexicuritydoelen. Immers, de signalering in §1.3 was al dat elke Lidstaat zelf vorm mag geven aan de invulling van de flexicuritydoelen. Zonder kader zou elke invulling mogelijk zijn en ontbreken criteria of beginselen waaraan kan worden getoetst.¹¹⁵ Een toetsingkader is daarom noodzakelijk. Om daarbij uit te komen, is het verstandig allereerst een aantal kernbegrippen te definiëren en systeemkenmerken te benoemen. De vergelijking is vervolgens een systematisch proces met een aantal stadia en een paar methodologische regels, die in een logische volgorde worden gehanteerd.¹¹⁶

Het eerste stadium is de beschrijving. Gouden uitgangspunt is dat bronnen worden gehanteerd zoals de inheemse jurist dat doet.¹¹⁷ De eerste methodologische regel bij beschrijving is een analytisch onderzoek van die bronnen. Het te vergelijken onderwerp wordt onderzocht op wat het *is* en niet op wat het *zou moeten zijn*. Daarvoor wordt het onderwerp in verschillende aspecten ontleed en elk van die aspecten wordt aan de hand van deelvragen bestudeerd.¹¹⁸ De tweede regel is het onderzoeken en vaststellen van de verhoudingen die het onderwerp heeft met andere rechtsregels en extrajuridische factoren, waarmee het aanknopingspunten

113 D. Kokkini-Iatridou e.a., *Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek*, Kluwer: Deventer 1988.

114 Kokkini-Iatridou, p.26-27.

115 Overigens kan toetsing ook plaatsvinden aan de bestaande regels, die dus van kracht zijn geworden zonder een uitvloeisel te zijn van (bewust) flexicuritybeleid.

116 Kokkini-Iatridou, p.22. Ik laat de functionele aanwijzingen voor de beschrijving achterwege, aangezien het mij in hoofdzaak te doen is om de weergave van de regels zelf en niet hun reële werking of de rol van de regels in hun maatschappelijke context (p.135-137).

117 Kokkini-Iatridou, p.143. Onderzoek ter plaatse van de Duitse literatuur en rechtspraak is dus noodzakelijk.

118 Kokkini-Iatridou, p.151. Dit gebeurt per betrokken rechtsorde.

heeft. Arbeidsrecht kan bijvoorbeeld niet los worden gezien van socialezekerheidsrecht en bij wetgevende keuzes die zijn gemaakt, spelen historische, politieke en ideologische factoren een rol. Het eerste stadium bestaat dus uit zowel beschrijving van de achtergronden en totstandkoming van de rechtsregels, als uit de inhoud van de rechtsregels zelf.

In het tweede stadium wordt aan de hand van de antwoorden op deelvragen gezocht naar een verklaring.¹¹⁹ Daarbij is in deze fase van het onderzoek toepassing van het toetsingskader nodig om antwoorden op de deelvragen te kunnen vinden. In de beschrijving zullen vaak al aspecten van een verklaring naar boven komen, maar voor het onderzoek moet er een apart moment voor worden ingeruimd. Voor de verklaring zijn echter geen vaste methodologische regels te formuleren, in de zin van welke observaties moeten worden gedaan of welke relaties moeten worden gelegd.

In het derde stadium worden de uitkomsten van het onderzoek gewaardeerd.¹²⁰ Het doel van het onderzoek bepaalt de criteria voor de waardering van de concrete rechtsregels. Een zekere subjectiviteit bij de waardering is daarbij geen belemmering; het draait om de motivering daarvan. De waardering van de deelvragen dient uiteindelijk uit te monden in een waardering van het onderliggende systeem als zodanig.

Samenvattend is de structuur voor mijn onderzoek als volgt:

- I. Omschrijving van het onderwerp van onderzoek
- II. Doel van de rechtsvergelijking
- III. Aanpak van de rechtsvergelijking
- IV. Beschrijving
- V. Ontwikkelen van een toetsingskader
- VI. Verklaring door toepassing toetsingskader
- VII. Waardering

1.6.2 Stap I: Omschrijving van het onderwerp van onderzoek¹²¹

Nu de structuur van het onderzoek is gegeven, kan stap I worden gezet: de omschrijving van het onderwerp van onderzoek. De EU streeft verdragsrechtelijk naar een gecoördineerde strategie tussen Lidstaten voor werkgelegenheid, waarbij in het kader van de EU 2020-strategie het begrip 'flexicurity' centraal staat.¹²² De acht 'Common Principles of Flexicurity' fungeren daarbij als referentiekader (Bijlage 2).¹²³

119 Kokkini-Iatridou, p.156-176.

120 Kokkini-Iatridou, p.180 e.v.

121 De titel van dit boek is *Re-integratie van de zieke werknemer. Nederland, Duitsland en flexicurity*. Ik heb vanwege leesbaarheid daarin de term 'zieke werknemer' gebruikt, maar ik bedoel de werknemer die arbeidsongeschikt is, als gevolg van ziekte of gebrek. Zie verder daarover § 2.6.

122 Proposal for a council decision on guidelines for the employment policies of the Member States, Part II of the Europe 2020 Integrated Guidelines SEC (2010) 488. Flexicurity speelde eerder al een rol in de zogeheten Lissabonstrategie, die in 2010 afliep.

123 Europese Raad, 'Council conclusions. Towards Common Principles of flexicurity', nr. 16201/07, 6 december 2007, zie uitgebreid hierover hoofdstuk 3.

Elke Lidstaat krijgt de vrijheid (*Common Principle 3*) én de opdracht (VWEU) om op nationaal niveau flexicurity te bevorderen. Nationaal beleid moet dus overeenstemmen met de *Common Principles*. Daarnaast ben ik geïnteresseerd in de rechten en verplichtingen bij re-integratie van de zieke werknemer. In mijn onderzoek wil ik deze twee onderwerpen aan elkaar koppelen.

Het onderwerp van onderzoek is daarom:

Is in de huidige Nederlandse arbeidsrechtelijke en werknemersverzekeringsrechtelijke rechten en verplichtingen met betrekking tot re-integratie van de arbeidsongeschikte werknemer rekening gehouden met de relevantste principes van flexicurity, de aangenomen EU-strategie voor werkgelegenheid? Zo niet, hoe kan Nederland daar dan wél rekening mee houden? Levert de Duitse regeling van re-integratie van de arbeidsongeschikte werknemer relevante inzichten op voor de Nederlandse situatie? Zo ja, welke dan?

De hypothese bij deze vraagstelling is dat Nederland en Duitsland gebonden zijn aan dat werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid én dat dat van belang is bij de rechten en plichten rond re-integratie bij arbeidsongeschiktheid. Lastig is hoe je kunt *toetsen* of in de rechten en plichten bij re-integratie rekening wordt gehouden met het bereiken van flexicuritydoelstellingen. Er zal dus moeten worden nagedacht over een toetsingskader. Als daarna duidelijk is hoe moet worden getoetst, kan worden onderzocht wat die toetsing oplevert en of de Duitse aanpak voor Nederland iets kan toevoegen. Ten slotte levert de *waardering* van de resultaten van de toetsing een antwoord op de onderzoeksvraag op.

De onderzoeksvraag is op te delen in een aantal deelvragen:

1. Klopt hypothese I: zijn Nederland en Duitsland gebonden aan werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid dat in of vanuit de EU wordt gevoerd?
2. Zo ja, klopt hypothese II: is dat beleid relevant voor re-integratie van werknemers bij arbeidsongeschiktheid?
3. Zo ja, op welke wijze moeten Lidstaten rekening houden met dat beleid?
4. Hoe is het 'rekening houden met flexicuritybeleid' te toetsen?
5. Voldoet de manier waarop re-integratie van zieke werknemers in Nederland in het arbeidsrecht en werknemersverzekeringsrecht is vormgegeven, volgens het toetsingskader aan dat beleid? Zo ja, hoe; zo nee, waarom niet?
6. Draagt de manier waarop re-integratie van zieke werknemers in Duitsland in het arbeidsrecht en 'Sozialrecht' is geregeld bij aan het bereiken van flexicuritydoelen? Zo ja, hoe?
7. Zijn -met de Duitse regeling in het achterhoofd- verbeteringen in Nederland nodig of wenselijk en zo ja welke?

De deelvragen bestrijken een ruim terrein. Voordat het doel van de rechtsvergelijking bij stap II. kan worden geformuleerd is het tijd voor een 'disclaimer'. Wat wordt vooral niet besproken?

1.6.3 Afbakening bij stap I

'In der Beschränkung zeigt sich der Meister'. Met een goed Duits spreekwoord wordt duidelijk dat ik niet alles over rechten en plichten rond re-integratie bij arbeidsongeschiktheid kan bespreken. Afbakening is op zijn plaats, al is het maar omdat re-integratie zo'n multisectoraal onderwerp is. Er zitten aspecten aan vast van arbeidsrecht, sociale verzekering, sociale voorzieningen, arbeidsvoorziening, arbeidsomstandigheden, scholing en gezondheidszorg. Zo is bijvoorbeeld in de zorg voor gehandicapten een element van re-integratie opgenomen. Maatregelen gericht op gehandicapten zijn niet altijd bedoeld voor werknemers met beperkingen, maar die werknemers maken soms wel onderdeel uit van het koepelbegrip 'gehandicapten'. In sommige regelgeving wordt gesproken over revalidatie en ook daarin zit een element van re-integratie opgenomen. Niet alle revalidatie is gericht op werknemers maar werknemers kunnen wel gebruik maken van revalidatievoorzieningen die helpen bij terugkeer op de werkplek. Toch bespreek ik dat allemaal niet. Ik beperk mij in mijn onderzoek tot de rechten en verplichtingen die volgen uit het arbeidsrecht en het werknemersverzekeringsrecht.¹²⁴ Rechten en plichten zijn gevormd door wet- en regelgeving, jurisprudentie en rechtsliteratuur, zodat daar de nadruk op ligt. Over de effectiviteit daarvan in de praktijk ga ik mij hierna verder niet (uitgebreid) uitlaten, maar waar dienstig zal ik wel gebruik maken van onderzoeken daarnaar.

Een andere beperking die ik wil noemen, is die tot de positie van werkgevers en werknemers. Andere contractsvormen gericht op het verrichten van arbeid (overeenkomst van opdracht, aanneming van werk) blijven buiten beschouwing, net als overigens bijstandsgerechtigden of werklozen. Daarbij is voor mij de typische situatie het onderwerp. Bij werknemers bespreek ik niet of nauwelijks de positie van de werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, de flexkracht of de uitzendkracht. Ik richt mij op de werknemer die voor onbepaalde tijd in dienst is. Verder beperk ik het temporele bereik van mijn onderzoek tot de periode waarin de werknemer in dienst is van de werkgever én er voor hem een loondoorbetalingsverplichting bij arbeidsongeschiktheid bestaat. In de regel is dat de eerste 104 weken van ziekte. De stand van zaken rond re-integratie na het einde van de loondoorbetalingsperiode bespreek ik niet; dus ook niet de positie van de werkgever die eigenrisicodrager voor de WGA is en zijn WGA-gerechtigde.

Tot slot is geduid dat bij re-integratie de interventies, de ontslagbescherming bij arbeidsongeschiktheid en de hoogte van het inkomen bij arbeidsongeschiktheid juridisch relevant zijn. Uit de onderzoeksvraag is af te leiden dat ik in elk geval juridisch onderzoek doe naar de interventies. Dat betekent dat de ontslagbescherming bij arbeidsongeschiktheid niet uitgebreid wordt besproken.¹²⁵ Maar hoe zit het met het

124 Als ik hierna spreek over socialezekerheidsrecht of sociale verzekeringen dan doel ik in de regel (zoals blijkt uit de context) op werknemersverzekeringen. Samen noem ik het arbeidsrecht en werknemersverzekeringsrecht *sociaal recht*. Dat doe ik puur voor de leesbaarheid; ik wil niet de discussie openen over de reikwijdte van het begrip 'sociaal recht'.

125 Alleen wel als dat verband houdt met interventies.

inkomen bij arbeidsongeschiktheid? Hier wordt de afbakening lastig. Er zal bij worden stilgestaan dat de wetgever heeft ingegrepen in de inkomensvoorziening van de zieke werknemer door invoering van een langdurige loondoorbetalingsplicht voor de werkgever, maar dat dit is gebeurd vanuit een re-integratiegedachte. Die ingreep is dus een interventie, maar raakt ook de inkomensvoorziening tijdens arbeidsongeschiktheid. Omdat het een maatregel is die zo duidelijk gericht is op re-integratie kies ik er voor de loondoorbetalingsverplichting tijdens ziekte uitdrukkelijk in mijn onderzoek te betrekken.

Ik doe dat met één kanttekening. Hoogendijk heeft in haar proefschrift de loondoorbetaling in het eerste ziektejaar besproken.¹²⁶ Ik ga dat allemaal niet over doen en gebruik haar bevindingen als uitgangspunt, maar niettemin is een zekere overlap met haar bevindingen onvermijdelijk. De overlap vind ik geen bezwaar. Na haar proefschrift uit 1999 is er wel het nodige veranderd. De loondoorbetalingsverplichting is verlengd van één naar twee jaar, de Wet verbetering poortwachter heeft de rechten en plichten bij re-integratie flink opgetuigd en de loonsanctie voor de werkgever bij onvoldoende re-integratie-inspanningen is ingevoerd. De wijzigingen van de laatste vijftien jaar passeren dus zeker de revue. Verder heeft Hoogendijk een aantal aanbevelingen gedaan zodat kan worden gezien wat daarmee is gebeurd.

1.6.4 Stap II: Doel van de rechtsvergelijking

De onderzoeksvraag is helder en afgebakend en bevat een element van rechtsvergelijking tussen Nederland en Duitsland. Kokkini-Iatridou meent dat het wijs is om al in deze fase van het onderzoek duidelijk te maken wat het doel van die rechtsvergelijking zal zijn. Het algemene doel van rechtsvergelijking is de vermeerdering van kennis, die kan worden gebruikt ter verhoging van de kwaliteit van het eigen rechtssysteem.¹²⁷ Dit wordt toegespitst op wat als de voornaamste taak van rechtsvergelijking wordt beschouwd, te weten het leveren van input voor 'policy formulation'. Daaronder wordt verstaan het formuleren van richtlijnen voor het voeren van wetgevend beleid.¹²⁸ Rechtsvergelijking en beleid komen hier bij elkaar, maar dat leidt in mijn beleving tot een wat algemene doelstelling. Uit de beleidsleer zijn aanwijzingen te halen hoe het doel van de rechtsvergelijking concreter kan worden gemaakt.

Borghouts-van de Pas staat uitgebreid stil bij de theorie van 'policy learning' en 'policy transfer' bij vergelijking van landen.¹²⁹ De taak om voor beleid in het eigen land input te halen uit het systeem van een ander land, is nog niet zo eenvoudig. Het gevaar bestaat dat beleid dat past binnen één rechtssysteem wordt toegepast in een ander

126 B. Hoogendijk, *De loondoorbetalingsverplichting gedurende het eerste ziektejaar* (diss.), Gouda: Quint 1999.

127 K. Zweigert en H. Kötz, *Introduction to Comparative Law Volume I – The Framework*, Oxford: Clarendon Press 1987, p.15.

128 Kokkini-Iatridou, p.27-28, D.C.H.M. Pieters, *Sociale-zekerheidsrechtsvergelijking ten dienste van Europa*, Pre-advies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Kluwer: Deventer 1992, p.9 en 53.

129 Borghouts-van de Pas, p.31-38.

rechtssysteem, dat zich daar helemaal niet voor leent. Zij pleit er voor de input vooral te zien als het leren van lessen van beleid in andere landen. Dat leren van lessen (*policy learning*) wordt gevolgd door wat *wordt gedaan* met die lessen (*policy transfer*). Daar is een link te leggen met doelstellingen. Zij onderscheidt zeven toepassingen.¹³⁰

Schema 2 Toepassing van lessen uit vergelijking

Fotokopie	Een exacte fotokopie maken, met minimale wijzigingen in de namen van instituties en plaatsen en data
Kopie	Het overnemen van bijna alle elementen van een beleid dat ergens anders al loopt
Aanpassing	Het overnemen van een beleid dat ergens anders loopt, met het wijzigen van details, maar zonder de wezenlijke elementen te verwijderen
Hybride	Het combineren van elementen van beleid uit verschillende rechtsgebieden, dat zich richt op het zelfde doel
Synthese	Het op een nieuwe manier combineren van bekende elementen van beleid, dat zich richt op het zelfde doel
Gecontroleerde inspiratie	Reageren op de inspiratie die beleid elders geeft, door het starten van nieuw beleid, consistent met buitenlandse voorbeelden
Selectieve imitatie	Het imiteren van (niet noodzakelijkerwijs) aantrekkelijke delen van ander beleid, onder weglating van merkwaardige maar essentiële elementen

Bij het bepalen van mijn doel voor rechtsvergelijking is deze theorie behulpzaam. Ik streef niet naar (foto)kopieën of slechte imitaties, maar naar synthese of inspiratie. Synthese is het combineren van elementen van vergelijkbaar beleid in verschillende landen op een onderscheidende manier of het mengen van buitenlandse voorbeelden met elementen van bestaand beleid. Inspiratie gaat er van uit dat een buitenlands voorbeeld een startpunt kan zijn voor aanpassingen van het eigen beleid.¹³¹ Ik wil beschrijven welke elementen er in Duitse wet- en regelgeving rond re-integratie bij arbeidsongeschiktheid te vinden zijn. Daarna wil ik bezien óf en hoe dat kan inspireren bij of te combineren is met de Nederlandse inrichting van re-integratie om in Nederland rekening te houden met flexicuritydoelen.

¹³⁰ Onder verwijzing naar R. Rose, *Learning from comparative public policy, a practical guide*, Routledge Oxon/New York 2005, mijn eigen vertaling. Volgens Zweigert/Kötz dient rechtsvergelijking de vermeerdering van kennis, die kan worden gebruikt ter verhoging van de kwaliteit van het eigen rechtssysteem, p.15.

¹³¹ Borghouts-van de Pas, p.36.

1.6.5 Stap III: Aanpak van de rechtsvergelijking

Bij de aanpak van een rechtsvergelijkend onderzoek gaat het om wát met elkaar wordt vergeleken. Daarbij zijn twee varianten te onderscheiden. De *rechtsregelaanpak* vergelijkt sec de regels in de verschillende landen. Bij de *probleemaanpak* wordt een vraagstuk uit het eigen land benoemd en wordt vergeleken hoe dat probleem in een ander land wordt opgelost. Het hoeft niet per se om een juridisch probleem te gaan; het kan ook maatschappelijk of ideologisch van aard zijn. In deze aanpak moet wel vooraf worden vastgesteld dat in beide landen hetzelfde vraagstuk voorkomt.¹³² Rechtsvergelijking loopt daarbij meteen tegen de beperking aan dat alleen te vergelijken valt, wat vergelijkbaar is. Die vergelijkbaarheid bestaat als er ten minste één gemeenschappelijke noemer van een zekere kwaliteit bestaat, op het gebied van structuur, functie en/of gevolgen van een rechtsregel.¹³³ Bij een rechtsregelaanpak moet de vergelijkbaarheid worden onderbouwd. Bij een probleemaanpak is de vergelijkbaarheid een gegeven omdat er dan rechtsregels zijn die betrekking hebben op een zelfde probleem. Die rechtsregels hebben daarmee dezelfde functie.¹³⁴

Het is logisch om te kiezen voor de probleemaanpak.¹³⁵ Het vraagstuk wordt immers gevormd door een Europese notie van werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid (flexicurity) waar beide landen in gelijke mate rekening mee moeten houden. Onderdeel van het vraagstuk is daarnaast dat er in beide landen nationale regels zijn gesteld voor interventies, die bedoeld zijn om de zieke werknemer te re-integreren. In beide landen is re-integratie bij arbeidsongeschiktheid dus wettelijk geregeld. De probleemaanpak betekent dat ik mij niet kan beperken tot het alleen maar vergelijkend beschrijven van de verschillende rechtsregels. Ik moet mij ook bezig houden met achtergronden en ontwikkeling van het Europese beleid rond flexicurity en hoe Lidstaten daaraan kunnen voldoen. Dat komt onder meer in vervolgstap IV aan bod.

1.6.6 Vervolgstappen IV tot en met VII

Het vervolg van mijn onderzoek is opgezet langs de volgende lijnen. Stap IV bestaat uit het ontwikkelen van een toetsingskader, om te weten *hoe* wij kunnen toetsen of de rechten en plichten bij re-integratie bijdragen aan het bereiken van flexicuritydoelstellingen. In hoofdstuk 2 worden daarom eerst de belangrijkste begrippen gedefinieerd. Bovendien sta ik stil bij de Nederlandse sociaalrechtelijke systeemkenmerken van inkomen en ontslag bij arbeidsongeschiktheid. Het Europese kader wordt vervolgens beschreven in hoofdstuk 3 met de beschrijving van de notie van flexicurity en de manier waarop dat door elke Lidstaat kan worden geïmplementeerd (de zogeheten

132 Kokkini-Iatridou, p.128.

133 Kokkini-Iatridou, p.129-134. Van de 'kwaliteit' geeft zij als voorbeeld dat het weinig zin heeft om adoptieregels met antitrustregelingen te vergelijken, zelfs als zij iets gemeenschappelijk zouden hebben.

134 Gelijk in de zin van taak, doel, opdracht.

135 Ook Kokkini-Iatridou heeft hiervoor een voorkeur omdat het dichter staat bij de werkelijkheid van het rechtsleven, p.129.

'Open Method of Coordination' of OMC). Of Nederland voldoet aan zijn Europees-rechtelijke verplichtingen is te beoordelen aan de hand van het toetsingskader, dat criteria weergeeft voor toetsing van flexicurity, waarin ook voor de eigenheid van Nederland ruimte is. Dat kader wordt ontwikkeld in hoofdstuk 4.

Stap IV: ontwikkelen van een toetsingskader

- a) definities en systeemkenmerken in Nederland (hoofdstuk 2)
- b) bespreking van flexicurity en de OMC (hoofdstuk 3)
- c) ontwikkeling van een toetsingskader (hoofdstuk 4)

Stap V richt zich op het eerste stadium van de vergelijking: de beschrijving. In hoofdstuk 5 bespreek ik de geschiedenis van re-integratie in Nederland. Vervolgens geef ik het positieve recht rond re-integratie voor Nederland (hoofdstuk 6) en Duitsland (hoofdstuk 8) weer. Ik heb er voor gekozen het Duitse re-integratierecht vooraf te laten gaan door een hoofdstuk met een beschrijving van de belangrijkste geschiedenis, definities en systeemkenmerken van het Duitse sociaal recht rond arbeidsongeschiktheid (hoofdstuk 7). Hoewel dit hoofdstuk systematisch wellicht beter in stap IV past, lijkt het mij qua opbouw leesbaarder de Duitse onderdelen bij elkaar te plaatsen.

Stap V: Beschrijving

- a) historische ontwikkeling van re-integratie in Nederland (hoofdstuk 5)
- b) re-integratie van zieke werknemers in Nederland (hoofdstuk 6)
- c) Duitsland: achtergrond, definities en systeemkenmerken (hoofdstuk 7)
- d) re-integratie van zieke werknemers in Duitsland (hoofdstuk 8)

In hoofdstuk 9 kom ik toe aan het tweede stadium: de verklaring van de verschillen (stap VI). Dat gebeurt door toepassing van het kader van hoofdstuk 4 op het Nederlandse en Duitse re-integratierecht als beschreven in hoofdstuk 6 en 8. Daarbij is het besef van belang dat het doel van mijn rechtsvergelijking is het zoeken naar synthese en inspiratie. Het derde stadium van de vergelijking, namelijk de waardering (stap VII), komt ten slotte in hoofdstuk 10 aan de orde waarbij ik een aantal aanbevelingen doe.

Stap VI: Verklaring door toepassing toetsingskader

- a) toepassing toetsingskader (hoofdstuk 9)

Stap VII: Waardering

- a) waardering en aanbevelingen (hoofdstuk 10)

Ik ga nu eerst over naar stap IV, de ontwikkeling van een toetsingskader.

Stap IV: Ontwikkelen van een toetsingskader

Hoofdstuk 2 Nederland: definities en systeemkenmerken

Hoofdstuk 3 Flexicurity

Hoofdstuk 4 Naar een toetsingskader

HOOFDSTUK 2

Nederland: definities en systeemkenmerken

Bij het ontwikkelen van een toetsingskader is om te beginnen van belang dat duidelijk wordt omschreven wat onder verschillende begrippen moet worden verstaan. Verder moeten de relevante systeemkenmerken worden beschreven.

2.1 Mijn koninkrijk voor een definitie

De urgentie van Richard III bij zijn roep om een paard¹ bestaat niet bij de vraag wat re-integratie precies is. Toch is van belang te beseffen dat er maar weinig aandacht is geweest voor het definiëren van het begrip 're-integratie'. In wet- en regelgeving wordt niet alleen dit *begrip* gebruikt, maar regelmatig ook de *notie* of *gedachte* van re-integratie.

Re-integratie is een zo voor de hand liggend begrip dat verdere definiëring daarvan overbodig lijkt. Het begrip wordt niettemin in verschillende contexten gebruikt, bijvoorbeeld bij WW-gerechtigden, bijstandsgerechtigden en bij arbeidsongeschiktheid. Bovendien is het een begrip dat ook buiten een juridisch kader aan de orde komt; denk aan de bedrijfsgeneeskunde. Een paard en een definitie kunnen echter allebei behulpzaam zijn om doelgericht verder te kunnen. Om te komen tot een werkbare definitie is van belang om vast te stellen wat de ratio van re-integratie is. Waarom wordt de re-integratie bij arbeidsongeschiktheid van werknemers eigenlijk van belang gevonden? Als de onderliggende ratio in beeld is, komt ook aan de orde of die ratio afdoende en evenwichtig is terug te vinden in bestaande definities of het bestaande gebruik van de notie van re-integratie. De laatste stap is dan het formuleren van één definitie van re-integratie. Die stap wordt ook gezet voor het definiëren van de begrippen 'werknemer' en 'arbeidsongeschiktheid'. Zodra duidelijk is wat onder die kenmerkende begrippen wordt verstaan is op een eenduidige manier onderzoek te doen.

¹ 'A horse! a horse! my kingdom for a horse!' uit: W. Shakespeare, *Richard III*.

2.2 Begripsafbakening

Begripsafbakening voorkomt discours. Re-integratie is een begrip dat in meerdere contexten wordt gebruikt. Begripsafbakening moet hier leiden tot een definitie die toepasbaar is in een juridische context, meer in het bijzonder gericht op de werknemer die arbeidsongeschikt is wegens ziekte of gebrek en voor wie een loondoorbetalingsplicht bestaat.

Het begrip re-integratie wordt niet altijd eenduidig gehanteerd. Volgens Van Dale betekent re-integratie *'het weer deelnemen of laten deelnemen aan het maatschappelijke leven, met name de terugkeer van zieke of ontslagen werknemers in het arbeidsproces'*. 'Weer' veronderstelt dat een persoon eerder al deelnam, dus herstel van een situatie die voorheen al bestond. Kern van deze omschrijving is de terugkeer van de werknemer in het arbeidsproces. Om te komen tot een rechtswetenschappelijke definitie moet worden gekeken naar het gebruik van die notie binnen het rechtssysteem zelf.² Het ligt voor de hand te kijken naar dát deel van het rechtssysteem dat zich bezig houdt met werken en niet-werken: het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht. Welke elementen van re-integratie worden genoemd in dit deel van de rechtsorde?

2.2.1 Nationaal

In een invloedrijk rapport van de Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid (Donner II) is de verhouding ziekte en re-integratie besproken. De Commissie wees er namelijk op dat ziek zijn en re-integratie goed samen kunnen gaan:

*'Ziekte en arbeid sluiten elkaar...niet uit en herstel is daarom ook geen noodzakelijke voorwaarde voor werkhervatting. Ziekte en arbeid kunnen gelijk op gaan en werkhervatting kan heel wel herstel bevorderen.'*³

In de diverse nationale wet- en regelgeving op het gebied van werken en niet-werken is in meer of mindere mate aandacht geschonken aan re-integratie. Maar alleen in de WIA is 're-integratie' met zoveel woorden gedefinieerd:

- 2 A.M. Hol, 'Pleidooi voor een Jurisprudentia. Over recht en wetenschap', in: J.W.L. Broeksteeg en E.F. Stamhuis (red.), *Rechtswetenschappelijk onderzoek. Over object en methode*. Boom: Den Haag 2003, p.12-14.
- 3 Donner II, p.75. Dit uitgangspunt wordt uitgebreider toegelicht: *'Het is een verandering van perceptie van arbeidsongeschiktheid en ziekte die aansluit bij de werkelijkheid. Ziekte betekent niet per definitie verlies van arbeidscapaciteit...De huidige wettelijke uitgangspunten met betrekking tot arbeidsongeschiktheid worden nog onwillekeurig beheerst door beelden uit een industrieel verleden, met sterk gestandaardiseerde en overwegend fysieke arbeid. Ziekte en gebrek betekenden daarin al snel dat men niet meer in het arbeidsproces paste en leidde daardoor tot volledige uitval uit het arbeidsproces...In de realiteit van het moderne arbeidsproces laat arbeid zich op vele wijzen differentiëren en aanpassen aan de mogelijkheden en beperkingen van personen. Mensen zijn op vele verschillende manieren inzetbaar in het arbeidsproces. Het begrip ziekte is in de tussentijd veel breder geworden en veel meer een subjectieve beleving dan een objectieve staat...Ziekte, herstel en werkhervatting vinden niet noodzakelijkerwijze in die volgorde plaats en overgangen tussen de verschillende situaties zijn steeds vloeiender.'*

*'herstel, behoud en bevordering van de mogelijkheden tot het verrichten van arbeid en bevordering van inschakeling in de arbeid met dien verstande dat onder arbeid niet wordt verstaan arbeid op grond van een dienstbetrekking als bedoeld in hoofdstuk 2 of 3 van de Wet sociale werkvoorziening.'*⁴

In andere wetten wordt gewerkt met de notie van re-integratie. Artikel 7:658a lid 1 BW richt zich op de werkgever:

'De werkgever bevordert ten aanzien van de werknemer die in verband met ongeschiktheid ten gevolge van ziekte verhinderd is de bedongen arbeid te verrichten, de inschakeling in de arbeid in zijn bedrijf.'

Als vaststaat dat de eigen arbeid niet meer kan worden verricht en er intern geen andere passende arbeid is dan *'bevordert de werkgever...de inschakeling van de werknemer in voor hem passende arbeid in het bedrijf van een andere werkgever.'* De spiegelbeeldige plicht voor de werknemer staat in artikel 7:660a BW en kent een opsomming van concrete plichten die moeten worden nageleefd. Artikel 30a lid 6 Wet SUWI is onder meer gericht op re-integratie van WW- en ZW-gerechtigden door het UWV. Re-integratie is daar door de wetgever omschreven als *'behoud en verkrijging van mogelijkheden tot het verrichten van arbeid en inschakeling in arbeid'*.⁵ In de ZW en de WAO is een iets afwijkend begrip te herleiden uit de omschrijving bij *'re-integratie-instrumenten'*. Re-integratie zou zijn: *'bevordering van en ondersteuning bij de inschakeling in de arbeid'*.⁶ Uit de Waz en de IOW is af te leiden dat re-integratie is: *'bevordering van inschakeling in arbeid'*.⁷ In de Wajong staat: *'behoud, herstel of bevordering van de mogelijkheid tot het verrichten van arbeid'*.⁸ Artikel 6 lid 1 sub b WWB omschrijft alleen *'arbeidsinschakeling'*: *'het verkrijgen van algemeen geaccepteerde arbeid'*.⁹ De Wet investeren in jongeren (WIJ) (oud) gaf eenzelfde definitie, net als nu nog in de IOAW en de IOAZ staat opgenomen.¹⁰ In de Wet REA (oud) stond dat werkgevers, voor zover redelijkerwijs in hun vermogen, tot taak hadden gelijke kansen te bevorderen voor arbeidsgehandicapte en niet-arbeidsgehandicapte werknemers *'voor deelname aan het arbeidsproces...en de nodige voorzieningen te treffen, gericht op behoud, het herstel of de bevordering van de arbeidsgeschiktheid van werknemers'*.¹¹ Doel van de Wet REA was om de kansen op werk voor alle arbeidsgehandicapten te vergroten. *'Voor arbeidsgehandicapten die nog in dienst zijn of die vroeger in dienst waren,*

4 Art. 1 WIA.

5 Art. 30a lid 6 Wet SUWI, uit art. 1 sub o SUWI is af te leiden dat het moet gaan om *'bevorderen van inschakeling in de arbeid'*. In de MvT bij de Wet SUWI is re-integratie gedefinieerd als: *'alle activiteiten die samenhangen met het...het daadwerkelijk weer toeleiden naar het arbeidsproces'*, Kamerstukken II 2000/01, 27 588, nr.3, p.4.

6 Art. 52d ZW en art. 62e WAO.

7 Art. 67e Waz (net als overigens in art. 52e ZW en art. 65g WAO) en af te leiden uit de definitie van *'re-integratiebedrijf'* in art. 1 IOW (net als in art. 1:1 lid 1 sub h Wajong, art. 1 lid 1 sub m Waz, art. 1 lid 1 sub k WAO).

8 Art. 2:22 lid 1 Wajong.

9 Daarbij wordt dan geen gebruik gemaakt van een voorziening als bedoeld in art. 7, eerste lid, onderdeel a WWB die zien op bijv. werkstages, scholing, trainingen. Zie als voorbeeld de WWB-re-integratieverordening van de gemeente Meppel, zie ook Rb. Amsterdam 6 oktober 2009, LjN BK2956 voor stage als voorziening in deze zin.

10 Art. 6 lid 1 WIJ (oud), art. 4a lid 1 sub a IOAW en art. 4a lid 1 sub a IOAZ.

11 Art. 4 Wet REA (oud).

gaat het daarbij om reïntegratie. Voor arbeidsgehandicapten zonder werkervaring gaat het om integratie', aldus de wetsgeschiedenis.¹²

Alleen in de WIA is re-integratie als gezegd met zoveel woorden gedefinieerd. In de wetgeschiedenis is nauwelijks aandacht geweest voor die definitie. Bij de invoering van de wet is daarop geen bijzondere toelichting gegeven. Alleen in algemene zin is gesteld:

*'Alle betrokken partijen- werknemers, werkgevers, verzekeraars en het UWV- moeten zich inspannen om de duurzame deelname van zieke en gedeeltelijk arbeidsgeschikte werknemers aan het arbeidsproces te bevorderen.'*¹³

Net als de WW, de WAO, de Wajong, de WAZ en de IOW bepaalt de WIA verder dat de verzekerde 'recht' heeft op ondersteuning bij arbeidsinschakeling en op de naar het oordeel van UWV noodzakelijk geachte voorziening gericht op arbeidsinschakeling.¹⁴ De eigenrisicodrager in de WIA bevordert 'de inschakeling in de arbeid in zijn bedrijf of in het bedrijf van een andere werkgever' en treft 'maatregelen gericht op behoud, herstel of bevordering van de mogelijkheid tot het verrichten van arbeid van de verzekerde'.¹⁵

2.2.2 Private invulling van begrip re-integratie

Voor de uitvoering van de contracten van gemeenten met re-integratiebedrijven gericht op arbeidsinschakeling¹⁶ is een definitie van re-integratie ontwikkeld door de stichting Blik op Werk, een samenwerkingsverband van onder meer werkgevers- en werknemersorganisaties, de Vereniging Nederlandse Gemeenten en het UWV: 'Het proces dat leidt tot realisatie of herstel van (een optimale) arbeidsparticipatie van cliënten met een afstand tot werk'.¹⁷ Een andere private invulling betreft verzekeringen. Het risico van loondoorbetaling bij arbeidsongeschiktheid kan door werkgevers worden verzekerd. Verschillende verzekeraars gebruiken in hun polisvoorwaarden van zo'n verzekering een begripsomschrijving van re-integratie: 'Het proces en de activiteiten om een arbeidsongeschikte werknemer te laten terugkeren in het arbeidsproces. Het kan gaan om terugkeer naar eigen werk of om passende arbeid bij de eigen of eventueel een andere werkgever'.¹⁸

¹² Kamerstukken II 1995/96, 25 478, nr.3, p.5 Als gevolg van de invoering van de WIA is de Wet REA ingetrokken per 29 december 2005.

¹³ Kamerstukken II 2005/06, 30 034, nr.3, p.20.

¹⁴ Art. 73 lid 1 WW, art. 65f WAO, art. 2:15 Wajong, art. 67d lid 1 Waz, art. 11 lid 1 IOW en voor de WGA-gerechtigde die niet ten laste komt van een eigenrisicodrager, art. 34 WIA.

¹⁵ Art. 42 lid 1 en 2 WIA.

¹⁶ Het betreft uitvoering van de taak als omschreven in art. 7 lid 1 sub a WWB, art. 11 lid 1 WIJ (oud), art. 34 lid 1 aanhef en sub a IOAW en art. 34 lid 1 aanhef en sub a IOAZ.

¹⁷ Blik op werk 'Definitie van re-integratie. Voor gemeenten en re-integratiebedrijven' februari 2009, p.20. Door het gebruik van één definitie zouden de inspanningen van gemeenten en re-integratiebedrijven onderling met elkaar kunnen worden vergeleken.

¹⁸ Verzuimverzekering Algemene Voorwaarden Achmea Schadeverzekeringen NV, Risicofonds Verzuimverzekering algemene voorwaarden, WerkAttent algemene voorwaarden Interpolis, geraadpleegd november 2010.

2.2.3 Literatuur

Veel schrijvers hebben hun licht laten schijnen over re-integratie maar er is maar mondjesmaat stilgestaan bij het definiëren van het begrip. Vas Nunes en Funke verzuchtten al dat het begrip niet helder is, maar dat de wetgever er blijkbaar vanuit gaat dat dit sleutelbegrip voor zichzelf spreekt.¹⁹ Waar in de literatuur uitvoerig is stilgestaan bij het begrip 'passende arbeid'²⁰ moet wel duidelijk zijn dat re-integratie uit méér bestaat dan het aanbieden daarvan. Het wettelijk gebruik van het begrip of de notie van re-integratie zoals hiervoor geschetst laat een bredere reikwijdte zien. Van der Grinten benoemt re-integratie niet en herhaalt de concrete rechten en plichten zoals die in de wet staan.²¹ Volgens Asscher-Vonk gaat het om 'het benutten van nog aanwezige arbeidsgeschiktheid en het zoveel mogelijk vergroten van de arbeidsgeschiktheid.'²² Hoekstra spreekt over 'het terugleiden van de betrokken werknemer naar (ander) werk',²³ Kronenburg-Willems noemt 'het goed en snel weer naar het proces van betaalde arbeid terug brengen'.²⁴ Volgens Den Uijl is re-integratie 'het proces van in dienst nemen of houden van personen met een chronische aandoening en/of een arbeidsongeschiktheidsuitkering'.²⁵ Klosse stelt: 'de werknemer die recht heeft op zieken-geld, heeft een eigen verantwoordelijkheid om zich actief in te spannen voor zijn herstel en een spoedige terugkeer in het arbeidsproces.' Zij noemt bij re-integratie vergroting van de arbeidsgeschiktheid, door bijvoorbeeld opleiding of training, náást inschakeling in het arbeidsproces.²⁶ Noordam omschreef het begrip schetsmatig in zijn bespreking van de WAGW: 'de procedure die erop gericht is om gehandicapten die als gevolg van ziekte of gebrek (tijdelijk) buiten het betaalde arbeidsproces hebben gestaan, daarin (weer) een plaats te geven'. Het eindpunt van re-integratie is het weer aan het werk zijn.²⁷ Volgens Janssen is re-integratie 'een begrip dat een proces behelst op weg naar passende arbeid'.²⁸ Westerveld ten slotte omschrijft re-integratierecht als: 'de juridische vormgeving van het beleid dat gericht is op het verwerven of behouden van werk voor wie dat, vanwege zekere persoonsgebonden of arbeidsmarktgerelateerde omstandigheden, niet vanzelf spreekt'.²⁹

19 P.C. Vas Nunes en H.J. Funke, 'Poortwachter: nieuwe lente of 1-aprilgrap?', *ArbeidsRecht* 2002/48.

20 Art. 7:658a lid 4 BW.

21 W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, *Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht*, Kluwer: Deventer 2008, p.120-123 (Van der Grinten).

22 Asscher-Vonk 2007, p.199-225.

23 Y. Hoekstra, 'SUWI: private en publieke verantwoordelijkheden. Van inkomenszekerheid naar baan zekerheid.', *Sociaal Recht* 2002, p.118.

24 E.J. Kronenburg-Willems, 'SUWI en Poortwachter: meer reïntegratie?', *Sociaal Recht* 2003, p.111.

25 Den Uijl, p.18.

26 S. Klosse, *Socialezekerheidsrecht*, Kluwer: Deventer 2012, p.152 en 302.

27 F.M. Noordam, *Recht en reïntegratie*, oratie 1987, Kluwer: Deventer 1987, p.7.

28 I. Janssen, noot onder JAR 2014/75.

29 M. Westerveld, 'Klantgericht re-integratierecht. Een kijkje in de snoeptrommel van de overheid', *TRA* 2009/76.

2.2.4 Internationaal

In EU-regelgeving is aandacht voor re-integratie maar moeilijk te bespeuren. In 2007 is het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie ondertekend, als bijlage bij het Verdrag van Lissabon.³⁰ In het Handvest wordt in het algemeen het recht op socialezekerheidsvoorzieningen bij ziekte, arbeidsongevallen en bij verlies van arbeid erkend en geëerbiedigd.³¹ Welke voorzieningen of waartoe die moeten leiden, wordt niet gespecificeerd, maar denkbaar is dat hiertoe ook re-integratie behoort. In artikel 26 Handvest wordt voor personen met een handicap het recht erkend en geëerbiedigd, op maatregelen die onder meer beogen hun *'beroeps-integratie'* te bewerkstelligen. In Richtlijn 2000/78/EG is voor wat betreft de deelname in arbeid opgenomen

*'dat de werkgever, naargelang de behoefte, in een concrete situatie passende maatregelen neemt om een persoon met een handicap in staat te stellen toegang tot arbeid te hebben, in arbeid te participeren of daarin vooruit te komen dan wel om een opleiding te genieten, tenzij deze maatregelen voor de werkgever een onevenredige belasting vormen.'*³²

Dit kan worden gezien als een EU-definitie. Binnen de Raad van Europa is het recht van personen met een handicap op onafhankelijkheid, sociale integratie en participatie in het gemeenschapsleven ook erkend.³³ In het Europees Sociaal Handvest is in artikel 15 de plicht opgenomen om toegang tot werk te bevorderen door *'alle maatregelen te treffen die beogen werkgevers aan te moedigen personen met een handicap in een normale werkomgeving in dienst te nemen en in dienst te houden.'* Ook moeten de arbeidsomstandigheden worden aangepast aan de behoeften van de personen met een handicap.³⁴ Voor Nederland is daarnaast de Europese Code inzake sociale zekerheid van kracht, waarin de Raad van Europa de minimumnormen stelt waaraan een stelsel van sociale zekerheid moet voldoen. Artikel 34 lid 3 verplicht tot het garanderen van geneeskundige zorg die moet strekken tot *'instandhouding, herstel of verbetering van de gezondheid van de beschermde persoon, alsmede van diens geschiktheid om te werken en om te voorzien in zijn persoonlijke behoeften.'*³⁵

Nederland is tevens lid van de Internationale Arbeidsorganisatie sinds de oprichting in 1919.³⁶ Ik zal hierna de meer gebruikelijke Engelse afkorting ILO³⁷ gebruiken. In

30 Handvest van de grondrechten van de EU, 18 december 2000 Pbl. EG C-364/15.

31 Art. 34 Handvest Grondrechten EU.

32 Art. 5 Richtlijn 2000/78/EG.

33 Nederland is lid sinds de oprichting in 1949, Duitsland sinds 1950.

34 Art. 3 ESH bepaalt verder dat de uitbreiding van bedrijfsgezondheidsdiensten, met hoofdzakelijk preventieve en adviserende functies, voor alle werknemers moet worden bevorderd, om veilige en gezonde arbeidsomstandigheden te waarborgen.

35 Europese Code inzake Sociale Zekerheid, Straatsburg 16 april 1964, Trb.1965, 53. Ook in de wel door Nederland getekende maar nog niet in werking getreden herziene versie van de Code is een soortgelijke bepaling over re-integratie opgenomen (art. 36 lid 3, Trb.1993,123).

36 *Decent Work op de Agenda. Nederland en de normen van de Internationale Arbeidsorganisatie*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, maart 2008, p.9.

37 International Labour Organization.

twee verdragen die Nederland heeft geratificeerd (ILO-Verdragen nr. 121 en 130)³⁸ wordt aandacht geschonken aan *'medical care'* die moet worden gegeven aan de werknemer *'with a view to maintaining, restoring or...improving the health...and his ability to work...'*³⁹ De *'medical care'* moet ten minste bestaan uit zorg door een specialist (dus ook een bedrijfsarts)⁴⁰ en zorg bij een arbeidsongeval. ILO-Verdrag nr. 159 spreekt verder over de plicht tot *'vocational rehabilitation'* (beroepsrevalidatie) voor *'disabled'*, waarmee wordt bedoeld *'that part of the continuous and co-ordinated process of rehabilitation which involves the provision of...vocational guidance, vocational training and selective placement.'*⁴¹ Dit verdrag richt zich op *'disabled'*: *'an individual whose prospects of securing, retaining and advancing in suitable employment are substantially reduced as a result of a duly recognised physical or mental impairment.'* Daaronder kunnen ook arbeidsongeschikte werknemers vallen. Het doel bij deze groep moet zijn *'to secure, retain and advance in suitable employment and thereby to further such person's integration or re-integration into society.'*⁴²

Nederland is daarnaast gebonden aan het VN Gehandicaptenverdrag.⁴³ Onder 'gehandicapten' worden in het verdrag verstaan *'personen met langdurige fysieke, mentale, intellectuele of zintuiglijke beperkingen'*,⁴⁴ waaronder ook arbeidsongeschikte werknemers kunnen vallen. Uit artikel 26 van het Verdrag is af te leiden dat Staten die partij zijn de zorgplicht hebben gehandicapten *'te ondersteunen bij het vinden, verwerven en behouden van werk, dan wel de terugkeer naar werk'* en *'de beroepsmatige en professionele re-integratie van en programma's ten behoeve van het behoud van hun baan en terugkeer naar werk voor personen met een handicap te bevorderen'*.

2.3 Elementen

De manier waarop in wet- en regelgeving, de literatuur en (sporadisch) de wetsgeschiedenis het begrip of de notie re-integratie wordt gebruikt laat een paar elementen zien.

Ten eerste het element van de terugkeer van niet-werken naar werken. 'Terugkeer' laat zien dat er onderscheid zit tussen re-integratie en integratie. Bij re-integratie gaat het niet om een eerste arbeidsinschakeling; dat is integratie. Re-integratie speelt in de situatie van werken, gevolgd door niet-werken door de een of andere oorzaak en de daaropvolgende terugkeer naar werk. Als gezegd gaat het om een gewenste terugkeer.

38 ILO-Verdrag nr.121, De prestaties bij arbeidsongevallen en beroepsziekten, i.w.tr. 2 augustus 1966, Trb. 1966, 137 en Trb. 1982, 48 en ILO-Verdrag nr. 130 Geneeskundige verzorging en uitkeringen bij ziekte, i.w.tr. 17 januari 2006, tekst gepubliceerd in Trb.1970, 136.

39 Art. 4 jo. 9 jo. 10 lid 2 ILO-Verdrag nr. 121 en art. 8 jo. 9 jo. 10 ILO-Verdrag nr. 130.

40 Een bedrijfsarts is ook een specialist (www.knmg.nl, sociale geneeskunde - specialisme bedrijfs-geneeskunde).

41 Art. 1 ILO-Aanbeveling R99, 1955.

42 Art. 1 lid 1 ILO-Verdrag nr. 159, i.w.tr. 15 februari 1989, Trb. 1997, 212.

43 Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap van 13 december 2006, i.w.tr. 30 maart 2007, Trb. 2007, 169.

44 Art. 1 VN Gehandicaptenverdrag.

Als tweede element is terug te vinden dat het behoud of herstel van de mogelijkheid om te werken staat náást de actieve bevordering van de terugkeer. Re-integratie kent dus twee vormen. De ene vorm is het opheffen of het inpassen van de beperkingen van de werknemer, zodat hij in staat is om te werken. Bij opheffen denk ik aan het genezen van de medische beperking en bij inpassen aan het 'werkbaar' maken van de beperking. Daarnaast de andere vorm waarin wordt geprobeerd er voor te zorgen dat de werknemer concreet aan de slag gaat. Anders gezegd: het mogelijk maken naast het doen; het herstel naast het inschakelen; het vergroten van kansen naast het benutten van concrete mogelijkheden.

Een logische gedachte zou zijn dat eerst de beperkingen moeten worden opgeheven of ingepast om daarna te proberen concreet weer aan de slag te gaan. De werknemer die een rugoperatie ondergaat om zijn beperking op te heffen, zal eerst van de operatie moeten herstellen om daarna geleidelijk aan zijn eigen werk weer te kunnen hervatten. Maar deze twee vormen van re-integratie zijn niet noodzakelijk volgtijdelijk. De werknemer die arbeidsongeschikt is vanwege psychische problemen moet werken aan het opheffen van zijn beperkingen bijvoorbeeld door in therapie te gaan. Tegelijkertijd kan hij mét zijn psychische problemen wellicht wel andere werkzaamheden verrichten. In zo'n situatie lopen de twee vormen naast elkaar. Aan beide vormen van re-integratie moet tegelijkertijd worden gewerkt.

Denkbaar is dat de beperkingen van de werknemer niet zijn op te heffen. Bij de werknemer die een been moet missen hebben inspanningen voor het opheffen van de beperking niet zoveel zin. In dat geval is het enige vorm van re-integratie het inpassen van de beperkingen van de werknemer zodat hij in staat is te werken, bijvoorbeeld door het aanmeten van een prothese. Ook hier geldt dat tegelijkertijd moet worden geprobeerd de aanwezige werkcapaciteit te benutten. Andersom is moeilijk denkbaar dat de beperkingen wél zijn op te heffen maar actieve bevordering (tegelijkertijd of daarna) niettemin toch niet mogelijk is. De gedachte bij re-integratie in de relevante wetgeving is nu juist dat er altijd ergens nog een sprankje arbeidsgeschiktheid te vinden is, hetzij al tijdens het behandelproces, hetzij erna. Zolang dat sprankje nog bestaat, moeten er (op enig moment) actieve inspanningen worden gepleegd. Wordt geoordeeld dat een werknemer geen duurzaam benutbare mogelijkheden meer heeft dan hoeven werkgever en werknemer zich verder niet meer voor re-integratie in te spannen.⁴⁵ Actieve bevordering van de terugkeer is bij de huidige stand van zaken dus een essentieel onderdeel van re-integratie, al dan niet in combinatie met opheffen of inpassen van beperkingen en uitgezonderd als er geen duurzaam benutbare mogelijkheden bestaan.

Het derde element vloeit voort uit de term 'bevordering'. Bevordering houdt in dat (ook) anderen dan de te re-integreren persoon de terugkeer van niet-werken naar werken actief stimuleert. De adressaat van bijna alle relevante wetgeving is die ander:

45 Art. 2 Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten en Beleidsregels beoordelingskader poortwachter par. 7.4.

het UWV, het college van B&W, de werkgever.⁴⁶ Die ander is veelal ook degene die verantwoordelijk is voor het inkomen van de te re-integreren persoon. Het terugkeren in werk gebeurt dus niet (alleen) op eigen kracht: de persoon die moet worden gere-integreerd, krijgt daarbij hulp van zijn inkomensverschaffer. Het UWV geeft die hulp bijvoorbeeld aan WW-, ZW- en WGA-gerechtigden, die daarvan gebruik *moeten* maken.⁴⁷ Een bijstandsgerechtigde is verplicht mee te werken aan een onderzoek naar zijn mogelijkheden tot arbeidsinschakeling en is verplicht gebruik te maken van daarop gerichte voorzieningen die het college van B&W hem biedt.⁴⁸ De werknemer is verplicht gevolg te geven en mee te werken aan door de werkgever (of een door hem aangewezen deskundige) gegeven redelijke voorschriften en maatregelen gericht op het verrichten van de eigen of andere passende arbeid, op straffe van verlies van het recht op loon.⁴⁹ Dit element is daarmee niet vrijblijvend: er bestaat een verplichting om de ondersteuning te accepteren op straffe van een sanctie. Dat hangt samen met de gewenstheid van terugkeer naar werk: die gewenstheid is kennelijk zo sterk dat het daar niet aan mee werken 'straf' oplevert. Een bijzondere situatie bij arbeidsongeschiktheid betreft die van de werkgever, als de organisatie náár wie moet worden gere-integreerd. Ook hij krijgt hulp. Bij arbeidsongeschiktheid is hij verplicht voor de re-integratie bijstand van deskundigen in te roepen.⁵⁰ Dit is evenmin vrijblijvend: schakelt de werkgever geen deskundige in (bedrijfsarts, deskundige eigen werknemers of een arbo-dienst) dan riskeert hij een boete van ten hoogste € 9.000,-.⁵¹ Één kanttekening: niet *elke* deskundige ondersteuning is verplicht. Een werkgever is bijvoorbeeld niet verplicht een re-integratiebedrijf in te schakelen.

Mijn tussenconclusie over de gehanteerde begrippen binnen het sociaal recht is dat het bij re-integratie gaat om: *het door actieve bevordering (en zonodig herstel of behoud van de mogelijkheid om te werken), met niet-vrijblijvende ondersteuning door of namens de inkomensverschaffer, bereiken van de gewenste terugkeer van niet-werken naar werken.*

2.4 De definitie van re-integratie

De drie genoemde elementen zijn niet genoeg om een werkbare definitie van re-integratie bij arbeidsongeschikte werknemers te vinden. De vertaling naar de oorzaak van het niet-werken ontbreekt daarin, net als een precieze omschrijving van het doel van re-integratie en een verbijzondering wat 'bevordering' inhoudt.

46 De adressaat bij Verdragen is de Nederlandse Staat, die voorwaardenscheppend moet optreden en niet zozeer zelf ondersteunend.

47 De taak van het UWV staat in art. 30a Wet SUWI, de plicht mee te werken in art. 26 lid 1 aanhef en sub k, l en m WW, art. 30 lid 4 jo. 30a lid 1 ZW en art. 29 en 30 WIA.

48 Art. 9 lid 1 WWB.

49 Art. 7:660a jo. 629 lid 3 aanhef en sub d BW.

50 Intern of extern, art. 13, art. 14 lid 1 en art. 14a Arbeidsomstandighedenwet.

51 Art. 33 lid 1 jo. art. 34 lid 4 Arbeidsomstandighedenwet. Niettemin geven de beleidsregels ex art. 34 lid 5 Arbeidsomstandighedenwet weer dat een boete variërend van € 100,- tot € 900,- als normbedrag geldt, afhankelijk van de grootte van het bedrijf (Beleidsregels arbeidsomstandighedenwetgeving, beleidsregel 33).

2.4.1 Oorzaak van niet-werken

Er is verschil tussen arbeidsongeschiktheid en bijvoorbeeld werkloosheid als oorzaak van het niet-werken. De re-integratie-inspanningen bij een werkloze zijn vrijwel per definitie niet gericht op de eigen (ex-)werkgever, terwijl dat wel de primaire doelstelling van re-integratie bij arbeidsongeschiktheid is. Daarnaast heeft de arbeidsongeschiktheid tot gevolg dat de te re-integreren persoon andersoortige 'bevordering' nodig heeft dan een werkloze: meer medisch of arbeidskundig van karakter omdat het immers om opheffen of inpassen van beperkingen gaat. Ten slotte heeft een arbeidsongeschikte bij re-integratie op de externe arbeidsmarkt (het zogeheten 'tweede spoor') een extra achterstand in vergelijking met een werkloze.⁵² Niet alleen moet worden gekeken of zijn kennis en ervaring aansluiten bij de vraag op de arbeidsmarkt, ook moet de horde van de arbeidsbeperking worden genomen. De ene re-integratie is dus de andere niet en daarom moet in de definitie ook een verwijzing naar arbeidsongeschiktheid worden opgenomen.

2.4.2 Duurzaamheid als doel van re-integratie

Het doel van re-integratie moet de duurzame terugkeer van de werknemer in het arbeidsproces zijn; er zou geen genoegen moeten worden genomen met tijdelijke terugkeer. De werknemer die bevrediging of participatie zoekt in het -ondanks beperkingen- toch werken, zal die niet vinden als hij maar tijdelijk aan de slag kan, terwijl hij dat met zijn beperkingen wél langer zou kunnen. De werkgever die de arbeidsprestatie zoveel mogelijk wil laten herleven om zoveel mogelijk uit het contract met de werknemer te halen, is niet geholpen met een tijdelijke re-integratie. Het macro-effect van het beperken van beroep op de collectieve middelen wordt evenmin ten volle bereikt, als re-integratie maar tijdelijk plaats vindt en dat bevredigend zou worden gevonden.

Er zou kunnen worden gezegd dat gezien de ratio van re-integratie duurzaamheid een gegeven is; zo vanzelfsprekend dat dit doel niet in de definitie hoeft te worden opgenomen. Het UWV toetst bij de beoordeling van de re-integratie-inspanningen echter wel *expliciet* op de vraag of de werkhervatting structureel is. Zo niet, dan is er in beginsel geen sprake van een bevredigend re-integratieresultaat en bestaat mogelijk grond voor een loonsanctie.⁵³ Het al dan niet voldoen aan het element 'duurzaam' kan daarmee rechtsgevolgen krijgen en moet daarom ook expliciet worden genoemd als doel. Het nastreven van een doel garandeert uiteraard niet het bereiken ervan. Maar als duurzaamheid niet als doel in de definitie wordt opgenomen, zou de lat voor re-integratie mogelijk te laag worden gelegd,⁵⁴ waarmee de ratio van re-integratie niet voldoende zou worden gediend en waardoor een essentieel onderdeel zou missen.

52 *Kamerstukken II 1995/96, 25 478, nr.3, p.10: In de vergelijking met andere werkzoekenden is 'een arbeidshandicap een extra belemmering...bij de toetreding tot de arbeidsmarkt.'*

53 Beleidsregels beoordelingskader poortwachter UWV, par. 3.

54 Zo ook Raad voor Werk en Inkomen, *Factsheet re-integratie*, november 2009, p.16.

2.4.3 Verbijzondering van de re-integratie-inspanningen

Wat ik in veel omschrijvingen verder mis, is wat ik de diepte van de inspanningen noem. Een werknemer met één been zou duurzaam kunnen worden gere-integreerd in een baliefunctie. Als dat voldoende zou zijn dan zou 'human capital' verloren kunnen gaan. Stel dat de werknemer namelijk een elektromonteur is en er zou niet verder zijn gezocht naar mogelijkheden om de opleiding en ervaring als elektromonteur zo goed mogelijk te benutten, omdat toevallig de baliefunctie vrij was, dan past dat niet bij de motieven van re-integratie. De participatie van een elektromonteur aan de maatschappij en daarmee diens bevrediging zou beter uit de verf komen als hij zou werken in een baan die het best aansluit bij zijn mogelijkheden, ervaring en interesse. De contractuele tegenprestatie die de werkgever tijdens arbeidsongeschiktheid krijgt, is bij plaatsing in een baliefunctie minder dan wat die zou kunnen zijn. De houdbaarheid van het stelsel rond arbeidsongeschiktheid is ermee gediend als mensen worden geplaatst naar hun vermogen en niet in het eerste het beste baantje dat voorhanden is. De definitie moet dus weerspiegelen dat het streven bij re-integratie *een zo optimaal mogelijke terugkeer* van de zieke werknemer in het arbeidsproces is.⁵⁵ Die terugkeer moet zijn in reguliere dus betaalde arbeid.⁵⁶ Re-integratie moet zich niet richten op of blijven hangen in arbeidstherapie.⁵⁷ Ook kan plaatsing in WSW-werk geen doel van re-integratie van de arbeidsongeschikte werknemer zijn: dit werk is immers bedoeld als opstap naar regulier betaald werk.⁵⁸

'We all talk about the same things, but we have not yet agreed what it is we are talking about' zei Robbins in 1932.⁵⁹ Met dat in het achterhoofd gebruik ik in dit onderzoek verder deze definitie van re-integratie:

het door actieve bevordering van herstel of behoud van de mogelijkheid om te werken, met niet-vrijblijvende ondersteuning door of namens de werkgever, bereiken van een zo optimaal mogelijke, duurzame terugkeer van een arbeidsongeschikte werknemer in betaalde arbeid.

In de definitie van re-integratie zijn twee begrippen opgenomen die op hun beurt worden uitgewerkt, te weten het begrip 'werknemer' en het begrip 'arbeidsongeschikt'.

55 Als bepleit door Fase in 'Het geamendeerde Wetsvoorstel verbetering poortwachter, wordt de zieke werknemer er beter van?', SMA 2001/10, p.468-469: *'...eenmaal aangeboden en aanvaard werk doet de zoektocht van beiden naar zo passend mogelijk werk niet eindigen.'* In de wetsgeschiedenis van de WIA is een optimaal resultaat benoemd als uitgangspunt bij re-integratie, Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr.3.

56 Beoordelingskader Individuele Re-integratieovereenkomst UWV 2006 noemt bijvoorbeeld als doel van het individuele re-integratieplan *'het verkrijgen van duurzame betaalde arbeid'*.

57 Uitgebreider over arbeidstherapie in § 6.7.5.

58 <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/sociale-werkvoorziening>.

59 Bij de zoektocht naar waar het bij economie om gaat, L. Robbins, *An essay on the nature and significance of economic science*, Londen, 1932, p.1.

2.5 Werknemersbegrip

Een werknemer is de natuurlijke persoon die een arbeidsovereenkomst heeft in de zin van artikel 7:610 lid 1 BW: 'de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten'. In andere regelingen zoals bijvoorbeeld de WIA wordt gesproken over een privaatrechtelijke dienstbetrekking, waarmee wordt bedoeld op de arbeidsovereenkomst.⁶⁰ De status van werknemer wordt ontleend aan het soort overeenkomst dat met de wederpartij is gesloten. Het begrip werknemer wordt zelf niet nader in het BW gedefinieerd.

Een paar elementen kenmerken de arbeidsovereenkomst.⁶¹ Ten eerste moet er sprake zijn van arbeid. Daaronder wordt verstaan productieve arbeid, arbeid met een economische waarde voor de werkgever.⁶² Bij stagewerkzaamheden kan bijvoorbeeld het opdoen van ervaring zo zeer centraal staan dat geen sprake is van arbeid.⁶³ De arbeid moet daarnaast persoonlijk en gedurende zekere tijd worden verricht, maar deze beide elementen zijn niet erg onderscheidend. Vervanging door een ander is namelijk toegestaan, met toestemming van de werkgever.⁶⁴ De zekere tijd kan bovendien variëren van zeer kort, bijvoorbeeld één uur bij oproepkrachten, tot lang, zoals bij arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd.⁶⁵ De betaling van loon door de werkgever aan de werknemer is daarnaast wezenlijk. Civielrechtelijk wordt dit uitgelegd als datgene wat als tegenprestatie voor de bedongen arbeid door de werkgever aan de werknemer verschuldigd is of zal zijn.⁶⁶ Cruciaal element bij de arbeidsovereenkomst is de gezagsverhouding. De werknemer staat onder het gezag van de werkgever. Dat volgt onder meer uit het 'in dienst zijn' maar ook uit de plicht om zich te houden aan werk- en ordevoorschriften.⁶⁷

60 Art. 7 lid 1 en 8 lid 1 WIA jo. art. 3 lid 1 ZW, B.B.B. Lanting aant. 2 op art. 3 ZW in: G.J.J. Heerma van Voss en F.J.L. Pennings (red.), *Socialezekerheidsrecht. Tekst & Commentaar*, Kluwer: Deventer 2008, p.303 (*T&C Sociale Zekerheid*).

61 Zie voor uitvoerige bespreking E.S. de Jong en C.J. Loonstra, 'Kwalificatie' in: *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2013, p.219-260, E. Verhulp, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Kluwer: Deventer 2012, art. 7:610 BW, aant. 1 tot en met 4 (*T&C Arbeidsrecht*) en D.V.E.M. van der Wiel-Rammeloo, *De dienstbetrekking in drievoud. Het bereik in arbeidsrecht, fiscaal recht en socialeverzekeringsrecht*, (diss.), Kluwer: Deventer 2008.

62 HR 29 oktober 1982, NJ 1983, 230; HR 28 juni 1996, JAR 1996/153 en HR 14 april 2006, JAR 2006/119 (Beurspromovendi), Van der Grinten, p.18-19, Loonstra/De Jong, p.224, Verhulp T&C, p.9.

63 HR 28 juni 1996, JAR 1996/153.

64 Art. 7:659 lid 1 BW, Van der Grinten, p.19, Loonstra/De Jong, p.224, Verhulp T&C, p.9.

65 Van der Grinten, p.18, Loonstra/De Jong, p.223-224, Verhulp T&C, p.9-19, zie ook M.G. Rood, 'Over de arbeidsovereenkomst, toen, nu en straks' in: C.J. Loonstra (red.), *De onderneming en het arbeidsrecht in de 21e eeuw. Liber amicorum voor prof. mr. F. Koning*, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag, 2000, p.123-124.

66 HR 18 december 1953, NJ 1954, 242, HR 12 oktober 2001, JAR 2001/217, Van der Grinten, p.19-20, Loonstra/De Jong, p.223, Verhulp T&C, p.9. Zie uitgebreider: J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Kluwer: Deventer 1999.

67 Art. 7:660 BW, Van der Grinten, p.20-21, Loonstra/De Jong, p.225-235, Verhulp T&C, p.10-11. Niet is essentieel dat voorschriften worden gegeven, maar dat dat zou kunnen (HR 28 september 1983, NJ 1984, 92).

De scheidslijn tussen werknemerschap en het verrichten van werk op basis van een andere soort overeenkomst is soms lastig te trekken. Bijvoorbeeld bij een overeenkomst van opdracht werkt de een voor de ander tegen beloning en geeft de opdrachtgever aanwijzingen die de opdrachtnemer moet opvolgen. Daarnaast moet de opdrachtnemer net zo goed verantwoording afleggen aan de opdrachtgever net als een werknemer aan de werkgever.⁶⁸ Om duidelijkheid te verschaffen heeft een 'werkgever' een plicht om schriftelijk of elektronisch mee te delen welke overeenkomst is aangegaan.⁶⁹ Laat hij dat na dan zal de rechter de overeenkomst moeten kwalificeren. Daarbij moet hij onderzoeken wat partijen bij het sluiten daarvan hebben beoogd, alsook hoe feitelijk uitvoering aan de overeenkomst is gegeven. Wezen gaat daarbij vóór schijn.⁷⁰ Bestaat onduidelijkheid of onzekerheid over de aard van de overeenkomst (en daarmee over de status van werknemer of niet) dan zou de 'werknemer' een beroep kunnen doen op het rechtsvermoeden van bestaan van een arbeidsovereenkomst. Als hij gedurende drie opeenvolgende maanden wekelijks of gedurende ten minste 20 uur per week voor een ander, tegen beloning door die ander heeft gewerkt, wordt de overeenkomst geacht een arbeidsovereenkomst te zijn, tenzij de 'werkgever' dat vermoeden weerlegt.⁷¹

2.6 Arbeidsongeschiktheid

De begrippen 'arbeidsongeschiktheid' en 'ziekte' worden door elkaar gebruikt, maar ze zijn niet synoniem. Een werknemer kan ongeschikt zijn voor de bedongen arbeid maar niet ziek. Een voorbeeld daarvan is een archeoloog die niet meer bij opgravingen kan worden ingezet, omdat hij er niet in slaagt te voldoen aan nieuwe opleidingseisen die aan het vak worden gesteld. Een ander voorbeeld is de ongeschiktheid vanwege de persoonlijkheids- of karakterstructuur.⁷² Andersom kan een werknemer ziek zijn maar niet arbeidsongeschikt. Mij is een situatie bekend van een kankerpatiënte, die desondanks toch in staat was volledig haar eigen werk te doen. In de regel wordt bij het gebruik van deze begrippen bedoeld 'arbeidsongeschiktheid wegens ziekte'.⁷³

In het BW ontbreekt een definitie van arbeidsongeschiktheid. Verschillende bepalingen spreken van '*ongeschiktheid ten gevolge van ziekte*' voor de '*bedongen arbeid*'.⁷⁴

68 Art. 7:402 lid 1 en 403 lid 2 BW, Van der Grinten, p.22, Loonstra/De Jong, p.236.

69 Art. 7:655 lid 6 en 7 BW.

70 O.m. HR 14 november 1997, JAR 1997/263 (Groen/Schoevers), HR 10 december 2004, JAR 2005/15 (Diosynth/Groot), HR 25 maart 2011, JAR 2011/109 (Gouden Kooi), Van der Grinten, p.21-26. Een mooi voorbeeld dat wezen voor schijn gaat is het Alfahulp-arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8304.

71 Art. 7:610a BW.

72 Niet zijnde bijv. een karakterneurose. HR 3 september 2010, L/N BM6079, P.S. Fluit, "Ziek-zijn' en 'zo-zijn'. Commentaar op het arrest Beckeringh/I-Control', TAP 2011/3, p.106-111 (Fluit 2011).

73 De samenloop van een ziekmelding en een arbeidsconflict bespreek ik niet. Zie daarvoor o.a. W.H. A.C.M. Bouwens en E.W. de Groot, 'Niet werken vanwege een arbeidsconflict: recht op loon?', TRA 2009/2, reactie daarop: P.C. Vas Nunes en R.A. Heida, 'Niet werken vanwege een arbeidsconflict: recht op loon?', TAP 2009/3, p.105-106, STECR-werkwijzer Arbeidsconflicten (2010) en bespreking daarvan E.W. de Groot, 'Uitval na arbeidsconflict: ziek of toch niet? Hoe dan ook: nooit (meer) situationeel!', TAP 2010/4, p.140-146.

74 Art. 7:629 lid 1, 658a lid 1, 660a, 670 lid 1 (voor 'zijn arbeid') en 670b lid 3 BW.

Van Slooten legt uit dat het gaat om een 'lichamelijke of psychische toestand (daaronder begrepen een gebrek) die de werknemer verhindert zijn arbeid te verrichten'.⁷⁵ Theunissen spreekt over 'ongeschiktheid tot het verrichten van zijn arbeid als rechtstreeks en objectief medisch vast te stellen gevolg van ziekte of gebrek', net als Hoogendijk.⁷⁶ Van der Grinten omschrijft arbeidsongeschiktheid als 'het op medische gronden, naar objectieve maatstaven gemeten, niet kunnen of mogen verrichten van de in aanmerking komende arbeid', net als Asscher-Vonk.⁷⁷ Loonstra/Zondag volstaan met 'ongeschiktheid tot werken vanwege ziekte' en Heida wijst er op dat volgens het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg pas over arbeidsongeschiktheid kan worden geoordeeld als een 'stoornis en daaruit logisch voortvloeiende beperkingen zijn geformuleerd'.⁷⁸ De lijn in deze definities is dat het moet gaan om arbeidsongeschiktheid veroorzaakt door ziekte. Bij de invoering van de loondoorbetalingsverplichting tijdens ziekte is voor de uitleg van het begrip 'ziekte' aangehaakt bij de uitleg van het begrip in de ZW. De Minister stelde dat ziekte in de zin van de ZW en het BW hetzelfde was:

*'De werknemer heeft op de doorbetaling slechts recht, indien zijn verhindering te komen werken het gevolg is van 'ziekte'. Artikel 19, derde lid, ZW verduidelijkt dat daaronder mede moeten worden verstaan gebreken. Voor de toepassing van het begrip voor civielrechtelijke doelen geldt reeds hetzelfde.'*⁷⁹

Met de kennelijke bedoeling het ziektebegrip uit de ZW toe te passen in de arbeidsrechtelijke regeling van de loondoorbetaling, werd de rechtspraak van de CRvB daarover van belang voor werkgever en werknemer.⁸⁰ Sinds de invoering van de loondoorbetalingsplicht in 1996 heeft de HR zich bovendien niet expliciet uitgelaten over een eigen arbeidsrechtelijke definitie. Die is indirect wellicht af te leiden uit het arrest MAK/SGBO uit 2008. De HR noemt daar, bij het beschrijven van niet-medisch gerelateerde 'situatieve arbeidsongeschiktheid', elementen die voor arbeidsongeschiktheid wegens ziekte in de zin van het BW van belang zijn:

*'In een geval als het onderhavige, waarin sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, kan zich de situatie voordoen dat de werknemer zich op grond van (dreigende) psychische of lichamelijke klachten niet in staat acht tot het verrichten van zijn werkzaamheden, hoewel ten aanzien van de arbeidsongeschiktheid geen medische beperkingen van psychische of fysieke aard kunnen worden vastgesteld, zodat van arbeidsongeschiktheid ten gevolge van ziekte in de zin van art.7:629 BW geen sprake is.'*⁸¹

75 J.M. van Slooten, *T&C Sociale Zekerheid*, art. 7:629 BW, aant. 2d.

76 A.J.C. Theunissen, 'Ziekte' in: *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2013, p.496. De CRvB hanteerde hetzelfde begrip al in 1973, CRvB 23 februari 1973, RSV 1973,229.

77 Van der Grinten, p.107, Asscher-Vonk 2007, p.10-11.

78 C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke Themata*, Boom: Den Haag 2010, p.570 (Loonstra/Zondag), R. Heida 'Adviezen van de bedrijfsarts, hoe komen ze tot stand en wat zijn ze waard?' *Arbeid Integraal* 2007, p.60 en R.A. Heida en D.J. Buijs, 'Het deskundigenoordeel '(on)geschiktheid tot werken' kritisch beschouwd', *Sociaal Recht* 2007/12, p.397, onder verwijzing naar CTvG 4 december 2001, *Medisch Contact* 2002, 9, p.343.

79 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr.3, p.58, zie ook *Kamerstukken II* 1992/93, 22 898, nr.6, p.10.

80 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr.3, p.58, Van der Grinten, p.107, Theunissen, p.496, Loonstra/Zondag, p.568-569.

81 HR 27 juni 2008, *LJN BC7669*, *JAR* 2008/188 (Mak/SGBO).

De HR vindt het blijkbaar belangrijk dat er medische beperkingen van psychische of fysieke aard zijn, waardoor de werknemer niet in staat is tot het verrichten van zijn werkzaamheden. Bij het ontbreken van verdere HR-jurisprudentie over het begrip arbeidsongeschiktheid wegens ziekte blijft arbeidsrechtelijk enige betekenis toekomen aan de ZW-jurisprudentie terzake van de CRvB.⁸² In artikel 19 lid 1 ZW staat: *'ongeschiktheid tot het verrichten van zijn arbeid als rechtstreeks en objectief medisch vast te stellen gevolg van ziekte'*. Ook 'gebreken' vallen onder 'ziekte' (artikel 19 lid 4 ZW).⁸³ De CRvB heeft in diverse uitspraken een beeld geschetst wanneer de werknemer ziek is in de zin van de ZW.⁸⁴ Onder ziekte wordt een procesmatig gebeuren verstaan, bestaande uit een (op korte termijn dreigende) verstoring van lichamelijke of geestelijke functies van de mens, waarbij een daling van diens niveau van prestatievermogens optreedt.⁸⁵ Beslissend is dus niet het ziek *melden* maar het ziek *zijn*.⁸⁶

Ongeschiktheid tot werken moet worden uitgelegd als: het op medische gronden naar objectieve maatstaven gemeten niet kunnen of mogen verrichten van de in aanmerking komende arbeid.⁸⁷ In bijzondere gevallen kan worden aangenomen dat een verzekerde naar objectieve maatstaven gemeten op medische gronden de in aanmerking komende arbeid niet kan of mag verrichten, ook al is niet geheel en al duidelijk aan welke ziekte of aan welk gebrek het onvermogen om arbeid te verrichten valt toe te schrijven. In die bijzondere gevallen geldt wel als (minimum) eis dat bij de (onafhankelijke) medisch deskundigen een vrijwel eenduidige, consistente en naar behoren medisch gemotiveerde en verantwoorde opvatting bestaat dat de verzekerde als gevolg van ziekte of gebrek niet in staat is de betreffende arbeid te verrichten.⁸⁸

De objectieve maatstaven brengen met zich mee dat

'een bij betrokkene op welke grond dan ook gewekte of bestaande indruk dat hij zijn arbeid niet meer kan of mag verrichten niet kan leiden tot ziekengeld, indien deze vermeende indruk uiteindelijk niet door de medische bevindingen wordt gedekt'.⁸⁹

82 Ook in de WAO en WIA wordt gesproken over ziekte of gebrek (art. 18 WAO en art. 4 en 5 WIA). Ik ga er (net als Fluit 2011, p.107) van uit dat deze begrippen dezelfde inhoud hebben als in art. 19 ZW.

83 Vanaf 1 januari 2014 geldt op basis van art. 19aa ZW vanaf het tweede ziektejaar een strenger ziektebegrip: de werknemer moet ongeschikt zijn voor zijn arbeid én slechts in staat zijn als rechtstreeks en objectief medisch vast te stellen gevolg van ziekte, gebrek, zwangerschap of bevalling met arbeid ten hoogste 65% per uur te verdienen, van wat gezonde personen met soortgelijke opleiding en ervaring, ter plaatse waar hij arbeid verricht of het laatst heeft verricht of in de omgeving daarvan met arbeid gewoonlijk verdienen.

84 B. Hofman, *T&C Sociale Zekerheid*, art. 19 ZW, aant. 2.

85 Loonstra/Zondag, p.568, naar aanleiding van CRvB 14 mei 1936, AB 1936 p.443 en CRvB 8 januari 1963, RSV 1963, 16.

86 R.A. Heida en D.J. Buijs, 'Het deskundigenoordeel '(on)geschiktheid tot werken' kritisch beschouwd', *Sociaal Recht* 2007/12, p.400.

87 CRvB 23 februari 1973, RSV 1973/229, CRvB 24 januari 1974, RSV 1974, 365.

88 CRvB 21 oktober 2003, *LJN* AO1437, CRvB 25 maart 2005, *LJN* AT3343.

89 CRvB 23 februari 1973, RSV 1973, 229.

Soms kunnen medici geen objectieve grond aangeven, zodat in de regel dan geen sprake is van arbeidsongeschiktheid. De omstandigheden kunnen echter bij twijfel met zich mee brengen dat toch arbeidsongeschiktheid wordt aangenomen, bijvoorbeeld gelet op het ziekteverleden en het oordeel van de geraadpleegde artsen over de realiteit van de klachten.⁹⁰ Objectieveerbaarheid van de klachten is dus wezenlijk, hoewel onder omstandigheden de beperkingen die uit niet-objectiveerbare aandoeningen voortvloeien wel kunnen vaststaan.⁹¹ Een combinatie van klachten, die elk op zich geen ziekte of gebrek zijn, kan toch leiden tot de conclusie dat iemand beperkt is als gevolg van ziekte of gebrek.⁹² Een en ander heeft geleid tot het formuleren van een medisch arbeidsongeschiktheids criterium voor de socialezekerheid in het Schattingsbesluit. Daaruit blijkt dat het uiteindelijk gaat om de vraag of er medisch te duiden beperkingen zijn in iemands functioneren.⁹³

Een bijzondere situatie deed zich voor bij een geslachtsveranderende operatie. De werkgever stelde dat het om een cosmetische ingreep ging en niet om een ziekte. De daaruit voortvloeiende arbeidsongeschiktheid zou niet voor zijn rekening hoeven komen. De kantonrechter merkte de operatie aan als medisch noodzakelijk in het kader van een langdurig traject met onder meer hormoonbehandelingen. De werkneemster was daarom ziek in de zin van artikel 7:629 BW.⁹⁴ 'Latente' ziekte is ook ziekte in de zin van de wet als

*'op grond van medische gegevens met grote mate van waarschijnlijkheid moet worden aangenomen dat bij en als gevolg van werkhervatting wederom uitval wegens ziekte zal plaatsvinden en/of dat werkhervatting tot schade van de gezondheid zal leiden.'*⁹⁵

De HR lijkt die deur arbeidsrechtelijk ook open te zetten door in het arrest Mak/SGBO te spreken van '(dreigende) psychische of lichamelijke klachten', die dan wel tot beperkingen moeten leiden.

Er wordt overigens in de ZW niet aangehaakt bij de 'bedongen arbeid' maar bij 'zijn arbeid'. Het verschil zit daar in dat het bij 'zijn arbeid' niet gaat om wat is afgesproken,

90 G.A.M. Stevens (red.), *Wegwijzer sociale zekerheid. Handleiding voor de praktijk. Deel 4 Arbeidsongeschiktheid*, Koninklijke Vermande: Lelystad 1987, p.36-40. Bijv. CRvB 7 maart 1986, RSV 1986, 201, CRvB 1 mei 1996, LJN ZB6058.

91 CRvB 8 januari 1997, LJN ZB6849, CRvB 25 juni 1997, RSV 1998, 47 en CRvB 10 april 2001, RSV 2001, 115.

92 CRvB 6 oktober 1998, LJN AA8810.

93 Art. 3 Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten: *'vermindering of verlies van lichamelijke of psychische structuur of functie, die vermindering of verlies van normale gedragingen en activiteiten en van normale sociale rolvervulling tot gevolg heeft (en)...welke beperkingen betrokene in zijn functioneren in arbeid ondervindt ten gevolge van het verlies of vermindering van vermogens...alsmede in welke mate betrokene belastbaar is voor arbeid.'*, Fluit 2011, p.108.

94 Ktr. Den Bosch 13 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2417.

95 CRvB 30 maart 2006, TAR 2006/92, eerder ook al CRvB 22 januari 1973, RSV 1973, 204 en CRvB 8 januari 1963, RSV 1963, 16. Overgenomen door de civiele rechter: Hof Den Haag 16 februari 2007 JAR 2007/109 en Hof Den Bosch 22 april 2008, LJN BD5660. Zie ook Theunissen, p.497, die verdedigbaar vindt dat er een beroep moet worden gedaan op 7:628 BW in plaats van 7:629 BW.

maar wat laatstelijk voor de ziekmelding feitelijk werd gedaan, hoe kort ook.⁹⁶ Het BW spreekt echter uitdrukkelijk van 'bedongen arbeid', zodat het begrip arbeidsongeschiktheid waarop loondoorbetaling wordt gebaseerd, moet worden gerelateerd aan wat is afgesproken.⁹⁷ In de wetsgeschiedenis bij de invoering van de loondoorbetalingsplicht bij ziekte wees de SER al op dit verschil. Volgens de Minister zou dit onderscheid echter niet op bezwaren stuiten, omdat kern van de regeling is dat de werknemer voor het arbeidsproces behouden moet blijven. Hij zou daarom verplicht zijn alle passende arbeid te aanvaarden waartoe hij in staat is.⁹⁸ Dit antwoord is niet zo bevredigend. Aan Loonstra/Zondag ontleen ik het voorbeeld van een vertegenwoordiger in wiens arbeidsovereenkomst staat dat hij ook administratief werk zou moeten doen op kantoor. Als hij zijn been breekt, kan hij nog wel de bedongen administratieve werkzaamheden doen, dus is hij niet arbeidsongeschikt wegens ziekte in de zin van het BW. Hij verricht echter de laatstelijk verrichte arbeid als vertegenwoordiger niet meer, dus in de zin van de ZW is er wel sprake van ziekte.⁹⁹ In de lagere rechtspraak wordt in het algemeen onder 'bedongen arbeid' de contractueel overeengekomen werkzaamheden verstaan.¹⁰⁰

Dat 'gebrek' ook kan leiden tot arbeidsongeschiktheid is ondergesneeuwd geraakt; de focus ligt in de regel op 'ziekte'. 'Gebreke' wordt gekenmerkt door een statische toestand, een subnormaal evenwicht, dus op een lager niveau dan als normaal en gezond wordt beschouwd. Om arbeidsongeschiktheid te veroorzaken moet dat gebrek kunnen worden teruggevoerd op een medische toestand. Ontoereikend fysiek of geestelijk vermogen om bepaald werk uit te voeren of simpelweg de capaciteiten missen, is bijvoorbeeld niet -zonder meer- genoeg.¹⁰¹ Een werknemer die vanuit zijn persoonlijkheid maar moeizaam gezag kan accepteren, heeft geen gebrek, net zo min als de werknemer in een hectische functie, die karakterologisch een sterke behoefte heeft aan orde en overzicht. De CRvB hanteert de stelregel dat een afwijkende karakterstructuur of zelfs persoonlijkheidsstoornis in zijn algemeenheid niet als ziekte of

96 CRvB 28 september 1994, RSV 1995, 59, CRvB 29 juni 2011, L/JN BQ9865, bij ziekmelding vanuit de WW: de laatstelijk voor ontslag feitelijke verrichte werkzaamheden, CRvB 18 maart 2009, L/JN BH7160. Een uitzondering is als de werknemer het laatst verrichte feitelijke werk slechts kort heeft verricht én dat werk in feite ook niet aankon, CRvB 5 januari 2005 L/JN AS3620, CRvB 9 juli 2008, L/JN BD8510.

97 Alleen art. 7:670 lid 1 BW noemt 'zijn arbeid'. Volgens Hof Den Bosch 6 januari 2009 L/JN BH0657 moet dit gelijk worden uitgelegd als 'bedongen arbeid'. In ECLI:NL:GHSHE:2014:1158 oordeelde Hof Den Bosch dat iemand die weliswaar niet genezen was maar wel voltijds 'zijn arbeid' uitvoerde niet arbeidsongeschikt was.

98 Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr.3, p.58.

99 Loonstra/Zondag, p.569.

100 Hof Den Bosch 8 april 2008, L/JN BD1345, Hof Leeuwarden 3 maart 2009, L/JN BH5236, Ktr. Utrecht 24 februari 2010, L/JN BL5780, anders: Hof Amsterdam 13 januari 2009, L/JN BH4334. Zie ook Loonstra/Zondag, p.571. Het betreft hier overigens een andere discussie dan de vraag of passende arbeid tijdens re-integratie (dus na ziekmelding) op enig moment bedongen arbeid is geworden. Het betreft namelijk de voorvraag aan welke arbeid al dan niet arbeidsongeschiktheid moet worden afgemeten.

101 B. Hofman, *T&C Sociale Zekerheid*, art. 19 ZW, aant. 4 en B. Barentsen, Inleidende opmerkingen WIA, aant. 5, ook: E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Kluwer: Deventer 2009, p.203 en HR 3 september 2010, JAR 2010/249.

gebrek wordt gekwalificeerd. Anders wordt het voor iemand met een posttraumatisch stresssyndroom die niet kan werken in een hectische omgeving.¹⁰² Zo vond de CRvB een karakterneurotische persoonlijkheidsstructuur wel een gebrek in psychiatrische zin.¹⁰³

De HR heeft tot slot uitgesproken dat de beoordeling van arbeidsgeschiktheid, gedaan in het kader van de WAO, niet doorslaggevend is tussen werkgever en werknemer. Als de werkgever wordt geconfronteerd met een werknemer die zijn werk wil hervatten, mag hij niet zonder meer afgaan op het oordeel van het UWV over de mate van arbeidsongeschiktheid, zeker niet als de werknemer redenen aanvoert die twijfel doen rijzen aan de juistheid van dat oordeel. De werkgever moet in zo'n geval een zelfstandige afweging maken of hij de werknemer wil laten werken, waarbij zowel het oordeel van het UWV als de argumenten van de werknemer meewegen.¹⁰⁴

Ik definieer 'arbeidsongeschiktheid' daarom als: *'ongeschiktheid tot het verrichten van de bedongen arbeid als rechtstreeks en objectief medisch vast te stellen gevolg van ziekte of gebrek'*.

2.7 Inkomen bij arbeidsongeschiktheid

Als een werknemer arbeidsongeschikt wordt, kan hij zijn arbeid niet verrichten. De hoofdregel die geldt bij het niet-werken door een werknemer staat opgenomen in artikel 7:627 BW: geen arbeid, geen loon. Dit is een arbeidsrechtelijke verbijzondering van de hoofdregel in artikel 6:262 BW die geldt bij wederkerige overeenkomsten. Als één van de partijen haar verbintenis niet nakomt, is de wederpartij bevoegd de nakoming van daar tegenoverstaande verplichtingen op te schorten of zelfs de overeenkomst te ontbinden en schadevergoeding te eisen.¹⁰⁵ De arbeidsrechtelijke vertaling gaat een stap verder: er is geen sprake van de opschorting van de prestatie, maar meteen het einde van de verbintenis om loon te betalen.¹⁰⁶ Op het uitgangspunt van 'geen arbeid, geen loon' is een aantal uitzonderingen geformuleerd waarvan de loondoorbetaling bij arbeidsongeschiktheid wegens ziekte de belangrijkste is.¹⁰⁷

¹⁰² Fluit 2011, p.108 en 110.

¹⁰³ CRvB 30 november 1988, RSV 1989, 132.

¹⁰⁴ HR 23 juni 2000, JAR 2000/163 (Thuiszorg Midden-Brabant/Van Ierland), *Kamerstukken I*, 2000/01 27 678, nr.37a, p.29.

¹⁰⁵ Artt. 6:262, 6:265 lid 1 en 6:277 BW.

¹⁰⁶ Art. 7:627 BW. Van der Grinten p.88 stelt dat de regeling afwijkt van het algemeen vermogensrecht omdat daarin geen bepaling is opgenomen dat het uitblijven van de prestatie van de een zonder meer bevrijdend is voor de ander.

¹⁰⁷ Systematisch wordt eerst aandacht geschonken in art. 7:628 BW aan het recht op loondoorbetaling bij een verhindering om te werken, die voor risico van de werkgever komt. Art. 7:629 BW wordt gezien als een verbijzondering van art. 7:628 BW, waarbij zonder recht op loon op grond van art. 7:628 ook geen recht op loon op grond van art. 7:629 BW bestaat (Theunissen, p.493-495). Naast deze algemene risicoregeling in het BW geldt ook nog een loondoorbetalingsverplichting bij sommige gevallen van bijzonder verlof, gebaseerd op de Wet Arbeid en Zorg. Het systeem als neergelegd in art. 7:627, 7:628 en 7:629 BW wijzigt door inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid per 1 april 2016.

2.7.1 Loondoorbetaling

De werknemer die de bedongen arbeid niet verricht omdat hij arbeidsongeschikt is wegens ziekte of gebrek houdt niettemin 104 weken lang recht op een deel van het loon.¹⁰⁸ De aard en oorzaak van de arbeidsongeschiktheid doen er niet toe. Of de werknemer lichamelijke of psychische klachten heeft en of die werkgerelateerd zijn, privé of multicausaal: er bestaat in beginsel jegens de werkgever aanspraak op loondoorbetaling bij ziekte. Aanspraak op een betaling ongeacht de oorzaak wordt 'risque social' genoemd. Het recht op loondoorbetaling bestaat alleen als de werknemer ook recht op loon zou hebben als hij niet arbeidsongeschikt zou zijn geweest. Als een werknemer op een andere grond geen loon toekomt, bijvoorbeeld een werknemer die in voorlopige hechtenis is genomen (geen arbeid, geen loon) en hij wordt nadien arbeidsongeschikt, dan ontstaat daarmee niet alsnog recht op loon.¹⁰⁹

Het wettelijke recht op loondoorbetaling bij ongeschiktheid wegens ziekte bestaat niet in een aantal gevallen:¹¹⁰

1. Als de ziekte door de opzet van de werknemer is veroorzaakt of het gevolg is van een gebrek waarover hij bij een aanstellingskeuring valse informatie heeft verstrekt, waardoor de toetsing aan belastbaarheidseisen niet juist kon worden uitgevoerd.

Hoewel de wetgever hier de term 'ziekte' gebruikt, zal 'arbeidsongeschiktheid' zijn bedoeld. Als een werknemer opzettelijk ziekte veroorzaakt, maar daardoor toch niet arbeidsongeschikt is, komt artikel 7:629 BW namelijk helemaal niet in beeld. Van opzettelijk veroorzaakte ziekte zal niet vaak sprake zijn. Het gaat namelijk *niet* om ziekte die is ontstaan door schuld of riskant (of zelfs opzettelijk risicovol) gedrag: de opzet van de werknemer moet er op gericht zijn geweest om zijn ziekte te veroorzaken.¹¹¹ Zo is geen opzettelijk veroorzaakte ziekte aangenomen bij een cocaïneverslaving, het opzettelijk door de werknemer manipuleren van veiligheidsvoorzieningen waarna een arbeidsongeval plaatsvond noch een daaropvolgende zelfmoordpoging, meerijden met een dronken automobilist zonder rijbewijs waarna een ongeval plaatsvond, zelf dronken rijden, ondanks herhaalde blessures blijven zaalvoetballen, sterilisatie, plastische chirurgie en een geslachtsveranderende operatie.¹¹² Sommige Kantonrechters hebben opzet aangenomen bij arbeidsongeschiktheid als gevolg van dronken rijden, alcohol- en

108 Zie uitgebreid B. Hoogendijk, *De loondoorbetalingsverplichting gedurende het eerste ziektejaar* (diss.), Gouda Quint: Rotterdam 1999. Hermans behandelt de verenigbaarheid van dit stelsel met internationale verdragen, K.H. Hermans, *De WW en nieuwe sociale risico's. Internationaalrechtelijke grenzen aan hervormingsvoorstellen*, (diss.), Kluwer: Deventer 2014, p.165-176 en 179-180.

109 Van der Grinten, p.108.

110 Art. 7:629 lid 3 BW.

111 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr.6, p.74 en *Kamerstukken I* 1995/96, 24 439, nr.134b, p.48, Hof Den Haag 19 april 2011, *JAR* 2011/151, Ktr. Leiden 18 augustus 1999, *JAR* 1999/199.

112 Ktr. Utrecht 7 juli 2008, *LJN* BD6492, Ktr. Deventer 8 september 2006, *LJN* AY9274, Ktr. Heerlen 4 juli 2001, *LJN* AD8203, Ktr. Tilburg 18 mei 2005, *JAR* 2006/77, Hof Arnhem 27 juni 2006, *LJN* AY5993, Ktr. Leiden 18 augustus 1999, *JAR* 1999/199, Ktr. Maastricht 31 augustus 2005, *JAR* 2005/226 (anders voor plastische chirurgie: Ktr. Middelburg 8 juli 2012, *JAR* 2012/217, m.nt. C.S. Kehrer-Bot), impliciet in Ktr. Den Bosch 13 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2417.

drugverslaving, een arbeidsconflict rond nevenwerkzaamheden of een cosmetische ingreep.¹¹³ Volgens Kantonrechter Sittard-Geleen kwam een werknemer geen loon toe nadat hij in woede met zijn vuist tegen een muur sloeg, waardoor hij een middenhandsbeentje brak. Dat was volgens de rechter bewust roekeloos.¹¹⁴ Het wettelijke criterium is echter strenger: het moet gaan om gedragingen, met het oogmerk ziek te worden. Alleen als daar sprake van is, vervalt het recht op loon tijdens ziekte.¹¹⁵ Schuld of risicovol gedrag kunnen wel leiden tot verval van het recht op *bovenwettelijk* loon, bijvoorbeeld omdat dat is overeengekomen of omdat een bovenwettelijke aanspraak vanwege de schuld van de werknemer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.¹¹⁶

Het verstrekken van valse informatie bij een aanstellingskeuring leidt niet vaak tot het weigeren van loonbetaling. In de wetsgeschiedenis is uitgemakt dat de werknemer mag zwijgen over medische aspecten die niet relevant zijn voor de functie, om op die manier risicoselectie te voorkomen.¹¹⁷ Een ruime uitleg van deze wetsbepaling kan inhouden dat een werknemer die een relevante kwaal verzwijgt waardoor hij ongeschikt is voor zijn functie, geen recht heeft op loon vanwege arbeidsongeschiktheid ten gevolge van die kwaal.¹¹⁸ De Wet op de Medische Keuringen regelt in welke gevallen een aanstellingskeuring is toegestaan en hoe die verloopt. Daarin staat dat onder meer dat alleen de aspirant-werknemer, dus de laatste overgebleven sollicitant, mag worden gekeurd, maar alleen voor bijzondere medische eisen die de functie stelt.

2. Geen recht op loonbetaling bij ziekte bestaat voor de tijd dat de genezing van de werknemer door zijn toedoen wordt belemmerd of vertraagd.

De arbeidsongeschikte werknemer verliest zijn recht op loon als hij bijvoorbeeld geen medische behandeling ondergaat en de genezing daardoor wordt belemmerd of vertraagd. In § 6.4 bespreek ik dit genezingsvoorschrift uitgebreider. Ook hier lijkt namelijk de terminologie (met gebruik van het woord 'genezing') niet zorgvuldig.

113 Ktr. Amersfoort 12 december 2001, *JAR* 2002/34, Ktr. Gouda 23 augustus 2007, *JAR* 2007/237, Ktr. Heerlen 3 januari 2007, *JAR* 2007/27, Ktr. Middelburg 8 juli 2012, *JAR* 2012/217, m.nt. C.S. Kehrer-Bot.

114 Ktr. Sittard-Geleen 20 juli 2009, *JAR* 2009/211. Kritisch: Loonstra/Zondag, p.578 aangezien het wettelijk criterium opzettelijk veroorzaakte arbeidsongeschiktheid is en niet bewuste roekeloosheid.

115 De strenge norm betekent dat ook het loon bij arbeidsongeschiktheid, veroorzaakt door gevaarlijke, domme, roekeloze of illegale privégedragingen door de werkgever moet worden doorbetaald. Dit is een uitvloeisel van het zogeheten 'risque social'.

116 Resp. HR 14 maart 2008, ECLI:HR:2008:BC6699, Hof Arnhem 27 juni 2006, *LJN* AY5993 en Ktr. Tilburg 18 mei 2005, *JAR* 2006/77.

117 Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr.11. Volgens Sparrius bereikt deze regeling dat doel niet, p.147.

118 Hof Arnhem 9 november 2004, *JAR* 2005/81 is een voorbeeld van die ruime uitleg; zie ook J.M. van Slooten, *T&C Arbeidsrecht*, p.56-57 voor meer jurisprudentie. Volgens HR 20 maart 1981, *NJ* 1981, 507 en HR 2 november 1984, *NJ* 1985, 192 kan het verzwijgen van een relevante kwaal onder omstandigheden zelfs reden zijn voor een ontslag op staande voet. Van der Grinten stelt dat verzwijging tot gevolg kan hebben dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de werknemer zich beroept op het recht op loonbetaling (p.109).

3. Het zonder deugdelijke grond niet verrichten van passende arbeid bij de werkgever of een derde, hoewel hij daartoe in staat is; het niet meewerken aan redelijke voorschriften van of namens de werkgever; het weigeren mee te werken aan maatregelen die hem in staat stellen om passende arbeid te verrichten en het weigeren mee te werken aan het opstellen, evalueren en bijstellen van een plan van aanpak, leiden tot verval van het recht op loon.

Deze bepaling is bedoeld om de werknemer te prikkelen mee te werken aan re-integratie. Het weigeren wordt bestraft met het verval van het recht op loon. In § 6.9 en 6.13 wordt dieper op dit re-integratievoorschrift ingegaan.

4. Als de werknemer zijn aanvraag voor een WIA-uitkering zonder deugdelijke grond later indient dan wettelijk voorgeschreven.

Hiermee wordt bedoeld dat de WIA-aanvraag niet uiterlijk 13 weken voor afloop van de wachttijd van 104 weken is ingediend.¹¹⁹ De aanvraag is dan te laat, zodat de werkgever ook na 104 weken moet doorbetalen. Die verlengde loon-doorbetalingsverplichting geldt echter niet als het te laat aanvragen is veroorzaakt door de werknemer. Het verval van zijn recht op loon heeft daarmee betrekking op de verlengde loon-doorbetalingsperiode.¹²⁰

Procedureel geldt dat een werkgever alleen een beroep kan doen op een van deze gronden om geen loon te betalen als hij de werknemer daarvan onverwijld in kennis heeft gesteld, nadat bij hem het vermoeden van het bestaan van die reden is gerezen of redelijkerwijs had behoren te rijzen (onverwijldheidseis).¹²¹ De gedachte daarachter is dat de redelijkheid met zich meebrengt dat een werkgever zo snel mogelijk duidelijkheid geeft of hij een weigeringsgrond voor de loon-doorbetaling bij ziekte ziet. De werknemer kan zich dan op dat standpunt voorbereiden en desgewenst maatregelen treffen. De Hoge Raad is strikt in de toepassing van die regel: wordt niet onverwijld meegedeeld dan kan de werkgever geen beroep meer doen op die grond.¹²²

Uitgangspunt voor de duur van de loon-doorbetaling bij ziekte is een periode van 104 weken. In een aantal gevallen is die periode korter, in een aantal gevallen langer. Zo geldt voor werknemers die doorgaans op minder dan vier dagen per week uitsluitend of nagenoeg uitsluitend diensten verrichten in de huishouding van een natuurlijk persoon (waaronder ook wordt verstaan het verlenen van zorg aan de leden van dat

119 Art. 64 lid 1 WIA.

120 De formulering van art. 7:629 lid 3 aanhef en sub f BW is niet helemaal precies. De werknemer moet de WIA-aanvraag uiterlijk na 91 weken indienen. Als hij te laat is zou het recht op loon al meteen vervallen, hoewel de wachttijd nog niet volledig is afgerond en ongeacht of de werknemer schuld heeft aan het te laat indienen. Het verval van het recht op loon moet echter in samenhang worden gezien met art. 7:629 lid 11 onder a BW, zie ook Van der Grinten, p.112.

121 Art. 7:629 lid 7 BW. Loonstra/Zondag (p.569-570) menen dat kan worden verdedigd dat lid 7 ook toepassing heeft buiten gevallen van ziekte, zoals bijvoorbeeld als vast komt te staan dat de werknemer niet ziek is. Het ontvallen van het recht op loon op basis van art. 7:627 BW zou dus ook onverwijld moeten worden gemeld.

122 HR 22 februari 2002, LjN AD9430. Overigens is niet van belang welke woorden de werkgever precies gebruikt, HR 15 november 2002 LjN AE7349.

huishouden) maar een doorbetalingsperiode van zes weken.¹²³ Als een werknemer volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is dan bestaat voor hem de mogelijkheid een aanvraag in te dienen om al na 13 weken loondoorbetaling in aanmerking te komen voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering.¹²⁴ Werknemers die in zó'n mate arbeidsongeschikt zijn dat geen herstel meer te verwachten is, hoeven ook niet meer te worden gere-integreerd. Het door laten lopen van de loondoorbetalingsverplichting is dan geen prikkel meer voor de werkgever zodat het redelijk is de werknemer onder een sociaal vangnet te laten vallen. De loondoorbetalingsverplichting voor de werkgever eindigt in dat geval, met uitzondering van bovenwettelijke aanspraken. Als op basis van cao of arbeidsovereenkomst meer wordt betaald dan de minimale wettelijke loondoorbetaling, blijft de werkgever namelijk verplicht tot het einde van de wachttijd het meerdere te betalen. De periode van 104 weken kan ten slotte nog worden bekort door in de arbeidsovereenkomst of een cao op te nemen dat per ziekteperiode de eerste dag of de eerste twee dagen geen recht op loon bestaat.¹²⁵ Het betreft hier de zogenaamde wachtdagen. Voor het begrip ziekteperiode geldt dat ziektes die elkaar binnen vier weken opvolgen, moeten worden samengeteld. Dat houdt in dat dan niet opnieuw wachtdagen mogen worden ingehouden én dat moet worden doorgeteld naar 104 weken. Het maakt daarbij niet uit of de nieuwe ziekteperiode voortvloeit uit dezelfde oorzaak of uit een andere. Is de onderbreking vier weken of langer dan gaat een nieuwe ziekteperiode lopen: opnieuw zijn wachtdagen mogelijk en opnieuw bestaat de loondoorbetalingsverplichting gedurende 104 weken.¹²⁶

De loondoorbetalingsverplichting tijdens ziekte is soms langer dan 104 weken.¹²⁷ Ik noemde eerder al het te laat indienen van de aanvraag voor een WIA-uitkering door de werknemer. Een andere situatie is als het UWV bij een tijdige aanvraag van de WIA-uitkering de conclusie trekt dat de werkgever te weinig aan re-integratie-activiteiten heeft verricht. De loondoorbetaling kan dan met maximaal 52 weken worden verlengd. Ten slotte bestaat nog de mogelijkheid dat werkgever en werknemer gezamenlijk besluiten de periode van loondoorbetaling te verlengen. Daartoe kunnen zij een verzoek indienen bij het UWV.¹²⁸

De hoogte van de loondoorbetaling tijdens ziekte is beperkt. De werknemer behoudt het recht op 70% van het naar tijdruimte vastgestelde loon, maar tijdens het eerste jaar ten minste op het voor hem geldende wettelijk minimumloon. Als 70% van het toekomstige loon onder het minimum loon zou komen, dan heeft de zieke werknemer in het eerste ziektejaar toch recht op ten minste het minimumloon. De aanspraak in het tweede ziektejaar kan minder zijn dan het minimumloon, met als ondergrens 70% daarvan. Een andere beperking is dat het recht op 70% van het loon

123 Art. 7:629 lid 2 jo. lid 13 BW.

124 Art. 23 lid 6 WIA.

125 Art. 7:629 lid 9 BW. Letterlijk is alleen de mogelijkheid opengelaten twee wachtdagen overeen te komen. Onder het mom van 'wie het meerdere mag, mag ook het mindere' is één wachtdag eveneens toegestaan. Een werknemer die zich gedurende de werkdag ziek meldt heeft -weer naar de letter- over die hele dag geen recht op loon, ook al heeft hij wel een aantal uren gewerkt.

126 Van der Grinten, p.115.

127 Art. 7:629 lid 11 BW.

128 Art. 24 WIA.

behouden blijft voor zover dat niet meer bedraagt dan het maximum dagloon, dat in het kader van de sociale verzekeringen wordt vastgesteld.¹²⁹ Niet alleen naar tijdruimte vastgesteld loon moet worden doorbetaald, maar ook variabel loon. De hoogte daarvan wordt gesteld op het gemiddelde loon dat de werknemer gedurende zijn ziekteperiode had kunnen verdienen, als hij niet ziek zou zijn geweest.¹³⁰ Het is niet ongebruikelijk de aanspraken in de arbeidsovereenkomst of in een toepasselijke cao te verruimen door aan te sluiten bij het daadwerkelijke loon (dus los van het maximum dagloon) én door loondoorbetaling toe te kennen naar een hoger percentage dan 70%. Vrij gebruikelijk is het om aan een werknemer in het eerste ziektejaar 100% door te betalen en in het tweede ziektejaar 70%.¹³¹

Op de loondoorbetaling komt in mindering het bedrag van uitkeringen dat aan de werknemer toekomt en inkomsten die de werknemer heeft ontvangen voor verrichte werkzaamheden, gedurende de tijd dat hij, als hij niet arbeidsongeschikt zou zijn geweest, de bedongen arbeid had kunnen verrichten.¹³² Een voorbeeld hiervan is dat een werknemer arbeidsongeschikt is vanwege orgaandonatie. In die situatie ontvangt hij een Ziektewetuitkering van 100% van het maximum dagloon. Verdient hij meer dan het maximum dagloon, dan hoeft de werkgever slechts het meerdere loon door te betalen. Als de werknemer tijdens ziekte niet de bedongen arbeid kan verrichten maar in het kader van re-integratie wel ander werk bij een andere werkgever, dan komt het loon dat daarvoor door die derde wordt betaald in mindering op de loondoorbetalingsverplichting van de werkgever.¹³³

Ten slotte heeft het financiële risico dat de loondoorbetalingsplicht bij ziekte met zich meebrengt ervoor gezorgd dat een groot deel van de werkgevers daarvoor een private verzuimverzekering heeft afgesloten. Ongeveer 80% van de werkgevers heeft zich herverzekerd, waardoor de loondoorbetaling van ongeveer 50% van de werkende bevolking wordt gedekt.¹³⁴ Verschillende varianten worden aangeboden, bijvoorbeeld volledige dekking van de kosten van elk ziektegeval, dekking van het loondoorbetalingsrisico per ziektegeval dat langer dan bijvoorbeeld zes weken duurt (eigenrisicoperiode) of de *stop loss*-verzekering, waarbij de verzekeraar alle loonkosten bij ziekte boven een bepaalde grens betaalt (eigenrisicobedrag). De werkgever kan de premie voor de verzekering niet verhalen op de werknemer aangezien hij dan zou betalen voor een risico dat de werkgever wettelijk moet dragen. Alleen de premie voor verzekering van het *bovenwettelijk* deel zou in sommige gevallen bij de werknemer te leggen zijn.¹³⁵

129 Art. 7:629 lid 1 BW, dat verwijst naar art. 17 lid 1 Wet Financiering Sociale Verzekering (Wfsv).

130 Art. 7:629 lid 8 BW jo. art. 7:628 lid 3 BW.

131 Ongeveer 98% van alle werknemers krijgt in de eerste twee jaar van ziekte in totaal 170% doorbetaald, CBP 2014, p.6, noot 3.

132 Art. 7:629 lid 5 BW, zie bijv. Ktr. Tilburg 21 december 2011, *JAR* 2012/60, kritisch besproken door E.H. van Stigt Thans, 'Verrekening ex artikel 7:629 lid 5 BW', *ArbeidsRecht* 2013/17.

133 Art. 7:629 lid 5 BW, zie bijv. Ktr. Amersfoort 22 maart 2000, *JAR* 2000/90.

134 Hermans, p.167. Kok/Heyma/Lammers hanteren ook 80%, p.14.

135 Als een CAO dwingt tot betaling van een aanvulling boven 70% lijkt mij het niet toegestaan de verzekeringspremie voor het bovenwettelijke deel bij de werknemer te leggen. Dat is alleen anders als de werkgever onverplicht kiest voor een aanvulling.

2.7.2 Ziektewet

Elke werknemer is verzekerd voor de ZW (artikel 20 ZW) en heeft bij arbeidsongeschiktheid recht op een ZW-uitkering (artikel 19 lid 1 ZW). Uit artikel 29 lid 1 ZW blijkt dat de wet geldt als vangnetvoorziening; er wordt geen ziekengeld *uitgekeerd* als de verzekerde recht heeft op loondoorbetaling tijdens ziekte. Dat zal vaak zo zijn. Er kunnen zich niettemin situaties voordoen in de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid waarin de werkgever géén loon hoeft door te betalen. Grofweg is daarbij een tweedeling te maken in gevallen waarin een ZW-uitkering van belang wordt. In de eerste plaats de werknemer wiens arbeidsovereenkomst eindigt in de eerste twee jaar van ziekte en in de tweede plaats bij de werknemer die in dienst is, maar waarbij een bijzonderheid speelt.

Een werknemer wiens arbeidsovereenkomst eindigt in de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid komt in aanmerking voor een ZW-uitkering, omdat door het einde van de arbeidsovereenkomst ook het recht op loondoorbetaling ophoudt. In de meeste gevallen zal het hierbij gaan om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die aflopen. Er bestaat echter geen recht op een ZW-uitkering als een werknemer zonder deugdelijke grond heeft nagelaten verweer te voeren tegen een ontslaanvraag en evenmin als hij heeft ingestemd met een beëindiging van de arbeidsovereenkomst in de eerste twee ziektejaren.¹³⁶ Ook als de werknemer een dringende reden voor ontslag op staande voet heeft gegeven, leidt dat via de benadelingshandeling tot het ontbreken van een recht op uitkering.¹³⁷

Het vangnet geldt ook voor arbeidsongeschikte werknemers, waarbij een bijzonderheid speelt. Die bijzonderheid leidt er toe dat niet wenselijk wordt geacht dat de last van loondoorbetaling op de werkgever rust. Het gaat om te beginnen om werknemers die arbeidsongeschikt zijn ten gevolge van orgaandonatie. Zo'n werknemer heeft recht op een 100% ZW-uitkering, die in mindering komt op de loondoorbetalingsverplichting. Daarnaast is er de categorie vrouwelijke werknemers die arbeidsongeschikt is ten gevolge van zwangerschaps- of bevallingsgerelateerde klachten. Ook deze groep heeft recht op een ZW-uitkering naar 100% van het dagloon, die in mindering mag worden gebracht op de loondoorbetaling tijdens arbeidsongeschiktheid.¹³⁸ Ten slotte is er de categorie werknemers die onder de zogeheten 'no-riskpolis' valt. Werknemers die een WIA-keuring hebben ondergaan, kunnen onder bepaalde voorwaarden aanspraak maken op een ZW-uitkering als zij binnen vijf jaar na indiensttreding bij een nieuwe werkgever uitvallen vanwege arbeidsongeschiktheid.¹³⁹

136 Art. 45 lid 7 ZW. Meer precies staat in dit artikel opgenomen dat het UWV het ziekengeld geheel of gedeeltelijk, tijdelijk of blijvend weigert.

137 Art. 45 lid 1 sub j ZW.

138 Art. 29a ZW.

139 Art. 29b ZW.

Het ZW-recht bestaat voor een tijdvak van 104 weken.¹⁴⁰ Omdat het ziekgeld niet wordt uitgekeerd als er aanspraak bestaat op loondoorbetaling komt per saldo op de ZW-periode eerst de periode van loondoorbetaling bij arbeidsongeschiktheid in mindering. Een onderbreking van de arbeidsongeschiktheid van vier weken of meer betekent dat een nieuwe ZW-periode ontstaat. Er gelden standaard twee wachtdagen. De uitkering zelf bedraagt 70% van het dagloon, met een maximum van 70% van het maximum dagloon.¹⁴¹ De ZW is een werknemersverzekering waarvoor noch bij de werkgever, noch bij de werknemer een separate premie wordt geheven. De ZW-uitkeringen worden gefinancierd uit de WW-premies die de werkgever betaalt.¹⁴²

2.7.3 WIA

Na het verstrijken van de wachttijd van 104 weken kan een arbeidsongeschikte werknemer in aanmerking komen voor een WIA-uitkering.¹⁴³ Bij een werknemer die een WIA-uitkering aanvraagt, wordt na een verzekeringsgeneeskundig en een arbeidsdeskundig onderzoek de mate van arbeidsongeschiktheid bepaald. Dit onderzoek richt zich op de mogelijkheden om 'algemeen geaccepteerde arbeid te verrichten, waartoe de verzekerde met zijn krachten en bekwaamheden in staat is'. Daarmee wordt de band met de 'bedongen arbeid' uit het BW of 'zijn arbeid' uit de ZW doorsneden, met als gevolg dat arbeidsongeschiktheid meer in het algemeen wordt beoordeeld en niet meer naar de situatie bij de werkgever. Of de werknemer dat algemeen geaccepteerde werk ook echt kan verkrijgen, wordt niet meegewogen. Afhankelijk van de mate van arbeidsongeschiktheid komt de werknemer in aanmerking voor één van twee soorten WIA-uitkering.

Als de werknemer volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is, krijgt hij een uitkering uit de Inkomensverzekering voor volledig en duurzame arbeidsongeschikten (IVA). Voorwaarde is dat de verzekerde als rechtstreeks en objectief medisch vast te stellen gevolg van ziekte, gebrek, zwangerschap of bevalling duurzaam slechts in staat is om met arbeid ten hoogste 20% te verdienen van het maatmaninkomen per uur.¹⁴⁴ Een duurzaam percentage van arbeidsongeschiktheid van 80 tot 100 leidt dus tot een IVA-uitkering. De IVA-uitkering bedraagt 75% van het maandloon, met een maximum van het maximum dagloon. Bij hulpbehoevendheid kan de uitkering worden verhoogd naar 100%. De uitkering loopt in beginsel door tot het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. Is al vroeg duidelijk dat een werknemer volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is, dan kan hij na 13 weken arbeidsongeschiktheid een IVA-uitkering aanvragen.¹⁴⁵

140 Art. 29 lid 5 ZW.

141 Art. 29 lid 7 jo. art. 15 lid 1 ZW, uitgezonderd de genoemde situaties, waar 100% geldt.

142 De werkgever betaalt twee WW-premies, te weten voor het Algemeen werkloosheidsfonds en voor de wachtgeldfondsen, waarvan de premie afhankelijk is van het werkloosheidsrisico in een bepaalde sector, J.J. Veld, *Ziekwet*, Kluwer: Deventer 2008, p.14 (Lexplicatie deel 5.21a). Ik laat de Wet Bevaza, die de premiebetaling regelt voor vangnetgevallen buiten beschouwing.

143 Zie ook G.A. Diebels 'Voorbij de Poort wacht de WIA', *Arbeid Integraal* 2007 nr.3, p.89-99.

144 Art. 4 WIA. Onder duurzaam wordt verstaan een medisch stabiele of verslechterende situatie maar ook een medische situatie waarbij op lange termijn een geringe kans op herstel bestaat.

145 Artt. 49, 51, 53 en 23 lid 6 WIA.

Is de verzekerde gedeeltelijk arbeidsongeschikt dan komt hem een Werkhervattinguitkering Gedeeltelijk Arbeidsgeschikten (WGA) toe. Gedeeltelijk arbeidsongeschikt is hij die als rechtstreeks en objectief medisch vast te stellen gevolg van ziekte, gebrek, zwangerschap of bevalling slechts in staat is met arbeid ten hoogste 65% te verdienen van het maatmaninkomen per uur, doch die niet volledig en duurzaam arbeidsongeschikt is. Een arbeidsongeschiktheidspercentage van 35 tot 80 leidt dus tot een WGA-uitkering, net als een niet-duurzame arbeidsongeschiktheid van 80 tot 100%. Die WGA-uitkering kent drie vormen. De loongerelateerde WGA-uitkering wordt toegekend als wordt voldaan aan een referte-eis.¹⁴⁶ In dat geval duurt de uitkering ten minste drie en ten hoogste 38 maanden, afhankelijk van het arbeidsverleden.¹⁴⁷ De hoogte is de eerste twee maanden 75%, daarna 70% van het laatstverdiende loon, met een maximum van het maximumdagloon. Na het verstrijken van de loongerelateerde periode krijgt de werknemer óf een WGA-loonaanvullingsuitkering óf een WGA-vervolguitkering.¹⁴⁸ De eerste wordt uitgekeerd als de verzekerde er in slaagt ten minste de helft van zijn resterende verdien capaciteit in te zetten in betaald werk. Die WGA-loonaanvullingsuitkering wordt dan gekoppeld aan het oude loon. Lukt het de werknemer echter niet om zijn restverdien capaciteit voldoende te gebruiken dan krijgt hij slechts een WGA-vervolguitkering, waarvan de hoogte is gekoppeld aan het minimumloon.¹⁴⁹ Zowel de WGA-loonaanvullingsuitkering als de WGA-vervolguitkering lopen in beginsel door tot de AOW-gerechtigde leeftijd. Is een werknemer voor minder dan 35% arbeidsongeschikt in de zin van de WIA (de zgn. '35-minner') dan wordt hij in het geheel niet arbeidsongeschikt geacht. Er kan dan aanspraak bestaan op een WW-uitkering.

2.7.4 Conclusie

In het Nederlandse systeem heeft een werknemer in de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte in de regel aanspraak op gedeeltelijke loonbetaling door de werkgever. Nederland neemt hiermee een unieke positie in.¹⁵⁰ Op basis van de arbeidsovereenkomst of de cao wordt in veel gevallen de loonbetaling bij ziekte door de werkgever aangevuld tot een hoger bedrag. Niet ongebruikelijk is een aanvulling gedurende het eerste jaar tot 100%, maar in het tweede jaar géén aanvulling meer.¹⁵¹

146 In de 36 weken voorafgaand aan de arbeidsongeschiktheid moet in ten minste 26 weken als verzekerde zijn gewerkt (art. 58 WIA).

147 Art. 59 WIA.

148 Ook bij het niet voldoen aan de referte-eis van art. 58 WIA.

149 De berekeningssystematiek is terug te vinden in art. 60-63 WIA.

150 S. Montebovi, 'Arbeidsrechtelijke sociale zekerheid in grensoverschrijdende situaties' in: W. Plessen, H. van Drongelen en F. Hendrickx (red.), *Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing*, Paris: Zutphen 2011 (Jacobs-bundel), p.171-183, m.n. p.174.

151 Conform afspraken van de regering met de sociale partners om te streven naar een beperking van de loonbetaling tijdens de twee jaar ziekte tot 170% van het loon. Uit een steekproef van het ministerie van SZW heeft 98% van de Nederlandse werknemers recht op ten minste die 170% (CPB 2014, p.6, noot 3).

Daarmee kan de *omvang van het risico* dat een werkgever loopt bij ziekte van een werknemer zeer aanzienlijk zijn. Niet alleen moet loon (vermeerderd met werkgeverslasten) worden doorbetaald, ook bestaat daardoor aanspraak op vakantiegeld, worden vakantiedagen opgebouwd en wordt normaal gesproken betaling van de pensioenpremie voortgezet. De *invloed* die de werkgever kan uitoefenen om te voorkomen dat hij loon moet doorbetalen bij ziekte is vanwege het risique social beperkt. Hij heeft hooguit vat op werkgerelateerd verzuim, terwijl wij eerder zagen dat het grootste deel van ziekteverzuim niet werkgerelateerd is. Verder is het gedrag van de werknemer bij het ontstaan van arbeidsongeschiktheid nauwelijks van invloed op de loondoorbetalingsverplichting. De restrictieve uitleg van opzettelijk veroorzaakte arbeidsongeschiktheid maakt dat er nagenoeg sprake is van risicoaansprakelijkheid. Daarvan is immers sprake als aansprakelijkheid bestaat buiten schuld.¹⁵²

Heeft de werknemer geen werkgever meer, maar duurt de arbeidsongeschiktheid voort, dan zal recht kunnen bestaan op een ZW-uitkering. Heeft de werknemer nog wel een werkgever dan is er desondanks een beperkt aantal situaties waarin toch een ZW-uitkering wordt verstrekt. Dat recht op ZW leidt tot gehele of gedeeltelijke vermindering van de loondoorbetalingsverplichting door de werkgever. Na twee jaar arbeidsongeschiktheid kan aanspraak bestaan op een WW-uitkering of een WIA-uitkering, afhankelijk van de resterende verdien capaciteit. In het eerste geval wordt een werknemer, ondanks vastgestelde beperkingen samenhangend met een arbeidsongeschiktheidspercentage tot 35%, niet langer arbeidsongeschikt geacht. Heeft de werknemer een verdien capaciteit van 35-80% (of tijdelijk van 80-100%) dan krijgt hij een WGA-uitkering. Bij volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid van 80-100% bestaat recht op een IVA-uitkering.

2.8 Ontslag bij arbeidsongeschiktheid

Een arbeidsovereenkomst kan tijdens en wegens arbeidsongeschiktheid worden beëindigd. Dat geldt voor zowel de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (tussentijds) als voor onbepaalde tijd. Op deze algemene stellingen zijn tal van uitzonderingen en nuances mogelijk, maar ik geef er de voorkeur aan ontslag bij arbeidsongeschiktheid te bespreken vanuit de invalshoek wat *wel* kan.

2.8.1 Ontslag en ziekte: negen situaties

Grofweg zijn er negen situaties waarin de arbeidsovereenkomst eindigt:

1. Einde van rechtswege door overlijden van de werknemer (artikel 7:674 lid 1 BW)
2. Einde van rechtswege door het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd¹⁵³

152 Parl. Geschiedenis Boek 6 BW, p.628. De vraag is of die risicoaansprakelijkheid hier bestaat uit kracht van de wet (net als in art. 6:169 e.v. BW) of omdat toerekening plaatsvindt (art. 6:162 e.v. BW), aangezien het risique social naar verkeersopvattingen voor rekening van de werkgever dient te komen. In dat laatste geval moeten de verkeersopvattingen tegen het licht worden gehouden.

153 Mits dit is overeengekomen, zie ook HR 20 april 2012, *LJN* BW3367 en art. 7:667 lid 4, laatste volzin BW (nieuw).

3. Einde van rechtswege door het verstrijken van de bepaalde tijd waarvoor de arbeidsovereenkomst is aangegaan (artikel 7:667 lid 1 BW)
4. Einde vanwege overgang van onderneming of een onderdeel daarvan (artikel 7:663 BW)¹⁵⁴
5. Einde met wederzijds goedvinden (artikel 7:900 BW)
6. Einde door reguliere opzegging (artikel 7:667 lid 6 BW)
7. Einde door opzegging in de proeftijd (artikel 7:676 BW)
8. Einde door opzegging vanwege een dringende reden (artikel 7:677 lid 1 BW)
9. Einde door ontbinding door de kantonrechter (artikel 7:685 BW)

De invloed van arbeidsongeschiktheid op elke wijze van eindigen wordt hieronder besproken.

Overlijden van de werknemer

De arbeidsovereenkomst eindigt door het overlijden van de werknemer, ongeacht of hij arbeidsongeschikt is of niet. Dit geldt zowel voor de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als voor onbepaalde tijd. Er kan worden overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij de dood van de werkgever.¹⁵⁵ Ook dan eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege ondanks arbeidsongeschiktheid van de werknemer.

Bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd

Als tussen partijen is overeengekomen dat de arbeidsovereenkomst eindigt met het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd dan eindigt de arbeidsovereenkomst van rechtswege. De HR meent dat geen rechtsregel zich ertegen verzet overeen te komen dat een arbeidsovereenkomst die is aangegaan voor onbepaalde tijd eindigt bij het bereiken van deze leeftijd.¹⁵⁶ Als de werknemer dan arbeidsongeschikt is, heeft dat geen invloed.

Einde bepaalde tijd

Omdat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt door het verstrijken van de afgesproken tijd doet arbeidsongeschiktheid bij het einde van dat contract daar niet aan af.¹⁵⁷ Ziekte is geen belemmering om de arbeidsovereenkomst te laten eindigen. Toch is er een aantal consequenties waarmee de werkgever rekening moet houden.

De werknemer van wie de arbeidsovereenkomst afloopt en die ziek is bij het einde van de arbeidsovereenkomst is in de regel aangewezen op een ZW-uitkering. Als de werknemer ziek wordt en de resterende duur van de arbeidsovereenkomst is nog maar kort of de kosten van de re-integratie zijn bovenmatig, dan worden van de werkgever

154 Hetzij door indiensttreding bij de verkrijger, hetzij een einde van rechtswege bij een ondubbelzinnige weigering van de werknemer mee over te gaan, HR 26 mei 2000, JAR 2000/152.

155 Art. 7:675 BW.

156 HR 20 april 2012, L/JN BW3367.

157 Met uitzondering van de (vooral hypothetische situatie) dat bij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voorafgaande opzegging is overeengekomen, om te kunnen beëindigen (art. 7:667 lid 2 BW). In zo'n geval kan arbeidsongeschiktheid betekenen dat er een opzegverbod geldt.

geen re-integratie-inspanningen meer verwacht. Duurt de arbeidsovereenkomst tussen ziekmelding en einddatum echter langer dan zes weken, dan moet er worden gewerkt aan re-integratie.¹⁵⁸ Het UWV kan in zo'n geval de toegekende ZW-uitkering op de werkgever verhalen als hij van mening is dat de werkgever onvoldoende re-integratie-inspanningen heeft gepleegd.¹⁵⁹

Verder betekent het einde van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van een arbeidsongeschikte werknemer dat de werkgever een stijging tegemoet kan zien van de premie die hij moet betalen.¹⁶⁰ Dat geldt soms ook bij gezonde werknemers die binnen vier weken na het eindigen van het bepaaldetijdcontract arbeidsongeschikt worden. De werknemer valt onder het vangnet van de ZW en de ex-werkgever dient daarom een hogere gedifferentieerde premie te betalen.

Overgang van onderneming

De arbeidsovereenkomst van een arbeidsongeschikte werknemer eindigt van rechtswege als de onderneming of het onderdeel waarvan hij deel uitmaakt overgaat van de een naar de ander. De arbeidsovereenkomst met de werkgever (vervreemder) eindigt maar tegelijkertijd treedt de zieke werknemer in dienst bij een nieuwe werkgever (verkrijger), met behoud van alle rechten en verplichtingen die op dat moment voortvloeien uit zijn arbeidsovereenkomst.

Wederzijds goedvinden

Met een werknemer kan *tijdens* arbeidsongeschiktheid een einde aan zowel de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als voor onbepaalde tijd worden afgesproken. Een overeenkomst waarbij met wederzijds goedvinden een einde wordt gemaakt aan de arbeidsovereenkomst is in de regel een vaststellingsovereenkomst (artikel 7:900 e.v. BW).¹⁶¹ Voorwaarde is wel dat de werknemer niet is belemmerd om zijn wil te bepalen.¹⁶² Die wil moet vervolgens duidelijk en ondubbelzinnig zijn gericht op het einde van de arbeidsovereenkomst.¹⁶³ De werkgever moet dat met redelijke zorgvuldigheid onderzoeken.¹⁶⁴ Bij dat onderzoek moet aan de orde komen dat de zieke werknemer geen recht heeft op een ZW-uitkering als hij instemt met beëindiging. Artikel 45 lid 7 ZW maakt immers gehele of gedeeltelijke, tijdelijke of blijvende weigering van een uitkering mogelijk. Als de zieke werknemer dit weet en desondanks bewust akkoord gaat met een beëindiging met wederzijds

158 § 11 Regeling beleidsregels beoordelingskader Poortwachter.

159 Art. 39a ZW en het Besluit verhaal ziekengeld.

160 Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnetters, Stb. 2012, 464.

161 Ik zeg 'in de regel' omdat er sprake moet zijn van voorkoming of beëindiging van onzekerheid of geschil.

162 Bijvoorbeeld vanwege de arbeidsongeschiktheid, zie art. 3:34 lid 1 BW (geestelijke stoornis) of bijvoorbeeld bij misbruik van omstandigheden (art. 3:44 lid 4 BW).

163 HR 14 januari 1983, NJ 1983,457.

164 HR 16 juni 1989, NJ 1989,655, HR 25 maart 1994, JAR 1994/92.

goedvinden, dan eindigt daarmee de arbeidsovereenkomst. Overigens geldt dat het UWV geen bezwaren heeft tegen een beëindigingsovereenkomst als alternatief voor een reguliere opzegging nadat twee jaren arbeidsongeschiktheid zijn verstreken. Ook *wegens* arbeidsongeschiktheid kan een beëindiging met een vaststellingsovereenkomst worden bereikt.¹⁶⁵ Er is geen rechtsregel die verbiedt om af te spreken uit elkaar te gaan omdat de werknemer in het verleden veel ziek is geweest, des te minder als die afspraak wordt gemaakt op een moment dat de werknemer niet ziek is. De enige uitzondering is als het veelvuldige verzuim wordt veroorzaakt door een chronische ziekte. De wet verbiedt een beëindiging van de arbeidsovereenkomst op die grond.¹⁶⁶

Reguliere opzegging

Elk van de partijen kan een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd opzeggen. Een opzegging van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is alleen mogelijk als dat voor beide partijen schriftelijk is overeengekomen (artikel 7:667 lid 3 BW). Voorafgaand aan een reguliere opzegging moet een werkgever wel eerst toestemming hebben (artikel 6 BBA 1945).¹⁶⁷ Die toestemming (ontslagvergunning) wordt gevraagd bij het UWV, dat bij de beoordeling van een aanvraag het Ontslagbesluit en de Beleidsregels Ontslagtaak UWV toepast. Preventief wordt getoetst of het voorgenomen ontslag redelijk is.¹⁶⁸ Bij arbeidsongeschiktheid zou een *wijzigingsontslag* wellicht een oplossing bieden, als de oude arbeidsovereenkomst mag worden opgezegd en mag worden vervangen door een nieuwe arbeidsovereenkomst, met aangepaste taken, arbeidsvoorwaarden of uren.¹⁶⁹ De mogelijkheid van een wijzigingsontslag via het UWV is in het algemeen door de HR aanvaard.¹⁷⁰ Aan de strekking van het BBA -het voorkomen van sociaal ongerechtvaardigde ontslagen- kan bij een wijzigingsontslag zijn voldaan *'doordat in feite de arbeidsverhouding kan voortduren zij het onder gewijzigde voorwaarden die door de CWI in het kader van de verlening van de ontslagvergunning op redelijkheid zijn getoetst'*.¹⁷¹ Het UWV werkt daar in het algemeen slechts aan mee bij het streven naar 'deeltijdontslag', dus het verminderen van het aantal uren. Dat geldt echter niet bij arbeidsongeschiktheid, dus als een werkgever het aantal contractsuren van een langdurig arbeidsongeschikte werknemer wil aanpassen naar het aantal uren dat hij feitelijk nog werkzaam is in passend werk.¹⁷² Volgens het UWV kan in zo'n geval geen toestemming voor opzegging worden verleend omdat dit in strijd komt met artikel 5:2 onderdeel b Ontslagbesluit. Een wijzigingsontslag lijkt *bij arbeidson-geschiktheid* vooralsnog niet mogelijk.

165 Bij samenloop van 'wegens' en 'tijdens' speelt art. 45 lid 7 ZW een rol, waardoor een einde met wederzijds goedvinden uitkeringsnadelen oplevert voor de zieke werknemer.

166 Art. 4 aanhef en sub b jo. 9 Wgb h/cz.

167 De opzegging in de proeftijd en de opzegging vanwege dringende redenen zijn niet-reguliere opzeggingen.

168 Art. 3:1 Ontslagbesluit.

169 Analoog aan de Duitse *Änderungskündigung* die in § 7.6.4 wordt besproken.

170 HR 24 december 2010, L/N BO2419 en BO2420, JAR 2011/20 m.nt. A. van Zanten-Baris.

171 Zie D.J.B. de Wolff, 'Hoge Raad legitimeert wijzigingsontslag', *ArbeidsRecht* 2011/14.

172 Hoofdstuk 21, par.2 en hoofdstuk 28, par.11 Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2013.

Pas als toestemming is verkregen, kan worden opgezegd. Arbeidsongeschiktheid is dan een belemmering. De wet verbiedt de werkgever namelijk om op te zeggen *tijdens* arbeidsongeschiktheid (artikel 7:670 lid 1 BW).¹⁷³ De Beleidsregels bepalen dat voor een zieke werknemer niettemin toch een ontslagvergunning kan worden verleend. De beoordeling of een opzegverbod van toepassing is en dus of de werkgever mocht opzeggen of niet, wordt overgelaten aan de rechter.¹⁷⁴

Het opzegverbod is niet van toepassing:¹⁷⁵

- als de arbeidsongeschiktheid ten minste twee jaren heeft geduurd. Deze periode van twee jaar is gelijk aan de periode van loondoorbetaling tijdens ziekte. Als die loondoorbetalingsperiode wordt verlengd dan wordt ook de periode van het opzegverbod overeenkomstig verlengd.
- als de arbeidsongeschiktheid een aanvang heeft genomen nadat het UWV een ontslagvergunningsaanvraag heeft ontvangen.¹⁷⁶ Deze bepaling is erop gericht te voorkomen dat werknemers in arbeidsongeschiktheid 'vluchten' als een ontslag in de lucht hangt.¹⁷⁷
- als de werknemer schriftelijk instemt met de opzegging. Dat is iets anders dan een beëindiging via een vaststellingsovereenkomst. Dat is immers een meerzijdige rechtshandeling, waarvoor twee partijen nodig zijn. Een opzegging is een eenzijdige rechtshandeling, die vernietigbaar is, als hij in strijd is gedaan met een opzegverbod.¹⁷⁸ Door de schriftelijke instemming van de werknemer met die eenzijdige rechtshandeling van de werkgever blijkt dat het opzegverbod niet van toepassing was en de opzegging niet vernietigbaar is.
- als de opzegging geschiedt vanwege beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of van het onderdeel waarin de werknemer uitsluitend of in hoofdzaak werkzaam is. Een bakker die met pensioen gaat, zijn winkel sluit en de arbeidsovereenkomst met één ziek winkelmisje wil opzeggen, loopt niet tegen het opzegverbod aan.
- als de opzegging geschiedt in de periode van twee jaar omdat de arbeidsongeschikte werknemer zonder deugdelijke grond weigert mee te werken aan zijn re-integratie.¹⁷⁹ In de Beleidsregels Ontslagtaak UWV is voor deze situatie een nadere toelichting gegeven.¹⁸⁰

173 De zieke werknemer die zelf opzegt loopt niet tegen het opzegverbod aan: de arbeidsovereenkomst eindigt. Wel moet hij rekening houden met een UWV-sanctie vanwege een mogelijke benadelingshandeling ex art. 45 lid 1 aanhef en sub j ZW.

174 Hoofdstuk 28, par. 7 Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2013.

175 Art. 7:670 lid 1 en 670b BW.

176 Voor bestuurders van vennootschappen is geen ontslagvergunning vereist. Bij hen wordt de regel zo uitgelegd dat het opzegverbod niet geldt als de arbeidsongeschiktheid een aanvang heeft genomen na te zijn opgeroepen voor een algemene vergadering van aandeelhouders waar het voorstel voor zijn ontslag zal worden behandeld, Hof Den Bosch 22 augustus 2000, *JAR* 2000/207.

177 E. Verhulp, *T&C Arbeidsrecht*, art. 7:670 BW, aant.3e.

178 Art. 7:677 lid 5 BW.

179 Art. 7:670b lid 3 geeft een uitgebreide opsomming van de gevallen van niet-meewerken.

180 Hoofdstuk 26, par. 6 Beleidsregels Ontslagtaak UWV.

Reguliere opzegging *wegens* arbeidsongeschiktheid is mogelijk maar slechts in uitzonderingsgevallen.¹⁸¹ Allereerst kan de opzegging alleen plaats vinden op een moment dat het opzegverbod vanwege arbeidsongeschiktheid niet geldt. Ten tweede moet van tevoren een ontslagvergunning worden verkregen. Die ontslagvergunning kan worden verleend als zich een aantal omstandigheden voordoet:

- a. een disproportioneel hoog ziekteverzuim én
- b. daardoor wordt de bedrijfsvoering *ernstig* bemoeilijkt én
- c. er is geen herplaatsing mogelijk naar een andere arbeidsplaats waar naar verwachting in de komende zes maanden dit frequente ziekteverzuim zich niet zal voordoen én
- d. het frequente ziekteverzuim wordt niet veroorzaakt door een chronische ziekte.

De werknemer die zich niet serieus verweert tegen een ontslagvergunningsaanvraag tijdens of wegens ziekte pleegt een benadelingshandeling in het kader van een ZW-uitkering en moet rekenen op een sanctie.¹⁸²

Proeftijd

Als een proeftijd is bedongen, mag elk van de partijen de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang opzeggen. Het opzegverbod tijdens ziekte geldt dan niet (artikel 7:670b lid 1 BW). Ook hier geldt dat de opzegging door de werkgever vanwege een chronische ziekte niet is toegestaan. Omdat de werkgever verplicht is desgevraagd schriftelijk de redenen van opzegging in de proeftijd mee te delen, kan de werknemer dat controleren.¹⁸³ Een werkgever die dat wil omzeilen door bijvoorbeeld te stellen dat de werknemer disfunctioneert, kan van een koude kermis thuis komen. De bewijspositie van de chronisch zieke is namelijk versterkt. Als hij feiten aanvoert die kunnen doen vermoeden dat de opzegging verband houdt met zijn chronische ziekte, dan moet de werkgever bewijzen dat niet in strijd met de wet is gehandeld.¹⁸⁴

Ontslag op staande voet

Zowel de werkgever als de werknemer mag de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang opzeggen als daarvoor een dringende reden bestaat. De wet geeft verschillende voorbeelden van zulke ontslag op staande voet-redenen en bepaalt dat het opzegverbod tijdens ziekte niet geldt.¹⁸⁵ Een zieke werknemer die tijdens het verrichten van passende arbeid een greep in de kas doet, kan dus op staande voet worden ontslagen, ondanks zijn arbeidsongeschiktheid. Ontslag op staande voet is wel altijd het uiterste middel ('ultimum remedium'), dus terughoudendheid is op zijn plaats. Zo moet de werkgever bij niet-naleving van controlevoorschriften tijdens ziekte eerst proberen via het opschorten van het loon de werknemer tot medewerking

181 G.A. Diebels, 'Ontslag en ziekte: waar een "wegens" is, is een weg', *Sociaal Recht* 2005/36, p.174-181 (Diebels 2005).

182 Art. 45 lid 7 ZW.

183 Art. 7:669 BW.

184 Art. 10 lid 1 Wgb h/cz. Deze versterkte bewijspositie geldt ook in andere gevallen van beëindiging dan in de proeftijd, waar chronische ziekte een rol zou kunnen spelen.

185 Art. 7:678 en 679 en art. 7:670b lid 1 BW.

te bewegen.¹⁸⁶ Ontslag op staande voet is bij niet-naleving van controlevoorschriften pas aan de orde als er bijkomende feiten en omstandigheden zijn.¹⁸⁷ De werknemer die zich niet verweert tegen een ontslag op staande voet tijdens ziekte pleegt een benadelingshandeling en moet rekenen op een sanctie op zijn ZW-uitkering door het UWV.¹⁸⁸

Ontbinding door de kantonrechter

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst tijdens arbeidsongeschiktheid is mogelijk. Elk van de partijen kan te allen tijde om ontbinding wegens gewichtige redenen verzoeken. Ontbinding is geen opzegging, dus zou kunnen worden gedacht dat de kantonrechter zich ook niets van de opzegverboden hoeft aan te trekken. De wet bepaalt echter dat de kantonrechter een ontbindingsverzoek slechts kan inwilligen als hij zich ervan vergewist heeft of het verzoek 'verband houdt met het bestaan van een opzegverbod'.¹⁸⁹ Helemaal zonder betekenis is het opzegverbod tijdens ziekte dus niet.

Strikt genomen houdt elk ontbindingsverzoek bij de kantonrechter voor een werknemer in de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid 'verband met het bestaan van een opzegverbod'. In de regel zal immers zijn gekozen voor een ontbindingsverzoek omdat het opzegverbod tijdens ziekte reguliere opzegging onmogelijk maakt. Toch is dat niet wat de wetgever heeft beoogd.¹⁹⁰ Uit de wetsgeschiedenis is op te maken dat de kantonrechter moet onderzoeken of er, los van de arbeidsongeschiktheid, een gewichtige reden voor ontbinding bestaat die het ontslag zelfstandig kan dragen. Als dat zo is, kan de rechter de ontbinding uitspreken, ondanks de arbeidsongeschiktheid. De werkgever die reorganiseert en daarbij op basis van het afspiegelingsprincipe afscheid moet nemen van een werknemer die ziek is, kan om ontbinding van de arbeidsovereenkomst verzoeken.

Als het ontbindingsverzoek *inhoudelijk* verband houdt met de arbeidsongeschiktheid dan gelden naar analogie de regels van het opzegverbod. In mijn beleving moet slechts in dat geval worden gesproken over de reflexwerking van het opzegverbod bij ziekte. De ontbinding zou moeten worden geweigerd. Maar de reflexwerking brengt vervolgens wel mee dat ook de uitzonderingen op het opzegverbod van toepassing zijn. De werkgever die ontbinding vraagt omdat de zieke werknemer

186 HR 8 oktober 2004, JAR 2004/259 (Vixia/Gerrits), zie ook *Kamerstukken I* 2001/02, 27 678, nr.37a, p.18: 'Het ligt ook wel voor de hand -en het zal in de regel ook het geval zijn- dat een werkgever eerst (als waarschuwing) de loondoorbetaling opschort en pas als de werknemer hier niet op reageert, bij de RDA een ontslagvergunning zal aanvragen. Uit hoofde van goed werkgeverschap kan een dergelijke volgorde ook van de werkgever worden verlangd. Er kunnen zich echter omstandigheden voordoen -in eerste instantie ter beoordeling van de werkgever zelf- waar deze volgorde van maatregelen wellicht minder voor de hand ligt. Denkbaar is de situatie, dat een werknemer herhaaldelijk is gemaand door de werkgever om mee te werken aan zijn reïntegratie, maar er blijkt van geeft hier absoluut geen boodschap aan te hebben. In dat geval is het voorstelbaar, dat de werkgever zowel de loondoorbetaling opschort (bedoeld zal zijn 'stopzet' md) en tegelijkertijd een ontslagvergunning aanvraagt.'

187 HR 24 december 2004, JAR 2005/50 (L'Kadi-Albert Heijn) m.nt. Verhulp.

188 Art. 45 lid 7 ZW.

189 Art. 7:685 lid 1 BW.

190 Diebels 2005, par. 3.2.

passende arbeid weigert, krijgt misschien het verwijt dat het ontbindingsverzoek inhoudelijk samenhangt met arbeidsongeschiktheid. Hij kan dat verwijt pareren met het argument dat het niet-meewerken aan re-integratie leidt tot verval van het opzegverbod en dat dit dus ook reflexwerking heeft in een ontbindingsprocedure.¹⁹¹ Een ontbinding van de arbeidsovereenkomst *wegens* arbeidsongeschiktheid zal met de vergewisplicht die de kantonrechter heeft geen gemakkelijke opgave zijn voor de werkgever, hoewel de ontbinding een enkele keer wel wordt uitgesproken.¹⁹² Ten slotte geldt ook hier dat de werknemer die zich niet verweert tegen een ontbindingsverzoek tijdens de eerste twee jaar van ziekte een benadelingshandeling pleegt en moet rekenen op een sanctie van het UWV op de ZW-uitkering.¹⁹³

2.8.2 Ontslag en ziekte: Wet Werk en Zekerheid

Door de Wet Werk en Zekerheid wijzigt het ontslagrecht met ingang van 1 juli 2015. Dat heeft gevolgen voor een aantal van de genoemde manieren waarop een einde komt aan de arbeidsovereenkomst. Vanaf 1 juli 2015 eindigt de arbeidsovereenkomst grofweg in tien situaties:

1. Einde van rechtswege door overlijden van de werknemer (artikel 7:674 lid 1 BW)
2. Einde vanwege het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd (artikel 7:669 lid 3 BW)
3. Einde van rechtswege door het verstrijken van de bepaalde tijd waarvoor de arbeidsovereenkomst is aangegaan (artikel 7:667 lid 1 BW)
4. Einde vanwege overgang van onderneming of een onderdeel daarvan (artikel 7:663 BW)
5. Einde met wederzijds goedvinden (artikel 7:670b jo.7:900 BW)
6. Einde door instemming met opzegging (artikel 7:671 lid 1 BW)
7. Einde door opzegging met ontslagvergunning (artikel 7:671a BW)
8. Einde door opzegging in de proeftijd (artikel 7:676 BW)
9. Einde door opzegging vanwege een dringende reden (artikel 7:677 lid 1 BW)
10. Einde door ontbinding door de kantonrechter (artikel 7:671b BW)

De regels rond het einde van de arbeidsovereenkomst bij overlijden (1), sec door het verstrijken van bepaalde tijd (3), bij overgang van onderneming (4), door opzegging in de proeftijd (8) en door opzegging vanwege een dringende reden (9) wijzigen niet. Bij de andere manieren van einde van de arbeidsovereenkomst wijzigt wel wat.

Bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd

Het is mogelijk overeen te komen dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt bij het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. Arbeidsongeschiktheid van de werknemer belemmert dat niet. Is dat niet overeengekomen dan kan de werkgever de arbeidsovereenkomst opzeggen tegen of na de dag waarop de werknemer de

¹⁹¹ Overigens zal de rechter in zo'n casus ook waarde hechten aan de omstandigheid of andere sancties, zoals stopzetting van loon zijn toegepast.

¹⁹² Diebels 2005, par. 4.

¹⁹³ Art. 45 lid 7 ZW.

AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt.¹⁹⁴ Voorwaarde is wel dat de arbeidsovereenkomst is aangegaan vóór het bereiken van die leeftijd. Een ontslagvergunning is in zo'n geval niet nodig, noch het aanvoeren van een redelijke grond voor opzegging. Als de oudere werknemer op het moment van opzegging arbeidsongeschikt is, geldt voor de werkgever evenmin een opzegverbod.¹⁹⁵ Deze opzegging is niet mogelijk als dat schriftelijk is uitgesloten.

Wederzijds goedvinden

De arbeidsovereenkomst kan eindigen door het sluiten van een schriftelijke overeenkomst. Schriftelijkheid is een noodzakelijke voorwaarde voor geldigheid. Arbeidsongeschiktheid staat aan het sluiten van zo'n overeenkomst niet in de weg, maar de uitkeringsconsequenties zoals geschetst in de vorige paragraaf blijven hetzelfde: de zieke werknemer die met wederzijds goedvinden afscheid neemt in de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid zal waarschijnlijk geen ZW-uitkering krijgen. Aan een einde met wederzijds goedvinden na twee jaar arbeidsongeschiktheid kleeft dit bezwaar niet. Om te voorkomen dat de werknemer kan worden gehouden aan een beëindigingsovereenkomst terwijl hij bijvoorbeeld onder druk is gezet of niet goed is voorgelicht, geldt in alle gevallen een bedenktijd. Binnen veertien dagen na de datum waarop de overeenkomst tot stand is gekomen kan de werknemer de overeenkomst schriftelijk, zonder opgave van reden, ontbinden.¹⁹⁶ Het lijkt er op dat er na deze termijn geen mogelijkheid bestaat de beëindigingsovereenkomst te ontbinden.¹⁹⁷

Instemming met de opzegging

De werkgever kan een arbeidsovereenkomst alleen opzeggen als hij daarvoor een redelijke grond heeft en herplaatsing binnen redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt.¹⁹⁸ De redelijke gronden worden vervolgens limitatief opgesomd in de wet.¹⁹⁹ Een nieuwe figuur die met de Wet Werk en Zekerheid wordt ingevoerd, is de instemming met de opzegging.²⁰⁰ Arbeidsrechtelijk kan de arbeidsongeschikte werknemer instemmen met de opzegging door de werkgever, waarna rechtsgeldig een einde komt aan de arbeidsovereenkomst. Het opzegverbod tijdens arbeidsongeschiktheid is in zo'n geval niet van toepassing.²⁰¹ Er zijn veel parallelen te trekken met de beëindiging met wederzijds

194 Of als voor hem een afwijkende pensioenleeftijd geldt, de leeftijd bereikt waarop voor hem recht op pensioen ontstaat.

195 Art. 7:670a lid 2 aanhef en sub e BW.

196 De termijn van veertien dagen geldt als de overeenkomst de bevoegdheid tot buitengerechtelijke ontbinding vermeldt. Zo niet, dan is de termijn drie weken.

197 Deze situatie lijkt te vallen binnen de regels van exclusiviteit die Konijn beschrijft, Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit? Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst*, (diss.), Boom Juridische Uitgevers: Den Haag, 1999, p.63-67.

198 Art. 7:669 lid 1 BW.

199 Art. 7:669 lid 2 BW: de zogeheten a- tot en met h-grond; de b-grond is langdurige arbeidsongeschiktheid, de c-grond is frequent ziekteverzuim.

200 Voor kritiek daarop o.a. P. Hufman en J.H. Bennaars, 'De opzegging met instemming of toestemming' in: L.G. Verburg e.a. (red.), *Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (33 818). Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA*, Kluwer: Deventer, 2014, p.69-77.

201 Art. 7:670b lid 2 aanhef en sub a BW.

goedvinden.²⁰² Ook hier heeft de instemmende werknemer een bedenktijd van twee weken en ook hier zullen er uitkeringsconsequenties te verwachten zijn als de zieke werknemer instemt met een opzegging in de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid. Na die eerste twee jaar lijkt er geen bezwaar te bestaan tegen instemming.

Opzegging met ontslagvergunning

Als de werknemer niet instemt met een opzegging dan moet de werkgever bij twee redelijke gronden aan het UWV toestemming vragen voor opzegging, te weten als de werkgever wil beëindigen vanwege -kort gezegd- bedrijfseconomische omstandigheden of vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid.²⁰³ Bij de zogeheten a-grond (bedrijfseconomische omstandigheden) loopt de werkgever er tegen aan dat er gedurende de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid een opzegverbod bestaat, behalve als de ziekmelding dateert van na ontvangst door het UWV van een ontslagvergunningsaanvraag.²⁰⁴ Dat maakt een opzegging van de arbeidsovereenkomst met de zieke werknemer in de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid niet mogelijk. Het opzegverbod vervalt wel als de onderneming haar werkzaamheden beëindigt.²⁰⁵ Dat is echter beperkter dan in de situatie tot 1 juli 2015, omdat tot dan het opzegverbod ook vervalt als de werkzaamheden eindigen van het *onderdeel* van de onderneming waar de werknemer werkt.²⁰⁶ De ontslagbescherming van de zieke werknemer in de eerste twee jaar is daarmee vergroot. Bij de zogeheten b-grond (langdurige arbeidsongeschiktheid) is sprake van arbeidsongeschiktheid langer dan twee jaar, zodat geen opzegverbod meer geldt. Ook in deze situatie moet een werkgever voorafgaand aan de opzegging een ontslagvergunning van het UWV hebben.

Ontbinding

De ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter is toegestaan als aan de voorwaarden voor opzegging wordt voldaan en geen opzegverbod van toepassing is.²⁰⁷ Het betreft hier de andere redelijke gronden dan bedrijfseconomische redenen of langdurige arbeidsongeschiktheid, zoals bijvoorbeeld frequent ziekteverzuim, het niet-naleven van de re-integratieverplichtingen of een verstoorde arbeidsverhouding.²⁰⁸ Bij de werknemer die zijn re-integratieverplichtingen tijdens ziekte zonder deugdelijke grond niet naleeft, vervalt het opzegverbod.²⁰⁹ Na een

202 Voor het verschil zie o.a. de bedoeling van deze rechtsfiguur: het incorporeren van de preventieve toets in het BW, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr.4, p.54.

203 Art. 7:669 lid 2 aanhef en sub a en b jo. art. 7:671 lid 1 aanhef en sub a BW.

204 Zeeuwen wees erop dat uit de toelichting leek dat het moest gaan om een *volledige* ontslagaanvraag, hetgeen een verzwaring in vergelijking tot de situatie tot dan zou betekenen. N.T.A. Zeeuwen, 'De opzegverboden' in: L.G. Verburg e.a. (red.), *Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (33 818)*. *Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA*, Kluwer: Deventer, 2014, p.83-84; zie ook R.S. van Coevorden, 'Bijzondere opzegverboden', *TAP* 2014/1, p.47. De Minister heeft in de Eerste Kamer verduidelijkt dat er geen wijziging is beoogd, *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, nr. C, p.118-119.

205 Art. 7:670a lid 2 aanhef en sub d BW.

206 Zeeuwen, p.86-87, die er op wijst dat het opzegverbod bij zwangerschap en militaire dienst wel eindigt bij het einde van het onderdeel van de onderneming (art. 7:670a lid 3 BW).

207 Art. 7:671b lid 2 BW.

208 Art. 7:669 lid 2 jo. 671b lid 1 aanhef en sub a BW; frequent ziekteverzuim is de c-grond, een verstoorde arbeidsverhouding de g-grond.

209 Art. 7:670a lid 1 BW.

tevergeefse loonstop zal de werkgever ontbinding kunnen verzoeken door een beroep te doen op verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.²¹⁰ Er geldt sowieso geen opzegverbod als de ziekte is ontstaan nadat het verzoek om ontbinding door de kantonrechter is ontvangen.²¹¹

Is er wel een opzegverbod, bijvoorbeeld tijdens ziekte, dan kan de kantonrechter toch ontbinden als het 'verzoek geen verband houdt met omstandigheden waarop die opzegverboden betrekking hebben'. De vergewisplicht van de kantonrechter komt per 1 juli 2015 te vervallen en wordt door deze toets vervangen, waarmee materieel geen verschil is beoogd. Daar is aan toegevoegd dat de arbeidsovereenkomst van een zieke werknemer op werkgeversverzoek kan worden ontbonden, als er sprake is van omstandigheden van dien aard dat de arbeidsovereenkomst in het belang van de werknemer behoort te eindigen.²¹²

Een grote wijziging is de ontbinding van de arbeidsovereenkomst van de zieke werknemer als zich bedrijfseconomische omstandigheden voordoen. De arbeidsovereenkomst van de zieke werknemer van wie de functie na correcte toepassing van het afspiegelingsbeginsel vervalt, kan *niet* door de kantonrechter worden ontbonden.²¹³ Ondanks het opzegverbod zou ontbinding van de arbeidsovereenkomst, net als onder het recht tot 1 juli 2015, mogelijk moeten zijn, aangezien de ontbindingsreden een zelfstandige redelijke grond vormt die los staat van ziekteomstandigheden. Aan de Minister is in de parlementaire behandeling gevraagd of *bewust* wordt afgeweken van een al tientallen jaren durende praktijk. Hij betwistte zo'n bestaande praktijk en motiveerde het ontbindingsverbod:

*'De ratio hiervan is dat de werkgever verantwoordelijk is voor de re-integratie van een langdurig zieke werknemer binnen zijn bedrijf. Dat kan zijn re-integratie in zijn eigen functie maar ook op een andere functie binnen de onderneming en als daar geen mogelijkheden toe bestaan, re-integratie bij een andere werkgever (het zogenoemde tweede spoor). Het enkele feit dat de arbeidsplaats van een langdurig zieke werknemer komt te vervallen, waarvoor de werknemer mogelijk ook niet meer geschikt voor is om naar terug te keren ook al zou die blijven bestaan, betekent dan ook niet dat de verantwoordelijkheid van de werkgever voor de re-integratie van de werknemer daarmee moet komen te vervallen. Om die reden blijft in de geschetste situatie het opzegverbod van toepassing en daarmee ook de verantwoordelijkheid van de werkgever voor de re-integratie van de desbetreffende werknemer.'*²¹⁴

Het niet langer kunnen ontbinden van de arbeidsovereenkomst van een zieke werknemer bij een bedrijfseconomische reden is kritisch onthaald.²¹⁵

210 Art. 7:669 lid 2 aanhef en sub e jo. art. 7:671b lid 5 BW; verwijtbaar handelen is de e-grond.

211 Art. 7:671b lid 7 BW, gelijk aan de UWV-procedure.

212 Art. 7:671b lid 6 BW.

213 Art. 7:671b lid 2 BW verbiedt ontbinding als er een opzegverbod geldt, maar ontbinding wordt weer wel mogelijk gemaakt in art. 7:669 lid 6 BW. Die mogelijkheid geldt alleen voor de redelijke gronden als genoemd in art. 7:669 lid 2, aanhef en sub b tot en met h BW. Voor de a-grond is de mogelijkheid niet opengesteld.

214 Kamerstukken I 2013/14, 33 818, nr. C, p.50.

215 E.B. Wits, 'De zieke werknemer en zijn werkgever: uit het oog uit het hart?' in: L.G. Verburg e.a. (red.), *Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (33 818). Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht* VvA, Kluwer: Deventer 2014, p.193-194, Zeeuwen, p.86-87, Van Coevorden, p.50-51.

Nieuw is ten slotte dat de werkgever verplicht is een deskundigenverklaring van het UWV in het geding te brengen als hij een ontbindingsverzoek indient vanwege frequent ziekteverzuim of het niet-naleven van de re-integratieverplichtingen door de werknemer.²¹⁶ Tot 1 juli 2015 was een deskundigenverklaring van het UWV alleen verplicht voor de werknemer bij een loonvordering ex artikel 7:629 BW of een vordering rond passende arbeid ex artikel 7:658 lid 2 BW.²¹⁷ De sanctie voor de werkgever op het niet beschikken over een deskundigenverklaring is afwijzing van het ontbindingsverzoek.

Ontslagvergoeding

Na een beëindiging van een arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever of als de arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigt na ten minste twee jaar te hebben geduurd, is een transitievergoeding verschuldigd aan de werknemer.²¹⁸ De transitievergoeding bestaat uit een bedrag in geld en wordt berekend aan de hand van de lengte van het dienstverband, waarbij tot 1 januari 2020 ook de leeftijd van de werknemer en de omvang van het bedrijf van de werkgever een rol spelen. Zo zijn MKB-bedrijven uitgezonderd van de tijdelijke verruiming van de transitievergoeding voor werknemers van ouder dan 50 jaar. Per volle periode van zes maanden dienstverband heeft de werknemer recht op 1/6^e, 1/4^e of 1/2^e maandsalaris, met een maximering.²¹⁹ Deze vergoeding is bedoeld om transities op de arbeidsmarkt van werk naar werk te vergemakkelijken. De besteding van de transitievergoeding is desondanks volkomen vrij. Op de transitievergoeding komen in mindering kosten die bij het eindigen worden gemaakt om werkloosheid te voorkomen of te bekorten en kosten die tijdens het dienstverband zijn gemaakt gericht op het bevorderen van de bredere inzetbaarheid van de werknemer. Naast de transitievergoeding kan een werknemer aanspraak maken op een billijke vergoeding. De wet maakt dat mogelijk bij ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, ook bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.²²⁰ De kans om deze vergoeding te krijgen is klein ('muiszengaatje'), omdat het is bedoeld voor 'uitzonderlijke gevallen' en 'daadwerkelijk onrecht'.

Een transitievergoeding is ook verschuldigd bij een einde tijdens arbeidsongeschiktheid of na twee jaar arbeidsongeschiktheid. In dat laatste geval bestaan in de regel geen mogelijkheden om van werk naar werk te komen, aangezien de werkgever vaak al re-integratie bij een andere werkgever heeft onderzocht. Een transitie lijkt dus niet reëel. De Minister ziet desondanks geen rechtvaardiging om de langdurig zieke werknemer anders te behandelen dan anderen.²²¹ Ten aanzien van de billijke vergoeding

216 Art. 7:671b lid 4 en 5 BW.

217 Resp. art. 7:629a en 7:658b BW.

218 Behalve als de werknemer ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Ook als de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld en dat heeft geleid tot een beëindigingsinitiatief van de werknemer is een transitievergoeding verschuldigd. De transitievergoeding hoeft niet te worden betaald bij een einde met wederzijds goedvinden, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr.3, p.39.

219 Artt. 7:673-673d BW.

220 Art. 7:682 en art. 7:673 lid 9 BW.

221 Ook mogen re-integratiekosten niet in mindering komen op de transitievergoeding, want die zijn van een andere aard, *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 818, nr.C, p.50.

geldt dat de rechter een vergoeding kan toekennen als de *opzegging* vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. Als voorbeeld daarvan wordt genoemd het ernstig veronachtzamen van de re-integratieverplichtingen.²²²

2.8.3 Conclusie

De slotsom bij arbeidsongeschiktheid en ontslag is dat belemmeringen voor ontslag in feite alleen bestaan voor de werkgever bij een chronische ziekte en bij de wens de arbeidsovereenkomst regulier op te zeggen. Het opzegverbod tijdens arbeidsongeschiktheid vormt dan een blokkade. Tegelijkertijd kan die blokkade worden gerelativeerd doordat een flink aantal gevallen is uitgezonderd van het opzegverbod. Voor de arbeidsongeschikte werknemer is een belangrijke overweging geen benadelingshandeling te plegen, dus niet in te stemmen met een beëindigingsovereenkomst en steeds verweer te voeren tegen een ontslag op staande voet en in een ontslagvergunning- of ontbindingsprocedure.

De belemmering in de ontbindingsprocedure is een stuk minder groot. Er geldt immers geen ontslagverbod bij ziekte, maar een opzegverbod. De kantonrechter mag daarom *tijdens* arbeidsongeschiktheid de arbeidsovereenkomst ontbinden, maar in beginsel niet *wegens* arbeidsongeschiktheid. De vergewisplicht zorgt ervoor dat de kantonrechter de ontslaggrond hierop toetst.

De WWZ verhoogt de ontslagbescherming van de zieke werknemer door ontbinding vanwege bedrijfseconomische redenen tijdens ziekte niet meer toe te staan. Het opzegverbod kruipt daarmee meer naar een ontslagverbod. Bovendien neemt de ontslagbescherming toe door het opzegverbod bij het sluiten van een onderdeel van onderneming niet te laten vervallen.²²³ Verder wordt de financiële last op de werkgever vergroot door hem aan de langdurige zieke werknemer bij een ontslag na twee jaar arbeidsongeschiktheid een transitievergoeding te laten betalen, zonder dat daarop de kosten van re-integratie-inspanningen gericht op een andere werkgever in mindering komen.²²⁴ Het leidt er wellicht toe dat werkgevers na twee jaar langdurige arbeidsongeschiktheid niet meer over zullen gaan tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomst, maar die 'slapend' laten voortbestaan.

222 *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 818, nr.C, p.113. De Minister licht nog toe dat de arbeidsongeschiktheid zelf niet door ernstig verwijtbaar handelen of nalaten hoeft te zijn veroorzaakt, in afwijking van de daartoe strekkende abusievelijke opmerking in de MvT, p.118.

223 Van Coevorden, p.51.

224 Zie daarover ook kritisch Wits, p.192-193.

2.9 Afronding

In dit hoofdstuk is gedefinieerd wat in dit onderzoek onder de begrippen re-integratie, arbeidsongeschiktheid en werknemer wordt verstaan. Verder zijn de systeemkenmerken besproken met als belangrijkste elementen de inkomensvoorziening bij arbeidsongeschiktheid en ontslag bij arbeidsongeschiktheid. Voorafgaand aan de ontwikkeling van een toetsingskader is het zaak om het begrip 'flexicurity' toe te lichten.

HOOFDSTUK 3

Flexicurity

De toelichting op het begrip flexicurity zorgt er voor dat duidelijk wordt wat daaronder wordt verstaan. Voor de ontwikkeling van het toetsingskader is dat noodzakelijk.

3.1 Inleiding

Flexicurity is een relatief nieuw begrip. Pas in 2007 is het omarmd door Europese instituties als de strategie voor een toekomstgericht werkgelegenheidsbeleid in de EU. In § 3.1 ga ik in op de historische ontwikkeling naar Europees werkgelegenheidsbeleid en in § 3.2 op het juridische kader daarvoor. Daarbij sta ik in het algemeen stil bij de bevoegdheidstoedeling en de supranationale mogelijkheden en beperkingen rond beleid. Ik benoem de grondslag voor het werkgelegenheidsbeleid en bespreek de verdragsrechtelijke instrumenten die daarvoor kunnen worden ingezet. § 3.3 staat in het teken van de opkomst en ontwikkeling van de flexicuritynotie, waarna ik in § 3.4 de inhoud daarvan schets. § 3.5 wordt benut om de *Open Method of Coordination* (OMC) te bespreken, die de kaders zet voor hoe flexicurity moet worden nagestreefd. Ten slotte zijn aan de hand van de besproken onderwerpen antwoorden te geven op de eerste deelvragen uit de probleemstelling (§ 3.6).

3.2 Europees werkgelegenheidsbeleid

De Europese aandacht voor werkgelegenheidsbeleid is niet vanzelfsprekend. Vanaf het begin heeft de EU¹ weliswaar zowel economische als sociale doelen nagestreefd, maar met een overduidelijke nadruk op de economie en het scheppen van een interne markt. De gedachte was lange tijd dat het sociale systeem (lees: werkgelegenheid) vanzelf profijt zou trekken van een bloeiende economie.² In de socialepolitiekparagraaf in het EEG-Verdrag stond weliswaar dat een doel was 'de bevordering van

1 Ik gebruik uit het oogpunt van leesbaarheid consequent de huidige aanduiding EU, hoewel op sommige punten de aanduiding Europese Economische Gemeenschap (EEG) of Europese Gemeenschap (EG) preciezer zou zijn. Soms kies ik hierna vanwege dezelfde afweging de term Europa, waarmee ik in de regel de EU bedoel. Waar ik spreek over de Raad bedoel ik de Raad van Ministers (art. 16 VEU) en niet de Europese Raad van staatshoofden en regeringsleiders (art. 15 VEU); met de Commissie bedoel ik de Europese Commissie en het Parlement is het Europees Parlement.

2 S. Bekker, *Flexicurity: explaining the development of a European concept* (diss.), Ipskamp: Nijmegen 2011, p.14.

werkgelegenheid, het mogelijk maken van een hoog werkgelegenheidsniveau, de gestage verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden' maar mét de toevoeging dat de Lidstaten *'van mening (zijn) dat een dergelijke ontwikkeling zal voortvloeien...uit de werking van de interne markt waardoor de harmonisatie der sociale stelsels zal worden bevorderd'*. Een tamelijk passieve opvatting dus.³

Pas met het Verdrag van Maastricht in 1992 en daarop volgende vergaderingen van de Europese Raad in Essen (1994) en Dublin (1996) kwam werkgelegenheidsbeleid meer centraal te staan. Het leidde tot ideeën voor het centraal coördineren van dat beleid, waarbij aandacht moest bestaan voor het combineren van *'worker protection with greater flexibility'* en *'to reconcile security for workers with the flexibility which firms need'*.⁴

Met het Verdrag van Amsterdam van 2 oktober 1997 werd werkgelegenheid formeel toegevoegd aan het lijstje met beleidsdomeinen waarop de Europese Unie bevoegd was.⁵ Bovendien werd herhaald dat de EU ten doel had een hoog niveau van werkgelegenheid en sociale bescherming te bereiken.⁶ Overigens is de werkgelegenheidsparagraaf in 1997 tegelijkertijd ingevoerd met de paragraaf over economisch en monetair beleid en beide paragrafen moeten in onderlinge samenhang worden gelezen.⁷ Het gecombineerde effect van deze twee paragrafen is een strategie om werkgelegenheid te bevorderen gebaseerd op gecoördineerde macro-economische politiek en structurele hervormingen. De Europese Raad constateerde in Amsterdam: *'economic and social policies are mutually reinforcing. Social protection systems should be modernized so as to strenghten their functioning in order to contribute to competitiveness, employment and growth.'*⁸ Dit is de kern van het zogeheten Europese Sociaal Model dat als uitgangspunt heeft dat economische en sociale vooruitgang hand in hand moeten gaan.⁹

3 Nu: art. 151 VWEU. Passiviteit ondanks bijvoorbeeld ook het bestaan van het Europees Sociaal Fonds (nu: art. 162 VWEU).

4 Bekker, p.91-97, Groenboek Commissie 1997 'Partnership for a New Organisation of Work': *'The key issue ...is to strike the right balance between flexibility and security.'*

5 Art. 125-130 Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (EG-Verdrag).

6 Art. 125 EG-Verdrag, nu: art. 145 VWEU, R. Blanpain, 'Europa, arbeid en het recht' in: R. Blanpain e.a., *Europa na het Verdrag van Amsterdam. Institutioneel en Sociaal*, Peeters: Leuven 1998, p.150 die er ook op wijst dat dit geen nieuw doel was.

7 Verdrag van Amsterdam, 2 oktober 1997. De werkgelegenheidsparagraaf is met het Verdrag van Lissabon van 2009 alleen op ondergeschikte punten iets veranderd, Barents p.568-569.

8 Zie uitgebreid daarover: D. Ashiagbor, *The European Employment Strategy. Labour Market Regulation and New Governance*, Oxford University Press, 2005, p.110-127.

9 Commissievoorzitter Jacques Delors introduceerde de term Europees Sociaal Model (ESM) in de jaren tachtig, M. Keune en M. Jepsen, 'Not balanced and hardly new: the European Commission's quest for flexicurity', ETUI-REHS, WP 2007.01, p.11. Rogowski stelt dat het ESM bestaat uit het balanceren van economische en sociale belangen, waarbij sociaal en werkgelegenheidsbeleid een integraal deel is van het economisch beleid en een factor die belangrijk bijdraagt aan de Europese economie, R. Rogowski, 'Governance of the European Social Model: The Case of Flexicurity', *Forum*, maart/april 2008, p.82. Overigens onderkent hij dat het 'model' niet echt te definiëren is, maar dat het vooral staat voor aspiraties, p.88-90.

Lastig was daarbij dat de EU wel 'harde' juridische bevoegdheden heeft als het gaat om economisch en monetair beleid, zoals bijvoorbeeld rond het vrije verkeer of de mededinging, maar niet op sociaal gebied. Maatregelen op dat gebied bleven voorbehouden aan de Lidstaten, zodat de speelruimte voor de EU om meer dwingend te werken aan een Europees sociaal beleid beperkt was. Uitwerking van het streven naar een hoog werkgelegenheidsniveau en sociale bescherming werd daarom de *European Employment Strategy* (EES), waarvan de basis werd verankerd in het gemeenschapsrecht.¹⁰ Een concreet onderdeel van het EES is het jaarlijks opstellen van richtsnoeren (*guidelines*) door de Raad (op voordracht van de Commissie), waarmee de Lidstaten in hun werkgelegenheidsbeleid rekening moeten houden. Jaarlijks wordt aan de hand van terugkoppeling van de Lidstaten door de Raad geëvalueerd of zij in hun werkgelegenheidsbeleid de opgestelde richtsnoeren wel voldoende in aanmerking hebben genomen. Eind 1997 werden voor het eerst verschillende richtsnoeren vastgesteld o.a. gericht op het verbeteren en actief ondersteunen van de inzetbaarheid van werknemers, het aanmoedigen van het aanpassingsvermogen van ondernemingen en hun werknemers, waarbij 'het vereiste evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid' tot stand moest worden gebracht en het steunen van de opname van gehandicapten op de arbeidsmarkt.¹¹ Bij het volgen van de werkgelegenheidsrichtsnoeren zouden tegelijkertijd de economische en monetaire richtsnoeren moeten worden betrokken. Dat economische en sociale vooruitgang hand in hand moesten gaan (het Europese Sociale Model) werd onderstreept.¹² Het werkgelegenheidsbeleid was daarmee eind jaren negentig een EU-taak geworden, maar dan met name over de band van coördinatie van nationaal beleid via richtsnoeren. Enige reële sanctie op het niet volgen van die richtsnoeren ontbrak.

3.3 Juridisch kader werkgelegenheidsbeleid

Met het Verdrag van Lissabon werden verschillende bestaande Europese verdragen hervormd en gewijzigd wat leidde tot het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU). Deze verdragen traden in werking per 1 december 2009 en vormen nu het juridische kader voor werkgelegenheidsbeleid.¹³ Allereerst bespreek ik de juridische bevoegdheidstoeiding voor werkgelegenheidsbeleid en de beperkingen daarin. Is de EU überhaupt wel bevoegd om iets te zeggen over 'ons' werkgelegenheidsbeleid? Ik ga daarna in op de koers van dat werkgelegenheidsbeleid en welke instrumenten de EU daarvoor kan inzetten.

10 Art. 128 EG-Verdrag, nu: art. 148 VWEU, Bekker, p.97.

11 M. Colucci, 'Europese werkgelegenheidsstrategie' in: R. Blanpain e.a., *Europa na het Verdrag van Amsterdam. Institutioneel en Sociaal*, Peeters: Leuven 1998, p.273-277.

12 S. Klosse, 'Europees werkgelegenheidsbeleid', *SMA* 2000/7/8, p.341-342.

13 Titel IX van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Barents, p.86-108, K. Lenaerts en P. van Nuffel, *Europees recht*, Intersentia: Antwerpen 2011, p.44-49.

3.3.1 Europese bevoegdheidstoedeling en -beperking

Weinig Europese onderwerpen liggen zo gevoelig als de verhouding tussen Brusselse bevoegdheden aan de ene kant en die van Den Haag, Londen of Parijs aan de andere kant. Barents noemt het een 'bevoegdheidsfobie'.¹⁴ Artikel 5 lid 2 VEU bepaalt dat door de Lidstaten aan de Unie bevoegdheden zijn toebedeeld om doelstellingen te verwezenlijken. Zijn geen bevoegdheden toebedeeld dan zijn de Lidstaten bevoegd. Dit is uitgewerkt in het VWEU. Artikel 2 lid 3 VWEU bepaalt dat de Lidstaten hun 'werkgelegenheidsbeleid' moeten coördineren, overeenkomstig de regels die de Unie kan vaststellen.¹⁵ De bevoegdheden rond werkgelegenheidsbeleid liggen dus bij de Lidstaten, maar met een gelijktijdige coördinerende bevoegdheid van de Unie. Hoe ver gaat dat coördineren? De belangrijkste beperking bij de 'Brusselse beleidsmakerij' is het zogeheten subsidiariteitsbeginsel, dat ook van toepassing is op coördinerende bevoegdheden.¹⁶ Dat beginsel regelt dat de Unie slechts dan optreedt:¹⁷

'indien en voor zover de doelstellingen van het overwogen optreden niet voldoende door lidstaten op centraal, regionaal of lokaal niveau kunnen worden verwezenlijkt, maar vanwege de omvang of de gevolgen van het overwogen optreden beter door de Unie kunnen worden bereikt'.

Vervolgens wordt in het 'Protocol betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid' een zeer gedetailleerde procedure beschreven, om vast te stellen óf de Unie zou mogen optreden. Artikel 5 lid 4 VEU toetst zo'n (coördinerend) optreden dan nog aan de evenredigheid: *'niet verder dan wat nodig is om de doelstellingen van de Verdragen te verwezenlijken'.*

Deze beginselen van subsidiariteit en evenredigheid zijn vooral politiek van aard. De bedoeling lijkt om de autonomie van de Lidstaten te benadrukken in verband met de vrees in een aantal Lidstaten voor een Europese 'superstaat'.¹⁸ Woorden in de tekst als 'niet voldoende' en 'beter' zijn polyinterpretabel en impliceren een

¹⁴ Barents, p.371.

¹⁵ De EU heeft met betrekking tot het 'sociaal beleid' een gedeelde bevoegdheid, met de Lidstaten 'voor de in het onderhavige Verdrag genoemde aspecten' (art. 4 lid 2 VWEU). Werkgelegenheidsbeleid valt niet onder het begrip 'sociaal beleid', wat is af te leiden uit art. 5 VWEU, waarin sociaal beleid en werkgelegenheidsbeleid in aparte leden worden behandeld.

¹⁶ Barents vraagt zich af of het subsidiariteitsbeginsel ook opgaat voor coördinerende bevoegdheden. Die impliceren namelijk al dat de Lidstaten primair bevoegd blijven en de Unie maar een minimale rol heeft, p.387. Het VWEU kent echter geen beperking in het bereik van het subsidiariteitsbeginsel: de uitoefening van toegedeelde bevoegdheden (coördinerend of anderszins) gebeurt aan de hand van dat beginsel, art. 5 lid 1 VEU.

¹⁷ Art. 5 lid 3 VEU. Het gaat hier dus niet om bevoegdheidstoedeling, maar uitoefening van de toegedeelde bevoegdheden, uitgezonderd die waar de Unie exclusief bevoegd is.

¹⁸ Barents, p.384-385. Andere beperkingen voor de EU hebben betrekking op de sociale zekerheid. Het gaat om art. 2 Protocol betreffende de diensten van algemeen belang en art. 48b VWEU, die beide de bevoegdheden van de Lidstaten versterken dan wel bevestigen. M. Ferrera, 'Modest Beginnings, Timid Progress' in: B. Cantillon, H. Verschuere en P. Ploscar, *Social Inclusion and Social Protection in the EU: Interactions between Law and Policy*, Intersentia: Antwerpen 2012, p.30, Barents, p.463-464 en 565-567.

discretionaire beoordeling. Het toetsen door de Europese rechter van de rechtmatigheid van Unie-optreden aan de hand van het subsidiariteitsbeginsel gebeurt daarom slechts marginaal. Dát betekent weer dat niet helemaal helder is hoe het subsidiariteitsbeginsel juridisch in een concreet geval werkt.¹⁹ Feit is wel dat het polyinterpretabele karakter van het subsidiariteitsbeginsel aan Lidstaten de mogelijkheid biedt de Unie op het gebied van werkgelegenheidsbeleid op afstand te houden.²⁰

3.3.2 EU-werkgelegenheidsbeleid

Als de vaststelling is dat de EU-bevoegdheid rond werkgelegenheidsbeleid van coördinerende aard is dan volgt de vraag waarop de uitoefening van die bevoegdheid moet zijn gericht. Anders gezegd, wat valt onder werkgelegenheidsbeleid? Invulling van dat begrip begint met de doelen die de EU wil bereiken en die staan opgesomd in artikel 3 lid 3 VEU:

*'De Unie...zet zich in voor de duurzame ontwikkeling van Europa, op basis van...een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang...De Unie bestrijdt sociale uitsluiting en discriminatie en bevordert sociale rechtvaardigheid en bescherming, de gelijkheid van mannen en vrouwen, de solidariteit tussen generaties en de bescherming van de rechten van het kind.'*²¹

De algemene doelen zijn verder uitgewerkt in de werkgelegenheidsparagraaf, te weten 'een gecoördineerde strategie voor werkgelegenheid en in het bijzonder voor de bevordering van scholing, de opleiding en het aanpassingsvermogen van de werknemers en de arbeidsmarkten die soepel reageren op economische veranderingen', om de doelen van artikel 3 te bereiken.²² De (slechts) coördinerende bevoegdheid van de EU wordt in de werkgelegenheidsparagraaf sterk benadrukt:

- de Lidstaten en de Unie streven naar een 'gecoördineerde strategie' (artikel 145 VWEU),
- het is een 'gemeenschappelijke zorg' waarbij zij 'hun maatregelen coördineren' (artikel 146 lid 2 VWEU),
- het opstellen van Europese 'richtsnoeren, waarmee de lidstaten in hun werkgelegenheidsbeleid rekening houden' (artikel 148 lid 2 VWEU)
- er is een raadgevend comité voor werkgelegenheid om 'de coördinatie van het werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid te bevorderen' (artikel 150 VWEU).²³

¹⁹ Barents, p.388-390.

²⁰ Dit geldt eens te meer vanwege de (nog te bespreken) 'Open Method of Coordination' (OMC).

²¹ Er is inconsistentie tussen het algemene doel van 'volledige werkgelegenheid' uit art. 3 lid 3 VWEU en de uitwerking daarvan in een 'hoog niveau van werkgelegenheid', 'hoog werkgelegenheidsniveau' resp. 'duurzaam hoog werkgelegenheidsniveau' (artt. 8, 147 lid 1 én 2 en 151 VWEU).

²² Art. 145 e.v. VWEU.

²³ Bij dit laatste is opmerkelijk dat in een adem met werkgelegenheidsbeleid ook arbeidsmarktbeleid wordt genoemd, waar op andere plaatsen in de Verdragen alleen maar over werkgelegenheidsbeleid wordt gesproken.

Uitdrukkelijk is het gemeenschappelijke werkgelegenheidsbeleid niet gericht op 'Brusselse' harmonisatie,²⁴ maar de nadruk ligt wel op het zoeken naar een bepaalde mate van eenheid.

Behalve in de werkgelegenheidsparagraaf staan in de paragraaf rond sociale politiek (artikel 151 e.v. VWEU) soortgelijke doelen.²⁵ Eerder werd al de nauwe samenhang met het economische en monetaire beleid aangestipt. Artikel 9 VWEU geeft een concrete instructie aan de Unie om bij (ook dat) beleid met die sociale doelen rekening te houden:

*'Bij de bepaling en de uitvoering van haar beleid en optreden houdt de Unie rekening met de eisen in verband met de bevordering van een hoog niveau van werkgelegenheid, de waarborging van een adequate sociale bescherming, de bestrijding van sociale uitsluiting alsmede een hoog niveau van onderwijs, opleiding...'*²⁶

Artikel 9 VWEU wordt wel de belangrijkste vernieuwing van het Verdrag van Lissabon genoemd.²⁷ Het biedt namelijk aan de EU de mogelijkheid om in al haar eigen beleid aandacht aan deze sociale doelen te schenken, náást de aparte coördinerende bevoegdheid. Hoe dat 'rekening houden' van artikel 9 VWEU precies moet, is echter niet opgenomen. Dat dit kan wringen, blijkt uit het verband met het economische beleid, waarbij afstemming evengoed sterk wordt benadrukt. Het nationale economische beleid moet worden gebaseerd op 'nauwe' coördinatie en globale economische EU-richtsnoeren, zeker voor landen die de euro hebben.²⁸ Omdat artikel 146 lid 1 VWEU bepaalt dat het nationale werkgelegenheidsbeleid wél verenigbaar moet zijn met de richtsnoeren voor het economische beleid, ligt in mijn beleving het primaat bij de economie.²⁹ Dat roept de vraag op hoe zich dat verhoudt tot artikel 9 VWEU. De economie gaat voor, maar er moet wel 'rekening worden gehouden met' sociale doelen? Zowel Ferrera als Dawson/De Witte zien een rol weggelegd voor de Commissie, voor het Parlement maar vooral voor het Hof van Justitie EU bij de invulling

24 Art. 149 laatste volzin VWEU.

25 Vanaf 1957 kenden de voorlopers van het VWEU al een paragraaf over sociale politiek, met een andere achtergrond en ontstaansgeschiedenis (art. 117 Verdrag van Rome (EEG-verdrag). Zie E. Steyger, 'Sociaalrechtelijke rechtsvorming, European style', *SMA*, 2000 nr.7/8, p.273. Oorspronkelijk ging sociale politiek over samenwerking tussen Lidstaten, nu richt het zich op: 'de bevordering van werkgelegenheid...zodat de onderlinge aanpassing daarvan op de weg van vooruitgang wordt mogelijk gemaakt, alsmede een adequate sociale bescherming, de sociale dialoog, de ontwikkeling van de menselijke hulpbronnen om een duurzaam hoog werkgelegenheidsniveau mogelijk te maken en de bestrijding van uitsluiting. Te dien einde leggen de Unie en de lidstaten maatregelen ten uitvoer waarin rekening wordt gehouden met de verscheidenheid van de nationale gebruiken, met name op het gebied van contractuele betrekkingen, alsmede met de noodzaak om het concurrentievermogen van de economie van de Unie te handhaven.' Zie Vandeputte over de samenhang tussen sociale politiek en werkgelegenheidsbeleid, p.389-391.

26 Herhaald in art. 147 lid 2 VWEU: 'Bij het bepalen en uitvoeren van het beleid en de activiteiten van de Unie wordt rekening gehouden met de doelstelling van een hoog werkgelegenheidsniveau.'

27 Ferrera, p.29.

28 artt. 119 lid 1, 121, 134 en 136 VWEU. De Unie stelt de richtsnoeren op en niet-naleving leidt tot een waarschuwing van de Commissie en (openbare) aanbevelingen van de Raad.

29 Zie bijv. ook R. Dukes, 'Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law' in: G. Davidov en B. Langille (red.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011, p.65-66, onder verwijzing naar overeenstemmende rechtspraak van het HvJ EU in bijvoorbeeld de zaken Laval, Viking en Ruffert.

en beoordeling van beleid. Artikel 9 biedt tegenwicht tegen alleen maar gericht zijn op economische doelstellingen: ‘... in the sense that their aim should not merely be that of establishing and safeguarding a free competitive market, but more broadly, that of improving the functioning of a ‘social market economy’.³⁰ Jacobs meent dat van het Hof van Justitie EU weinig heil is te verwachten, vanwege de voorrang voor de markt die hij in verschillende uitspraken heeft laten zien.³¹

3.3.3 Juridische instrumenten voor werkgelegenheidsbeleid

De EU is dus bevoegd om het werkgelegenheidsbeleid te coördineren, waarbij economische en sociale doelen elkaar niet in de wielen mogen rijden bij het behalen van specifieke doelen. Het VWEU geeft in artikel 288 de belangrijkste juridische instrumenten van de Unie weer voor het bereiken van beleidsdoelstellingen: verordeningen, richtlijnen, besluiten, aanbevelingen en adviezen. Voor sociale politiek komt daar nog de mogelijkheid bij om met sociale partners overeenkomsten te sluiten (artikel 155 VWEU, ook wel sociale dialoog genoemd). Van deze instrumenten zijn verordeningen, richtlijnen en besluiten verbindend voor de Lidstaten (*hard law*), aanbevelingen en adviezen niet (*soft law*). Hier is een belangrijk verschil te zien tussen sociale politiek en werkgelegenheidsbeleid.³² Artikel 153 lid 2 VWEU geeft het Parlement en de Raad de bevoegdheid om richtlijnen vast te stellen over sociaal-politieke onderwerpen zoals arbeidsvoorwaarden, sociale zekerheid en sociale bescherming van werknemers, ontslagbescherming, medezeggenschap en gelijke behandeling m/v. Dat wil zeggen dat de Unie minimumvoorschriften vast kan stellen.³³ Voorbeelden van dergelijke richtlijnen zijn die betreffende gelijke behandeling, overgang van onderneming of over verschillende aspecten van arbeidsomstandigheden. Daarmee is de kern van sociale politiek gelegen in harde, juridisch afdwingbare bepalingen.

Bij werkgelegenheidsbeleid heeft alleen de Raad de bevoegdheid om richtsnoeren op te stellen en aanbevelingen te doen.³⁴ Formuleringen in de werkgelegenheidsparagraaf als ‘streven’, bevorderen’, ‘aanmoedigen’, ‘steunen’ en ‘stimuleringsmaatregelen’ wijzen heel duidelijk in de richting van een *soft law* aanpak.³⁵ De methodiek van het coördineren van werkgelegenheidsbeleid is neergelegd in artikel 148 VWEU:³⁶

- De Raad neemt jaarlijks conclusies aan ter zake van de werkgelegenheidssituatie (lid 1).
- De Raad stelt jaarlijks richtsnoeren op, waarmee de Lidstaten in hun werkgelegenheidsbeleid rekening houden (lid 2).

30 Dawson/De Witte, p.55-56, Ferrera, p.29.

31 A.T.J.M. Jacobs, ‘Sociaal recht en sociale politiek na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon (2)’ in: *TRA* 2010/11, p.7-9.

32 C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford University Press, 2006, p.62-145.

33 Art. 153 lid 2 sub b jo. lid 1 VWEU.

34 Art. 148 lid 2 jo. lid 4 VWEU.

35 Vandeputte, p.387-389, Barnard, p.62-145. Toch is het onderscheid niet zwart-wit. In art. 153 lid 2 aanhef en sub a en 156 tweede volzin VWEU wordt *soft law* ook toegevoegd aan sociale politiek, zie ook Vandeputte, p.389 en over *soft law* Ter Haar, p.41-59.

36 J. Kenner, *EU Employment Law. From Rome to Amsterdam and Beyond*, Hart Publishing: Portland Oregon 2003, p.475 e.v.

- Lidstaten doen elk jaar verslag aan de Raad en de Commissie van de belangrijkste maatregelen van werkgelegenheidsbeleid, gericht op tenuitvoerlegging in het licht van die richtsnoeren (lid 3).
- De Raad kan aan de hand van de verslagen onderzoek doen en aanbevelingen aan de Lidstaten uitbrengen (lid 4).
- Aan de hand van onderzoeken brengen Raad en Commissie jaarlijks een verslag uit terzake de werkgelegenheidssituatie en de tenuitvoerlegging van de richtsnoeren (lid 5).
- De Raad kan verschillende stimuleringsmaatregelen treffen om samenwerking tussen Lidstaten aan te moedigen of hun werkgelegenheidsbeleid te ondersteunen.³⁷

Niet-naleving van deze procedure in dit artikel kan formeel leiden tot een nalevingsprocedure.³⁸ Dit geldt ook voor het niet 'rekening houden met de richtsnoeren' aangezien het opstellen daarvan een verbindend besluit in de zin van artikel 288 VWEU is.³⁹ Bij het inhoudelijk niet-nastreven van de gezamenlijke doelstellingen moet de stimulans voor naleving echter komen uit onderhandelingen op politiek niveau. Juist vanwege de ruimte per Lidstaat en het rekening houden met de bijzondere eigen omstandigheden is rechterlijke controle op niet-naleving minder geschikt.⁴⁰

3.3.4 Tussenconclusie juridisch kader werkgelegenheidsbeleid

Eind jaren negentig heeft binnen de EU een belangrijke herijking plaatsgevonden door sociale en economische doelen te nevenschikken. Werkgelegenheidsbeleid als belangrijk Europees aandachtsgebied werd verankerd in het Verdrag van Amsterdam en versterkt in het Verdrag van Lissabon. De aandacht moet in het werkgelegenheidsbeleid onder andere worden gericht op het aanpassingsvermogen van werknemers en arbeidsmarkten. De bevoegdheid van de EU is daarbij niet zo sterk als op andere onderdelen van sociaal beleid. Hij kan coördineren tussen landen en controleren of wel rekening wordt gehouden met de concrete richtsnoeren voor werkgelegenheidsbeleid. Formeel gaat het niet om *soft law*, want het niet-volgen van de richtsnoeren kan een sanctie opleveren. Feitelijk leiden het subsidiariteitsbeginsel én de grote inhoudelijke beleidsvrijheid van de Lidstaten ertoe dat alleen op politiek niveau druk kan worden uitgeoefend. De daarnaast bestaande instructie om bij al het eigen EU-beleid 'rekening te houden' met sociale doelen kent nog veel vraagtekens.

37 Art. 149 VWEU.

38 Art. 258 e.v. VWEU.

39 Ter Haar, p.68-69, 78 en 158.

40 Ter Haar, p.77-80.

3.4 Opkomst en ontwikkeling van flexicurity

Na de bespreking van oorsprong en de juridische basis van het huidige EU-werkgelegenheidsbeleid is het tijd in te gaan op de concrete invulling daarvan. Die concrete invulling valt uiteen in ten eerste het flexicurityconcept en ten tweede het instrument waarmee dat concept wordt doorgevoerd. In deze paragraaf (§ 4.3) sta ik stil bij de opkomst en ontwikkeling van flexicurity. In de volgende paragraaf (§ 4.4) komt de inhoud van de actuele notie van flexicurity aan bod én de kritiek daarop. In § 4.5 wordt ingegaan op het instrument voor de invoering van flexicurity, de 'Open Method of Coordination' (OMC).

3.4.1 Opkomst van het concept flexicurity

Flexicurity is ontwikkeld in het denken over arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsbeleid. Voor zover bekend werd de term 'flexicurity' halverwege de jaren negentig voor het eerst gebruikt door de Nederlandse socioloog Adriaansens. Hij doelde daarmee op de verschuiving in het denken over (sociale) zekerheid, van baanzekerheid naar werkzekerheid.⁴¹ In rapporten van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) uit 1996 en 1997 werd de term 'flexicurity' gebruikt.⁴² Wilthagen pikte het begrip op in 1998, diepte het uit en onderzocht verschillende beleidstoepassingen.⁴³ In de daarop volgende jaren bleef hij bezig met het aanscherpen en verfijnen van het flexicurityconcept.⁴⁴ Deense academici begonnen de term ook te gebruiken vanaf 2000.⁴⁵

Dat flexicurity een centrale rol zou gaan vervullen in Europa wordt voor een belangrijk deel veroorzaakt door de arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsvoorbeelden van Denemarken en Nederland.⁴⁶ Vanaf midden jaren negentig kenmerkte de Deense arbeidsmarkt zich door de zogenaamde 'gouden driehoek': een unieke combinatie van lage ontslagbescherming, een royaal uitkeringsstelsel (maar wel in tijd beperkt) en een actief arbeidsmarkt- en opleidingsbeleid. De hoge arbeidsmobiliteit, de hoge

41 Bekker, p.104, die verwijst naar het gebruik van de term bij Adriaansens' bespreking van de Wet flexibiliteit en zekerheid. W. Vandeputte, *Ontslagrecht tussen arbeidsmarktdenken en ontslagbescherming. Onderzoek naar modernisering van het Belgische ontslagrecht* (diss.), K.U. Leuven, 2011, p.354.

42 Bekker, p.104.

43 T. Wilthagen, *Flexicurity: a new paradigm for labour market policy reform?*, WZB discussion paper, FS I 98-102, Berlijn 1998.

44 Invloedrijk was het artikel samen met Tros: T. Wilthagen en F. Tros, 'The Concept of "Flexicurity": a new approach to regulating employment and labour markets', *Transfer* 10 (2) 2004, p.166-186 (<http://ssrn.com/abstract=1133932>).

45 Bekker, p.105.

46 Vandeputte, p.374, H. Houwing, *A Dutch Approach to Flexicurity? Negotiated change in the organisation of temporary work*. (diss.) 2010, p.259. Zij wijst erop dat Denemarken wordt gezien als een 'staat van flexicurity' en Nederland als een land met een duidelijk 'flexicuritybeleid'. Overigens relateert zij de voorbeeldrol van Nederland. Uit haar deelanalyse blijkt dat de Flexwet een bepaalde balans voorstaat, die ten aanzien van tijdelijk- en uitzendwerk in de praktijk eerder uitslaat in de richting van flexibiliteit dan van zekerheid, p.262.

werkgelegenheidsgraad (van 75%, tegenover een EU-gemiddelde van rond de 65%) en de lage werkloosheid in het eerste decennium van de 21^e eeuw maakten Denemarken tot een voorbeeld voor andere landen.⁴⁷

Parallel aan de Deense ontwikkelingen brachten in Nederland minister Melkert van SZW (1995) en de Stichting van de Arbeid (1996) kort na elkaar een nota uit met voorstellen voor flexibilisering van het arbeidsbestel. Daarin stond het evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid centraal. De latere Wet flexibiliteit en zekerheid (1999) vloeiende rechtstreeks uit die twee nota's voort. Onder die wet kregen werkgevers meer flexibele mogelijkheden voor de inzet van werknemers, waarvan zij volgens evaluaties in 2002 en 2007 daadwerkelijk gebruik maakten. De rechtspositie van werknemers in een flexibele arbeidsrelatie werd tegelijkertijd merkbaar verbeterd.⁴⁸

Cruciaal voor het 'landen' van het flexicurityconcept was de Europese Raad van Lissabon van 23 en 24 maart 2000. Op die top werd voor de Europese economie de doelstelling geformuleerd om in 2010 *'de meest concurrerende en dynamische kenniseconomie van de wereld te worden die in staat is tot duurzame economische groei met meer en betere banen en een hechtere sociale samenhang.'* Om dat te bereiken werd een overkoepelende strategie uitgewerkt (de Lissabonstrategie), waarbij de Lidstaten zich dienden te richten op drie onderling verbonden doelstellingen: volledige werkgelegenheid, verbetering van de kwaliteit én productiviteit van de arbeid en versterking van de sociale cohesie. In feite kwamen de doelstellingen van de Lissabonstrategie en van het flexicurityconcept hier samen: het streven naar een flexibele arbeidsmarkt én sociale cohesie met tegelijk de klemtoon op *employability* van werknemers en op actief arbeidsmarktbeleid.⁴⁹ Het zou nog wel enkele jaren duren voordat de term flexicurity in Europees verband werd geadopteerd, maar het flexicurityconcept sloot goed aan bij de doelstellingen uit de Lissabonstrategie.

De Commissie kreeg tot taak de Lissabonstrategie verder uit te werken. Parallel daaraan werd in 2002 de EES van 1997 geëvalueerd. Er was in de eerste vijf jaar vooruitgang geboekt met meer banen en het terugdringen van werkloosheid. Toch vond de Commissie dat de EES moest worden herzien: de Lissabonstrategie kwam centraal te staan. Als één van de prioriteiten werd het evenwicht tussen flexibiliteit en zekerheid op de arbeidsmarkt naar voren geschoven. In de EES-richtsnoeren voor 2003 werd

47 A. Ilsøe, 'The Danish Flexicurity Model – a Lesson for the US?' in: F. Hendrickx (ed.), *Flexicurity and the Lisbon Agenda. A Cross-disciplinary Reflection*, Intersentia: Antwerp-Oxford-Portland 2008, p.68-78, Vandeputte, p.364-369, P.K. Madsen, 'Flexicurity: A New Perspective on Labour Markets and Welfare States in Europe', *Tilburg Law Review*, Vol. 14 nr.1 en 2, 2007, p.63-68. "The Danes have it. Denmark outclasses America as the best country for doing business.", *The Economist* 10 juli 2008, www.economist.com.

48 Bijv. R. Knecht e.a., *Tweede evaluatie Wet flexibiliteit en zekerheid*, Amsterdam Hugo Sinzheimer Instituut en TNO 2007, Vandeputte, p.369-374.

49 Vandeputte, p.376, Bekker, p.97-98, A. Tangian, 'Flexibility-Flexicurity-Flexinsurance: Response to the European Commission's Green Paper 'Modernising Labour Law to Meet the Challenges of the 21st Century'', WSI-Diskussionspapiere, No. 149, 2007 (<http://hdl.handle.net/10419/21595>), p.11.

opgenomen: *'De lidstaten bevorderen het aanpassingsvermogen van de werknemers en ondernemingen aan veranderingen, waarbij voor de nodige flexibiliteit en zekerheid gezorgd moet worden...'*⁵⁰

De Lissabonstrategie werd eind 2004, halverwege de looptijd, geëvalueerd met twee rapporten van de Nederlandse oud-minister-president Kok.⁵¹ Zijn kritiek was niet mals: er was bijna geen vooruitgang geboekt, de strategie was *'alles en dus niets'*, het ontbrak aan focus.⁵² Kok stelde voor met het sociale beleid daadwerkelijk 'aan te haken' bij het economische en monetaire beleid, zodat één strategie voor banen en groei zou ontstaan. Het belang van de koppeling tussen flexibiliteit en zekerheid werd wel benadrukt: het aanpassingsvermogen van Europa vereiste *'goed werkende arbeidsmarkten die flexibiliteit met zekerheid combineren, zodat zowel aan de behoefte van de ondernemingen als aan die van de werknemers wordt voldaan.'* Daarom was flexicurity aantrekkelijk; het paste binnen de EES en de Lissabondoelstellingen. Bovendien zou het voeren van Europees werkgelegenheidsbeleid via *soft law* niet hoeven veranderen.⁵³ Kok pleitte ook voor het gebruik van het woord 'flexicurity' om zo het streven aan te duiden naar meer arbeidsmarktflexibiliteit met tegelijkertijd een afdoende niveau van werknemerszekerheid.⁵⁴ Zowel in academische kringen als in ander internationaal verband werd de term flexicurity al gebruikt en vanaf 2005 ging het tot het vocabulaire van Europese beleidsmakers horen.⁵⁵

In maart 2006 vroeg de Europese Raad:

'...Member States to direct special attention to the key challenge of 'flexicurity' (balancing flexibility and security): Europe has to exploit the positive interdependencies between competitiveness, employment and social security. Therefore Member States are invited to pursue, in accordance with their individual labour market situations, reforms in labour market and social policies, under an integrated flexicurity approach... In this context, the Commission, jointly with Member States and social partners, will explore the development of a set of Common Principles on flexicurity. These principles could be a useful reference in achieving more open and responsive labour markets and more productive workplaces.'

De Commissie ging aan de slag met deze opdracht om flexicuritybeginselen te ontwikkelen.

50 Vandeputte, p.376-377, Bekker, p.115.

51 W. Kok, als voorzitter van twee onderzoeksgroepen. De ontwikkeling van werkgelegenheid stakte in die tijd, onder meer vanwege het barsten van de internet-zeepbel. Zie voor de precieze impact van deze rapporten Bekker, p.99-102.

52 M. Dawson en B. de Witte, 'The EU Legal Framework of Social Inclusion and Social protection' in: *Social Inclusion and Social Protection in the EU: Interactions between Law and Policy*, B. Cantillon, H. Verschueren en P. Ploscar (red.), Intersentia: Antwerpen 2012, p.44. Ook zouden de arbeidsmarkten van de Lidstaten onvoldoende zijn geflexibiliseerd, L. Funk, 'Observations on European Flexicurity Policies', Düsseldorf University 2008, p.30.

53 Bekker, p.106 en 117, Dawson/De Witte, p.44-45.

54 Vandaar dat richtsnoer 21 vervolgens luidde: *'Promote flexibility combined with employment security and reduce labour market segmentation...'*, Bekker, p.101-102, Vandeputte, p.377.

55 Eerst academici zoals T. Wilthagen en P. Madsen, later de Raad van Europa in 2003, OESO en de ILO in 2004, tot het gebruik door Eurocommissaris Spidla in een speech in 2005; Bekker, p.106.

3.4.2 Naar Common Principles of Flexicurity

Een belangrijk document waarin de visie van de Commissie op de rol van flexicurity werd uiteengezet, is het Groenboek Modernisering Arbeidsrecht van november 2006.⁵⁶ In deze schets voor 'modernisering van het arbeidsrecht met het oog op de uitdagingen van de 21^e eeuw' werd aan de orde gesteld *'welke rol het arbeidsrecht zou kunnen spelen bij de bevordering van het streven naar flexicurity ten behoeve van een rechtvaardiger, opener en integratiegerichter arbeidsmarkt, die bijdraagt tot een beter Europees concurrentievermogen.'*⁵⁷ Volgens de analyse van de Commissie lag de uitdaging, vanwege de gegroeide behoefte aan flexibiliteit, in het voorzien in een minimale sociale bescherming voor nieuwe flexibele arbeidsvormen tegelijk met de aanpassing van de regels rond de standaard arbeidsovereenkomst. Flexibel meer vast en vast meer flexibel dus.⁵⁸

De Commissie liet zich -separaat van het Groenboek- ook adviseren door een *European Expert Group on Flexicurity* over wegen waarlangs flexicurity zou kunnen worden bereikt (*flexicurity pathways*).⁵⁹ De Commissie benoemde uiteindelijk in 2007 vier componenten van flexicurity waarin onder meer de adviezen van de expertgroep waren verwerkt:

'Flexicurity pathways'

- *'flexible and secure contractual arrangements and work organisations, both from the perspective of the employer and the employee, through modern labour laws and modern work organisations,*
- *effective active labour market policies which effectively help people cope with rapid change, unemployment spells, reintegration and transitions to new jobs,*
- *reliable and responsive life-long learning systems, to ensure the continuous adaptability and employability of all workers and to enable firms to keep up productivity levels.*
- *modern social security systems which provide adequate income support and facilitate labour market mobility, including provisions to help people combine work with private and family responsibilities'*⁶⁰

56 Europese Commissie 22 november 2006, *De modernisering van het arbeidsrecht met het oog op de uitdagingen van de 21^e eeuw*, COM (2006) 708 (Groenboek). Zie over geschiedenis en totstandkoming van het Groenboek: Bekker p.159-173.

57 Groenboek, par. 1.

58 Vandeputte, p.377-379. Aan Lidstaten, sociale partners en alle andere belanghebbenden werd de gelegenheid geboden op het Groenboek te reageren. F. Hendrickx en M. Van Putten, 'Report of the Discussion Forum on the Green Paper on Modernising Labour Law', *Tilburg Law Review*, Vol. 14 nr.1 en 2, 2007, p.107-127, T. Wilthagen en S. Bekker, 'In Search of the Best of Both Worlds? Questions and Answers Regarding the Green Paper on the Modernisation of Labour Law', *Tilburg Law Review*, Vol. 14 nr.1 en 2, 2007, p.128-144.

59 Halverwege 2007 bracht de expertgroep een rapport uit waarin vier concrete *pathways* werden genoemd. 'Flexicurity Pathways. Turning hurdles into stepping stones', juni 2007; zie ook T. Wilthagen, 'Flexicurity Pathways. The Expert Group on Flexicurity', *Tilburg Law Review*, Vol. 14 nr.1 en 2, 2007, p.80-89.

60 COM (2007) 359. Voorbeelden van *flexicurity practices* op elk van deze vier componenten zijn verzameld door Wilthagen als rapporteur van de European Expert Group on Flexicurity, T. Wilthagen, 'Flexicurity Practices' Brussel, 24 mei 2007.

Alle componenten horen volgens de Commissie bij elkaar en moeten tegelijkertijd (en niet afzonderlijk) in acht worden genomen. De componenten vormden bouwstenen voor de Raad om de aangekondigde *Common Principles* te formuleren.

In december 2007 stond de EES op de agenda van de Raad. De Raad benadrukte dat de fulltime arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd nog steeds de hoeksteen van arbeidsverhoudingen zou moeten zijn. De input van de Commissie en van de Lidstaten, het Parlement, werkgeversorganisaties en vakbonden bracht de Raad er vervolgens toe *Common Principles of Flexicurity* aan te nemen: een combinatie van doelen en opdrachten.⁶¹ In de considerans van de *Common Principles* bevestigt de Raad dat zij bedoeld zijn om bij te dragen aan implementatie van de Lissabonstrategie. Tegelijk wordt benadrukt dat er niet één manier is om flexicurity te bereiken en dat het ene principe niet belangrijker is dan het andere. Met het aannemen van de *Common Principles* werd flexicurity in de EU leidend bij het voeren van werkgelegenheidsbeleid (EES).⁶² De Raad gaf vervolgens aan de Commissie de opdracht '*to take the necessary steps to secure favourable conditions for a balanced implementation of this approach*'.

3.4.3 Flexicurityprincipes in tijden van crisis

De steun voor flexicurity moet worden gezien tegen de achtergrond van Europese consensus over prudent economisch beleid, een streven naar toenemende werkgelegenheid (door arbeidsmarkthervormingen en de stimulering van opleiding en training) en modernisering van de verzorgingsstaat.⁶³ De economische context en omgeving veranderde vanaf 2008 drastisch, door de ineenstorting van de wereldwijde financiële markten en de daaropvolgende recessie. Desondanks werd benadrukt dat ook in veranderende economische tijden vastgehouden zou moeten worden aan de flexicurity-aanpak.⁶⁴ Vanwege het einde van de ambtstermijn van de Commissie in 2009, de verkiezingen voor het Parlement in 2009 en het aflopen van de Lissabonstrategie lag het speelveld er in 2010 niettemin heel anders bij.

61 Zie het overzicht van T. Wilthagen in: 'Mapping out flexicurity pathways in the European Union', maart 2008, Tilburg University, p.2. De *Common Principles* worden in de volgende paragraaf besproken.

62 Bekker, p.285, Rogowski, p.86. Het is een verdere concretisering van het Europese Sociale Model, R. Muffels en T. Wilthagen, 'Flexicurity: A New Paradigm for the Analysis of Labor Markets and Policies Challenging the Trade-Off Between Flexibility and Security', *Sociology Compass* 7/2 (2013), p.115.

63 K. Armstrong, *Governing Social Inclusion. Europeanization through Policy Coordination*, Oxford University Press, 2010, p.264 e.v.

64 *Report of the Mission on Flexicurity*, V. Spidla en G. Larcher december 2008, 17047/1/08 REV 1 (en), SOC 776 ECOFIN 606, p.9. Ook de ILO geeft steun aan de flexicurity-aanpak: 'In the EU-15, increased emphasis has been placed on seeking a better combination of flexibility and security as an indispensable means of improving competitiveness, while maintaining the European social model. ILO analysis has proven the good labour market performance of those countries, which have gone the flexicurity way.', ILO, 8th European Regional Meeting, *Facts on flexicurity*, februari 2009, mét de waarschuwing dat 'social inclusion' betekent dat in tijden van crisis ook zekerheid niet uit het oog moet worden verloren.

De doelen van 'Lissabon' waren in 2010 niet gehaald ofschoon de Commissie de strategie positief evalueerde.⁶⁵ De Commissie nam het voortouw om als opvolger van de Lissabondoelstellingen een nieuwe globale beleidsstrategie te ontwikkelen op het gebied van economie en werkgelegenheid. Medio 2010 werd die bekrachtigd onder de naam '*Europa 2020: een strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei*'. Het doel van Europa 2020 is om een sterke sociale markteconomie te creëren voor de 21^e eeuw en op die manier de crisis te overwinnen.⁶⁶ Wederom wordt gewerkt met richtsnoeren die periodiek worden geëvalueerd, waarbij nieuw is dat er een specifieke richtsnoer is opgesteld om 'social inclusion' te promoten.⁶⁷

Bij de vastgestelde richtsnoeren is aan flexicurity een belangrijke rol toebedeeld.⁶⁸ De Raad maar ook de Commissie benadrukten eind 2010 dat ook in tijden van crisis de flexicurity benadering de meest aangewezen weg is om de doelen van Europa 2020 te halen.⁶⁹ De SER heeft dat bevestigd.⁷⁰ Er is een aantal voorbeelden van flexicurity-oplossingen tijdens de crisis die concreet duidelijk maken dat het concept zijn waarde houdt bij economische tegenwind. Zo wordt de stabiele werkgelegenheid in Duitsland toegeschreven aan maatregelen rond *Kurzarbeit*. Werknemers kunnen verplicht worden uren (en dus loon) in te leveren om die vervolgens op te sparen voor de toekomst. Er bestaat recht op *Kurzarbeitergeld* om dat inkomensverlies op te vangen.⁷¹ De Nederlandse maatregelen rond het toestaan van arbeidsduurvermindering en het openstellen van de deeltijd-WW vertoonden daarmee veel gelijkenis. Vanuit flexicurity-oogpunt was relevant dat als voorwaarde voor de arbeidsduurvermindering werd gesteld dat de openvallende tijd werd benut voor scholing en training van het personeel.⁷²

Een ander voorbeeld was de Wet investeren in jongeren (die gold van 2009 tot 2012). Daarin werden transitie op de arbeidsmarkt vergemakkelijkt met het aanbieden van een leer-werktraject aan jongeren, die daarop moesten reageren als voorwaarde

65 Commission's Staff Working Document Lisbon Strategy evaluation document, SEC (2010), 114 final, p.3.

66 Commission's Communications, *Europe 2020, A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth*, Com (2010), 2020 en *Towards a job-rich recovery from the crisis*, Com (2012), 173 final.

67 Europe 2020 Integrated Guidelines, Com (2010), 193 final, richtsnoer 10.

68 Europese Commissie (2009) COM (2009) 34 final, *Implementation of the Lisbon Strategy Structural Reforms in the context of the European Economic Recovery Plan*, p. 59. Formeel vastgesteld door het Besluit van de Raad van de EU 21 oktober 2010, 2010/707/EU, Richtsnoer 7 plaatst flexicurity nog steeds centraal. Zie ook Vandepitte, p.384-386.

69 Europese Commissie 23 november 2010, COM (2010) 682 (final), *An agenda for new skills and jobs: A European contribution towards full employment*, Borghouts-van de Pas, p.18. Ook in het Euro Plus Pact in 2011 werd voor de eurolanden de waarde van flexicurity nog benoemd.

70 SER-advies 2009/04, *Europa 2020: de nieuwe Lissabon-strategie*, 19 juni 2009, p.100-102.

71 F. Tros, 'Flexicurity in Europe: can it survive a double crisis?', working paper to be presented in ILERA World Congress 2012, Philadelphia USA, July 2012, §3.1.

72 Tros, § 3.4. Flexibiliteit voor de werkgever (aanpassen arbeidsduur naar behoefte) maar ook zekerheid (behoud personeel in plaats van ontslag) werd gekoppeld aan meer zekerheid voor werknemer (behoud baan) én meer flexibiliteit (makkelijker transitie vanwege betere arbeidsmarktpositie door scholing).

voor het in aanmerking komen voor een uitkering.⁷³ Muffels/Wilthagen en Tros constateren een voortdurende rol voor flexicurity, zelfs in tijden van crisis en ondanks kritiek op het concept.⁷⁴ De EU blijft hier aan vasthouden, ook omdat bijvoorbeeld een alternatief als het verhogen van flexibiliteit ten koste van zekerheid geen draagvlak heeft.

3.4.4 Tussenconclusie opkomst en ontwikkeling flexicurity

Rond de jaren zeventig waren veel West-Europese verzorgingsstaten 'af'. Vanaf de jaren tachtig luidden economische en financiële crises vervolgens een deregulerings- en privatiseringsperiode in. Het concept van flexicurity kan worden gezien als een antwoord daarop en tegelijk als alternatief om sociaal beleid te integreren in het neo-liberale economische beleid dat daarna in de EU is gaan domineren.⁷⁵ De gedachte is dat investeringen in sociaal (flexicurity-)beleid gelden als factor voor economische productiviteit.

De EU heeft flexicurity omarmd omdat het aansluit bij de doelstellingen van het werkgelegenheidsbeleid en de heersende meningen daarover, die zijn gevormd in Essen, Dublin en Amsterdam. Het flexicurityconcept bood daarnaast een mogelijkheid om verschillende aspecten van Europees sociaal beleid daar aan vast te knopen. Bovendien gaf het een soort sluiproute: via werkgelegenheidsbeleid zijn de beperkingen van de EU-bevoegdheden op sociaal gebied enigszins te omzeilen.⁷⁶ Een onderwerp als flexicurity spruit voort uit een evolutie van het denken over de samenhang tussen economische en sociale dimensies van Europese integratie.⁷⁷ Ondanks de crisis vanaf 2008 blijven zowel EU als de wetenschap vasthouden aan de flexicurity-aanpak. Dat is mede omdat een werkbaar alternatief voor Europees werkgelegenheidsbeleid zich (nog) niet heeft aangediend. Een afscheid van flexicurity wordt dus vooralsnog niet voorzien.⁷⁸ Tijd om stil te staan bij de concretere inhoud.

3.5 Flexicurity: de inhoud

De wetenschappelijke en beleidsmatige omschrijvingen van het begrip flexicurity leggen andere accenten maar liggen in elkaars verlengde. Het gaat in grote lijn om een manier om flexibiliteit voor de werkgever zodanig te combineren met zekerheid voor de werknemer, dat zowel economische groei als sociale cohesie worden gediend.

73 Tros, § 3.5, hoewel hij bij deze voorbeelden ook constateert dat het niet leidde tot een integraal flexicurity beleid, § 4.

74 Muffels/Wilthagen, p.115-116.

75 Tros, § 2.1, Muffels/Wilthagen, p.111-122.

76 Vandeputte, p.374.

77 F. Hendrickx, (Jacobs-bundel), p.114-116: een ontwikkeling van een 'sociaal aanvaardbare economische integratie' naar een 'economisch aanvaardbare sociale integratie'.

78 'To date there is no reason whatsoever to suspect that flexicurity will disappear quickly from the European agenda', Muffels/Wilthagen, p.115.

3.5.1 Flexicurity volgens Wilthagen

Wilthagen definieert de bestanddelen van flexicurity: flexibiliteit en zekerheid.⁷⁹ Flexibiliteit bestaat uit vier vormen:

- Externe numerieke flexibiliteit: werknemers aannemen of ontslaan
- Interne numerieke flexibiliteit: aanpassen van het personeelsbestand door flexibele inzet bestaande werknemers
- Functionele flexibiliteit: mogelijkheid tot interne flexibiliteit door bijv. aanpassing van inzetbaarheid/takenpakket van de individuele werknemer, training, multi-taken en job rotation
- Loonflexibiliteit: mate waarin het loon afhangt van de geleverde prestaties of het verwezenlijkte resultaat

Zekerheid bestaat eveneens uit vier vormen:

- Baanzekerheid: de zekerheid om bij de werkgever zijn functie te behouden
- Werkzekerheid: het er redelijkerwijs op mogen vertrouwen om bij enige werkgever een functie te behouden of te krijgen, dus adequate werkgelegenheidskansen gebaseerd op opleidingen en trainingen
- Inkomenszekerheid: de zekerheid om een bepaald inkomen te houden als inkomen uit betaalde arbeid wegvalt
- Combinatiezekerheid: de mogelijkheid om betaalde arbeid te kunnen combineren met andere maatschappelijke verantwoordelijkheden en verplichtingen.

De meeste arbeidsmarkten hebben wel elementen van flexibiliteit en van zekerheid in hun arbeidsmarktregulering. Als *elke* combinatie van flexibiliteit en zekerheid voldoende zou zijn, dan hebben al die landen een bepaalde mate van flexicurity. Daarmee zou het begrip flexicurity niet onderscheidend zijn. Voor flexicurity is nodig dat een aantal elementen aanwezig is:

1. een combinatie van flexibiliteit voor werkgever *en* zekerheid voor de werknemer;
2. de combinatie zorgt voor voordelen zowel voor werkgever als voor werknemer ('*positive sum game*');
3. de mate van flexibiliteit en zekerheid is in balans zowel in reikwijdte, bereik als duur:
 - a. reikwijdte: hoe ver flexibiliteit en zekerheid strekken;
 - b. bereik: welke groepen zijn gedekt door flexibiliteit en door zekerheid;
 - c. duur: treden de flexibiliteit en zekerheid gelijktijdig op.⁸⁰

Ad 1. Flexicurity is gericht op een win-winsituatie, waarbij arbeid, de arbeidsorganisatie en arbeidsrelaties flexibeler worden gemaakt en tegelijkertijd aan werknemers een grotere mate van zekerheid wordt verschaft. Wilthagen noemt dat de 'flexibiliteit-zekerheidsnexus'. Twee elementen zijn gekoppeld: het streven naar meer flexibiliteit én de vraag naar meer zekerheid.

⁷⁹ Vandeputte, p.357-359.

⁸⁰ Ilsøe, p.67-68.

Ad 2. Meer flexibiliteit wordt nagestreefd om doelen van economische prestatie te halen, te weten een betere concurrentiepositie en meer groei. Meer zekerheid wordt voorgestaan omdat het is gericht op sociale cohesie in onze samenlevingen. Het nieuwe aan flexicurity is dat wordt onderkend dat er een actieve link bestaat tussen flexibiliteit en zekerheid. Het beseft groeit dat *zowel* werkgever als werknemer profiteren van flexibiliteit, terwijl ook *beiden* baat hebben bij zekerheid: *'The fundamental idea behind the concept of flexicurity is that flexibility and security are not contradictory to one another, but in many situations can be mutually supportive.'*⁸¹ Zo weten werknemers dat flexibiliteit ook in hun belang is, bijvoorbeeld omdat het mogelijk maakt arbeid en zorg te combineren. Werkgevers waarderen het belang van zekerheid omdat het zorgt voor stabiele arbeidsverhoudingen en het veilig stellen van betrokkenheid en van menselijk kapitaal.⁸² Flexibiliteit en zekerheid staan dus niet aan twee verschillende kanten van een weegschaal, maar allebei aan beide kanten. Flexibiliteit en zekerheid zijn elkaar ondersteunende arbeidsmarktcomponenten. Flexibiliteit is een voorwaarde voor zekerheid en zekerheid een voorwaarde voor flexibiliteit.⁸³

Ad 3. De zoektocht richt zich op een gezond evenwicht daartussen met als uitgangspunt dat de toename van een van beide componenten niet noodzakelijk hoeft te leiden tot een vermindering van de andere.⁸⁴ Bij de invulling van de reikwijdte, bereik en duur ligt de uitdaging.

Traditionele economen nemen aan dat (beleids)regels en instellingen verstorend plegen te werken op efficiency. Flexicurity zet daar tegenover dat (beleids)regels en instellingen, mits juist vormgegeven, groei kunnen bevorderen in plaats van die in gevaar te brengen. Werkgelegenheidsbeleid kan bijdragen aan verhoogde productiviteit, door het scheppen van wederzijds vertrouwen, door het nemen van risico's te ondersteunen en de aansluiting tussen mensen en banen te verbeteren en door ze de kans te geven te wachten om de beste 'match' te vinden.⁸⁵ Levenslang leren in een kenniseconomie verbetert verder de werking van de arbeidsmarkt want de inzetbaarheid van de werknemer verbetert en daarmee zijn mobiliteit en productiviteit. Dat leidt weer tot verbetering van werkzekerheid en tot concurrentievoordelen voor de economie.⁸⁶ Voor het scheppen van wederzijds vertrouwen is voorwaarde dat een constructieve sociale dialoog plaatsvindt: flexicurity kan niet zonder inbreng van de sociale partners. Ten slotte is van belang dat flexibiliteit en zekerheid worden geplaatst in de levenscyclus van een werknemer, in plaats van in de context

81 Bekker, p.117, Madsen, p.57, zie ook T. Wilthagen, 'Flexicurity Pathways. The Expert Group on Flexicurity', *Tilburg Law Review*, Vol. 14 nr.1 en 2, 2007, p.81-83.

82 European Expert Group on Flexicurity, p.13-14.

83 Wilthagen/Bekker, p.69.

84 Wilthagen/Tros, p.2-5, Bekker, p.99, Madsen, p.57, zie ook Vandeputte, p.356-357 onder verwijzing naar T. Wilthagen, *The flexibility-security nexus: new approaches to regulating employment and labour markets*, OSA working paper, nr.2002-18, Tilburg 2002.

85 Muffels/Wilthagen p.113-114.

86 Muffels/Wilthagen, p.114.

van een concrete baan. De gedachte aan baan zekerheid wordt losgelaten en daarvoor komt werkzekerheid in de plaats. Levenslang leren hoort daar dan onmiskenbaar bij om een goede uitgangspositie op de arbeidsmarkt te blijven verzekeren.⁸⁷

In hun definitie uit 2013 omschrijven Muffels/Wilthagen flexicurity als:

'A state of affairs: a degree of job, employment, income and combination security that (1) facilitates the labor market careers and biographies of workers with a relatively weak position, and which allows for enduring and high quality labor market participation and social inclusion, while at the same time providing (2) a degree of numerical (both external and internal) flexibility, functional and wage flexibility that allows for labor markets' (and individual companies') timely and adequate adjustment to changing conditions in order to maintain and enhance competitiveness and productivity'.⁸⁸

Dat zwakkere groepen zijn benoemd, wil niet zeggen dat flexicurity zich alleen bezig houdt met verbetering van hun situatie. Het is uiteraard mogelijk en zelfs wenselijk dat de genomen maatregelen ook de zekerheid van niet-zwakke groepen ten goede komen. Aandacht voor scholing bijvoorbeeld helpt alle werknemers. Het kan echter voorkomen dat sterkere groepen in de praktijk aan zekerheid moeten inleveren zodat de zwakkere groepen meer zekerheid verwerven.⁸⁹

3.5.2 Flexicurity volgens de Commissie

De Commissie heeft zich bij zijn omschrijving van flexicurity wat algemener uitgelaten over de bestanddelen 'flexibiliteit' en 'zekerheid'. Flexibiliteit is het vermogen voor een organisatie om zich aan te passen aan de markt. Het bestaat uit interne en externe flexibiliteit. Interne flexibiliteit is de mogelijkheid tot herschikking bij bestaande werknemers (van bijv. werktijden, contractsduur, methodes, training, mobiliteit). Extern gaat het om de flexibiliteit om aan te nemen en te ontslaan. Zekerheid bestaat uit een statisch en een dynamisch deel. Bij statische zekerheid wordt gedacht aan stabiliteit in de arbeidsverhouding en het bestaan van een vangnet bij werkloosheid. De dynamische zekerheid gaat over het mogelijk maken van veranderingen en mobiliteit in en tussen banen, inclusief *employability* en gelijke behandeling van verschillende contractsvormen.⁹⁰

Uit de totstandkomingsgeschiedenis blijkt al dat de Commissie de combinatie van beide bestanddelen denkt te vinden door ervoor te zorgen dat werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid binnen de EU wordt gecoördineerd aan de hand van de acht concrete *Common Principles of Flexicurity*:

⁸⁷ Muffels/Wilthagen p.112-113.

⁸⁸ Muffels/Wilthagen p.112. Ook een iets eerdere definitie: Vandeputte, p.363, verwijzend naar G. Evers en T. Wilthagen, *De toekomst van de arbeidsrelatie. Een essay over wederkerig risicomanagement*, Den Haag: Van Gorcum 2007, p.32.

⁸⁹ Vandeputte p.357 onder verwijzing naar T. Wilthagen, 'De transitionele arbeidsmarkt en flexicurity' in: N. van den Heuvel, F. Holderbeke en R. Wielers (red.), *De transitionele arbeidsmarkt. Contouren van een actief arbeidsmarktbeleid*, Den Haag: Elsevier 2001, p.115.

⁹⁰ Bekker, p.99.

- (1) Het doel moet zijn het scheppen van meer en betere banen, modernisering van arbeidsmarkten en het bevorderen van 'good work' door nieuwe vormen van flexibiliteit en zekerheid, gericht op verbetering van het aanpassingsvermogen, de werkgelegenheid en de sociale insluiting
- (2) Aandacht voor de vier componenten van flexicurity: levenslang leren, betrouwbare contractuele relaties, efficiënt arbeidsmarktbeleid en moderne sociale zekerheid
- (3) Flexicuritybeleid ontwikkelen door elk Lidstaat zelf, rekening houdend met haar specifieke omstandigheden, maar wel met het monitoren van voortgang. Daarbij moet een balans worden gevonden tussen rechten en verantwoordelijkheden van werkgevers, werknemers, werkzoekenden en overheid.
- (4) Het voorkomen van tweedeling op de arbeidsmarkt (insiders en outsiders) door ondersteuning bij een stabiele en zekere tewerkstelling, bij employability en bij arbeidsmarkttransities.
- (5) Zowel interne (binnen arbeidsorganisatie) als externe (tussen arbeidsorganisaties) flexicurity bevorderen. Voldoende flexibele contractsvormen en voldoende flexibel ontslag vergezeld van 'zekere' transitie van baan naar baan.
- (6) Gelijke behandeling bevorderen door gelijke toegang tot kwalitatief werk en arbeid/zorg-regelingen.
- (7) Zorg voor een klimaat van vertrouwen en dialoog tussen overheid en sociale partners, zodat verantwoordelijkheid voor verandering en evenwichtige beleidspakketten ontstaan.
- (8) Daarbij een gezond en financieel duurzaam budgettair beleid met een eerlijke verdeling van kosten en baten tussen overheid, ondernemingen en individuen en speciale aandacht voor het MKB.⁹¹

De gedachte is dat bij het volgen van alle genoemde principes zowel economische groei kan worden bereikt en tegelijkertijd sociale uitsluiting kan worden voorkomen.

3.5.3 *Kritiek op flexicurity*

Er is in de literatuur behoorlijk wat kritiek ontstaan op het flexicurityconcept. Tangian wijst onder andere op de in zijn ogen verkeerde premisse voor flexicurity dat de arbeidsmarkt verder zou moeten worden geflexibiliseerd. Hij meent dat bij flexicurity economische doelen boven sociale garanties worden gesteld en constateert inconsistenties in Europees beleid.⁹²

91 Europese Raad, *Towards Common Principles of Flexicurity-Draft Council Conclusions*, 23 november 2007, nr. 15497/07 SOC 476 ECOFIN 483, aangenomen op de vergadering van de Raad op 5 en 6 december 2007, nr. 16201/07 SOC 523 ECOFIN 503. Hier een samenvatting, voor volledigheid zie Bijlage 2, Bekker, p.254-255.

92 Tangian, p.14-19. Een voorbeeld van inconsistent EU-beleid is de 8^e richtsnoer van de Commissie 2005: 'make work pay'. Door een vermindering van socialezekerheidsrechten moeten werklozen worden gestimuleerd aan het werk te gaan, terwijl flexicurity juist inzet op een verbetering van socialezekerheidsrechten.

De opvatting van de Commissie is klaarblijkelijk meer flexibiliteit door meer flexibele contracten en minder ontslagbescherming, in ruil voor meer zekerheid door een levenlang leren en dus verbeterde inzetbaarheid, ondersteund door actief arbeidsmarktbeleid en de aanpak van de negatieve prikkel in de sociale zekerheid omdat werken onvoldoende zou lonen. De balans is hierbij verstoord want het is geen gelijke uitruil; een betere *employability* geeft minder zekerheid dan ontslagbescherming.⁹³ Tangian wijst op empirisch onderzoek waaruit zou blijken dat die uitruil niet werkt. Meer flexibiliteit zou niet te compenseren zijn met een hogere inzetbaarheid gebaseerd op leren en opleiden.⁹⁴ De ongelijke uitruil staat ook centraal bij anderen, die waarschuwen voor een neerwaartse spiraal waardoor werkgever en werknemer uiteindelijk slechter af zouden zijn.⁹⁵ Het is bovendien een aantasting van solidariteit. In plaats van zekerheid door herverdeling en inkomensbescherming (*protection against risk*) komt de zekerheid om een beter concurrentievermogen te hebben, door een gezamenlijke inspanning van blijvend leren én arbeidsmarktbeleid gericht op eenvoudige transitie op de arbeidsmarkt (*capacity to adapt to change*). Dat wordt van 'protective and redistributive solidarity' naar 'competitive and productive solidarity' genoemd.⁹⁶

Funk wijst erop dat het streven naar een hoog werkgelegenheidsniveau via flexicurity door een verhoogde arbeidsdeelname niet zaligmakend is. Het zou eigenlijk moeten gaan om een toename van arbeidsvolume in de zin van gewerkte uren en daar richt flexicurity zich onvoldoende op. Bovendien lijkt flexicurity vooral toepasselijk in de landen met een lange traditie van constructieve dialoog tussen sociale partners (Scandinavië en Nederland) en niet voor landen met scherpere tegenstellingen.⁹⁷ Typerend is de negatieve reactie van de vakbonden in Frankrijk en Duitsland op de gedachte dat flexicuritybeleid zou moeten worden ontwikkeld in een sociaal partnerschap tussen werkgevers- en werknemersorganisaties. Volgens hen is dit een aanslag op de onafhankelijkheid van vakbonden en een ontkenning van het belang van werknemersrechten.

Een ander kritiekpunt is de vaagheid van wat flexicurity precies inhoudt. Is het beleid? Of is het de uitkomst van beleid? Of is het misschien een te bereiken staat van de arbeidsmarkt of van instituten?⁹⁸ Omdat flexibiliteit vier vormen heeft en zekerheid vier vormen is flexicurity het zoeken naar nieuwe en positieve combinaties tussen een of meer types van flexibiliteit, met een of meer types van zekerheid. Dat

93 Keune/Jepsen, p.53, Tangian, p.99.

94 Tangian, p.99-109.

95 Rogowski, p.87.

96 Keune/Jepsen, p.15.

97 Funk, p.45-46, die een voorbeeld geeft dat meer arbeidsparticipatie door (gesubsidieerd) parttime werk en marginale arbeid juist leidt tot minder arbeidsvolume en dus contraproductief werkt. Muffels/Wilthagen, p.119-120.

98 Tros, § 2.2, M. Keune, 'Is het flexizekerheidsconcept (in) de beperking meester?' in: E. Sol en C. Nysten, *Wat is de zekerheid in flex en zeker?* Amsterdam, Universiteit van Amsterdam, Flexwork Research reeks nr. 1, 2011, p.53-71, met name p.66.

maakt het open maar ook wat vaag en vatbaar voor verschillende interpretaties.⁹⁹ Die vaagheid lijkt nodig voor succes, want alleen op die manier kan flexicurity door verschillende actoren worden gebruikt om verschillende beleidsdoelstellingen te bereiken, hoewel die soms conflicteren. Anders gezegd: ieder pikt er elementen uit die het beste in zijn straatje passen en spant 'flexicurity' op die manier voor zijn eigen karretje. Een voorbeeld is de opvatting van vakbonden over wat flexicurity is: '*social protection for flexible work forces understood 'as an alternative to pure flexibilization' but not at the price of relaxing employment protection of normally employed*'.¹⁰⁰ Ook Wilthagen/Tros zien deze valkuil:

*'One should not be blind for the possibly very ideological use of concepts as "flexicurity". It could be the case that the (se)curity parry of flexicurity only goes to sell the message of further flexibilisation and deregulation in the interest of certain socio-political interest groups.'*¹⁰¹

Daarom is volgens hen empirisch onderzoek en internationaal vergelijkend onderzoek van belang. Er ontbreekt verder prioritisering van verschillende vormen van flexibiliteit én hoeveel flexibiliteit of zekerheid adequaat is.¹⁰² Bovendien wordt flexicurity met een zekere urgentie gepresenteerd als een kans, waardoor voorzichtigheid en terughoudendheid uit het oog kunnen worden verloren bij de hervorming van sociale systemen die zich bewezen hebben.¹⁰³

3.5.4 Tussenconclusie inhoud flexicurity

Een kritiekpunt bij het bepalen van wat flexicurity precies is, is dat het zowel een beleidsstrategie kan zijn, als een 'staat van zijn' van de arbeidsmarkt. Zowel de Raad (op voordracht van de Commissie) als Wilthagen hebben hun opvatting over flexicurity vastgelegd. Hoe verhouden die zich tot elkaar? De Raad beschrijft acht *Common Principles* van flexicurity, die ik vooral zie als doelen voor te voeren beleid. Daar staat de wetenschappelijke definitie van Wilthagen tegenover, die in mijn beleving vooral een 'staat van zijn' beschrijft die langs verschillende *pathways* kan worden bereikt. Mijn onderzoek richt zich op rechten en verplichtingen bij re-integratie, dus op rechtsvorming. Daarbij past de omschrijving van de Commissie beter dan die van Wilthagen. De flexicuritydoelen zijn door de Commissie vervat in de acht *Common Principles*, die voor mij de leidraad vormen voor verder onderzoek. Daarbij houd ik wel steeds in het achterhoofd dat het bij flexicurity gaat om een manier om flexibiliteit voor de werkgever zodanig te combineren met zekerheid voor de werknemer, dat zowel economische groei als sociale cohesie worden gediend.

99 Keune/Jepsen, p.7. Voor een overzicht van de verschillende interpretaties: M. Keune, 'Flexicurity: a Contested Concept at the Core of the European Labour Market Debate', *Forum*, maart/april 2008, p.97-98. Zie ook Tros, § 2.2.

100 Tangian, p.10.

101 Wilthagen/Tros, p.7.

102 Keune 2008, p.95.

103 Rogowski, p.86-87, Funk, p.39.

Een valkuil is dat de concrete invulling van flexicuritybeleid (nog) veel ruimte laat en daardoor verschillende kanten op kan schieten. Verdere theorievorming en vergelijkend onderzoek is nodig. Daarbij kan het behulpzaam zijn als inzicht bestaat in hoe Lidstaten invulling geven aan de flexicuritybenadering. Zulk inzicht heeft naar verwachting tot gevolg dat 'best practices' boven komen drijven en dus beter aan flexicurity kan worden gewerkt.

3.6 Open Method of Coordination (OMC)

3.6.1 Oog voor het eigene

Het derde *Common Principle* maakt duidelijk dat de EU het flexicurityconcept bewust in een *Open Method of Coordination*-setting plaatst.¹⁰⁴ De OMC is in 2000 ontwikkeld door de Raad om Lidstaten te helpen hun eigen beleid te ontwikkelen, met als streven -voor wat betreft de sociale aspecten van deze strategie- de gezamenlijke Lissabon-doelstellingen te halen.¹⁰⁵ Uitdrukkelijk is genoemd dat een *one size fits all*-aanpak niet werkt, gelet op de grote verschillen tussen Lidstaten, wat tegelijkertijd als waardevol wordt gezien.¹⁰⁶ Wezenlijk is daarom dat bij de OMC ruimte wordt gegeven om rekening te houden met de bijzonderheden, het eigene van elke Lidstaat.¹⁰⁷ Dat is meteen een verschil met andere vormen van integratie in de EU. Het is niet gericht op harmonisatie van nationale wetten (zoals bij verordeningen of richtlijnen) maar op het bereiken van gezamenlijke doelen, via de eigen weg van een Lidstaat:

*'the OMC addresses common European values while respecting national diversity because it encourages convergence of objectives, performance and broad policy approaches, but not of specific programmes, rules or institutions'*¹⁰⁸

Dat houdt in dat:

- voor de Unie worden richtsnoeren bepaald met specifieke tijdschema's voor het bereiken van de doelen die zij voor korte, middellange en lange termijn heeft vastgesteld;

¹⁰⁴ Bekker, p.288-289.

¹⁰⁵ Voor de verschillende theorieën rond het waarom van de OMC zie B.P. Ter Haar, *Open Method of Coordination. An analysis of its meaning for the development of a social Europe* (diss.), E.M. Meijers Instituut: Leiden 2012, p.7-9, zie ook R. Barents, *Het Verdrag van Lissabon. Achtergronden en commentaar*, Kluwer: Deventer 2008, p.591, Funk, p.34. OMC is niet strikt *soft law* in de zin van niet-bindend, omdat niet-toepassing (theoretisch) kan leiden tot een niet-nalevingsprocedure ex. art. 258 lid 2 VWEU, Ter Haar p.151-152.

¹⁰⁶ Zie bijv. art. 3 lid 3 VEU waarin het eerbiedigen van de rijke verscheidenheid aan cultuur en taal als gemeenschappelijk beginsel van de EU wordt genoemd. Art. 2 VEU spreekt over pluralisme. Art. 22 Handvest van de Grondrechten van de EU wijst op culturele, godsdienstige en taalkundige verscheidenheid.

¹⁰⁷ Keune signaleert dat maar weinig aandacht is voor verschillen *binnen* de nationale context, zoals tussen sociale groepen, bedrijfstakken of regio's. Het eigene van een Lidstaat kent verschillende verschijningsvormen, Keune 2011, p.67-68.

¹⁰⁸ Ter Haar 2012, p.3-4 en p.9.

- waar dit opportuun is, worden kwantitatieve en kwalitatieve indicatoren en benchmarks vastgesteld, die aan de beste ter wereld zijn getoetst en op de behoeften van de verschillende lidstaten en sectoren zijn toegesneden, als middel om beste praktijken onderling te vergelijken;
- die Europese richtsnoeren worden in nationaal en regionaal beleid vertaald door specifieke doelstellingen vast te stellen en maatregelen te treffen, met inachtneming van nationale en regionale verschillen;
- periodieke monitoring, evaluatie en peer reviews vinden plaats als wederzijdse leerprocessen.¹⁰⁹

De OMC is dus niet één instrument, maar een mechanisme met elkaar opvolgende elementen. Via het stellen van gemeenschappelijke doelstellingen met prioriteiten, het maken van nationale actieplannen en de rapportage en evaluatie daarvan, kan worden bekeken of de genoemde doelstellingen worden gehaald. Artikel 146 lid 2 VWEU is de basis voor de OMC, artikel 148 VWEU is het procedureel sjabloon waarop de OMC is gebaseerd.¹¹⁰ De OMC wordt wel *soft law* genoemd omdat het niet gaat om precies geformuleerde en bindende verplichtingen, een overdracht van bevoegdheden en naleving via sancties. Daarmee rijst een beeld van een tegenstelling met *hard law*, maar dat ligt niet zwart-wit maar is eerder glijdend.¹¹¹

Wat niet uit het oog moet worden verloren is de 'ondergrens' die bestaat bij de OMC. Artikel 146 VWEU *verplicht* namelijk (via artikel 145 VWEU) ernaar te streven de doelstellingen uit artikel 3 VEU te bereiken. Een van die doelstellingen is het bevorderen van sociale rechtvaardigheid (artikel 3 lid 3 VEU). Oog voor het eigene staat voorop maar moet uiteindelijk wel ten dienste staan aan het bereiken van sociale rechtvaardigheid.

3.6.2 Nut en toepassing OMC

De OMC werd meteen met veel controverse omgeven. In een deel van de literatuur werd de OMC gezien als een bedreiging voor het Europese Sociaal Model door niet langer te streven naar harmonisatie. Bovendien werd gewezen op implementatieproblemen in de Lidstaten en de omstandigheid dat werkgelegenheidsbeleid met de herijking van de Lissabonstrategie door Kok op de tweede plaats terecht kwam, ná economisch en monetair beleid.¹¹² Voor anderen was de OMC juist een innovatieve

109 B.P. ter Haar, 'De onzichtbare hand van Europa', *TRA* 2013/13.

110 De EES wordt wel een blauwdruk van de OMC genoemd, Ter Haar 2012, p.7. Bij totstandkoming van het Verdrag van Lissabon is het opnemen van de OMC in het Verdrag afgeraden en uiteindelijk verworpen, Barents, p. 594. Zie over art. 148 VWEU hiervoor § 3.3.3.

111 S. Bekker, 'The EU's stricter economic governance: a step towards more binding coordination of social policies?' discussion paper SP IV 2013–501, January 2013, Social Science Research Center Berlin (WZB) p.2-3 (Bekker 2013).

112 Dawson/De Witte, p.47, F. Hendrickx, 'Het Europese arbeidsrecht van Rome tot Lissabon', Jacobsbundel, p.112-113.

doorbraak, met een superieure aanpak van de problemen waarmee de EU te kampen heeft rond sociale politiek.¹¹³ Het bevordert namelijk het bereiken van beleidsdoelstellingen op gebieden waar geen harde wetgevende bevoegdheden bestaan en stimuleert samenwerking en uitwisseling van *best practices* tussen Lidstaten. In elk geval beperkt de OMC politieke conflicten.¹¹⁴

Hoe dan ook, uit onderzoek van tien Lidstaten over de periode 2005-2009 leek de OMC weinig effect te hebben bij het bereiken van gezamenlijke doelstellingen, *buiten* de doelstellingen die de Lidstaat zelf als prioriteit benoemde. De OMC lijkt daardoor in het algemeen nauwelijks te fungeren als motor van integratie van beleid. De oorzaak daarvan lijkt vooral te liggen in de politieke in plaats van de juridische dynamiek.¹¹⁵ Nederland is overigens volgens datzelfde onderzoek één van de landen waar de OMC juist wel een rol kan hebben gespeeld bij de ontwikkeling van wet- en regelgeving rond werkgelegenheidsbeleid.¹¹⁶

Ter Haar wijst er op dat met de formulering van de Europa 2020-doelstellingen een sterke normatieve verbetering van de EES heeft plaatsgevonden.¹¹⁷ Daarnaast is de OMC, afgezet tegen andere *soft law* middelen zoals resoluties of aanbevelingen, een sterker middel voor integratie van beleid gebleken. De OMC lijkt daarom de andere *soft law* middelen te hebben vervangen. Het heeft de potentie om als juridisch instrument een positief effect te hebben op de verdere ontwikkeling van een sociaal Europa.¹¹⁸ Dat de OMC invloed heeft, is wel aangetoond, ook al is die grotendeels onzichtbaar.¹¹⁹ Kern van de OMC is de ruimte voor elke Lidstaat om op een eigen manier aan gezamenlijk vastgestelde doelen te werken. Die eigen manier moet wel gericht zijn op onder andere het bevorderen van sociale rechtvaardigheid.¹²⁰ De manier wordt gemonitord en geëvalueerd om van elkaar te leren.

3.7 De eerste antwoorden

Deze beschouwingen over flexicurity leiden tot antwoorden op de eerste deelvragen die in § 1.6.2 zijn gesteld:

1. Klopt hypothese I: zijn Nederland en Duitsland gebonden aan werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid dat in of vanuit de EU wordt gevoerd?

113 Ter Haar 2012, p.2.

114 Rogowski, p.83, Funk, p.34, Hendrickx (Jacobs-bundel), p.112.

115 Ter Haar 2012, p.105-124 m.n. 122-124 én p.158-159, zie ook Funk, p.37-38 en Dawson/De Witte, p.46.

116 Ter Haar 2012, p.113-122. Causaal verband is niet te geven, maar Ter Haar meent dat niet uit te sluiten is dat de EES (bijv. in Nederland) normatieve effecten heeft gehad, p.155.

117 Ter Haar 2012, p.151 OMC is ontwikkeld voor de Lissabon-strategie maar blijft relevant voor het bereiken van de Europa 2020-doelstellingen, Ter Haar 2013/13.

118 Ter Haar 2012, p.154, met de kanttekening dat de ontwikkeling van een sociaal Europa ook afhangt van economische en politieke factoren. Daardoor zou de juridische potentie van de OMC misschien wel eens niet (ten volle) kunnen worden gebruikt.

119 Ter Haar 2013/13.

120 Art. 145 VWEU jo. art. 3 VEU.

2. Zo ja, klopt hypothese II: is dat beleid relevant voor re-integratie van werknemers bij arbeidsongeschiktheid?
3. Zo ja, op welke wijze moeten Lidstaten rekening houden met dat beleid?

De EES is onderdeel van het bredere Europese Sociaal Model, dat in de Lissabon Strategie 2010 en de agenda Europa 2020 uitwerking heeft gevonden. De hierboven geschetste ontwikkeling waarbij flexicurity een steeds grotere rol heeft gekregen, leidt tot de conclusie dat dit nu de overkoepelende Europese beleidsstrategie op sociaal gebied kan worden genoemd.¹²¹ De juridische basis daarvoor is terug te vinden in verschillende verdragen, maar met name in het VWEU. Nederland en ook Duitsland hebben als Lidstaten van de Europese Unie de verplichting aan de gecoördineerde beleidsstrategie, de *European Employment Strategy* (EES) mee te werken. Zij moeten door middel van hun eigen beleid bijdragen aan de doelstellingen en daarbij rekening houden met globale richtsnoeren. Daar komt bij dat de Lidstaten bij hun eigen nationale beleid rekening moeten houden met -kort gezegd- Europese sociale doelen.¹²²

De binding aan dat gecoördineerde beleid bestaat, maar is niet erg dwingend. Allereerst niet omdat er vanwege subsidiariteit alleen via *soft law* richting wordt gegeven. In plaats van harde normen wordt werkgelegenheidsbeleid gevormd door middel van het stellen van gezamenlijke doelen en richtsnoeren, het geven van aanbevelingen en het duiden van indicatoren voor monitoring. Bij de concrete invulling bestaat nog steeds volop nationale vrijheid. Daarnaast ontbreken harde sancties. Handhaving gaat via monitoring, het leren van elkaars beleid, het vaststellen van *best practices* door de Commissie en beleidsoverdracht.¹²³ Beïnvloeding om toch de werkgelegenheidsbeleidsdoelstellingen te halen, gebeurt via de politieke band. Helemaal machteloos is de EU in theorie overigens niet, want niet-naleving kan leiden tot een procedure bij het HvJ EU.¹²⁴

Het antwoord op de eerste deelvraag is dat Nederland en Duitsland gebonden zijn aan werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid dat in of vanuit de EU wordt gevoerd. Het streven naar flexicurity is zo'n beleid.

Mijn tweede deelvraag is een logisch vervolg: heeft flexicurity relevantie voor re-integratie van zieke werknemers? Bij de totstandkoming van flexicurity is vooral aandacht geschonken aan insiders en outsiders op de arbeidsmarkt, aan het verschil van werknemers met een standaard arbeidsovereenkomst en werkenden op basis van andere, meer flexibele vormen van arbeid. Daardoor kan de indruk ontstaan dat flexicurity zich niet richt op de arbeidsmarktpositie van de zieke werknemer. Die indruk is niet terecht. De noodzaak voor re-integratie bij arbeidsongeschiktheid wordt door de EU expliciet onderkend: *The social inclusion of people with a disability*

121 Vandeputte, p.386.

122 Art. 5 lid 2, 146 en art. 9 VWEU.

123 Keune/Jepsen, p.9 e.v., T. Wilthagen en S. Bekker, 'Flexicurity-a European Approach to Labour Market Policy', *Forum*, maart/april 2008, p.69.

124 Art. 258 VWEU e.v.

*or illness is essential in order to achieve the objectives of the Lisbon Summit and to promote a more inclusive society.*¹²⁵

Daarnaast is in de academische definitie van Wilthagen de aandacht voor 'zwakkere groepen' op de arbeidsmarkt in het algemeen geformuleerd. Dat langdurig arbeidsongeschikten en werknemers met beperkingen of handicaps een zwakke positie hebben op de arbeidsmarkt hoeft geen verdere toelichting. Omdat flexicurity zich ook richt op 'employment security' en op 'internal numerical flexibility' heeft het niet alleen relevantie voor zieke werknemers die zich op de arbeidsmarkt begeven, maar ook voor zieke werknemers die gewoon in dienst zijn. Daar kan nog aan worden toegevoegd dat bij de gedachtevorming over flexicurity door verschillende betrokken organisaties, verenigd in een Sociaal Platform, al in 2006 aandacht is geschonken aan de zieke werknemer, zij het zijdelings. Flexicurity betekende volgens hen een brede aanpak, gericht op meer en betere banen maar ook versterking van sociale cohesie en het bestrijden van armoede en uitsluiting. Kritische vragen daarbij waren: 'Will flexicurity help create jobs for all? What kind of jobs will be created? Who will access and benefit from these jobs? Will workplaces be adapted for those with disabilities, health problems and older workers? How will the EU guarantee that the precariousness of certain groups is not simply reinforced?'¹²⁶

Een van de wegen waarlangs flexicurity kan worden bereikt is vervolgens -kort gezegd- het verbeteren van kansen voor uitkeringsgerechtigden/'disabled'.¹²⁷ *Pathway 4* vraagt om de vermindering van langetermijnafhankelijkheid van een uitkering. Daaraan kan bijdragen dat arbeidsongeschikten in staat worden gesteld makkelijker over te stappen naar een andere interne of externe (minder belastende) functie, om op die manier uitval om gezondheidsredenen te voorkomen.¹²⁸ Het kan er ook toe leiden dat een zo optimaal mogelijke inzet wordt bereikt, waardoor de afhankelijkheid van een uitkering kan worden voorkomen of beperkt. Activering van de arbeidsongeschikte werknemer kan worden gezien als een onderdeel van moderne sociale zekerheid (*Common Principle 2*).

Ten slotte richt flexicurity zich niet alleen op de werknemer maar juist ook op de werkgever. Die heeft net zo goed belang bij een gezonde mix van kosten, rechten en verantwoordelijkheden (*Common Principle 3* en 8).

125 Eurofound, *Illness, disability and social inclusion*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2003, p.V.

126 Bekker, p.157-158.

127 Bij arbeidsongeschiktheid in Nederland is overigens in de aanvangsfase in technische zin geen sprake van een uitkeringsgerechtigde: het gaat in de regel om werknemers die arbeidsongeschikt worden maar hun hoedanigheid van werknemer wel behouden, met aanspraak op loon. Dat is de nationale context van een werknemer met -vanaf enig moment- een moeilijke(re) arbeidsmarktpositie. European Expert Group on Flexicurity, *Flexicurity Pathways. Turning hurdles into stepping stones*, juni 2007, p.32-34.

128 L. Bovenberg en T. Wilthagen, 'On the Road to Flexicurity: Dutch proposals for a pathway towards better transition security and higher labour market mobility', Tilburg University, september 2008, p.19-20.

Het antwoord op de tweede deelvraag luidt daarom dat flexicuritybeleid relevant is voor re-integratie van arbeidsongeschikte werknemers.

De derde deelvraag betreft de wijze waarop Lidstaten rekening moeten houden met flexicuritydoelen. Het VWEU verplicht hen daarmee rekening te houden in de bepaling en de uitvoering van hun eigen werkgelegenheidsbeleid. Daaronder wordt naar mijn mening ook hun sociale rechtsvorming verstaan.¹²⁹ Uit bovenstaande bespreking van de OMC volgt dat de nationale beleidsinvulling van het streven naar die doelen vrij is, als de sociale rechtvaardigheid maar wordt bevorderd. Het werken daaraan en de voortgang wordt gevolgd door de Raad en de Commissie.¹³⁰

Het antwoord op de derde deelvraag is dat de Lidstaten rekening moeten houden met flexicuritydoelen bij hun sociale rechtsvorming, maar de wijze waarop staat hen vrij (OMC), zolang die wijze de sociale rechtvaardigheid bevordert.

3.8 Afronding

Het begrip flexicurity is verduidelijkt en daarbij is naar voren gekomen dat de *Open Method of Coordination* een belangrijk element is. Daarom is deze OMC toegelicht. Samen met de definities en de systeemkenmerken uit hoofdstuk 2 zijn dit noodzakelijke ingrediënten om het toetsingskader te kunnen ontwikkelen.

¹²⁹ Art. 146 en art. 9 VWEU. Dit laatste artikel stelt dat daarnaast dat er ook rekening mee moet worden gehouden in haar 'optreden'. Het bereik is dus iets groter dan alleen beleidsmatig of rechtsvormend.

¹³⁰ *Common Principle 3* en art. 148 VWEU.

HOOFDSTUK 4

Naar een toetsingskader

Door de ontwikkeling van een toetsingskader ontstaat een methode waarmee kan worden getoetst of in de Nederlandse rechten en verplichtingen bij re-integratie rekening wordt gehouden met flexicuritydoelstellingen.

4.1 Inleiding

In hoofdstuk 2 zagen we dat de wetgever re-integratiewetgeving inzet om beleidsdoelen te halen, waaronder een hogere arbeidsmarktparticipatie bij arbeidsongeschiktheid. Die rechtsvorming rond re-integratie is onderdeel van het werkgelegenheidsbeleid. In hoofdstuk 4 werd besproken dat de EU streeft naar een sociale markteconomie, waarbij elke Lidstaat bij het voeren van werkgelegenheidsbeleid met flexicuritydoelen (of wel *Common Principles*) rekening moet houden. Dat is een 'moeten' vanuit *soft law*: het VWEU geeft een opdracht aan de nationale wetgever, zonder effectieve sanctie. Daarbij biedt de OMC ruimte om bij het voeren van werkgelegenheidsbeleid rekening te houden met de specifieke context van de Lidstaat. In § 3.6 is uitgebreid stilgestaan bij de OMC.

De vraagstelling in dit onderzoek is of in Nederland in de arbeidsrechtelijke en sociaalzekerheidsrechtelijke rechten en verplichtingen van de werkgever en de zieke werknemer rond re-integratie wel rekening wordt gehouden met de flexicuritydoelen. Wij zagen dat de OMC moet waarborgen dat die gezamenlijke gecoördineerde doelstellingen op het gebied van werkgelegenheidsbeleid kunnen worden gehaald, maar wel de bijzondere omstandigheden van elke Lidstaat inachtnemend.

Het bereiken van flexicuritydoelen wordt aan de Nederlandse overheid overgelaten. Wat de mogelijkheden zijn om flexicurity te 'halen', wordt dus bepaald door de ruimte die de OMC aan een Lidstaat biedt. Daarmee komt dat begrip centraal te staan in het analytisch kader en wordt het interessant te onderzoeken waar die *open method of coordination* is begrensd. Uit het woord *open* rijst de suggestie dat Nederland de vrije hand heeft bij het streven naar flexicurity en dus ongelimiteerd ruimte heeft. De OMC is echter niet vrij, niet volkomen *open*. Een Lidstaat mag zijn eigen werkgelegenheidsbeleid voeren toegespitst op de eigen situatie, maar daarbij niet ongebreidelde doen wat hem goeddunkt om een flexicurityresultaat te bereiken. Het doel heiligt niet alle middelen. Denk aan de flexicuritydoelstelling om de kloof tussen

insiders en outsiders op de arbeidsmarkt te verkleinen. Outsiders moeten sneller aan het werk kunnen. Het invoeren van bijvoorbeeld dwangarbeid zou dat doel kunnen helpen bereiken, maar dat middel past niet in de Europese cultuur. De nationale context is dus geen vrijbrief, maar kent normatieve beperkingen.¹ Een belangrijke normatieve begrenzing heb ik in het vorige hoofdstuk al geschetst namelijk dat bij de toepassing van de OMC de sociale rechtvaardigheid moet worden bevorderd. Die notie is echter verder nog niet gespecificeerd.

Nederland moet dus flexicuritydoelen nastreven, mag dat via de OMC doen, maar moet er wel voor zorgen dat de gebruikte methode sociaal rechtvaardig is. Een Lidstaat streeft werkgelegenheidsbeleid na met sociaalrechtelijke wet- en regelgeving. Die wet- en regelgeving (of sociale rechtsvorming) staat dus centraal bij het toetsingskader. Niet zozeer de technische kant van het wetgevingsproces maar meer de *waarden en beginselen* waar de Nederlandse wetgever zich door laat leiden of zou moeten laten leiden.² De waarden en rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan het sociaal recht belichamen immers de ethische waarden die voor het Nederlandse sociaal recht gelden. Die waarden en beginselen geven de Nederlandse context, het eigene weer.

De Nederlandse context kan daarbij overigens niet los worden gezien van de Europese: de EU is een belangrijk deel van de context. Tegelijk is die context pluriform: politieke, economische, sociale en juridische opvattingen van 27 verschillende Lidstaten maken dat er tal van nationale inzichten bestaan. Het 'slechts' volgen van nationale waarden en beginselen zou betekenen dat elk van die nationale invullingen van de OMC een verschillende richting kan ingaan. In de rechtstheorie bestaat het inzicht dat *waarden* een bron van eenheid kunnen zijn in zo'n pluriforme context.³ Door op zoek te gaan naar een gemeenschappelijke basiswaarde wordt gezorgd voor eenheid van de context voor de OMC. Bovendien wordt een basis gevonden waarop de nationale uitwerking van de OMC via rechtsbeginselen kan 'voortbouwen'. Het is daarom goed eerst in kaart te brengen welke gemeenschappelijke basiswaarde Nederland deelt met de rest van de EU.

In § 4.2 sta ik eerst stil bij de begrippen waarde, rechtsbeginsel en sociale rechtsvorming, waarna ik in § 4.3 onderzoek welke gemeenschappelijke basiswaarde bestaat om de coördinatie van het Europese sociale model op te baseren. Er zijn verschillende Europese waarden en normen maar is daar ook een algemene kern in te ontdekken,

1 European Expert Group on Flexicurity, p.38: *'Because not only the specific challenges but also the starting positions of the Member States vary, practical solutions must reflect and respect this diversity,...However, the need to deal with these challenges originates from a common value system, including welfare, equal opportunities, participation, solidarity and dignity, considered part of the bedrock of the EU.'*

2 Dus een onderscheid tussen de idee, die tot rechtsvorming leidt en de verwezenlijking daarvan. N.E.H. van Esveld, 'Sociale rechtsvorming', oratie Leiden 1967, in: H.L. Bakels (red.), *Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, Kluwer: Deventer 1977, p.106.

3 W. van der Burg en S. Taekema, *The Importance of Ideals. Debating Their Relevance in Law, Morality, and Politics*, P.I.E.-Peter Lang: Brussel 2004, p.22-23.

een bron waaruit ook de Nederlandse waarden en rechtsbeginselen voortspuiten? De eerbied voor de menselijke waardigheid lijkt die kern te zijn. Ik ga in op de vraag of die conclusie terecht is voor de coördinatie van het Europese *sociale* model. Is eigenlijk niet 'sociale rechtvaardigheid' de gemeenschappelijke basiswaarde? Die wordt immers als streefdoel van OMC aangemerkt.

§ 4.4 staat in het teken van de bespreking van de waarde van sociale rechtvaardigheid in Europa en Nederland. Een hedendaagse Europese benadering van de inhoud van sociale rechtvaardigheid komt aan bod met een voorbeeld in de studie van Hesselink naar de *draft Common Frame of Reference*. Ook in Nederland is sociale rechtvaardigheid bij sociale rechtsvorming een gekend begrip. In § 4.5 bespreek ik diverse theorieën om beter te begrijpen wat onder sociale rechtvaardigheid kan worden verstaan. Daarbij benoem ik een aantal elementen die door verschillende filosofen naar voren zijn gebracht om duidelijk te maken wat sociale rechtvaardigheid in mijn beleving elk geval *ook* moet inhouden.

In § 4.6 komt aan bod hoe de basiswaarde van sociale rechtvaardigheid in Nederland is uitgewerkt in waarden en rechtsbeginselen. Met name de ongelijkheidscompensatie komt aan de orde, maar ook de arbeidsrechtelijke en sociaalzekerheidsrechtelijke waarden en beginselen die door Van der Heijden/Noordam zijn geformuleerd.

Ik beoordeel daarbij in § 4.7 of de algemene rechtsfilosofische elementen die ik in § 4.6 heb benoemd, terugkomen in de Nederlandse discussie over sociale rechtvaardigheid en zo nee of dat niet toch zou moeten. Dat leidt mij vervolgens tot het formuleren van een set actuele sociaalrechtelijke waarden en rechtsbeginselen die de Nederlandse context vormen voor sociale rechtsvorming. Ik onderzoek daarbij of die waarden en beginselen verenigbaar zijn met de flexicuritydoelstellingen en hoe die waarden en beginselen verantwoord een plaats kunnen krijgen in de sociale rechtsvorming. Na het duiden van verschillende technische manieren van sociale rechtsvorming zijn alle elementen voorhanden om in § 4.8 het toetsingskader te omschrijven.

4.2 Waarde, rechtsbeginsel, sociale rechtsvorming

4.2.1 Wat is een waarde?

De Maastrichtse hoogleraar Spronken verzuchtte in januari 2013: '*Hier wordt vooral veel gezeurd. Ik mis idealen, ze zijn een richtsnoer tot handelen. Zonder idealen wordt het heel cynisch*'.⁴ Die verzuchting is niet nieuw. In zijn bespreking van de algemene begrippen van het burgerlijk recht uit 1947 stelde Meijers al de vraag of een rechtsplicht niet meer is dan een dreiging van de overheid met onaangename maatregelen bij niet-gehoorzamen. Bestaat een rechtsplicht niet uit een norm die (los van overheidsrepercussies) haar eigen zedelijke waarde heeft? Hij meent van wel, omdat sommige rechtsplichten rechtstreeks zijn ontleend aan wat zedelijk of betamelijk is of

4 T. Spronken in *Mr. nr. 1-2013*, p.27.

het algemeen belang dienen. Wie daarmee in strijd handelt, verricht iets laakbaars of onzedelijks (immoreel).⁵ Een zedelijke waarde is een uitgangspunt dat wijst in de richting van *wat* men in acht behoort te nemen. Als zodanig behoort een waarde richting te geven aan het handelen.⁶

In de rechtstheorie wordt 'waarde' ook wel 'doel', 'deugd' of 'ideaal' genoemd.⁷ Een waarde is *'usually not completely realizable. They are usually implicit in legal, moral and political practices and are often difficult to formulate exactly. They function as points of orientation for these practices and can thus play a role in motivating action and justifying decisions and opinions.'*⁸

Waarden kennen geen specifiek rechtssubject in tegenstelling tot grondrechten en rechtsbeginselen.⁹ Als voorbeeld noem ik de Europese waarde van 'democratie'.¹⁰ Het rechtssubject mens kan geen 'democratie' hebben, maar wel een grondrecht op actief en passief kiesrecht (artikel 4 Gw). In dit grondrecht is de waarde vastgelegd.¹¹ De functie van waarden is niet om de burger tegen de overheid te beschermen; het is de overheid die de waarden moet handhaven, met als gevolg dat een conflict kan ontstaan met grondrechten en rechtsbeginselen.¹²

Het begrip 'waarde' wordt onderscheiden van het begrip 'beginsel'. Waarden kunnen naar hun aard zelf niet of nauwelijks worden gedefinieerd of gepreciseerd, maar vinden in de vorm van rechtsregels ingang in het recht.¹³ Intermediair daarbij zijn rechtsbeginselen.¹⁴ Er bestaan verschillende waarden, waarvan de onderlinge hiërarchie *-if any-* niet te geven is. Wie bepaalt dat een waarde als democratie belangrijker is dan een waarde als vrijheid? Verantwoord handelen betekent dat men handelt op grond van een beargumenteerde samenhang van de verschillende waarden.¹⁵ Met het begrip 'basiswaarde' probeer ik een kernwaarde te vinden, een waarde die in mijn ogen de essentie weergeeft waarnaar sociale rechtsvorming moet streven. Er zijn

5 E.M. Meijers, *Algemene leer van het burgerlijk recht. Deel 1 De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Universitaire Pers: Leiden 1958, p.1, 11-12. Tegelijkertijd beseft hij dat er geen alom aanvaarde zedenleer bestaat.

6 H.E.S. Woldring, 'Bevrijdende waarden en bindende normen in de publieke moraal' in: P.T. de Beer en C.J.M. Schuyt, *Bijdragen aan waarden en normen*, WRR-Verkenning Amsterdam University Press: Amsterdam 2004, p.56-58.

7 'Purpose', 'virtue', 'ideal': Van der Burg/Taekema, p.17 met verwijzingen en p.39.

8 Van der Burg/Taekema, p.18.

9 Barents, p.178.

10 Art. 2 Verdrag betreffende de Europese Unie.

11 Zie ook bijv. E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Reeks VvA 28, Deventer 1999, p.1, die vaststelt dat grondrechten betrekkelijk zijn tot de periode waarin zij tot stand komen, p.5.

12 Barents, p.178.

13 F.A. Engelen, *Over waarden en normen. Het beginsel van goede trouw in het (fiscale) verdragenrecht*, oratie 2006, Kluwer: Deventer 2006, p.10, die het begrip 'rechtsnormen' noemt. Vinke maakt duidelijk dat rechtsnormen bestaan uit geschreven (wettelijke) en ongeschreven rechtsregels; H. Vinke, *Werknemers-compensatie bij beroepsgebonden schade* (diss.), Sdu: Den Haag 1997, p.35-36.

14 J. Verschuuren en T. Oudenaarden, 'The Role of Ideals in Legal Development: Sustainable Development and the Conservation of Biological Diversity as Cases in Point' in: Van der Burg/Taekema, p.244.

15 Woldring, p.57.

dus meerdere waarden en alle waarden zijn gelijk, maar wellicht vloeien zij allemaal voort uit dezelfde bron.

4.2.2 Wat is een rechtsbeginsel?

Scholten noemt, dat 'een der voornaamste functies der rechtswetenschap (is) het rechtsbeginsel in het positieve recht op te sporen.'¹⁶ Een rechtsbeginsel is een zo algemene uitspraak dat directe toepassing door subsumptie niet mogelijk is. Het is een uitspraak over positief recht die onmiddellijk evident is: het wijst boven het positieve uit naar 'het zedelijk oordeel, de scheiding van goed en kwaad, waarin het recht is gegrondvest.' Via het beginsel dringt het ethische (of wat ik noemde de 'waarde') door in het recht: het sluit waardering in en daarmee de mogelijkheid van graadverschil.¹⁷ Neem bijvoorbeeld ongelijkheidscompensatie. Het is onmiddellijk evident dat het gaat om het compenseren van de zwakkere werknemer, wat een 'zedelijk' oordeel inhoudt. Kennelijk wordt dit nodig gevonden. Toch is directe toepassing niet mogelijk aangezien de invulling van het beginsel op verschillende manieren en in verschillende gradaties mogelijk is.

Vranken gaat verder dan Scholten en maakt een onderscheid in twee soorten rechtsbeginselen.¹⁸ Als meest fundamentele noemt hij de algemene voor het gehele civiele vermogensrecht geldende principes, die hij de 'zedelijkheidspostulaten van het recht' noemt. Dat zijn onder andere rechtszekerheid, evenredigheid, bescherming van opgewekt vertrouwen, gelijkheid en doelmatigheid. Deze soort sluit in mijn beleving nauw aan bij de rechtsbeginselen waar Scholten over sprak. Zij zijn bruggenhoofden van recht en ethiek, vertrekpunten voor zowel zedelijk als juridisch handelen. Hoe te handelen in een concreet geval is overigens niet statisch want elk van de beginselen heeft een relatieve zwaarte.¹⁹ Van belang is dat besef blijft bestaan dat het om denkkaders gaat, om oriëntatiepunten bij het uitzetten van de te volgen koers, dus om meer dan kwesties met een technisch karakter. Op die manier bevorderen beginselen de morele en juridische eenheid van het positieve recht.²⁰ Naast de algemene zijn er de meer 'profane' rechtsbeginselen: overkoepelende gezichtspunten, uitgangspunten, karakteristieke eigenschappen die betrekking hebben op een onderdeel van het vermogensrecht of een bepaald leerstuk. Als voorbeelden noemt Vranken het beginsel van de opgewekte schijn of slachtofferbescherming op het werk. Ik zou daar bijvoorbeeld aan toe willen voegen de 'wezen gaat voor schijn'-leer.²¹ Deze beginselen staan

16 Asser-Scholten (Algemeen deel*), W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1974, p.62. Ik spreek slechts in een kader van burgerlijk recht.

17 Asser-Scholten, p.65. Tegelijk is het zoeken naar rechtsbeginselen in het positieve recht irrationeel, zegt Scholten, omdat alleen dát als beginsel wordt erkend wat door de onderzoeker zelf, als voor zijn zedelijk bewustzijn evident, wordt aanvaard.

18 J.B.M. Vranken, Asser-Vranken (Algemeen deel**) W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1995, p.86-92.

19 Ook: R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth en Co.: London 1977, p.26-27: 'Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect...one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each...(I)t is an integral part of the concept of principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is.'

20 Asser-Vranken, p.89.

21 Zie daarover G.J.J. Heerma van Voss, Asser-Heerma van Voss 7-V* Kluwer: Deventer 2008, nr. 11.

dichter op de praktijk, omdat ze vaak minder universeel zijn, maar beperkt tot onderdelen of leerstukken. Daardoor zijn ze in de regel minder vaag.²²

Rechtsbeginselen verschillen van waarden op twee vlakken. Hoewel een rechtsbeginsel ook een open, oriënterend karakter heeft, is het nog steeds een tamelijk specifieke gedragsnorm die binnen bereik is van degene die ze moet toepassen. Een rechtsbeginsel is eerder toepasbaar dan een waarde. Een tweede verschil is dat een waarde zich moeilijk volledig laat formuleren, terwijl bij een rechtsbeginsel de bedoeling vrij duidelijk is.²³ De rol van een rechtsbeginsel is in dat verband die van *'link between values and rules...Principles are a necessary medium for ideals to find their way into concrete rules.'*²⁴ Bruggink definieert een rechtsbeginsel als een bijzondere rechtsregel die een waardemaatstaf bevat, te onderscheiden van de concrete rechtsregels die een richtlijn voor het handelen geven. Rechtsbeginselen zijn algemeen en abstract en moeten worden verbijzonderd of geconcretiseerd met het oog op de feitelijke situatie. Zij worden indirect toegepast: concrete rechtsregels worden afgeleid uit rechtsbeginselen.²⁵ Rechtsbeginselen kunnen ook op een andere manier van concrete rechten worden onderscheiden. In tegenstelling tot rechten, die ertoe strekken een concreet omschreven individuele rechtssituatie te beschermen, bevatten beginselen opdrachten voor de overheid. De overheid moet de individuele rechtssituatie die door rechten is gewaarborgd, eerbiedigen, maar in het geval van een beginsel is de opdracht aanzienlijk minder afgebakend: bij de formulering daarvan wordt geen individuele rechtssituatie omschreven, maar worden enkele algemene thema's en resultaten genoemd waarnaar de overheid zich moet richten.²⁶

Verhulp onderkent in zijn omschrijving van het begrip 'rechtsbeginsel' zo'n verschil. Een rechtsbeginsel is *'een algemeen uitgangspunt dat wordt aangevoerd ter rechtvaardiging van de meer concrete normen in het recht en zo de coherentie binnen het rechtssysteem bevordert.'*²⁷ De wetgever doet dat 'aanvoeren ter rechtvaardiging' echter niet of niet consequent,²⁸ maar daarmee is het niet minder een stelregel. Het rechtsbeginsel behoort te worden aangevoerd en dat gebeurt bij 'correcte' rechtsvorming ook.²⁹ Dit past ook in de gedachtegang van Verschuuren/Oudenaarden: het rechtsbeginsel is intermediair tussen een waarde en concrete regels. Heerma van Voss ziet voor rechtsbeginselen een rol in de precisering van een open norm (en

22 Asser-Vranken, p.92.

23 Van der Burg/Taekema, p.17.

24 Verschuuren/Oudenaarden, p.244.

25 J.J.H. Bruggink, *Op zoek naar het recht. Rechtsvinding in rechtstheoretisch perspectief*, Wolters Noordhoff: Groningen 1990, p.131-147, m.n. p.137-138.

26 Conclusie A-G P. Cruz Villalón, 18 juli 2013 in zaak C 176/12, *Association de médiation sociale* tegen *Union locale des syndicats CGT*, punt 50 over het gebruik van die begrippen in het Handvest van de EU.

27 E. Verhulp, 'Arbeidsrechtelijke beginselen of systemen?', *SMA* 2007, p.213. Hij gaat ook in op een 'systeem': het geheel van rechtsnormen waarbinnen een zekere samenhang bestaat. Rechterlijke rechtsvorming moet passen binnen het systeem; daarna is ruimte voor het inbrengen van beginselen.

28 Zie ook het verderop te bespreken standpunt van Van der Heijden/Noordam.

29 Ook volgens Scholten, wiens werk op dit punt wordt besproken door Bruggink, p.135.

daarmee het bieden van ruimte voor toepassing op een individueel geval) en het vergelijkbaar maken van gevallen. Terecht stelt hij dat beginselen niet 'gelden', maar wel richting kunnen geven. Beginselen kunnen botsen; in dat geval moet voorrang worden bepaald.³⁰ Noordam heeft stilgestaan bij het aanverwante begrip 'rechtsgrond', zoals dat is gebruikt door de Commissie Van Rhijn maar ook bij de totstandkoming van de Invaliditeitswet, de Ziektewet en de WAO. In wezen gaat het daarbij om de motivering, om de argumentatie die wordt gebruikt om de interventie van de overheid te legitimeren om een bepaald probleem op te lossen.³¹ Dit ligt dicht tegen het begrip rechtsbeginsel aan: *'Een rechtsgrond is een intellectuele formulering van wat voor het spontane rechtsbesef vanzelfsprekend is en waardoor dit met reeds aanvaarde veronderstellingen in verband wordt gebracht'*.³²

Zowel waarden als rechtsbeginselen zijn in mijn onderzoek nodig als kader om te duiden waar de nationale invulling van de Europese flexicuritynotie rekening mee moet houden. Het gaat bij de rechtsbeginselen om de profane en niet om de algemene rechtsbeginselen van Vranken omdat ik immers op zoek ben naar de rechtsbeginselen op één onderdeel van het civiele recht te weten het arbeidsrecht, uitgebreid met sociaalzekerheidsrechtelijke beginselen. Daarbij vind ik het universele, het overstijgende karakter van belang: een rechtsbeginsel moet zo algemeen zijn dat het geschikt is voor herhaalde en verschillende toepassing, zodat het de functie kan vervullen van het bevorderen van de eenheid en samenhang van het (arbeids) recht. Verder moet het richtinggevend zijn omdat het een waardering bevat, een keuze voor de zedelijke koers waarop het recht zich zou moeten ontwikkelen.

Als definitie voor het begrip rechtsbeginsel zou ik willen voortbouwen op Verhulp's omschrijving: een algemeen, richtinggevend oriëntatiepunt dat wordt aangevoerd ter rechtvaardiging van de meer concrete normen in het recht en zo de eenheid en samenhang binnen het rechtssysteem bevordert.

4.2.3 Wat is sociale rechtsvorming?

Onder sociale rechtsvorming versta ik de vorming van sociaal recht, dat bestaat uit arbeidsrecht en sociaalzekerheidsrecht.³³ Voor het ontstaan van recht is actieve vormgeving vereist, waarin wetgeving een primaire rol vervult. Wetgeving verschafft

30 G.J.J. Heerma van Voss, 'De goede werkgever', lezing Vereniging voor Arbeidsrecht 26 mei 2011. Zie ook N. Zekic 'Arbeidsrechtelijk normatief kader en ongelijkheidscompensatie', Jacobs-bundel, p.63: 'Rechtsbeginselen dicteren niet, zij wijzen een bepaalde richting.'

31 F.M. Noordam, *Rechtsgrond en sociale zekerheid*, afscheidsrede 2006, Kluwer: Deventer 2007, p.11-12.

32 M.G. Levenbach, 'Het Nederlandse in onze arbeidswetgeving' (in: *Nederland tussen de natiën*, deel II, 1948), in: *Arbeidsrecht, een bundel opstellen van Prof. mr. M.G. Levenbach*, Alphen aan den Rijn 1951, p.300.

33 Ik laat de discussie over de precieze afbakening en terminologie rond deze begrippen voor wat die is. Zie bijvoorbeeld G.J.J. Heerma van Voss en S. Klosse, 'Arbeidsrechtelijke sociale zekerheid: wat is dat eigenlijk?' in: M. Herweijer, G.J. Vonk en W.A. Zondag (red.), *Sociale zekerheid voor het oog van de meester*, Kluwer: Deventer 2006, p.159-174 (Noordam-bundel). Voor het sociaalzekerheidsrecht richt ik mij op sociaalverzekeringsrecht (met name ZW, WAO, WIA) en niet zozeer op sociale voorzieningen.

namelijk algemene regels, een algemeen kader; een functie die de rechtspraak niet kan vervullen. Zo'n algemeen kader heeft betrekking op de ordening van maatschappelijke verhoudingen en belangen.³⁴

Rechtsvorming vindt niet alleen plaats via wetgeving. Scholten wees er al op dat de wet niet altijd duidelijk is en dus moet worden geïnterpreteerd. Rechtsvorming door interpretatie gebeurt in de regel door de rechter. Als de wet of interpretatie niets oplevert, kunnen analogie of verfijning methodes van rechtsvorming zijn, net als de toetsing van de wet aan de redelijke toepassing daarvan om misbruik van recht te voorkomen.³⁵ Meijers pleitte ervoor de te bereiken doeleinden van rechtsregels te bestuderen.³⁶ Ik voeg daar voor het arbeidsrecht nog aan toe dat recht wordt gevormd door de invulling van open normen door de rechter, zoals bij de wettelijke regel van goed werkgeverschap/goed werknemerschap (artikel 7:611 BW).³⁷ De rechter heeft die regel bijvoorbeeld gebruikt om het leerstuk van eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst te ontwikkelen.

Rechtsvorming door de rechter kent beperkingen: het is casusgebonden, sluit aan bij *bestaande* rechtsovertuigingen zonder dat hij die stuurt en vernieuwt en de rechter beschikt niet over de middelen (publiek debat, tijd, informatievoorziening) voor complexe en omvangrijke rechtsvormingsprojecten.³⁸ Gezien ook de sociaal-politieke keuzes die worden gemaakt ligt het primaat bij sociale rechtsvorming bij de wetgever.³⁹

Het doel van rechtsvorming is te realiseren dat de overheid aan zijn burgers en de ene burger wederzijds aan de ander, gelijke zorg en respect verschaft op grond van de fundamentele menselijke gelijkwaardigheid of ten minste dat het recht daarmee niet in strijd is.⁴⁰ De formulering 'gelijke zorg en respect' (*'equal concern and respect'*)

34 Th.G. Drupsteen e.a. (red.), *Rechtsvorming in de sociale rechtsstaat*, Kluwer: Deventer 1989, p.VII. Polak noemt dat wetgeving soms codificatie is van wat door jurisprudentie is gevormd en als recht wordt aanvaard. Tegelijk wijst hij op de (staatsrechtelijke) bezwaren van een rechter als wetgever-plaatsvervanger, J.M. Polak, 'Theorie en praktijk van de rechtsvorming' in: Th.G. Drupsteen e.a. (red.), *Rechtsvorming in de sociale rechtsstaat*, Kluwer: Deventer 1989, p.59-63.

35 Asser-Scholten, p.1-6.

36 Meijers, p.33.

37 Zie ook M.A.C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht* (diss.) Kluwer: Deventer 1999. Rijkkema noemt dit delegatie van rechtsvormende bevoegdheid door de wetgever aan de rechter. P. Rijkkema, *Rechtshandhaving. Over de rechtsvormende rol van de rechter in een democratische rechtsstaat*, Boom: Den Haag 2001, p.136-141.

38 Rijkkema, p.109. Hij constateert dat de rechtspraak zijn beperkte rechtsvormende taak onderkent, p.125-129. Zo absoluut beperkt zijn de mogelijkheden van de rechter overigens niet: zie art. 392-393 Rv. Rechter kunnen prejudiciële vragen aan de HR stellen; de HR heeft vervolgens de mogelijkheid om naar eigen keuze derden bij de rechtsvorming te betrekken.

39 Rijkkema zet rechtsvorming door wetgeving als resultaat van politieke strijd tegenover de machtsvrije dialoog die speelt bij rechtsvorming door rechters, p.109, zie ook p.129. Fase merkt nog op dat sociale rechtsvorming ook gebeurt in het overleg tussen sociale partners, in CAO's, W.J.P.M. Fase, 'Sociale rechtsvorming of scharrelrecht?', *SMA* 2001/5 (Fase 2001), p.251. Met Zekic ben ik van mening dat sociale rechtsvorming door méér wordt beïnvloed dan politieke keuzes, waarover verderop meer, N. Zekic, Jacobs-bundel, p.64-65.

40 Rijkkema, p.15. Hij noemt dit het democratisch rechtvaardigheidsconcept.

is afkomstig van de Amerikaanse rechtsfilosoof Ronald Dworkin (1931-2013). Het geeft weer dat een democratische wetgever tot taak heeft de belangen van zijn burgers te behartigen, als gelijkwaardige mensen die het van groot belang vinden om te kunnen leven volgens wat in hun eigen ogen een waardevol leven is.⁴¹

Bij het bereiken van dit doel moet de wetgever daarom kijken naar de maatschappelijke behoeften. Door wetgeving wordt namelijk pas recht gevormd als de algemene regels, het algemene kader worden geïnternaliseerd en dus worden ervaren als eigen normen.⁴² Wetten die niet aansluiten bij maatschappelijke behoeften en draagvlak ontberen, worden maar moeilijk als 'recht' beschouwd. Anders gezegd: recht probeert de samenleving te reguleren. Over de manier waarop dat moet gebeuren, bestaan veel verschillende opvattingen. Maar in het positieve recht zien we terug welke keuzes zijn gemaakt tussen opvattingen en de waarden die zij vertegenwoordigen. De positieve rechtsnormen laten daarmee de heersende normatieve opvattingen zien.⁴³ Als het goed is, voeg ik daar aan toe. Belangrijk is namelijk de vraag *hoe* de keuze tussen waarden (en dus vóór bepaalde wetgeving) wordt gemaakt. Operationeel is dat geregeld in de Aanwijzingen voor de regelgeving, waarin de wetgever wordt opgedragen om bij het ontwerpen van regelingen rekening te houden met 'hogere regels', waaronder rechtsbeginselen worden verstaan.⁴⁴ Dit is weliswaar operationeel, maar toch niet erg duidelijk. Op abstract niveau gaat het bij rechtsvorming om het gebieden van *'dat gedrag...waarvan niet voorstelbaar is dat behoorlijk gemotiveerde burgers het niet zouden gebieden en is dat gedrag verboden waarvan niet voorstelbaar is dat zij het niet zouden verbieden'*.⁴⁵ Ook dat blijft abstract en niet erg duidelijk. Verdere concreetisering is nodig en daar komen rechtsbeginselen om de hoek kijken.

Volgens Scholten wordt recht gevormd doordat de wetgever (of de rechter) in de rechtsvorming verschillende rechtsbeginselen tegen elkaar afweegt.⁴⁶ Bij rechtsvorming kan de wetgever dus houvast hebben aan gemeenschappelijk gedeelde Europese waarden, maar ook aan de eigen nationale waarden en rechtsbeginselen.⁴⁷ Belangrijk gegeven is wel de motivering waarom soms de ene dan weer de andere waarde of rechtsbeginsel zwaarder moet wegen. Inzicht in de afweging kan begrip verhogen en discussie stimuleren.

41 Rijpkema, p.15.

42 Fase 2001, p.253 Daarbij moet de wetgever beseffen dat de mogelijkheden om de samenleving met regelgeving te reguleren beperkt zijn. Zie ook Hesselink die verwijst naar Habermas en Kant: cruciaal is dat de geadresseerden van een norm zich daarvan de auteur zouden moeten kunnen voelen, p.23. Zie ook F.M. Noordam, 'Sociale zekerheid maal kwaliteit is somberheid', *SMA* 1999/1, p.23: *'Aanvaarding resulteert in naleving'*.

43 Zekic, Jacobs-bundel, p.60-61.

44 Aanwijzing 18, 'Aanwijzingen voor de regelgeving', circulaire van de Minister-president van 18 november 1992, 7^e wijziging, *Stcrt.* 2005, 87. Met name worden het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel genoemd.

45 Rijpkema, p.110.

46 Bruggink, p.135.

47 Rijpkema, p.111.

4.3 Basiswaarde in Europa

4.3.1 Onder de parasol

Allereerst ga ik op zoek naar een basiswaarde voor het Europese sociale model. Ik heb er al op gewezen dat die basiswaarde twee functies kan vervullen. Ten eerste biedt het eenheid van de context voor de OMC. Ten tweede is het een basis waarop de nationale uitwerking van de OMC kan 'voortbouwen'.

Het Europese sociale model bestaat uit economisch en werkgelegenheidsbeleid dat is behandeld in § 3.2. Zowel het Verdrag van Amsterdam als het Verdrag van Lissabon zijn daarbij aan de orde gekomen. Bij het Verdrag van Amsterdam is een werkgelegenheidsparagraaf tot stand gekomen.⁴⁸ Daarin wordt een gecoördineerd werkgelegenheidsbeleid uitdrukkelijk als middel gezien om de doelstellingen van de EU te bereiken, waaronder de doelstelling van het bevorderen van de EU-waarden.⁴⁹ Die waarden spelen dus een rol bij werkgelegenheidsbeleid.

In het vorige hoofdstuk is gewezen op de nadruk die ligt op het streven naar coördinatie en eenheid van het gemeenschappelijke werkgelegenheidsbeleid. Tegelijkertijd is de OMC als een van de *Common Principles* van flexicurity benoemd. De OMC geeft ruimte voor diversiteit wat evenzeer een streven is.⁵⁰ Eerder noemde ik al de kritiek dat flexicurity probeert een vierkant blokje 'eenheid' door een rond gaatje 'diversiteit' te duwen. Eenheid *tegelijk met* diversiteit lijken onverenigbare grootheden.⁵¹ Deze kritiek kan worden ondervangen.

Hendrickx en ook Blanpain betogen dat het Europese sociale model moet worden gebouwd rond gedeelde waarden.⁵² Europa is immers een waardengemeenschap.⁵³ Paradoxaal is dat de EU op de puinhopen van de Tweede Wereldoorlog is geboren uit een ideële droom: respect voor gedeelde waarden garanderen door ze te verflechten met praktische belangen van landen, ook wel 'la solidarité de fait' genoemd. De uitwerking daarvan is echter zó gericht geweest op die praktische belangen, met name de gemeenschappelijke economische, dat de EU als gemeenschap van waarden ondersneeuwde.⁵⁴ Dat is de laatste jaren veranderd.

48 Nu: art. 145-150 VWEU.

49 Art. 145 VWEU jo. art. 3 lid 1 VEU.

50 Althans: behoud van diversiteit is van belang.

51 In het ontwerp van de Europese Grondwet werd voorgesteld als Europees devies het tamelijk nietszeggende 'Eenheid in verscheidenheid' in te voeren (art. I-8).

52 F. Hendrickx, 'Regulating flexicurity and responsive labour law' (p.130-131) en R. Blanpain, 'The world of work in the XXI Century. From globalization to flexicurity' (p. 28 en 32) (Hendrickx-bundel).

53 Zie o.m. W. Thomassen, *Fundamentele waarden in het recht*, oratie 2007, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag 2007, p.5 en p.18-19, zie ook European Expert group on Flexicurity, p.9.

54 M. Van Voorde, 'We zijn Europeanen geworden, maar nog geen 'Europeeërs' in: H. Van Rompuy e.a., *Meer Europa, voor meer vrede*, Halewijn: Antwerpen 2011, p.52-53 en 62.

Hendrikcx baseert dat onder meer op de conclusies van het Franse voorzitterschap in Nice in 2000: juist vanwege de diversiteit van sociale systemen van lidstaten moet het Europees sociale model rusten op een gemeenschappelijke fundering van waarden.⁵⁵ Dus geen streven naar harmonisatie maar toestaan van diversiteit op micro-niveau, *als* er maar eenheid is op meta-niveau. Ieder mag als het ware zijn eigen plek onder de parasol zoeken, maar het is wel ónder de parasol. Het belang van waarden bij werkgelegenheidsbeleid wordt in onderzoek bevestigd.⁵⁶ Brenninkmeijer en Heerma van Voss achten zo'n kader aanvaardbaar: als waarden ook over de grenzen blijken te worden erkend dan is dit een aanwijzing voor hun universele karakter.⁵⁷ Ook Rood en Asscher-Vonk accepteren deze gedachtegang.⁵⁸

Wat zijn die gedeelde waarden dan? Is dat 'vrijheid, gelijkheid, broederschap'? Is dat christelijke naastenliefde? Misschien *fair play* en *equality of arms*? In artikel 2 VEU staan de gedeelde waarden genoemd:

*'De waarden waarop de Unie berust, zijn eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren. Deze waarden hebben de lidstaten gemeen in een samenleving die gekenmerkt wordt door pluralisme, non-discriminatie, verdraagzaamheid, rechtvaardigheid, solidariteit en gelijkheid van vrouwen en mannen.'*⁵⁹

De gedeelde waarden zijn vertaald in rechten, vrijheden en beginselen die zijn neergelegd in het Handvest van Grondrechten van de EU.⁶⁰ Artikel 6 lid 3 VEU geeft dat ook weer: zowel de grondrechten uit het Handvest als uit het EVRM worden door de EU erkend, vanuit de gedachte dat die '*voortvloeiën uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben*'. Een logisch gevolg is dan dat elke Lidstaat, ongeacht de eigen specifieke achtergrond, de grondrechten uit het Handvest in acht moet nemen bij het streven naar vervulling van de flexicuritydoelen. Dat is niet alleen gewenst maar ook verplicht.⁶¹ Oud-EHRM-rechter Thomassen benoemt in haar Rotterdamse oratie dat Nederland en Europa als fundamentele waarden delen: respect voor het

55 Funk, p.33.

56 R. Muffels, C. Crouch & T. Wilthagen, 'Flexibility and security: national social models in transitional labour markets', *Transfer* 2014, Vol. 20 (1), p.109 en 114.

57 A.F.M. Brenninkmeijer & G.J.J. Heerma van Voss 'Beginselen van sociale rechtsvorming. Bespreking preadvies NJV 2001', *Nederlands Juristenblad* 2001, afl. 21, p.975-982.

58 M.G. Rood, 'Internationalization; a new incentive for labour law and social security law' in: J.R. Bellace & M.G. Rood, *Labour law at the crossroads: Changing employment relationships* (Aaronbundel), Kluwer Law International: Den Haag 1997, p.150, I.P. Asscher-Vonk, *Dienend sociaal recht?*, afscheidsrede 2009, Kluwer: Deventer 2009, p.40 (naast ILO-normen).

59 In de tweede overweging van de preambule worden als bron van deze waarden de culturele, religieuze en humanistische tradities van Europa genoemd.

60 F. Hendrikcx, Hendrikcx-bundel, p.130-131, zie ook: R. Blanpain, Hendrikcx-bundel, p.32.

61 Gewenst vanwege art. 145 VWEU jo. art. 3 lid 1 VEU: het doel van het werkgelegenheidsbeleid van de EU is het bevorderen van o.a. haar waarden. Verplicht want bij een ernstige en voortdurende schending van deze *grondrechten* kunnen -in elk geval theoretisch- de verdragsrechten van een Lidstaat, waaronder het stemrecht, worden geschorst (art. 7 lid 2 en 3 VEU). Ernstig gevaar voor schending van de *waarden* uit art. 2 VEU kan slechts worden 'geconstateerd' (art. 7 lid 1 VEU).

leven, de menselijke waardigheid en integriteit, vrijheid van meningsuiting, vrijheid van geweten, recht op een eerlijk proces en respect voor het privé- en familieleven.⁶²

Naast Hendrickx is ook door een studiegroep in opdracht van de Europese Commissie uitgegaan van het centraal stellen van grondrechten. Dat gebeurde bij het formuleren van een concept voor een gezamenlijk EU-referentiekader voor het overeenkomstenrecht, de zogeheten 'draft Common Frame of Reference' (DCFR).⁶³ Volgens Hesselink moet in de DCFR worden aangehaakt bij de waarden uit artikel 2 VEU als fundamentele waarden van het (Europees) overeenkomstenrecht. De culturele diversiteit tussen Lidstaten moet daarbij niettemin in acht worden genomen en worden behouden. De verdere ontwikkeling van (Europees) overeenkomstenrecht zou daarom moeten worden gestuurd door de gezamenlijke waarden.⁶⁴

Het lastige is wel dat artikel 2 VEU een reeks gedeelde waarden noemt, het Handvest een opsomming van grondrechten laat zien, Thomassen andere principes noemt en de *underlying principles* bij DCFR weer deels net anders zijn. Bovendien is een rangorde bij die waarden, grondrechten en *principles* niet te geven. Om ze allemaal maar als gemeenschappelijke basis te noemen is dus weinig onderscheidend en daarom moet dieper worden gegraven naar de kern.

4.3.2 *Dat wat we delen: de kern*

Dat teruggaan naar de kern doet Vandeputte ook. Hij gaat uitgebreid in op door hem geconstateerde onverenigbare grootheden (flexicurity doorvoeren zou in strijd komen met fundamentele doelstellingen en beginselen van het geldende Belgische ontslagrecht).⁶⁵ Vandeputte onderzoekt daarom de gedeelde ethische grondslagen om modernisering van het Belgische ontslagrecht te verenigen met flexicuritydoelen. In de beeldspraak die eerder werd gebruikt zoekt hij naar een parasol waaronder plaats is voor zowel flexicurity als het Belgische ontslagrecht.

Vandeputte meent dat de onderliggende norm de eerbied voor de menselijke waardigheid is en stelt die centraal. De vraag is of die norm voor dit onderzoek houvast oplevert. Geeft de parasol van Vandeputte genoeg schaduw?

62 Thomassen, p.6.

63 Over de draft Common Frame of Reference (DCFR) meer in § 4.4.1.

64 M.W. Hesselink, *CFR and Social Justice. A short study for the European Parliament on the values underlying the draft Common Frame of Reference for European private law: what roles for fairness and social justice?*, Sellier: München 2008, p.59, 75-78 en 82-85. Deze uitgangspunten waren in de Interim Outline Edition 2008 al onderkend. De definitieve DCFR van 2009 vermeldde uiteindelijk in de algemene toelichting als 'underlying principles' o.a.: vrijheid, zekerheid, rechtvaardigheid en efficiency. C. von Bar e.a. (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Sellier: München 2009, (DCFR) p.57-101 De DCFR kent ook 'politieke principes' zoals bescherming van de mensenrechten, bevordering van solidariteit en sociale verantwoordelijkheid, het behoud van culturele diversiteit en de bescherming en de bevordering van welzijn en de bevordering van de interne markt (p.14-17). Het is goed om te beseffen dat de DCFR een academisch document is en dus hooguit *soft law*.

65 Vandeputte, p.353-477.

Het beschermen van de menselijke waardigheid zou volgens hem fundament van de gemeenschappelijke waarden moeten zijn.⁶⁶ De idee van menselijke waardigheid ligt aan de basis van veel juridische teksten. De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens begint ermee: *'Whereas recognition of the inherent dignity...of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world'*.⁶⁷ Artikel 1 van de Duitse Grondwet (Grundgesetz) uit 1949 is een voorbeeld: *'Die Würde des Menschen ist unantastbar'*.⁶⁸ De Belgische Grondwet kent artikel 23: *'Ieder heeft het recht een menswaardig leven te leiden'*.

In Europees verband zagen wij al de verwijzing in het VEU: artikel 2 vermeldt als eerste waarde van de Unie de 'eerbied voor de menselijke waardigheid'. Het Handvest van de Grondrechten van de EU gaat nog een stap verder door de eerbied voor de menselijke waardigheid als grondrecht vast te leggen. Artikel 1 luidt: *'De menselijke waardigheid is onschendbaar. Zij moet worden geëerbiedigd en beschermd'*.⁶⁹ Het Handvest heeft dezelfde juridische waarde als het VEU.⁷⁰ In de toelichting staat dat de menselijke waardigheid behoort tot het wezen van de in het Handvest vastgelegde rechten. Het gaat in feite om een meta-grondrecht: menselijke waardigheid is niet alleen een grondrecht op zich maar vormt ook het fundament van andere grondrechten. Geen van de andere grondrechten mag worden gebruikt om de waardigheid van anderen te schenden.⁷¹

Het HvJ EG bevestigde in 2001 al dat een grondrecht op menselijke waardigheid inderdaad deel uitmaakt van het recht van de Unie.⁷² In de woorden van het HvJ EG in een andere zaak: *'Human dignity is an expression of the respect and value to be attributed to each human being on account of his or her humanity. It concerns the protection of and respect for the essence or nature of human beings per se – that is to say, the substance of mankind'*.⁷³ Uit de uitspraak van HvJ EU in de zaak Küçükdeveci is af te leiden dat de normen uit het Handvest, als materiële beginselen van Unierecht,

66 Vandeputte betreft de filosofie van Kant en Nussbaum over de menselijke waardigheid in zijn betoog p.430-435, p.442-443. Thomassen wijst op verschillende momenten en verschillende beschavingen in de geschiedenis, waar een soortgelijke notie al bekend was, p.5-6.

67 Preambule bij UVRM 10 december 1948, zie ook verderop in de preambule en in art. 1 *'All human beings are born free and equal in dignity and rights.'* Ook bijvoorbeeld het IVBPR, het IVESCR en het Internationaal verdrag tot uitbanning van rassendiscriminatie zien in de menselijke waardigheid de basis voor hun bepalingen.

68 Of in de voormalige Duitse kolonie Namibië, zie P.B. Cliteur, *Rechtsfilosofie. Een thematische benadering*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 2002, p.198. In het Duitse Sozialgesetzbuch XII stelt § 1: *'Aufgabe der Sozialhilfe ist es, den Leistungsberechtigten die Führung eines Lebens zu ermöglichen, das der Würde des Menschen entspricht.'*

69 Pbl. EU 14 december 2007, C 303; de preambule spreekt van de gemeenschappelijke waarden van de volkeren van Europa en noemt als grondslag van de Unie *'de ondeelbare en universele waarden van menselijke waardigheid en van vrijheid, gelijkheid en solidariteit'*.

70 En dezelfde werking als het Verdrag betreffende de werking van de Europese unie (VWEU), art. 6 jo. art. 1 derde volzin VEU. Zie voor het arbeidsrechtelijk belang van het Handvest: T. van Peijpe, 'Toepassing van EU-grondrechten in nationaal arbeidsrecht', *TRA* 2012/76.

71 Vandeputte p.446, R. Barents, *Verdrag van Lissabon. Geconsolideerde teksten*, Kluwer: Deventer 2008, p.177.

72 HvJ EG C-377/98 *Jur.* 2001, p.I-7079, r.o.70-77, *Nederland v Europees Parlement en Raad*.

73 HvJ EG C-36/02 2004, nr. 75, *Omega Spielhallen v Oberbürgermeisterin der Stadt Bonn*.

horizontale werking hebben.⁷⁴ Tussen werknemer en werkgever gelden deze grondrechten dus -met een aantal kanttekeningen- rechtstreeks.⁷⁵ Juist het meta-karakter van de eerbied voor de menselijke waardigheid leidt mij tot de conclusie dat die de gemeenschappelijke Europese basiswaarde is.

4.3.3 Arbeidsrechtelijke uitwerking van menselijke waardigheid

Bij het eerste ontwerp van de Wet op de arbeidsovereenkomst uit 1898 (Ontwerp Drucker) werd gesteld dat arbeid in principe een 'waar' is, maar wel 'eene waar van zeer bijzonderen aard' want gekoppeld aan de persoon van de werknemer.⁷⁶ Dat de mens geen gewoon productiemiddel is, wordt arbeidsrechtelijk het fraaist geformuleerd met de uitspraak '*labour should not be regarded merely as a commodity or article of commerce*'. Die gedachte wordt gevonden in artikel 427 van het Verdrag van Versailles (1919).⁷⁷

Levenbach oordeelt dat arbeidsrecht niet zo maar een deel van het vermogensrecht is: '*De menselijke arbeid is geen koopwaar; hij kan niet van de arbeidende mens afgescheiden worden.*'⁷⁸ Er zijn verschillende rechtskringen waar de arbeidsverhouding betekenis heeft, zoals op individueel niveau, het niveau van een bedrijf, een bedrijfstak, nationaal en internationaal. In de eerste kring tussen werkgever en individuele werknemer '*zijn de partijen levende mensen in de maatschappij en (vereisen) eerbiediging van de persoonlijke waarden en waardigheid*'. Bijzondere regels daarin zoals loondoorbetaling bij ziekte en de werkgeverszorg voor een veilige werkomgeving zijn '*...bepalingen,*

74 HvJ EU 19 januari 2010, JAR 2010/53. Maar wel onder voorwaarden, P.C. Vas Nunes, 'Kücükdeveci: een wake up call', TAP 2010, p.147.

75 De kanttekeningen betreffen de kennelijke verduidelijking door het HvJ EU van de Kücükdeveci-leer in de AMS-uitspraak van 15 januari 2014, besproken door S.S.M. Peters, 'Franse zaak over medezeggenschapsrechtelijke getalscriteria werpt nieuw licht op het Kücükdeveci-correctief', VAAN AR Updates annotaties AR 2014/0051, 28 januari 2014.

76 Bles III, p.2. Drucker zelf vond eerder al: '*Afgezien nog van den innigen band tussen den arbeid en den mensch zelf, is het een constant maatschappelijk verschijnsel, dat de werkman zijn product, den arbeid, verkopen moet. Andere middelen van bestaan heeft hij in den regel niet.*' H.L. Drucker, 'Eenige opmerkingen naar aanleiding der jongste literatuur over het arbeidscontract', R.M. 1887, p.60 e.v.

77 Art. 427 Verdrag van Versailles: '*The High Contracting Parties, recognising that the well-being, physical, moral and intellectual of industrial wage-earners is of supreme international importance, have framed, in order to further this great end, the permanent machinery provided for in Section I and associated with that of the League of Nations. They recognize that differences of climate, habits, and customs of economic opportunity and industrial tradition, make strict uniformity in the conditions of labour difficult of immediate attainment. But, holding as they do, that labour should not be regarded merely as an article of commerce, they think that there are methods and principles for regulating labour conditions which all industrial communities should endeavour to apply, so far as their special circumstances will permit. Among these methods and principles, the following seem to the High Contracting Parties to be of special and urgent importance: First. The guiding principle above enunciated that labour should not be regarded merely as a commodity or article of commerce.*'

78 M.G. Levenbach, 'Arbeidsrecht als deel van het recht', openbare les 1926 in: *Van sociale politiek naar sociaal recht. Een bundel arbeidsrechtelijke oraties sinds 1885*, N. Samsom BV: Alphen aan den Rijn 1966, p.70. Verderop ga ik in op de aandacht die Houweling in zijn oratie (mei 2012) besteedde aan de personenrechtelijke kant van de arbeidsovereenkomst.

waar de concrete menselijke waarden een rol in spelen, (die) tonen, dat naar onze wet het arbeidscontract nog iets anders is dan een do-ut-des-vermogenssynallagma.⁷⁹

Sinzheimer benadrukt de nauwe band tussen arbeidsrecht en menselijke waardigheid: *'Menschliche Würde zu erhalten ist die besondere Aufgabe des Arbeitsrechts. Seine Bestimmung besteht darin, zu verhüten daß Menschen gleich Sachen behandelt werden.'*⁸⁰

De gedachte hierachter is dat marktmechanismen wel van toepassing zijn op vraag en aanbod van arbeid, maar niet de normale regels van uitruil of transactie, zoals bij andere productiemiddelen. Het verrichten van arbeid is immers 'persoonlijke arbeid', dus gekoppeld aan de persoon van de werknemer die als mens waardigheid heeft en respect verdient. Bijvoorbeeld: het te betalen loon voor de geleverde arbeid is niet alleen afhankelijk van de 'waarde van het werk', maar ook van de minimale behoefte van de werknemer.

Molenaar schreef in 1953 in zijn uitgebreide beschrijving van het arbeidsrecht: *'...de rechtsgrond tot uitvaardiging van arbeidsrechtelijke regelen is voor zelfstandige en onzelfstandige arbeidenden gelijk. Hij ligt in de erkenning van de waarde van de persoonlijkheid...'*⁸¹ Van Esveld had een soortgelijke omschrijving gebruikt, net als F.J.H.M. van der Ven.⁸² Geers gebruikt de term humanisering van arbeid, wat meer omvat dan alleen een veilige werkplek. Bij humanisering horen mogelijkheden als zelfontplooiing, zeggenschap, verantwoordelijkheid en autonomie, die allemaal ten dienste staan aan 'menswaardige arbeid'.⁸³ In 1999 bevestigde Koopmans dat het concept van menselijke waardigheid nog steeds het leidende idee is bij de ontwikkeling van arbeidsrecht.⁸⁴

Dat de menselijke waardigheid arbeidsrechtelijk nog steeds wordt vertaald als 'de werknemer verdient respect' als mens, is ten slotte tot uitdrukking gebracht in de ILO 'Decent work'-agenda.⁸⁵ Tot de dag van vandaag speelt de gedachte dat arbeid geen handelswaar is nog een rol in het denken over arbeidsrecht.⁸⁶ Rood wees op

79 M.G. Levenbach, 'Mens en gemeenschap in het arbeidsrecht', diërede 1958 in: *Van sociale politiek naar sociaal recht. Een bundel arbeidsrechtelijke oraties sinds 1885*, N. Samsom BV: Alphen aan den Rijn 1966, p.373-374. Overigens zag Levenbach meteen dat dit geen specifiek arbeidsrechtelijk inzicht was; hij wees ook op de pacht- en de huurovereenkomst.

80 Hugo Sinzheimer, 'Das Wesen des Arbeitsrechts' in: O. Kahn-Freund en T. Ramm (eds.), *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden I*, Europäische Verlagsanstalt: Frankfurt am Main 1976, 111.

81 A.N. Molenaar, *Arbeitsrecht. Eerste Deel. Algemeen gedeelte*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1953, p.356-357. Hij bespreekt (blijkbaar met instemming) de gelijkkluidende opvatting van Van Esveld.

82 Zie verwijzingen bij W.L. Roozendaal, *Werk en privé. De strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht*, (diss.) Nijmegen 2011, p.37 (Roozendaal 2011).

83 A.J.C.M. Geers, *Recht en humanisering van de arbeid*, (diss) Kluwer: Deventer 1988, p.1-12.

84 T. Koopmans, 'Reflexions on the future of labour law', R.M. Themis 1999, p.81 e.v.

85 'Decent Work', Genève, 97^e ILO-sessie juni 1999: "The primary goal of the ILO today is to promote opportunities for women and men to obtain decent and productive work, in conditions of freedom, equity, security and human dignity."

86 R. Beltzer, 'De arbeidsovereenkomst als handelswaar', Arbeidsrechtblog Bju, 25 augustus 2013.

'respect voor de menselijke waardigheid van de werknemer' als essentieel vereiste van het arbeidsrecht.⁸⁷ In de loop van de arbeidsrechtelijke ontwikkeling wordt echter zelden de algemene notie van menselijke waardigheid gebruikt, maar vaker het begrip 'sociale rechtvaardigheid'.⁸⁸ Dat begrip komt terug in rechtstheorieën en juridische literatuur die kort gezegd allemaal betrekking hebben op de verdeling van arbeid, inkomen en kansen. Sociale rechtvaardigheid dient kennelijk als verbijzondering van de eerbied voor menselijke waardigheid, in de sfeer van arbeid en inkomen. Tijd om daar bij stil te staan.

4.3.4 Menselijke waardigheid of toch sociale rechtvaardigheid?

Marella meent dat menselijke waardigheid grofweg op twee manieren kan worden gedefinieerd:

*'(O)n the one hand there is the concept of social dignity, conceived as the right to a honourable life in terms of satisfactory material conditions -mainly an obligation or commitment of the state to policies redistributing wealth; and on the other hand, there is a transcendent notion of human dignity, which is currently the dominant definition, derived from a natural law core. It aims to represent the irreducible human essence and in so doing expresses a 'universalistic' value.'*⁸⁹

Tot nu heb ik vooral gesproken over de tweede notie, maar de eerste notie past beter bij het arbeidsrecht en werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid. Sociale rechtvaardigheid is anders gezegd een deelaspect van de menselijke waardigheid en tegelijk een voorwaarde voor een menswaardig bestaan.⁹⁰

Bij de oprichting van de ILO aan het einde van de Eerste Wereldoorlog werd, naast het beginsel dat arbeid geen koopwaar is, helder geformuleerd dat de verwezenlijking van 'social justice' een noodzakelijke grondslag was voor algemene vrede: *'Whereas the League of Nations has for its object the establishment of universal peace, and such a peace can be established only if it is based upon social justice.'* Zowel in 1944⁹¹, in

87 Rood, Aaron-bundel, p.149.

88 In Boek 7 Titel 10 BW wordt alleen in art. 7:646 lid 7 en 8 BW gesproken over de 'waardigheid van de persoon' als een te beschermen belang van de werknemer.

89 M.R. Marella, 'Human dignity in a Different Light' in: S. Grundmann, *Constitutional Values and European Contract Law*, Kluwer Law International: Alphen aan den Rijn 2008, p.126.

90 Vandeputte p.453. Sociale rechtvaardigheid betreft bijvoorbeeld toegang tot inkomen, arbeid en kansen en is in die zin voorwaarde voor het bereiken van een menswaardig bestaan. Ook Nussbaum gaat bij het formuleren van haar sociale rechtvaardigheidstheorie uit van het doel van bereiken van een leven in overeenstemming met menselijke waardigheid. Hierop ga ik in § 4.5.6 verder in.

91 Verklaring van Philadelphia 1944: *'II. Believing that experience has fully demonstrated the truth of the statement in the Constitution of the International Labour Organisation that lasting peace can be established only if it is based on social justice, the Conference affirms that: (a) all human beings, irrespective of race, creed or sex, have the right to pursue both their material well-being and their spiritual development in conditions of freedom and dignity of economic security and equal opportunity...'*

1998⁹² als in 2008⁹³ heeft de ILO bevestigd dat dit uitgangspunt nog recht overeind staat.⁹⁴ Het is evenmin theorie. De Nederlandse Tanja Nijmeijer, die zich aansloot bij de Colombiaanse rebellenbeweging FARC stelde in 2012, aan de vooravond van vredesbesprekingen met de regering: *'Vrede (is) voor ons een vrede van eten, een dak boven je hoofd, onderwijs, met recht op grond enfin, vrede met sociale rechtvaardigheid.'*⁹⁵ Elke mens kan aanspraak maken op respect voor zijn individuele vrijheid zodat hij zichzelf als mens in de samenleving maximaal kan ontplooiën, rekening houdend met de beperkingen die voortvloeien uit de vrijheid van andere mensen. Het respect voor die vrijheid en de ruimte voor ontplooiing vereisen dat de samenleving zo is ingericht dat de beschikbare maar schaarse goederen (inkomen, arbeid en kansen) zo eerlijk mogelijk worden verdeeld. Sociale rechtvaardigheid is daarmee een leidraad van hoe het respect, dat de werknemer verdient, vorm zou moeten krijgen. In de huidige tijd is echter duidelijk dat dit streven naar sociale rechtvaardigheid niet meer kan worden overgelaten aan afzonderlijke nationale staten, maar dat daar op supranationaal niveau naar moet worden gekeken, meer in het bijzonder op Europees niveau.⁹⁶

Het streven naar sociale rechtvaardigheid is in veel wetgeving van EU-lidstaten terug te vinden.⁹⁷ Op Europees niveau is het opgenomen in artikel 3 lid 3 VEU: de

92 ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at work 1998: *'Whereas the ILO was founded in the conviction that social justice is essential to universal and lasting peace; Whereas economic growth is essential but not sufficient to ensure equity, social progress and the eradication of poverty, confirming the need for the ILO to promote strong social policies, justice and democratic institutions;... Whereas the ILO should give special attention to the problems of persons with special social needs...; Whereas, in seeking to maintain the link between social progress and economic growth, the guarantee of fundamental principles and rights at work is of particular significance in that it enables the persons concerned, to claim freely and on the basis of equality of opportunity, their fair share of the wealth which they have helped to generate, and to achieve fully their human potential.'*

93 ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization 2008: *'Recognizing that achieving an improved and fair outcome for all has become even more necessary in (circumstances of globalization) to meet the universal aspiration for social justice,...; Convinced that the International Labour Organization has a key role to play in helping to promote and achieve progress and social justice in a constantly changing environment...based on the mandate contained in the ILO Constitution, including the Declaration of Philadelphia (1944), which continues to be fully relevant in the twenty-first century... and which,... affirms that labour is not a commodity ... (and) provides the ILO with the responsibility to examine and consider all international economic and financial policies in the light of the fundamental objective of social justice; and... Convinced that in a world of growing interdependence and complexity and the internationalization of production...the fundamental values of freedom, human dignity, social justice, security and non-discrimination are essential for sustainable economic and social development and efficiency.'*

94 Uitdrukkelijk onderdeel van de 'social justice' was de bescherming van werknemers tegen ziekte en bedrijfsongevallen en voorzieningen bij letsel. Preambule bij deel XIII Verdrag van Versailles 1919: *'Whereas the League of Nations has for its object the establishment of universal peace, and such a peace can be established only if it is based upon social justice. And whereas conditions of labour exist involving such injustice, hardship, and privation to large numbers of people as to produce unrest so great that the peace and harmony of the world are imperiled; and an improvement of those conditions is urgently required: as, for example,...., the protection of the worker against sickness, disease and injury arising out of his employment,...., provision for old age and injury,....'*

95 RTL Nieuws, ANP, 8 november 2012.

96 B. Cantillon, 'Europa heeft een sociaal beleid nodig' in: H. Van Rompuy e.a., *Meer Europa, voor meer vrede*, Halewijn: Antwerpen 2011, p.22.

97 Marella verwijst naar Italië, Spanje, Duitsland en naar Franse jurisprudentie. Zij pleit ervoor het begrip menselijke waardigheid uit art. 1 Handvest te lezen als sociale rechtvaardigheid (*social dignity*), p.131-135.

Europese Unie 'bevordert sociale rechtvaardigheid en bescherming'. Vanwege deze actieve opdracht aan de Lidstaten ('bevordert') biedt het volgens mij een betere gemeenschappelijke normatieve basis voor werkgelegenheidsbeleid dan het passievere benoemen van de waarde van eerbied voor de menselijke waardigheid in artikel 2 lid 1 VEU. Om de waarden van de EU te stimuleren moet een Lidstaat sociale rechtvaardigheid bevorderen. De gemeenschappelijkheid van de context waarbinnen Nederland moet blijven bij de OMC wordt belichaamd in de waarde van sociale rechtvaardigheid, als uitvloeisel van de menselijke waardigheid. Nu dat is vastgesteld, is het interessant na te gaan hoe concreet wordt gedacht en gesproken over het streven naar sociale rechtvaardigheid in Europa en in Nederland? Ik bespreek eerst aan de hand van een interessant onderzoek van Hesselink een voorbeeld hoe sociale rechtvaardigheid in een Europees kader werd toegepast. Vervolgens sta ik stil bij de aandacht die sociale rechtvaardigheid in de Nederlandse sociaalrechtelijke literatuur heeft gekregen.

4.4 Sociale rechtvaardigheid in Europa en Nederland

4.4.1 Hesselink's toets van een Europees voorbeeld

Hesselink verzucht dat er geen algemene procedure is om de rechtvaardigheid van een juridische regel objectief te meten, simpelweg omdat er verschillende elkaar uitsluitende theorieën over sociale rechtvaardigheid bestaan,⁹⁸ maar ook omdat die verschillende theorieën en de juridische regels zich op verschillende abstractieniveaus bevinden. Is sociale rechtvaardigheid daarmee een dode letter en dus niet te gebruiken als gemeenschappelijke basiswaarde? Verschillende rechtvaardigheidstheorieën kunnen tot verschillende oplossingen leiden of -omgekeerd- verschillende oplossingen kunnen overeenstemmen met bepaalde gekende noties van sociale rechtvaardigheid. Hoewel daarover empirisch misschien niets kan worden gezegd, is er wel behoefte aan een bepaalde normatieve analyse met gebruikmaking van inzichten uit de sociale en politieke filosofie.⁹⁹

Hesselink past die normatieve analyse toe rond het zogeheten 'Common Frame of Reference', om een Europees idee van sociale rechtvaardigheid te ontwikkelen. De parallel met flexicurity ligt erin dat beiden een Europees kader stellen voor het bereiken van gezamenlijke doelstellingen en beiden in het kader van de sociale markteconomie (Verdrag van Lissabon). Bovendien gaat het bij beide om *soft law*. Dat zijn voldoende aanknopingspunten om Hesselink's onderzoek relevant te laten zijn voor mijn toetsingskader.

98 Hesselink wijst op Aristoteles, Rawls, Sen en Nussbaum, Hayek en Habermas, p.61-62.

99 Hesselink, p.19-20.

4.4.2 Kijkend naar CFR-onderzoek

De Europese Commissie lanceerde in 2003 het plan voor een ‘*Common Frame of Reference*’ (CFR). Het ging daarbij om het vaststellen en verbeteren van de samenhang van het civiele overeenkomstenrecht van de EU, bijvoorbeeld door via *soft law* begrippen uit Richtlijnen, die niet in de Richtlijn zelf waren omschreven (zoals ‘schade’ of ‘overeenkomst’), uniform te definiëren. Bij het uitvaardigen van nieuwe Richtlijnen zou dan voortaan uniforme terminologie uit de CFR kunnen worden gebruikt. Ook zou de CFR bestaande Richtlijnen kunnen aanvullen en van achtergrond voorzien.¹⁰⁰

Een studiegroep kreeg opdracht een concept op te stellen, wat in 2008 leidde tot de ‘*Interim Outline Edition Draft Common Frame of Reference*’ (DCFR). Het Europees Parlement had twijfels over dit concept en gaf opdracht aan Hesselink om te onderzoeken in hoeverre daarin ook elementen van ‘*social justice*’ zaten, ten voordele van consumenten, discriminatieslachtoffers, het MKB en andere zwakkere contractspartijen. Meer in het bijzonder moest worden onderzocht:

‘if an appropriate balance has been struck among conflicting values and in particular between, on the one hand, individual private autonomy as expressed in the idea of freedom of contract, and on the other, principles of protection of weaker contracting parties responding to demands for social solidarity.’¹⁰¹

Met name het woord ‘*appropriate*’ betekende volgens Hesselink dat niet kon worden ontkomen aan een waardeoordeel. Om te voorkomen dat het slechts bij een mening bleef, moest Hesselink het DCFR in zijn studie langs een ‘*social justice*’-meetlat leggen.

4.4.3 Vijf Europese elementen van sociale rechtvaardigheid

Hesselink begint met vast te stellen dat het DCFR sociaal rechtvaardig moet zijn. Het moet het Europese model weergeven voor rechtvaardig gedrag tussen contractspartijen als uitwerking van het concept van de sociale markteconomie uit het Verdrag van Lissabon.¹⁰² Voor een sociaal rechtvaardig DCFR moet er volgens hem een gezamenlijk Europees idee van sociale rechtvaardigheid bij overeenkomsten worden aangenomen.¹⁰³

Dat idee bevat vijf elementen:

1. De totstandkoming van het CFR moet voldoende legitimatie hebben.
2. Het CFR moet voldoende bescherming bieden aan zwakkere partijen. Dat moet gebeuren op een manier die het meest voordelig is voor de *least privileged*.

100 Hesselink, p.5-7. Zo’n *frame* zou verder kunnen bijdragen aan de discussie rond één Europees civiel recht.

101 Hesselink, p.2.

102 Het Europees Parlement benadrukte in 2005 in een motie ‘*the importance of taking into account the European social model when harmonising contract law*’, 2005/2022 (INI), no.8.

103 Hij spreekt over een ‘*notion of social justice*’ dat kan bijdragen aan een Europees ‘*model of social justice*’.

3. Het CFR moet bij regels die op beide partijen van toepassing zijn een evenwicht bereiken tussen individuele autonomie (liberalisme) en sociale solidariteit (socialisme). Deze twee ideologieën hebben in de twintigste eeuw de Europese politiek gedomineerd en blijven ook na de Koude Oorlog voldoende aansprekend en onderscheidend om te kunnen worden gebruikt om een rechtvaardige samenleving aan af te meten. Het evenwicht is des te belangrijker omdat de burger (gelet op privatisering) voor veel essentiële zaken afhankelijk is van civiele overeenkomsten.¹⁰⁴ Een verwijzing naar de waarden uit artikel 2 VEU zou ten slotte ook op zijn plaats zijn.
4. Het CFR moet aan de rechter via open normen ruimte geven om in een individueel geval een rechtvaardige oplossing te bereiken. Dat kan via het gebruik van termen als goede trouw, redelijkheid en eerlijkheid.
5. Het CFR moet aandacht schenken aan de belangrijkste Europese waarden van overeenkomstenrecht, die een rol moeten spelen bij de interpretatie en verdere ontwikkeling.¹⁰⁵

Het tweede element raakt de essentie.¹⁰⁶ Hesselink stelt namelijk dat de bescherming van de relatief zwakkere partij (vanwege afhankelijkheid, onervarenheid of gebrek aan economische kracht) bij het aangaan en de uitvoering van overeenkomsten een klassiek onderdeel is van sociale rechtvaardigheid in het privaatrecht. In het bijzonder als onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende groepen, moet dat worden gedaan op een manier die het voordeligst is voor de zwakkere partij.¹⁰⁷ Weliswaar verwijst hij in het vijfde element naar de belangrijkste Europese waarden van overeenkomstenrecht¹⁰⁸ en pleit hij voor het gebruik van de waarden van artikel 2 VEU, maar alleen de bescherming van zwakkere partijen noemt hij afzonderlijk als één van de vijf belangrijke elementen van 'social justice'.¹⁰⁹ Als voorbeelden van zwakkere partijen noemt hij consumenten en het MKB, maar ook werknemers en huurders.

Hieruit is te concluderen dat de bescherming van zwakkere partijen, anders gezegd: de ongelijkheidscompensatie, als deel van sociale rechtvaardigheid een centrale notie is. Dat sluit ook aan bij wat andere schrijvers het Rijnlands model noemen.¹¹⁰ Daarin

104 M. Hesselink, 'The CFR and Social Justice' in: A. Somma (red.), *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Kluwer Law International: Alphen aan den Rijn 2006, p.101.

105 Hesselink, p.22. Vervolgens bespreekt hij de DCFR en meet die aan deze vijf elementen.

106 Het eerste, derde en vierde element (en ook wel het vijfde) zie ik als voorwaarden bij de toepassing en niet zo zeer als de normatieve kern.

107 Hesselink, p.22 en 29, met duidelijke verwijzingen naar Rawls (p.22 en 37).

108 Rechtvaardigheid, vrijheid, mensenrechtenbescherming, economische voorspoed, solidariteit en sociale verantwoordelijkheid, de bevordering van de interne markt, het behoud van verscheidenheid, rechtszekerheid, rationaliteit, voorspelbaarheid en doelmatigheid.

109 Kritiek op het onderzoek is ook mogelijk. Het element bescherming van de zwakkere partijen was al gegeven in de vraagstelling van het Europees Parlement. Enige toelichting op of rechtvaardiging voor deze vijf elementen ontbreekt. Bovendien is niet kenbaar welke inzichten uit de sociale of politieke filosofie Hesselink heeft meegewogen, hoewel hij de waarde van dergelijke bijdragen beseft, Hesselink, p.20.

110 H. Van Rompuy, 'De Europese gedachte, de grootste vredesgedachte' en M. Van de Voorde, 'We zijn Europeanen geworden, maar nog geen 'Europeeërs', in: H. Van Rompuy e.a., *Meer Europa, voor meer vrede*, Halewijn: Antwerpen 2011, resp. p.9 en p.58-60, Asscher-Vonk 2009, p.40.

is naast economische groei ook oog voor sociaal welzijn, naast competitie ook ruimte voor overleg, naast vrij initiatief ook de noodzaak van sociale zekerheid. Dankzij die mechanismen 'kunnen allen deelhebben aan het succes', aldus de geestelijk vader van het Europese sociale model, Ludwig Erhard. Maar de sociale markteconomie is meer dan concurrentie naast sociale zekerheid, zij houdt ook een zekere vorm van 'matigheid', 'maat houden', 'spreiden' in.¹¹¹ In dat spreiden is een belangrijke rol weggelegd voor de persoonlijke verantwoordelijkheid: de staat moet de voorwaarden scheppen zodat het vrije initiatief kan werken. Dat hoeft zij niet alleen te doen, maar dat gebeurt ook door het stimuleren en omkaderen van zelforganisatie van groepen binnen de samenleving; het maatschappelijk middenveld, de collectiviteit. De bijdrage van de collectiviteit is een belangrijk onderdeel van de sociale markteconomie.¹¹²

4.4.4 Sociale rechtvaardigheid in Nederland

Het streven naar sociale rechtvaardigheid moet de belangrijkste basis van sociale rechtsvorming zijn. Vanuit de basiswaarde van sociale rechtvaardigheid kunnen de sociale waarden en rechtsbeginselen worden ontwikkeld, zodat het goed is om eerst stil te staan bij de aandacht voor deze basiswaarde. In de Nederlandse arbeidsrechtelijke literatuur wordt al vroeg gesproken over sociale rechtvaardigheid (of ook wel sociale gerechtigheid) als basis van het sociaal recht. Een duidelijke verwijzing of fundering in de rechtsfilosofie heb ik daarbij echter niet gevonden. Er zijn overeenstemmende noties en gedachten maar een systematisch teruggrijpen op rechtstheorie of rechtsfilosofie lijkt niet te gebeuren.¹¹³ Levenbach besprak in zijn beroemde openbare les in 1926 de aard van het arbeidsrecht als 'normaal' recht.¹¹⁴ Eerst constateerde hij een moeizame maar gestage ontwikkeling van 'arbeidersbescherming als onderdeel van sociale politiek' naar 'arbeidsrecht':

'Zeker, zonder grote moeilijkheden verloopt de verwezenlijking van de 'justice sociale'..., niet...En toch hoe aanzienlijk is de vooruitgang in gedachten en feiten, sinds deze in het midden der vorige eeuw de eerste pogingen in het werk stelde om internationale arbeidswetgeving tot stand te brengen.'

Vervolgens stelt hij vast dat de algemene economische leer van *laissez faire* is achterhaald en dat er geen absoluut onaantastbare rechten meer bestaan:

'Vrijheid in de maatschappij kan niet betekenen een naast elkaar leven van algeheel vrije-in-de-zin-van-losstaande enkelingen, doch brengt mee een vrije, dat wil zeggen zich zelf ordenende gemeenschap, waarin het recht aan de enkelingen beperkingen oplegt.'

Levenbach erkent daarom dat de staat mag ingrijpen uit naam van sociale rechtvaardigheid:

111 Van de Voorde, p.58-59.

112 Van de Voorde, p.60. De collectieve dimensie laat ik in het vervolg grotendeels buiten beschouwing.

113 Zekic constateert hetzelfde, p.67.

114 Levenbach 1926, p.55-71.

*'Bij de heersende economische ordening vormen rechtsteun aan de economisch zwakkeren en de verwerping van de volledig vrije synallagmatiek als uitgangspunt voor de arbeidsverhouding normaal noodzakelijke grondslagen voor het recht.'*¹¹⁵

Ook in zijn latere stukken is rechtvaardigheid leidend.¹¹⁶ De Rotterdamse (en later Leidse) hoogleraar Van Esveld heeft in twee oraties (1953 en 1967) eveneens uitgebreid stilgestaan bij de rechtsgronden van het arbeidsrecht. Van Esveld schonk in 1953 aandacht aan de plaats van het arbeidsrecht in de veranderde maatschappij. Vanaf het begin van de Wet op de arbeidsovereenkomst heeft het arbeidsrecht volgens hem in het teken gestaan van beteugeling van misstanden. Door verschillende ontwikkelingen was dat veranderd in:

1. *regelen tot bescherming van de arbeider tegen de vroegere mensonterende uitbuiting;*
2. *regelen tot bescherming van de arbeider tegen het misbruik dat de werkgever ook thans nog van dienst gunstige contractpositie zou kunnen maken;*
3. *regelen tot ontplooiing van de arbeider door zijn inschakeling bij de uitvoering van arbeidsrechtelijke regelen, de veraangenaming van zijn werk, de bevordering van zijn mens-zijn, de opheffing van zijn klasse-isolement en het medezeggenschap.*¹¹⁷

Daarom moest men *'het huidige levende arbeidsrecht los zien van de beteugeling der uitbuiting van meer dan een halve eeuw geleden.'* Het arbeidsrecht was -ten tijde van de wederopbouw- gericht op het nastreven van sociale gerechtigheid.¹¹⁸ Van Esveld zei:

*'De geest van het arbeidsrecht is...het waarborgen aan alle sociaal-afhankelijken van minimumaanspraken op het beschikbare nationale inkomen, het verschaffen van maatschappelijke ontplooiingsmogelijkheid en het aankweken van sociaal-economisch verantwoordelijkheidsbesef.'*¹¹⁹

Goed arbeidsrecht moet dus niet alleen sociale gerechtigheid brengen maar moet werknemers ook in staat stellen en stimuleren die gerechtigheid zelf na te streven en te verwezenlijken.¹²⁰

In 1967 besprak hij specifiek de sociale rechtsvorming. Richtsnoer voor sociale rechtsvorming is de maatschappelijke opvatting van gerechtigheid. Sociale gerechtigheid blijkt het beste aan te duiden met het begrip bestaanszekerheid ook (of juist) voor de maatschappelijk minder geslaagden. Sociale gerechtigheid vraagt daarbij niet naar de oorzaak van iemands geringe maatschappelijke succes. Ondanks mislukking of gebrek aan talenten kan ieder zich staande houden door bijvoorbeeld het minimumloon, de WW en de bijstand:

115 Levenbach 1926, p.57.

116 Zie verwijzing bij Asscher-Vonk 2009, p.9-11.

117 N.E.H. van Esveld, 'Arbeidsrecht en gerechtigheid', oratie Rotterdam 1953 in: *Van sociale politiek naar sociaal recht. Een bundel arbeidsrechtelijke oraties sinds 1885*, N. Samsom BV: Alphen aan den Rijn 1966, p.307.

118 Van Esveld 1953, p.312.

119 Van Esveld 1953, p.315, soortgelijk ook G. Hekkelman, *Tekorten in het arbeidsrecht*, oratie Amsterdam 1967, N. Samsom NV: Alphen aan den Rijn 1967, p.5 en 8.

120 Van Esveld 1953, p.323.

*'Het beginsel der sociale gerechtigheid doet de fortuinlijker leden der gemeenschap hun minder geslaagde medemens bijstaan door middel van heffingen naar draagkracht...van subsidies en van solidariteitsbijdragen in de sociale verzekering.'*¹²¹

Streven naar gerechtigheid komt dan neer op 'het opheffen van handicaps, het recht trekken van scheve verhoudingen en het effenen van ongelijke uitgangspunten', maar slechts om bestaanszekerheid te waarborgen. Dat sluit aan bij wat Mulder specifiek benoemt als basiswaarden of fundamentele levensopvattingen van de huidige mensheid: de waardigheid van de menselijke persoon en daarin vervlochten de menselijke solidariteit.¹²² Hij pleit ervoor

'dat de mens als individu...de kans krijgt zichzelf in vrijheid te ontplooien. De solidariteit vraagt om garanties, dat deze vrijheid in verantwoordelijkheid wordt uitgeoefend. De solidariteit houdt ook in, dat bij stijgende welvaart de economisch zwakkeren een meer dan evenredig aandeel krijgen en vooral, dat zij in staat gesteld worden de vorming te verwerven die in een gecompliceerde maatschappij voor een verantwoorde uitoefening van de vrijheid noodzakelijk is.'

Van der Heijden schreef dat solidariteit en sociale rechtvaardigheid pijlers waren van de verzorgingsstaat.¹²³ Rood signaleerde in zijn afscheidscollege in 1997 dat het sociaal recht en de sociale rechtvaardigheid die het beoogt te bevorderen, in zwaar weer terecht is gekomen.¹²⁴ In Bakels wordt gesteld dat het aan het arbeidsrecht is 'om de plaats van rechtvaardigheid in de regulering van arbeidsverhoudingen te bewaken'.¹²⁵ Asscher-Vonk meent dat het tot stand brengen van rechtvaardigheid, het zó regelen van de verhoudingen dat de belangen van ieder der partijen onderkend werden en erkenning vonden, leidend is in het rechtsvormingsproces in het sociaal recht.¹²⁶ Zij noemt rechtvaardigheid de meta-norm die de inhoud van de arbeidsverhouding bepaalt.¹²⁷ Terloops noemen Van der Heijden/Noordam sociale rechtvaardigheid als ijkpunt in hun richtinggevende Pre-advies uit 2001 naar de basiswaarden van het sociaal recht, maar vooral valt op dat er weinig fundamentele aandacht is voor het begrip sociale rechtvaardigheid.¹²⁸

121 N.E.H. van Esveld, 'Sociale rechtsvorming', oratie Leiden 1967 in: H.L. Bakels (red.), *Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, Kluwer: Deventer 1977, p.103-135, m.n. p.114-116.

122 Th.B.C. Mulder, 'Rechtvaardiging in de sociale ontwikkeling' in: P.A.J.M. Steenkamp en G.M.J. Veldkamp (red.), *Sociale politiek opnieuw bedacht*, Kluwer: Deventer 1972 (F. van der Ven-bundel), p.126-133, m.n. p.130-131.

123 P.F. van der Heijden, 'Ongelijkheden in beweging', in: L. Betten et al. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Kluwer: Deventer 1997 (Rood-bundel), p.54.

124 M.G. Rood, 'Naar een nieuw sociaalrechtelijk denkraam', afscheidscollege 1997, in: F.M. Noordam (red.), *Sociaalrechtelijke Oraties 1977-1997*, Kluwer: Deventer 1998, p.537-538. Hij pleitte voor het opstaan van het arbeidsrecht voor invloeden van andere disciplines, zoals bijvoorbeeld economie.

125 W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl en W.L. Roozendaal, *H.L. Bakels, Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, (Bakels) Kluwer: Deventer 2011, p.28.

126 Asscher-Vonk 2009, p.13.

127 I.P. Asscher-Vonk, *Rechtvaardigheid in de arbeidsrelatie. Over de betekenis van maatschappelijk verantwoord ondernemen voor de arbeidsrelatie*, Thijmessay, Valkhof Pers 2010, p.11.

128 Van der Heijden deelt die constatering, P.F. van der Heijden, 'Een nieuwe rechtsorde van de arbeid' in: P.F. van der Heijden, R.H. van het Kaar en A.C.J.M. Wilthagen (red.), *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, Sdu Uitgevers: Den Haag 1999, p.1-2. Uit eigen ervaring weet ik dat de Duitse aandacht in literatuur en handboeken voor de grondslagen en beginselen van het arbeidsrecht indrukwekkend is.

4.5 Wat is sociale rechtvaardigheid?

4.5.1 Het begrip sociale rechtvaardigheid

Wat houdt het begrip sociale rechtvaardigheid precies in? Noordam meent dat de hedendaagse opvatting van sociale rechtvaardigheid er van uit gaat dat als schaarse goederen -zoals inkomen en arbeid- alleen op grond van economische posities worden verdeeld, sommigen in de maatschappij tekort komen. Sociale rechtvaardigheid verlangt een compensatie van dat tekort. Arbeidsrecht is een middel om bij te dragen aan sociale rechtvaardigheid net als arbeidsmarktbeleid en sociale zekerheid.¹²⁹ Eerder meende hij dat sociale rechtvaardigheid 'eist' dat alle burgers een menswaardig bestaan kunnen leiden, ook degenen die er op eigen kracht niet in slagen die norm te halen.¹³⁰ Kern van Noordam's omschrijving is dat sociale rechtvaardigheid compensatie van het tekort door de overheid nodig maakt. Maar waarom is dat zo? Waarom heeft de arbeidsongeschikte werknemer bijvoorbeeld *recht* op inkomen bij ziekte en *recht* op de mogelijkheid zijn arbeid in te zetten?

Om dergelijke vragen te kunnen beantwoorden, moet ik stilstaan bij de ontwikkeling van het begrip. Sociale rechtvaardigheid kan daarbij niet los worden gezien van politieke kleur: het betreft direct de ordening van een maatschappij en liberalen, christen-democraten en socialisten zien dat anders. De vraag kan dus worden gesteld of het hier niet eigenlijk gaat om politieke concepties van rechtvaardigheid: een algemene definitie die door iedereen wordt gedeeld, is namelijk niet te geven.¹³¹ Misschien wel, maar is dat erg? Wat sociaal rechtvaardig is, hangt af van (politieke) keuzes die worden gemaakt in hun tijd en hun context. Verschillende filosofen hebben hun inzichten onderbouwd, zodat die een bepaalde (politieke) keuze kunnen steunen of sturen.¹³² Cliteur maakt bijvoorbeeld een onderscheid tussen joods-christelijke en Grieks-seculiere theorieën over sociale rechtvaardigheid. Bij de joods-christelijke theorieën heerst de gedachte dat menselijke waardigheid is afgeleid van God, terwijl in de Grieks-seculiere theorieën die waardigheid autonoom is. Bovendien relativeert de erfzonde in de eerste benadering de menselijke waardigheid en belast die, terwijl dat in de tweede benadering niet speelt.¹³³ Dergelijke inzichten helpen bij het maken van keuzes.

Ik ben geen rechtsfilosoof of sociaal-ethicus, noch pretendeer ik dat te zijn. Mijn streven is absoluut niet om één allesomvattende definitie van sociale rechtvaardigheid te geven. Ik maak wel gebruik van aspecten uit verschillende theorieën omdat

129 F.M. Noordam, *Rechtsgrond en sociale zekerheid*, afscheidsrede 23 november 2006, Kluwer: Deventer 2007, p.7. Zie ook anderen: Vandeputte, p.454-455 en 460, Van Esveld 1953, p.312-315.

130 F.M. Noordam, 'Sociale zekerheid maal kwaliteit is somberheid', *SMA* 1999/1, p.21.

131 P.G.J. van den Berg, *Rechtvaardigheid en privaatrecht*, (diss.), Gouda Quint: Deventer 2000, p.70-72, zie ook C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag 2010, p.28.

132 Nog te bespreken rechtsfilosofen als Kant, Rawls, Dworkin en Nussbaum nemen tot uitgangspunt dat de mens intrinsiek waardevol is en daarom respect verdient.

133 Cliteur, p.214-215, zie ook E. Verhulst, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Reeks VvA 28, Deventer 1999, p.3.

die aansluiten bij mijn vraagstelling, voornamelijk om niet in het luchtledige te werken, maar met beide voeten op de grond. Wat rechtvaardig is, hangt echter af van tijd en plaats.¹³⁴ Daarom probeer ik elementen die ik relevant acht te destilleren uit de ontwikkeling van de notie van sociale rechtvaardigheid tot nu toe.¹³⁵ Bij dat onderzoek kies ik voor een paar van de Griekse en seculiere theorieën niet alleen omdat die mij aanspreken maar ook omdat deze hebben geleid tot bijvoorbeeld de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens¹³⁶ én omdat zij passen in de huidige gedeconfessionaliseerde tijd.

4.5.2 Aristoteles

De term sociale rechtvaardigheid wordt vaak gelijk gesteld met het begrip verdelende rechtvaardigheid¹³⁷ dat voor het eerst door Aristoteles (384-322 v.Chr.) werd gebruikt. Aristoteles meende dat de voornaamste deugd van het recht de rechtvaardigheid is. In het algemeen betekent rechtvaardigheid volgens hem dat men aan iedereen het zijne geeft. Hij onderscheidde verschillende vormen van rechtvaardigheid waaronder:

- ruilrechtvaardigheid: het op eerlijke wijze aangaan van transacties betekent dat wat men geeft en wat men terugkrijgt van dezelfde waarde is;
- vereffende (of correctieve) rechtvaardigheid: bij schadetoebrenging, bijvoorbeeld bij een oneerlijke transactie, moet de toegebrachte schade worden vergoed;
- verdelende rechtvaardigheid: gelijken qua verdienste moeten gelijk worden behandeld en ongelijken ongelijk.

De verdelende rechtvaardigheid is de meer fundamentele waarde: vereffening speelt pas bij een situatie van rechtvaardige verdeling.¹³⁸ Bij verdelende rechtvaardigheid moeten gelijken in verdienste, gelijk worden behandeld. Mensen verschillen echter in allerlei opzichten van elkaar vandaar dat ongelijken ongelijk mogen worden behandeld, naar de mate van hun ongelijkheid. Verdelende rechtvaardigheid baseert zich dus op proportionaliteit: men krijgt naar mate van verdienste en die verdiensten zijn nu eenmaal ongelijk verdeeld.¹³⁹

134 Van den Berg, p.74, waar hij met instemming de socioloog Berting citeert. Zie ook Asscher-Vonk 2010, p.21 en Donner die meent dat er geen onbetwiste, objectieve vorm van rechtvaardigheid bestaat, *Advocatenblad*, september 2014, p.19.

135 Zie voor uitgebreidere en diepgaandere gedachten daarover bijv. A. Eleveld, 'Arbeidsplicht, rechtvaardigheid en de gronslagen van het socialezekerheidsrecht', *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2012, 1, p.28-43.

136 Cliteur, p.215 en 218.

137 S. Fleischacker, *A short history of distributive justice*, Harvard University Press: Cambridge 2004, p.19.

138 Vandeputte, p.451-452, C.W. Maris, 'Rechtvaardigheid' in: P.W. Brouwer e.a. (red.), *Drie dimensies van recht. Rechtsleer. Rechtsgeleerdheid. Rechtspraak*, Boom: Den Haag 1999 (Maris 1999), p.37. Maris noemt dat in het liberale denken over de 'nachtwakerstaat' de rol van de overheid was beperkt tot het toepassen van vereffende rechtvaardigheid, p.43.

139 H. Cairns, *Legal philosophy from Plato to Hegel*, The Johns Hopkins Press: Baltimore 1967, p. 122, C.W. Maris en F.C.L.M. Jacobs, *Recht, orde en vrijheid. Een historische inleiding in de rechtsfilosofie*, Kluwer: Deventer 2011, p.85-86. Het ging bij Aristoteles overigens niet zo zeer om verdeling van zaken maar (vooral) van politieke status.

Zo'n rechtvaardigheidsopvatting leidt echter niet tot het hedendaagse begrip van sociale rechtvaardigheid omdat het uitgaat van ongelijke behandeling in plaats van -zoals ik nog zal bespreken- ongelijkheidscompensatie.¹⁴⁰ In de loop van de tijd heeft het begrip 'verdelende rechtvaardigheid' zich dus kennelijk zodanig ontwikkeld dat het een andere betekenis heeft gekregen. Die ontwikkeling belicht ik hieronder. Voor nu is van belang te weten dat het onjuist is sociale rechtvaardigheid gelijk te stellen met Aristoteles' verdelende rechtvaardigheid.¹⁴¹

4.5.3 Kant

Tot ver in de achttiende eeuw was de gedachte dat de verdeling van middelen los van verdienste een zaak was van deugdzaamheid in plaats van rechtvaardigheid en een taak van burgers en kerk in plaats van de staat.¹⁴² De Duitse filosoof Immanuel Kant (1724-1804) meende echter dat het overlaten van de verdeling van middelen aan barmhartigheid alleen de gever vooropstelde en de ontvanger neerdrukte. De gever geeft slechts om het genot van vrijgevigheid te voelen en dat is niet deugdzaam. Bovendien creëert het een impliciete hiërarchie tussen gever en ontvanger, waardoor de gever zich verheven voelt boven de ontvanger. Verhevenheid van de ene mens boven de andere strijdt met de menselijke waardigheid.

Kant stelde dat waardigheid bestaat omdat een mens niet inwisselbaar is voor een equivalent. De mens is dus geen middel maar steeds een doel. Waardigheid hebben hangt nauw samen met het vermogen van de mens om zichzelf aan zedelijke wetgeving te onderwerpen. Het volgen daarvan is plicht, dus bestaat een morele plicht tot zelfrespect en tot respect voor alle anderen die immers allen als mens ook waardigheid dragen.¹⁴³ Hij betoogde dat alle mensen gelijkwaardig zijn¹⁴⁴ als rationele wezens. Dat sluit niet uit dat sommigen, bijvoorbeeld door harder te werken, meer middelen vergaren dan anderen. Op een fundamenteel niveau hebben alle mensen niettemin aanspraak op een goed leven. Het is een plicht om hen daarbij te helpen, in elk geval om voldoende middelen te hebben om hun rationele wil uit te oefenen.

Zijn opvatting van sociale rechtvaardigheid neemt daarmee de menselijke waardigheid als uitgangspunt: recht op verdeling van middelen omdat je een te respecteren mens bent, los van verdienste.¹⁴⁵ Die verdeling van middelen moet ook niet worden overgelaten aan anderen, maar zou door de staat moeten gebeuren. Kant stipt dit aspect aan, waarbij hij stelt dat de staat rijken moet verplichten om te zorgen voor

140 Fleischacker, p.4-5.

141 Fleischacker, p.1-2 en 5, Maris 1999, p.37.

142 Fleischacker, p.20-55 en 68-75.

143 Het HvJ EG lijkt de grondslag voor menselijke waardigheid in het Omega Spielhallen-arrest onder invloed van Kant te hebben geformuleerd.

144 Zie ook Thomas Jefferson en de Onafhankelijkheidsverklaring in 1776: 'All men are created equal' of de Nederlandse 'Verklaring van de Rechten van de Mens en de Burger' uit 1795 dat: 'alle Menschen met gelyke rechten geboren worden', Cliteur p. 228 en 231.

145 Zie ook Fleischacker, p.7. Hiervoor heb ik de verhouding tussen sociale rechtvaardigheid en menselijke waardigheid al besproken, § 4.3.4.

middelen van levensonderhoud voor diegenen die niet in staat zijn zelf te voorzien in hun meest noodzakelijke natuurlijke behoeften.¹⁴⁶ Kant meent dus dat de overheid er voor moet zorgen dat het tekort van anderen wordt gecompenseerd. Niet door dat zelf te doen, maar door anderen dat te verplichten.

4.5.4 Rawls

De Amerikaanse filosoof John Rawls (1921-2002) wordt gezien als degene die de moderne notie van sociale rechtvaardigheid vorm gaf.¹⁴⁷ De Kantiaanse menselijke waardigheid speelde daarbij een belangrijke rol: *'Each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override'*.¹⁴⁸ Een rechtvaardige samenleving richt zich bij hem niet op de volle morele ontplooiing van de mens maar op een geordend systeem van vreedzame samenwerking dat tot aller voordeel strekt. Rechtvaardigheid dient om de fundamentele rechten en plichten en de voordelen van die samenwerking billijk te verdelen.¹⁴⁹

Volgens Rawls kan rechtvaardigheid worden bepaald door te bedenken welke principes *'free and rational persons, concerned to further their own interests, would accept in an initial position of equality as defining the fundamental terms of their association'*.¹⁵⁰

Hij onderkende daarbij dat sociale en economische ongelijkheid een gegeven is. De een is rijk, de ander arm, de een is lid van een etnische of religieuze minderheid, de ander niet, de een heeft macht en goede contacten, de ander niet. Die ongelijkheid zou van invloed zijn op de keuze voor principes voor een samenleving, ten voordele van de ene groep (immers *'concerned to further their own interests'*) en ten nadele van de ander. Dat is ongewenst. In zijn gedachtegang is er namelijk geen rechtvaardiging voor ongelijke behandeling, puur vanwege de toevalligheid van de sociale en economische positie die iemand door geboorte inneemt in de samenleving.¹⁵¹

Omdat die hypothetische personen maar moeilijk zouden kunnen abstraheren van hun eigen positie in die samenleving komt hij met het concept van de *'veil of ignorance'*. Bij het kiezen van fundamentele rechten en plichten in een samenleving en *'the division of social benefits'*¹⁵² weten deze personen niet welke positie zij zelf

146 Fleischacker, p.73. De opmerking over de rol van de staat was van na de Franse Revolutie. Johann Gottlieb Fichte (1762-1814), een volgeling van Kant, werkte die rol uit, zie Fleischacker, p.160-161 (44).

147 Fleischacker, p.111. Niet alleen vormgeven maar zelfs definiëren (p.114).

148 Fleischacker, p.111.

149 Maris 1999, p.44-45.

150 J. Rawls, 'On Justice as Fairness' (extracts of 'A Theory of Justice' revised edition 1999) in: M. Clayton en A. Williams (red.), *Social Justice*, Blackwell Publishing: Oxford 2004 (Rawls 1999), p.52.

151 Rawls 1999, p.49-50, M. Sandel, *Justice. What's the Right Thing to do?*, Farrar, Straus and Giroux: New York 2004, p.140-166, die Rawls' boek 'A Theory of Justice' uit 1971 bespreekt.

152 J. Rawls, *Justice as Fairness. A Restatement*. The Bellknap Press of Harvard University Press: Cambridge 2001 (Rawls 2001), p.15.

zullen gaan innemen in de samenleving. Op die manier worden de toevalligheden die de positie in de samenleving bepalen uitgesloten, wat deze procedure rechtvaardig maakt zodat die tot een eerlijk resultaat leidt.¹⁵³

Bij het maken van deze keuzes zal volgens Rawls als eerste principe worden gekozen voor gelijke basisvrijheden voor allen.¹⁵⁴ Het is immers onduidelijk of de persoon die de keuze moet maken -na het ophalen van de *veil of ignorance*- toevallig in de samenleving tot een onderdrukte religieuze minderheid behoort, terwijl het tegelijk wel duidelijk is dat diegene, net als ieder ander persoon, recht heeft op respect voor de menselijke waardigheid.¹⁵⁵ Rawls denkt bij basisvrijheden aan politieke rechten, vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vergadering en recht op lichamelijke integriteit en bescherming van eigendommen. De enige beperkingen op een van deze vrijheden is een van de andere basisvrijheden en de basisvrijheden van anderen.¹⁵⁶ Hij meent verder dat contractsvrijheid geen '*basic liberty*' vormt.¹⁵⁷

Als tweede principe zou worden gekozen voor wat hij als volgt omschrijft:

*'Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: first, they are to be attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they are to be to the greatest benefit of the least-advantaged members of society (the difference principle).'*¹⁵⁸

Daarmee zegt hij dat sociale en economische ongelijkheid rechtvaardig is als er gelijke kansen bestaan voor ieder én als die ongelijkheid strekt tot het voordeel van de minst bedeeden in de samenleving. Een voorbeeld van dit *difference principle* is het hogere salaris voor doktoren dan voor buschauffeurs. Als daardoor de medische zorg op het arme platteland verbetert, is het hogere salaris gerechtvaardigd. Verbetert daarentegen vooral het niveau van de commerciële plastische chirurgie dan is dat niet rechtvaardig.¹⁵⁹

De toevalligheid die de sociale en economische positie in de maatschappij bepaalt, moet ook voor wat betreft natuurlijke of aangeboren aspecten onder ogen worden gezien. Rawls accepteert dat de verdeling van natuurlijke of aangeboren talenten ongelijk plaatsvindt. Volgens hem houdt het *difference principle* op dat vlak wederkerigheid in:

153 Rawls 1999, p.52 en p.57, waar hij zegt: *'Thus it seems reasonable and generally acceptable that no one should be advantaged or disadvantaged by natural fortune or social circumstances in the choice of principles'*.

154 *'Each person has the same indefeasible claim to a fully adequate scheme of equal liberties, which scheme is compatible with the same scheme of liberties for all'*, Rawls 2001, p.42.

155 Sandel, p.140-166, m.n. p.151.

156 Rawls 1999, p.60, Maris 1999, p.46. Dit past ook in het idee dat menselijke waardigheid een meta-karakter heeft.

157 Rawls 1999 p.59-60, waarin hij een voorlopige omschrijving van zijn principes geeft. Zie Fleischacker, p.114.

158 Rawls 2001, p.42.

159 Sandel, p.151-152.

*'...The better endowed (who have a fortunate place in the distribution of native endowments they do not morally deserve) are encouraged to acquire still further benefits -they are already benefitted by their fortunate place in that distribution- on condition that they train their native endowments and use them in ways that contribute to the good of the less endowed (whose less fortunate place in the distribution they also do not morally deserve)...'*¹⁶⁰

Het geluk om een florerende ondernemer te zijn vanwege een scherpe handelsgeest betekent ook de plicht om het goed te blijven doen want op die manier kan hij bijdragen aan het welzijn van zijn werknemers.

De gelijke waardigheid van burgers is de hoogste en finale waarde die een samenleving moet dienen. Hun rechten en plichten zijn afgeleid van de fundamentele belangen van burgers, opgevat als vrije, autonome en afhankelijke wezens. Maar Rawls beoogt ook -in beperkte mate- tegemoet te komen aan de behoeften van burgers, opgevat als behoeftige en afhankelijke wezens. Een samenleving moet volgens hem in enkele van die behoeften voorzien om burgers een voldoende gelijke kans te bieden op een leven in overeenstemming met hun waardigheid. Op basis van deze overwegingen komt Rawls tot de conclusie dat rechtvaardigheid een eerlijke verdeling voorschrijft van goederen, basisvrijheden, kansen, inkomen en vermogen.¹⁶¹

Blijft nog steeds de vraag waarom zou moeten worden gekozen voor deze principes en waarom sociale en economische ongelijkheid onrechtvaardig wordt geacht? Rawls geeft een aantal redenen. Allereerst lijkt het verkeerd dat een deel van de samenleving (meer dan) genoeg heeft, terwijl een ander deel tekort komt. *'Urgent needs and wants go unfulfilled, while the less urgent ones of others are satisfied'*. Het gaat dan niet om het feit van ongelijke verdeling van inkomen zelf, maar meer om het idee dat ieder ten minste genoeg zou moeten hebben om te voorzien in basisbehoeften. Daarnaast meent hij dat controle op ongelijkheid voorkómt dat één deel van de samenleving de rest domineert. Economische en sociale voorsprong van dat deel kan leiden tot politieke ongelijkheid en een systeem waarbij de ongelijkheid ten voordele van hen in stand wordt gehouden. Het leven van de (gelijkwaardige) rest wordt dan minder goed dan het zou kunnen zijn. Op de derde plaats kan ongelijkheid zelf onrechtvaardig zijn. Significante ongelijkheid in politieke en economische positie leidt tot verschillen in sociale positie, met daarmee gepaard gaand verschil in waardering van mensen. Het kan leiden tot minderwaardigheidsgevoelens of juist arrogantie, maar belangrijker is nog dat het leidt tot een vorm van statushiërarchie. Het streven naar een hogere sociale status brengt dan met zich mee dat wordt aanvaard dat anderen een lagere status zullen hebben. Het geeft tegelijk voer aan de gedachte dat iemand met een hogere status zijn positie zal hebben verdiend of bereikt mét wederkerige bijdrage aan de anderen ofschoon die status vaak voortvloeit uit toevalligheden zoals geboorte, geslacht of ras.¹⁶²

160 Rawls 2001, p.76.

161 I. van Domselaar, *The Fragility of Rightness. Adjudication and the Primacy of Practice*.(diss.), UvA 2014, hfst. 4.

162 Rawls 2001, p.130-132.

Voorals belangrijk vind ik dat Rawls onderbouwt dat als toevallige ongelijkheden iemands sociale en economische positie bepalen, dat alleen rechtvaardig is als ieder gelijke kansen heeft gehad én de positie wordt gebruikt ten behoeve van de minst bedeelden. Het gaat óók om toevalligheden zoals (minder) aangeboren eigenschappen,¹⁶³ zodat diegenen net zo goed gelijke kansen verdienen én anderen steeds ook hun minderbedeelde positie in ogeschouw moeten nemen.

4.5.5 Dworkin

In de theorie over sociale rechtvaardigheid is het gedachtegoed van Rawls in de laatste veertig jaar van grote invloed geweest.¹⁶⁴ Er is veel kritiek op gekomen,¹⁶⁵ maar zijn verdienste is zeker dat hij de filosofische discussie over sociale rechtvaardigheid heeft aangezwengeld. Een van de criticasters die voortbouwde op ideeën van Rawls is rechtsfilosoof Ronald Dworkin (1931-2013). Ook Dworkin start met het uitgangspunt dat alle mensen van gelijk gewicht zijn. Elk mensenleven is evenveel waard én het is voor elk mensenleven van even groot belang dit op zo'n zinvolle of succesvolle manier te kunnen invullen.¹⁶⁶ Zijn theorie draait vervolgens om het verenigen van vrijheid met gelijkheid. De verdeling van middelen neemt daarbij een voorname plaats in. Dworkin ziet gelijkheid in 'equality of resources' (gelijke middelen), die hij onlosmakelijk verbindt met vrijheid. Realisatie van het ene is niet mogelijk zonder realisatie van het andere.¹⁶⁷ Bij *resources* gaat het om zowel materiële hulpmiddelen, inkomen, rechten, vrijheden en kansen als om aangeboren talent, handicaps en fysieke en psychische mogelijkheden en gebreken.

De gelijkheid in middelen wordt bereikt via de vrije markt.¹⁶⁸ Hij neemt het voorbeeld van schipbreukelingen die aanspoelen op een verlaten eiland en afspreken dat de beschikbare middelen gelijkelijk onder hen zullen worden verdeeld. Volgens Dworkin is er geen sprake van een gelijke verdeling als die verdeling de jaloezietest ('*envy test*') niet doorstaat dat wil zeggen als er ten minste één schipbreukeling is, die liever het deel van een ander zou hebben dan zijn eigen deel. Daarom stelt hij een fictieve

163 Rawls houdt, in zijn Restatement, rekening met ras, etniciteit, geslacht '*and various native endowments such as strength and intelligence, all within the normal range*'. Hij noemt ook '*imagination*' en '*endurance*', Rawls 2001, p.15 en p.74-77. Als '*native endowments*' kunnen in mijn beleving net zo goed een zwak gestel, een chronische ziekte of een handicap gelden.

164 Fleischacker, p.116.

165 Bijvoorbeeld van Robert Nozick die Rawls verwijt dat het 'difference principle' leidt tot een onrechtvaardig staatsingrijpen in de marktvrijheid. Dat betekent het ontnemen aan mensen van hun verantwoordelijkheid en vrijheid, zie Maris 1999, p.48-50.

166 Vandeputte, p.466.

167 R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press: Cambridge 2002, p.121 (Dworkin 2002): '*If we accept equality of resources as the best conception of distributive equality, liberty becomes an aspect of equality, rather than, as it is often thought to be, an independent political ideal potentially in conflict with it*', Vandeputte, p.466. Maris noemt Dworkin de liberale tussenweg tussen Rawls en Nozick. Aan de hand van een beoordeling van de invoering van de nieuwe WAO per 1 augustus 1993 toont hij aan dat Dworkin's aanpak tot een '*juist evenwicht*' leidt, Maris 1999, p.50-53.

168 R. Dworkin, 'Equality of Resources' (extracts of 'What is Equality? Part 2: Equality of Resources', 1981) in: M. Clayton en A. Williams (red.), *Social Justice*, Blackwell Publishing: Oxford 2004, p.111 (Dworkin 1981).

veiling voor van alle beschikbare middelen onder alle schipbreukelingen, zodanig dat de bereikte verdeling uiteindelijk de jaloezietest doorstaat.¹⁶⁹ Na de aldus bereikte gelijke verdeling noemt Dworkin twee belangrijke kritiekpunten op Rawls.¹⁷⁰ Allereerst meent hij dat Rawls voorbij gaat aan de individuele verantwoordelijkheid van de persoon. Het *difference principle* bevoordeelt de minstbedeelden maar houdt volgens Dworkin geen rekening met keuzes die de minstbedeelden zelf maken, wat hij *option luck* noemt.¹⁷¹ De *equality of resources* van vlak na de veiling vervaagt immers doordat een ieder verschillende keuzes maakt, waardoor een latere verdeling niet meer door de jaloezietest zou komen.¹⁷² Een schipbreukeling die al zijn in oorsprong gelijk toebedeelde middelen bij het dobbelen vergokt en zo een minderbedeelde wordt, heeft een beslissing genomen die zijn positie beïnvloedt. Hij moet daarvoor zelf de verantwoordelijkheid dragen; diens positie blijft sociaal rechtvaardig.

Iets anders is het *brute bad luck*, de gebeurtenis die iemand overkomt en die hij redelijkerwijs niet heeft zien aankomen, zoals in een voorbeeld van Dworkin de persoon die na de veiling plots blind wordt. Dat leidt tot ongelijkheid in middelen maar ook tot de vraag of een nieuwe herverdeling van middelen niet toch rechtvaardig is. Dworkin beantwoordt die vraag door er via een hypothetische verzekeringsmarkt *option luck* van te maken. Stel dat twee schipbreukelingen hetzelfde risico zouden lopen om blind te worden en met deze wetenschap allebei na de veiling de keus kregen zich daarvoor te verzekeren. Als de een zich wel verzekert en de ander niet dan zijn de gevolgen van die beslissing de eigen verantwoordelijkheid van de schipbreukeling.¹⁷³ Sociale rechtvaardigheid dwingt niet om de blind geworden, niet-verzekerde schipbreukeling te compenseren. Analoog aan deze verzekeringsmarkt ontwikkelt Dworkin die ook voor talenten, zodat het niet hebben van talent een te verzekeren risico wordt.¹⁷⁴

Dworkin voegt als tweede kritiekpunt toe dat in de theorie van Rawls nog te weinig rekening wordt gehouden met de individuele verschillen van mensen. Dworkin noemt specifiek de positie van een gehandicapte, wiens handicap in de regel gevolg van *brute bad luck* zal zijn. Verschillen in uitkomst bij *option luck* rechtvaardigen het maken van onderscheid, want die zijn te herleiden tot individuele verantwoordelijkheid bij het maken van keuzes. Niet elke persoon is echter in staat om van *brute bad luck* via een verzekering *option luck* te maken. Sommigen zijn geboren met een handicap, anderen ontwikkelen die voordat zij de middelen of het inzicht hebben zich te verzekeren. Ook degenen die op latere leeftijd een beperking krijgen, kunnen willekeurig worden getroffen, bijvoorbeeld vanwege genetische aanleg, zodat zij wellicht een hogere premie moeten betalen dan anderen. Betekent het ontbreken van een verzekeringsalternatief dat er geen reden is voor een rechtvaardige herverdeling van *resources* bij handicaps en beperkingen?

169 Dworkin 1981, p.111-113.

170 Zie Vandeputte, p.465-466.

171 Dworkin 1981, p.110-133, Vandeputte, p.465-468.

172 Dworkin 1981, p.117.

173 Dworkin 1981, p.117-120.

174 Vandeputte, p.467.

Dat niet, zegt Dworkin. Hij stelt de hypothetische vraag hoeveel premie de gemiddelde persoon zou hebben betaald als ieder een zelfde risico op het ontwikkelen van een handicap of beperking zou hebben. Het is geen onredelijke aanname dat ieder zich zou hebben verzekerd tegen die premie. Uit een fonds bestaande uit de premies die anders betaald zouden zijn en te innen via belasting of een andere verplichte afdracht, zouden dan degenen moeten worden gecompenseerd die daadwerkelijk een handicap of beperking ontwikkelen.¹⁷⁵ Zo'n stelsel zou het meest aansluiten bij *equality of resources*.¹⁷⁶ Dit is wel een kernpunt van Dworkin: onder *resources* worden ten eerste verstaan materiële hulpmiddelen, inkomen, rechten, vrijheden en kansen en ten tweede aangeboren talent, handicaps en fysieke en psychische mogelijkheden en gebreken. De *equality* wordt voor de eerste categorie bereikt via de veiling, voor de tweede categorie via verzekeringen en/of belastingen. Dworkin's theorie is voor mij van belang vanwege het element dat sociale rechtvaardigheid wordt gezien in een gelijkheid aan middelen (waaronder kansen), zodat elk vrij kan zijn. Dworkin benadrukt wel ieders verantwoordelijkheid voor de eigen keuzes. Het streven naar gelijkheid van middelen staat toe dat verschillen tussen mensen worden weggenomen via een collectief verzekeringsstelsel.

4.5.6 Nussbaum

De Amerikaans rechtsfilosoof Martha Nussbaum (1947-) bouwt voort op de ideeën van Kant¹⁷⁷ en Rawls.¹⁷⁸ In navolging van de Indiase econoom Amartya Sen ontwikkelde zij, gedeeltelijk samen met hem, de zogeheten 'capabilities'-aanpak. Onder *capabilities* moet worden verstaan: het geheel van mogelijkheden waarover een persoon beschikt om de verschillende doelen die hij nastreeft te bereiken.¹⁷⁹

Nussbaum's benadering gaat uit van menselijke waardigheid en een leven dat die waardigheid recht doet. Dat is in haar beleving geen waarde op zich, maar een notie die moet worden ingevuld. Dat invullen gebeurt aan de hand van *capabilities*, centrale menselijke vermogens. Elk mens heeft mogelijkheden en talenten die ieder zelf tot ontwikkeling moet kunnen brengen om zo de mens te worden die hij of zij in aanleg is. Anderen zijn daarbij onmisbaar (zorg, hulp, ondersteuning, vriendschap en liefde). Door de manier waarop anderen meeleven, beïnvloeden zij het al dan niet lukken van de ontwikkeling. Ieder mens blijft echter zelf verantwoordelijk voor dit proces. Een goede samenleving is een samenleving die vervolgens elk van haar leden in de gelegenheid stelt om zijn centrale menselijke vermogens te ontplooiën

175 Dworkin 1981, p.120-121. In het vervolg bespreekt hij aspecten die de hoogte van de premie beïnvloeden.

176 Dworkin 1981, p.122.

177 Fleischacker, p.74-75.

178 M.C. Nussbaum, *Frontiers of justice. Disability, nationality, species membership*, Harvard University Press: Cambridge Massachusetts/London England 2006 (Nussbaum 2006), p.IX, 2-6, 94-95.

179 M.C. Nussbaum, 'Capabilities as fundamental entitlements: Sen and social justice', *Feminist Economics* 2003 nr.2-3, p.33-59, Van Domselaar noemt het de 'centrale menselijke vermogens', hfst 6.

en die daarvoor ook de materiële, juridische, politieke en culturele voorwaarden schept, minstens tot een drempelniveau.^{180 181} Nussbaum verliest dus de eigen verantwoordelijkheid niet uit het oog: het gaat om het bieden van mogelijkheden, waarbij elk individu de keus heeft daar al dan niet gebruik van te maken.

Volgens Nussbaum zijn er tien *capabilities* die fundamenteel zijn voor een menswaardig bestaan. Deze lijst is niet definitief maar dynamisch. De lijst heeft naar haar zeggen echter wel breed gedragen interculturele instemming.¹⁸² Het gaat om:

1. *Life. Being able to live to the end of a human life of normal length...*
2. *Bodily Health. Being able to have good health...*
3. *Bodily Integrity. Being able to move freely from place to place; to be secure against violent assault...*
4. *Senses, Imagination, and Thought. Being able to use the senses, to imagine, think, and reason and to do these things in a "truly human" way, a way informed and cultivated by an adequate education,... Being able to use one's mind in ways protected by guarantees of freedom of expression...*
5. *Emotions. Being able to have attachments to things and people outside ourselves;...(Supporting this capability means supporting forms of human association that can be shown to be crucial in their development.)*
6. *Practical Reason. Being able to form a conception of the good and to engage in critical reflection about the planning of one's life. (This entails protection for the liberty of conscience and religious observance.)*
7. *Affiliation.*
 - a. *Being able to live with and toward others, to recognize and show concern for other humans, to engage in various forms of social interaction;...(Protecting this capability means protecting institutions that constitute and nourish such forms of affiliation, and also protecting the freedom of assembly and political speech.)*
 - b. *Having the social bases of self-respect and non-humiliation; being able to be treated as a dignified being whose worth is equal to that of others. This entails provisions of non-discrimination...*
8. *Other Species...*
9. *Play. Being able to laugh, to play, to enjoy recreational activities.*
10. *Control over one's Environment.*
 - a. *Political. Being able to participate effectively in political choices that govern one's life; ... protections of free speech and association.*
 - b. *Material. Being able to hold property ..., and having property rights on an equal basis with others; having the right to seek employment on an equal basis with others;...In work, being able to work as a human, exercising practical reason and entering into meaningful relationships of mutual recognition with other workers.¹⁸³*

180 In de lezing van Nussbaum aan het John Adams Institute in Amsterdam, 31 mei 2012 (<http://boeken.vpro.nl/johnadams/2012/martha-nussbaum.html>) maakte zij duidelijk dat het afmeten van rechtvaardigheid aan één (economische) parameter, zoals bijv. het bruto nationaal product per hoofd van de bevolking niets zegt over de rechtvaardigheid van de samenleving. Economische groei heeft geen noodzakelijke correlatie met verbetering van andere zaken die voor rechtvaardigheid belangrijk zijn zoals onderwijs, gezondheidszorg en een gelijke positie van vrouwen.

181 Nussbaum beseft dat dit dus geen hele 'dekking' voor sociale rechtvaardigheid oplevert. Het zegt bijvoorbeeld niets over verdeling boven het drempelniveau, Nussbaum 2006, p.75-76.

182 Nussbaum 2006, p.76-78.

183 Passages die minder relevant zijn heb ik om redenen van beknoptheid weggelaten, Vandeputte, p.433-434.

Een samenleving is volgens haar pas sociaal rechtvaardig als op *elk vlak* het drempelniveau wordt 'gehaald'. Het een kan niet worden uitgeruild tegen het ander; ze zijn allemaal nodig. Als een samenleving op één vlak te kort schiet, is het geen 'just society', hoe welvarend ook.¹⁸⁴

Cruciaal is dat sociale rechtvaardigheid alleen kan worden bereikt als mensen de vrijheid hebben om zelf te kiezen hoe zij van de mogelijkheden gebruik maken. Bekend is het voorbeeld van drie mensen, waarvan de eerste eet, maar de tweede en derde hongerden. De tweede hongert omdat hij vast, uit overtuiging, terwijl de derde slachtoffer van hongersnood is. Het resultaat voor de tweede en derde persoon is gelijk: zij eten allebei niet. Toch hebben zij een verschillende 'capabilityset': de tweede *kán* eten maar kiest er voor om dat niet te doen, de derde heeft die keuze niet en heeft dus niet de eerste *capability* van *life* of de tweede van *bodily health*. Bij de derde persoon geeft de samenleving hem niet de mogelijkheden om te kiezen tussen wel of niet eten. Het resultaat voor de eerste en de tweede persoon is verschillend: de een eet, de ander niet. Toch is hun 'capabilityset' wel gelijk; alleen hun keuze is anders. Menswaardige ontwikkeling staat of valt met de keuzevrijheid. Daarom wordt vrijheid wel de basis *capability* genoemd. Wezenlijk is wel dat een échte keuzevrijheid bestaat: als iemand alleen middelen heeft die hem moeten doen kiezen tussen het kopen van voedsel of noodzakelijke medicijnen dan is dat geen reële keuze. Door vrijheid zo centraal te stellen, maakt Nussbaum ruimte voor een grote variëteit aan levenskeuzes en levensstijlen, zowel op individueel als op cultureel niveau en maakt zij tevens inzichtelijk dat de manier waarop de *capabilities* gestalte krijgen in principe pluriform is.¹⁸⁵ De betrekkelijke algemeenheid van de tien essentiële menselijke *capabilities* geeft ruimte aan concretisering in overeenstemming met de lokale omstandigheden en eigen overtuigingen (*principle of multiple realizability*).¹⁸⁶

In de theorie van sociale rechtvaardigheid van Nussbaum zitten spiegelbeelden van Rawls' theorie. De *capabilities*-benadering gaat uit van burgers als afhankelijke, behoeftige en capabele wezens en stelt met het oog op het garanderen van gelijke waardigheid de vraag naar wat deze burgers daadwerkelijk kunnen doen en zijn.¹⁸⁷ Vanwege het voorgestelde concept van rechtvaardigheid, te weten de vrijheid om te werken aan de lijst met centrale menselijke vermogens, zou het beter geschikt zijn om de waarde van gelijke waardigheid daadwerkelijk in de praktijk te realiseren. De achterliggende reden hiervoor is dat het persoonsbegrip dat Nussbaum hanteert realistischer is.

184 Nussbaum 2006, p.75.

185 H. Manschot, 'Martha Nussbaum (1947)', (http://www.humanistischecanon.nl/humanisering_en_zingeving/martha_nussbaum, geraadpleegd 8 november 2012), zie ook VPRO's Tegenlicht 16 februari 2009 en Nussbaum's lezing aan het John Adams Institute.

186 Vandeputte, p.435.

187 Van Domselaar, hfst.6. Rawls' uitgangspunt is de mens als vrij, autonoom en onafhankelijk wezen, met een correctie daarop.

Contracttheorieën zoals die van Rawls gaan er van uit dat mensen een contract willen sluiten met anderen die min of meer dezelfde capaciteiten hebben en in staat zijn tot economische productiviteit. Op die manier kan een contract tot wederzijds voordeel leiden. Het probleem in een contracttheorie met mensen met beperkingen, zoals gehandicapten maar ook arbeidsongeschikten, is dat zij minder bij kunnen dragen dan ze kosten. Er is teveel verschil met de andere partijen, zodat het niet 'voordelig' is om ze mee te laten onderhandelen.¹⁸⁸ Daarbij wordt er bij Rawls van uit gegaan dat mensen handelen uit eigenbelang.¹⁸⁹

Rawls' poging om in een contractstheorie zowel eigenbelang, wederzijds voordeel als de gehandicapte als contractspartner met elkaar te verenigen, gaat er van uit dat de beperkte mens in staat is bij te dragen aan de samenleving als aan zijn beperkingen wordt tegemoet gekomen of hij wordt gere-integreerd. Aan die tegemoetkoming of re-integratie zouden allen moeten bijdragen die het voordeel genieten van hun bijdrage aan de samenleving. Voor degenen die niet zouden kunnen worden gere-integreerd bestaat dan de optie van 'a *"mutually advantageous" social insurance scheme that offers a dignified standard of care for anyone who needs it.*' Om dit te kunnen laten werken moet iedereen instemmen met gelijke premies van achter het *veil of ignorance*, dus zonder hun eigen situatie te kennen. Bezwaar tegen deze poging is dat de kosten van tegemoetkoming en re-integratie (premie) niet opwegen tegen het redelijkerwijs te verwachten voordeel (de bijdragen van de mensen met beperkingen).¹⁹⁰ Nussbaum stelt daartegenover dat de aanname dat mensen handelen vanuit betrokkenheid bij alle menselijke wezens niet méér controversieel is dan de aanname dat men handelt vanuit eigenbelang. Het is alleen een andere aanname en daarom even acceptabel. Zij wil er daarom liever van uit gaan dat een persoon bij het aangaan van de contractsbesprekingen kiest voor gedeelde doelen en een gedeeld leven. Vervolgens moet 'de kwaliteit van leven' worden afgemeten aan en rechtvaardigheid worden gebaseerd op een verdeling van *capabilities*, in plaats van op een verdeling van primaire goederen (zoals inkomen) waar Rawls op uitkomt. De *capabilities*-benadering gaat er immers van uit dat de kwaliteit van leven wordt bepaald door de mate waarin mensen kunnen doen wat ze willen doen en kunnen zijn wie ze willen zijn. Hierbij

188 Bij verstandelijk gehandicapten speelt daarnaast het probleem dat ze niet altijd voldoende rationele vermogens hebben om goed mee te kunnen praten.

189 *'Free and rational persons, concerned to further their own interests.'* Achteraf kan een samenleving wel besluiten om 'goed' met deze groepen om te gaan, maar daarmee is hun positie minder sterk. Er wordt dan geen recht gedaan aan hun menselijke waardigheid.

190 A. Cudd, 'Contractarianism', in: E.N. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2012 Edition)* (<http://plato.stanford.edu/archives/fall2012/entries/contractarianism/>), waarin deze theorie van L. Becker door haar wordt besproken en becommentarieerd. De eenvoudigste oplossing lijkt Nussbaum om de partijen achter de *veil of ignorance* van Rawls niet te informeren over de vraag of ze gehandicapt zullen zijn of niet, maar Rawls heeft hier om verschillende redenen niet voor gekozen.

zou een rechtvaardige samenleving iedereen, dus ook mensen met beperkingen zo veel mogelijk direct *capabilities* (in de zin van kansen om te kiezen) moeten geven.¹⁹¹

4.5.7 Tussenbalans

Nederland mag zelf bepalen op welke manier de flexicuritydoelstellingen worden nagestreefd: wij hebben onze eigen nationale context en de OMC biedt daarvoor ruimte. Die ruimte is echter beperkt en uit het eerste deel van mijn onderzoek blijkt dat de beperking zit in de gemeenschappelijke basiswaarde van het Europese sociale model: het streven naar sociale rechtvaardigheid die uitwerking is van respect voor de menselijke waardigheid. Deze basiswaarde is zowel in Europa als in Nederland als meta-waarde te beschouwen bij het invullen van het Europese sociale model. Anders gezegd: *hoe* in een Lidstaat ook wordt gestreefd naar flexicurity, er mag niet door de ondergrens van sociale rechtvaardigheid worden gezakt. *Dé* sociale rechtvaardigheid bestaat echter niet. Ik constateerde al verschillende opvattingen naar tijd en plaats. Van der Burg/Taekema wijzen er zelfs op dat verschillende visies op dezelfde waarde kunnen bestaan in dezelfde tijd en plaats.¹⁹² In mijn visie op sociale rechtvaardigheid haal ik elementen uit de verschillende besproken theorieën. Sociale rechtvaardigheid omvat de volgende elementen:

1. Gelijke startpositie

Gelijke basisvrijheden voor allen omdat iemand een te respecteren mens is.

2. Recht op een deel

Recht op een deel van de collectieve middelen omdat iemand een te respecteren mens is, dus los van verdienste.

3. De kans om eigen doelen na te streven

Ieder krijgt de gelijke kans om met het geheel van mogelijkheden waarover hij beschikt, de verschillende doelen die hij nastreeft te bereiken.

4. De vrijheid om te kiezen hoe

Ieder heeft de vrijheid om zelf te kiezen hoe hij van de eigen mogelijkheden gebruik maakt.

191 Gematigd positief hierover is Rothfus: *'Het lijkt inderdaad aannemelijk dat de basisaanname dat mensen uit eigenbelang handelen niet meer voor de hand ligt of eenvoudiger is dan de aanname dat mensen primair betrokken zijn op hun sociale omgeving. Misschien is het ook een westerse culturele vooronderstelling om te denken dat mensen in eerste instantie vooral op zichzelf gericht zijn. De insluiting van gehandicapten in het sociaal contract lijkt de rechtvaardigheid te vergroten, maar de vraag is wel hoeveel de mensen in de onderhandelingsituatie er voor over hebben om de wereld aan te passen aan een relatief kleine en zeer diverse groep. Als we naar de capabilities kijken zal het erg moeilijk en in sommige gevallen onmogelijk zijn om mensen met beperkingen dezelfde kansen te geven.'* J. Rothfus, 'Martha Nussbaum: Frontiers of Justice', http://www.filosofiegroningen.nl/documents/2006/Jacquelin200611_Martha%20Nussbaum%20dispuut.htm, geraadpleegd 8 november 2012.

192 Van der Burg/Taekema, p.21-22. Bijvoorbeeld de waarde 'democratie' wordt in Nederland anders ingevuld (evenredige vertegenwoordiging) dan in het Verenigd Koninkrijk (districtenstelsel); toch is het allebei democratie.

5. Eigen verantwoordelijkheid voor keuzes

Ieder draagt de verantwoordelijkheid voor de keuzes hoe hij van de eigen mogelijkheden gebruik maakt.

6. Gebruik van ongelijkheden ten behoeve minst bedeelden

Toevallige ongelijkheden waardoor de een beter af is, moeten worden gebruikt ten behoeve van de minst bedeelden.

Uit de verschillende theorieën is ook te halen dat de overheid een rol heeft bij sociale rechtsvorming. Een *actief* rechtsvormend optreden is vereist, omdat het de taak van de wetgever is niet alleen de liberale vrijheidsrechten te garanderen, maar ook sociale rechtvaardigheid na te streven.¹⁹³ Dworkin's *equality of resources* impliceert een sociaal beleid gericht op reële gelijkheid van kansen en middelen op de arbeidsmarkt. Het streven naar die gelijkheid staat toe dat verschillen tussen mensen worden weggenomen via belastingen of een collectief verzekeringsstelsel. De uitdaging is volgens Nussbaum om de rol van de overheid zodanig in te vullen dat ze mensen aanspreekt op hun vermogen tot zelfsturing en probleemoplossing en tegelijkertijd voldoende ondersteuning biedt aan mensen die door omstandigheden niet toekomen aan de realisering van die *capabilities*. Het *principle of multiple realizability* biedt overheden de mogelijkheid om dat te doen, rekening houdend met de eigen bijzonderheden. Daarmee onderkent Nussbaum dat de ene sociale rechtvaardigheid de andere niet is: die is tijd- en plaatsgebonden, hetzelfde uitgangspunt als bij de OMC.

Ik heb benoemd welke elementen (geworteld in de rechtsfilosofie) ik belangrijk acht bij sociale rechtvaardigheid. Deze basiswaarde leidt naar een aantal waarden en rechtsbeginselen van sociale rechtsvorming, waaruit concrete regels voortkomen. Het tweede deel van mijn zoektocht is *die* waarden en rechtsbeginselen te vinden die in Nederland van belang zijn of zouden moeten zijn bij sociale rechtsvorming.

4.6 Waarden en rechtsbeginselen van Nederlandse sociale rechtsvorming

Sociale rechtvaardigheid, in de zin van rechtvaardigheid van een maatschappij of staat in haar 'omgaan' met haar individuele leden en submaatschappijen, geeft ruimte voor nationale invulling.¹⁹⁴ Anders gezegd geeft het de basis waarop een overheid de nationale uitwerking van de OMC kan 'bouwen'. Toch wordt in de arbeidsrechtelijke literatuur de term 'sociale rechtvaardigheid' nauwelijks gebruikt.¹⁹⁵ In mijn beleving komt dat omdat die waarde voor het arbeidsrecht wordt vereenzelvigd met een zeer bekend beginsel.

193 Er zijn immers klassieke én sociale grondrechten.

194 Van den Berg, p.69 met verwijzing naar Frankena.

195 Ook de begrippen 'waarde' en 'rechtsbeginsel' worden niet altijd gebruikt zoals ik die heb gedefinieerd in § 4.2. Ik gebruik de termen zoals die door de schrijvers worden gebruikt.

4.6.1 'Hét beginsel is ongelijkheidscompensatie, toch?'

Vraag een willekeurige hedendaagse arbeidsjurist naar het belangrijkste arbeidsrechtelijke beginsel en grote kans dat het antwoord 'ongelijkheidscompensatie' is. Sociale rechtvaardigheid zal waarschijnlijk veel minder worden genoemd, misschien uitgezonderd door een verdwaalde 'rechtswinkelier' uit de jaren zeventig. Loonstra heeft ongelijkheidscompensatie wel eens de 'superbasiswaarde' van het arbeidsrecht genoemd.¹⁹⁶ De gezamenlijke kantonrechters noemen het de kern van het arbeidsrecht.¹⁹⁷ Hoewel het belang van dit beginsel evident is, wil ik er voor waken de uitwerking van sociale rechtvaardigheid te verengen tot alleen het beginsel van ongelijkheidscompensatie. Ik kom daar in de volgende paragraaf op terug.

Ongelijkheidscompensatie wordt niettemin zeer breed genoemd als kern van het bijzondere van het arbeidsrecht.¹⁹⁸ Een 'normale' overeenkomst is gebaseerd op partijautonomie en contractsvrijheid. Dat veronderstelt de mogelijkheid van een gelijkwaardige uitruil van verbintenissen. Maar die gelijkwaardigheid ontbreekt in afhankelijkheidsrelaties zoals de arbeidsverhouding. De ongelijkheid die wordt gecompenseerd heeft twee kanten; aan de ene kant de economische ongelijkheid. Die bestaat tussen de werknemer die *moet* werken om inkomen te verwerven en de werkgever die vrijuit kan kiezen wie hij in dienst wil nemen en dus ook de voorwaarden waaronder kan dicteren. Aan de andere kant sociale ongelijkheid, bijvoorbeeld tot uiting komend in verschil in scholing tussen witte boorden en blauwe boorden.¹⁹⁹

Toch is (economische) ongelijkheidscompensatie niet exclusief voorbehouden aan het arbeidsrecht. Het wordt zelfs één van de belangrijkste nieuwe inzichten in het gehele privaatrecht genoemd sinds het BW uit 1838: '*De bescherming van hen die bij overeenkomsten niet met gelijke kracht als hun wederpartij voor hun belangen kunnen opkomen.*' Dit inzicht is belangrijk omdat het '*de ogen opent voor het feit dat wat formeel-juridisch gelijk is, praktisch-maatschappelijk zeer ongelijk kan zijn.*'²⁰⁰ In andere delen van het privaatrecht komt het beginsel dus ook voor: denk aan bescherming van huurders, kopers op afbetaling, degene jegens wie algemene voorwaarden

¹⁹⁶ Zie ook Loonstra/Zondag, p.25-28 en p.37-38.

¹⁹⁷ Kring van Kantonrechters, Aanbevelingen voor procedures ex art. 7:685 BW, zoals laatstelijk gewijzigd op 30 oktober 2008, toelichting op Aanbeveling 3.4: '*...de rechtvaardiging voor de toekenning van de vergoeding aan de werknemer bij een 'verwijtloos' werkgeversverzoek ligt in de ongelijkheidscompensatie welke de kern van het arbeidsrecht, in casu het ontslagrecht vormt.*'

¹⁹⁸ Al door H.L. Drucker, 'Het Arbeids-contract', Sociaal Weekblad 1887, p.83 en in 1907 (Bles III, p.2). Recenter in handboeken bijv. M.G. Rood, *Introductie in het sociaal recht*, Gouda Quint: Deventer 2000, p.4-5, A.T.J.M. Jacobs, *Sociaal recht*, Paris: Zutphen 2010, p.25, Asser/Heerma van Voss 2008, nr. 10, E. Verhulp *TC Arbeidsrecht*, Boek 7 Titel 10 Algemene opmerkingen, aant. 4, Kluwer: Deventer 2012 én SMA 2007, p.213, Konijn, p.24-33.

¹⁹⁹ Konijn p.32-33 met verwijzingen o.a. naar Van der Heijden; Rood, Van Oven-bundel, p.250-251.

²⁰⁰ G.E. Langemeijer en E.J.H. Schrage, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1994, p.54 en 90-91, Konijn p.3, 5-6, 33.

worden gehanteerd of in het algemeen de leer van de wilsgebreken of de matiging naar draagkracht van een schadevergoeding ex artikel 6:109 BW.²⁰¹ Er wordt wel geijverd bescherming van de zwakke partij te zien als een nieuw privaatrechtelijk beginsel, naast contractsvrijheid.²⁰²

Onmiskenbaar neemt het beginsel zowel in het arbeidsrecht als het socialezekerheidsrecht een prominente plaats in, wat verdere uitwerking nodig maakt.²⁰³ Het waarom van ongelijkheidscompensatie is besproken door Noordam.²⁰⁴ Soms wordt als onwenselijk en onrechtvaardig ervaren dat de ene partij een zwakkere positie inneemt tegenover een andere partij. Dat is met name zo als een fundamenteel beginsel als bestaanszekerheid van de zwakkere partij in het geding is, de zwakkere positie structureel is én de zwakkere partij niet zelf in staat is aan de ongelijkheid een einde te maken. De verhouding is er dan een van afhankelijkheid: de sterkere beheerst en bepaalt de positie van de zwakkere.²⁰⁵ Meijers schreef in 1924 dat:

*'...wie van het verkopen van zijn handenarbeid bestaat, in de regel niets anders heeft dan deze arbeid om van te leven, zodat de arbeider bij het sluiten van de overeenkomst in een ongunstiger positie verkeert dan de werkgever.'*²⁰⁶

Dat geldt eens te meer omdat geen enkele overeenkomst werknemers zo raakt als de arbeidsovereenkomst. Vandaar dat het de plicht van de wetgever is hen te beschermen door dwingende wetsvoorschriften die ten gevolge van de druk waaronder zij leven in vele opzichten geen billijke voorwaarden bij de arbeidsovereenkomst kunnen bedingen.²⁰⁷

De ongelijkheid van partijen zou daarom kunnen worden gezien als een verschil in onderhandelingspositie. De 'ruilrechtvaardigheid' die bij gelijke partijen bestaat, speelt niet tussen werkgever en werknemer en moet worden gecompenseerd.²⁰⁸

Heerma van Voss wijst voor het waarom nog op de persoonlijke kant van de arbeidsovereenkomst, naast de vermogensrechtelijke kant. De werknemer is met zijn hele persoon bij de arbeid betrokken. Persoonlijke afhankelijkheid heeft betekenis voor bestaanszekerheid (inkomsten), zelfrespect, maatschappelijk aanzien, mogelijkheden

201 Van den Berg, p.488, die Langemeijer/Schrage bespreekt.

202 E.H. Hondius, 'De zwakke partij in het contractenrecht; over verandering van paradigma van het privaatrecht', in T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p.393.

203 Voor het socialezekerheidsrecht zie § 4.6.3.

204 F.M. Noordam, 'Een kontje van de wetgever', Rood-bundel, p.108-109.

205 In het arbeidsrecht: de werknemer is voor zijn bestaanszekerheid afhankelijk van de werkgever die, bij het uitblijven van compensatie, de positie van de werknemer eenzijdig zou kunnen bepalen.

206 E.M. Meijers, *De arbeidsovereenkomst*, H.D. Tjeenk Willink 1924, p.1-2.

207 Aldus de weergave van het standpunt van Meijers door Rood, Koning-bundel, p.120.

208 Roozendaal 2011, p.373-374.

tot ontplooiing en dagelijkse tijdsbesteding.²⁰⁹ De Hoge Raad heeft sporadisch en indirect gerefereerd aan ongelijkheidscompensatie: *'De aan het arbeidsrecht ten grondslag liggende beschermingsgedachte, die onder meer tot uiting komt in art. 7:613, 7:678 lid 3, 7:681 lid 4 en 7:686, laatste zin, BW...'*²¹⁰

Boot beschrijft het begrip als volgt:

*'Juridische ongelijkheidscompensatie voor werknemers is er op gebaseerd dat, omdat werkgevers in een maatschappelijk sterkere positie verkeren dan werknemers, het recht aan werknemers waarborgen dient te verschaffen om te voorkomen dat de uiteindelijk tussen werkgevers en werknemers gemaakte afspraken op een voor de werknemer onacceptabel ongunstig niveau uitkomen.'*²¹¹

De beoogde uitkomst van de ongelijkheidscompensatie in het arbeidsrecht is een vermindering van ongelijkheid van de *juridische* posities van de werkgever en de werknemer in hun specifieke rechtsverhouding. Volgens Noordam is het niet geschikt om ook de *economische* en *maatschappelijke* positie van de individuele werknemer te versterken.²¹² Ook bij (gedeeltelijke) arbeidsongeschiktheid speelt ongelijkheidscompensatie een rol.²¹³

4.6.2 Er is méér

Bij het afscheid in 1997 van de Leidse hoogleraar arbeidsrecht Rood verscheen een bundel waarin het begrip ongelijkheidscompensatie centraal stond.²¹⁴ Interessant is de relativering die Jacobs in zijn bijdrage aanbrengt bij de gedachte dat ongelijkheidscompensatie *het* leidende arbeidsrechtelijke beginsel zou zijn.²¹⁵ Aan de hand van een aantal voorbeelden maakt hij duidelijk dat, waar de wetgever en de rechter

209 Asser/Heerma van Voss, nr.9. Zie over het personenrechtelijke karakter uitgebreid Konijn, p.18-24 met literatuurverwijzingen.

210 HR 14 november 2003, JAR 2003/296 (Mammoet). Verhulp ziet dat als een verwijzing naar het systeem van het arbeidsrecht, SMA 2007, p.213 e.v. Eerder in: HR 30 mei 1997, JAR 1997/142: *'het op bescherming van de werknemer gerichte stelsel van de wet'*.

211 G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, (diss.), Sdu Uitgevers: Den Haag 2004, p.7. Hij noemt uitdrukkelijk juridische ongelijkheidscompensatie voor werknemers. Als ik in het vervolg spreek van ongelijkheidscompensatie doel ik op de definitie van Boot.

212 Noordam, Rood-bundel, p.108-109.

213 L.H. van den Heuvel, 'Ongelijkheidscompensatie bij gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid' in: Rood-bundel, p.39-52.

214 L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Kluwer: Deventer 1997.

215 A.T.J.M. Jacobs, 'Kleine mythologie van de ongelijkheidscompensatie', Rood-bundel, p.67-80. Hij verwijst naar Van der Heijden die eveneens meent dat ongelijkheidscompensatie maar *'one of the leading principles'* van het arbeidsrecht is. Ook Noordam noemt het 'een van de essentialia van het sociaal recht', Rood-bundel, p.107. Hij is niet de enige. Loonstra/Zondag erkennen dat arbeidsrecht veel verschillende doelstellingen nastreeft. Zij achten de ongelijkheidscompensatie de belangrijkste, p.37. Boot noemt het 'een van de belangrijkste doelstellingen van het arbeidsrecht' en 'een van de belangrijkste grondslagen van het arbeidsrecht' maar erkent ook diens ordenende rol, p.7 en 9.

hadden kunnen kiezen voor het laten prevaleren van een ongelijkheidscompenserende gedachte, zij dat niet hebben gedaan.²¹⁶ Kennelijk wordt toch regelmatig een andere afweging gemaakt. Dat past binnen mijn gedachte dat sociale rechtvaardigheid en ongelijkheidscompensatie niet met elkaar moeten worden gelijkgesteld.²¹⁷

Jacobs wijst er op dat het arbeidsrecht van oudsher twee functies heeft; de *Schutzfunktion* maar ook een *Ordnungsfunktion*.²¹⁸ De *Schutzfunktion* beoogt de werknemer te beschermen tegen de 'oppermachtige' werkgever. De *Ordnungsfunktion* houdt in dat het sociaal recht moet bijdragen aan de betrouwbare organisatie van de arbeidsmarkt: rust en voorspelbaarheid in de wederzijdse rechten en plichten van arbeidsverhoudingen. '*De interdependente kapitalistische productiewijze verdraagt geen chaos*', aldus Jacobs. De ongelijkheidscompensatie draagt bij aan de beschermende functie.

Opmerkelijk is het Duitse onderzoek onder 'arbeidsrechters' en rechtshulpverleners dat hij aanhaalt, waaruit blijkt dat het merendeel van hen het doel van het arbeidsrecht ziet in de ordenende functie daarvan en niet in de beschermende. Jacobs' ervaring is dezelfde en hij noemt de ongelijkheidscompensatie daarom '*de crème op de taart, het beleg op de boterham, het koekje bij de koffie*'. In zijn betoog staat de ordenende functie centraal, niet omdat de werkgever een 'kapitalistische egoïst' is, maar omdat bovenmatige werknemersbescherming een belemmering kan vormen voor de onderneming. Teveel nadruk op ongelijkheidscompensatie kan schadelijk zijn voor de concurrentiepositie en uiteindelijk anderen hun baan kosten. Ordening is belangrijk voor een gezonde onderneming en van vitaal belang voor de collega-werknemers.²¹⁹

Levenbach ging Jacobs voor door zowel de ondergeschiktheid als het organisatorisch verband te benoemen. Het eigene van het arbeidsrecht ligt onder meer in de persoonlijke onderschikking van de werknemer. Om de menselijke waardigheid daarbij ten volle tot haar recht te doen komen, is bescherming door het recht nodig. De arbeidsverhouding is echter geen losse ruil maar een organisatorische betrekking in een geheel, die de grondslag is voor verdere '*verbandsvorming en ingewikkelde gezagsafstaffeling*'.²²⁰

216 Bijvoorbeeld in WOR-adviestrajecten is de toetsing van ondernemersbesluiten vooral gericht op procedurele aspecten, bij doorstart na faillissement is de regeling van overgang van onderneming niet van toepassing, de onderzoeksplicht van de werkgever bij een beëindiging met wederzijds goedvinden is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en niet *altijd* van toepassing en ten slotte de zieke werknemer moet bij een loonvordering zelf via een deskundigenoordeel zijn arbeidsongeschiktheid bewijzen. Zie ook over de niet altijd beschermende uitleg van onduidelijke bedingen: C.E. Dingemans en O. van der Kind, 'Ongelijkheids-compensatie en onduidelijke bedingen', *ArbeidsRecht* 2001/4.

217 Anderen zoals Langille menen van wel: '*We do not have too many theories (of justice in labour law) – we have one*', Davidov/Langille, p.105.

218 Zie ook W.J.P.M. Fase, *Inleiding Sociaal Recht*, Wolters-Noordhoff: Groningen 1987, p.3, A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, (diss.), Kluwer: Deventer 2009, p.3-7.

219 Jacobs vraagt zich verder af of de bevoogding van het sociaal recht (de zwakkere ook tegen zichzelf in bescherming nemen) nog wel past in een postindustriële tijdperk, p.67-80. Van der Heijden en Noordam, die ik verderop zal bespreken, hebben moeite met de betutteling van het sociaal recht.

220 M.G. Levenbach 'Veertig jaar arbeidsrecht' afscheidscollege 1966 (Amsterdam) in: H.L. Bakels (red.), *Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, Kluwer: Deventer 1977, p.26.

De oratie van Houweling komt op veel vlakken overeen met het betoog van Jacobs.²²¹ Beiden vinden bij het bepalen van leidende arbeidsrechtelijke waarden en beginselen van belang dat de werknemer naast contractspartner ook (langdurig) onderdeel is van een organisatie. Houweling haalt aan dat werkgever en werknemer niet alleen tot elkaar staan in een *arbeids*verhouding maar vooral in een *organisatie*verhouding. Zij hebben een wederkerige rechtsbetrekking die toegang geeft tot een arbeidsorganisatorisch geheel. Arbeidsrechtelijke regels hebben daarin tot doel de regeling van individu-overstijgende, collectieve belangen te stroomlijnen, zelf als dat ten koste gaat van bijvoorbeeld arbeidsvoorwaarden van de individuele werknemer.²²² Houweling noemt dit het institutionele beginsel dat hoort bij de ordeningsfunctie van het arbeidsrecht.²²³ Heerma van Voss signaleert zowel de contractuele als de institutionele relatie, maar die staan volgens hem niet tegenover maar naast elkaar. Wat in het contract geregeld is, dient serieus te worden genomen, maar tegelijk te worden gezien in het licht van de omstandigheden en wat partijen in redelijkheid van elkaar mochten verwachten.²²⁴

Dat sociale rechtvaardigheid méér is dan juridische ongelijkheidscompensatie wordt op een andere manier aangetoond door Fase die niet zozeer kijkt naar de verschillende functies van het arbeidsrecht.²²⁵ Het gaat volgens hem bij sociale rechtvaardigheid in de kern om gelijke kansen, gelijke behandeling en gelijke invloed van alle leden van de samenleving ook in het arbeidsproces. Maar hij constateert meer: sociale rechtvaardigheid is altijd een kind van zijn tijd. Waar vroeger bijvoorbeeld het verbod op nachtarbeid voor vrouwen of het niet werken van gehuwde vrouwen als sociale verworvenheid werden gezien, zijn die nu afgeschaft, want die doen onvoldoende recht aan de gelijkheid van vrouwen.

Drie bewegingen zijn in de tijd te onderkennen (Fase noemt ze *'pijlers van het sociaal recht'*). Sociaal recht begon met beschermingswetgeving (verbod van kinderarbeid, veiligheidswetgeving). Begin van de vorige eeuw stond in het teken van herstel van het contractuele evenwicht tussen werkgever en werknemer (Wet op de arbeidsovereenkomst, cao-recht, sociale zekerheid die de vrijheid gaf om niet tegen elke prijs te moeten werken).²²⁶ Na de Tweede Wereldoorlog ging sociale rechtvaardigheid

221 A.R. Houweling, *Eigenaardig Arbeidsrecht*, oratie 2012, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag 2012.

222 Asser-Heerma van Voss, nr.18 omschrijft: *'Er is een contractsbasis waarmee men zelf invloed kan uitoefenen op de relatie, maar er is ook een institutionele 'inbedding', waardoor men zich niet aan de eisen van de omgeving kan onttrekken.'*, Loonstra/Zondag, p.26-28.

223 Houweling doet een voorzet voor de verhouding tussen de beginselen ongelijkheidscompensatie en institutioneel arbeidsrecht, Houweling 2012, p.20-21. Hij erkent dat het nadere doordenking vraagt; zie bijv. Van Zanten-Baris die als voorbeeld van het ordenende principe de regeling van de opzegtermijnen noemt, dus een puur individuele kwestie, p.5-6. Ordening en het institutioneel beginsel lopen kennelijk niet één op één gelijk.

224 G.J.J. Heerma van Voss waarnaar wordt verwezen door M.H.Y.G. Erkens, *Rechtspleging in arbeidssaken*, (diss.), Kluwer: Deventer 2013, p.15.

225 W.J.P.M. Fase, 'Sociale rechtsvorming of scharrelrecht?', *SMA* 2001/5, p.249-255.

226 Dit evenwichtsherstel wordt volgens mij gelijk gezien aan de ongelijkheidscompensatie, zie ook omschrijving van Boot.

om zelfverwerkelijking van de mens, ook in de arbeid (WAO, Wet op de ondernemingsraden).²²⁷ Sociale rechtvaardigheid is dus te ontleden in een aantal waarden en beginselen, die in een bepaald tijdsgewricht op een breed draagvlak kunnen rekenen.²²⁸ Maar die waarden en beginselen veranderen van tijd tot tijd of krijgen een ander accent. Sociale rechtvaardigheid blijkt daarmee een paraplubegrip, meent Fase.²²⁹

4.6.3 *Blik vanuit sociale zekerheid*

Tot nu heb ik vooral gekeken naar de arbeidsrechtelijke benadering van sociale rechtsvorming. Bespreking van sociale rechtvaardigheid vraagt niettemin ook aandacht voor de principes van sociale zekerheid.²³⁰ Die waarden en beginselen zijn van belang omdat sociale zekerheid bij het streven naar sociale rechtvaardigheid net als arbeidsrecht een middel, een instrument is. Vanuit welke gedachten wordt dat instrument gemaakt?

In Europees verband worden vier gemeenschappelijke waarden en rechtsbeginselen aangedragen: solidariteit, individuele verantwoordelijkheid, bescherming en zekerheid.²³¹ Pieters stelt dat de ideologische grondslag van het Nederlandse sociaal-zekerheidsrecht bestaat uit een combinatie van persoonlijke verantwoordelijkheid en maatschappelijke solidariteit. Hij noemt ook principes: het verzekerings- en equivalentiebeginsel, schadepreventie, schadeherstel en schadevergoeding, gelijkheidsbeginsel en een werkbereidheidseis. *'Iedere burger, ieder lid van de samenleving, die een beroep wil doen op de solidariteit van de gemeenschap, moet zijn arbeidskracht inzetten. Hij kan dat door betaalde arbeid uit te voeren en zo in zijn onderhoud te voorzien...'*²³²

Vonk en Marseille wijzen op het advies van de Raad van State bij de Wulbz waarin werd gewezen op de balans die nodig is tussen solidariteit en individuele verantwoordelijkheid.²³³ Klosse wijst op de combinatie van de waarborgfunctie (bestaanszekerheid) en de activeringsfunctie. Sociale zekerheid is volgens haar een waarde

227 Fase 2001, p.251-252, zie in gelijke zin: Van Esveld 1953, p.307.

228 Fase 2001, p.253.

229 Van der Heijden signaleert een soortgelijke ontwikkeling, P.F. van der Heijden, 'Grondslagen van arbeids(overeenkomsten)recht' in: S. Klosse (red.), *Had Geers het geweten! Arbeid en gezondheid. Schipperen tussen verantwoordelijkheid en bescherming*, Kluwer: Deventer 2006, p.25-30.

230 Noordam benadert het andersom: 'Sociale zekerheid is -in de eerste plaats- een normatief verschijnsel. Sociale zekerheid belichaamt het oude beginsel van sociale rechtvaardigheid, dat eist dat alle burgers een menswaardig bestaan kunnen leiden, ook degenen die er op eigen kracht niet in slagen die norm te halen.' F.M. Noordam, 'Sociale zekerheid maal kwaliteit is somberheid', *SMA* 1999/1, p.21.

231 U. Becker, 'Introduction to the General Principles of Social Security Law in Europe' in: U. Becker (red.), *Security: A General Principle of Social Security Law in Europe*, Europa Law Publishing: Groningen 2010, p.9-12 en 15-17.

232 D.C.H.M. Pieters, 'Aan het werk...beschouwingen over het arbeidsethos in het sociale zekerheidsrecht van vandaag en morgen.' In: *Intreerede 19 september 1986* in: F.M. Noordam (red.), *Sociaal-rechtelijke Oraties 1977-1997*, Kluwer: Deventer 1998, p.113-159, met name p.142-143.

233 G.J. Vonk en B. Marseille, 'Country Report on the Netherlands' in: U. Becker (red.), *Security: A General Principle of Social Security Law in Europe*, Europa Law Publishing: Groningen 2010, p.371-383, m.n. p.373.

die dáárin tot uiting komt dat iedereen een menswaardig bestaan, sociale rechtvaardigheid en solidariteit toekomt. Het is een gemeenschapszaak die berust op solidariteit waarbij eigenbelang en rechtvaardigheid hand in hand gaan.²³⁴ Hermans benadert de Nederlandse sociale zekerheid vanuit een ILO en ESH-kader en noemt als principes inkomenszekerheid, solidariteit, goed bestuur, insluiting van kwetsbare groepen, gelijke behandeling en non-regressie.²³⁵

Daadwerkelijke ongelijkheidscompensatie is misschien wel begonnen in de sociale zekerheid. In de Ongevallenwet van 1901 komt namelijk voor het eerst de bevoegdheid van de overheid tot uitdrukking om rechtstreeks in te grijpen in de arbeidsverhouding, om zo de ongelijkheid tussen werkgever en werknemer (rond aanspraak op inkomen bij ziekte) te compenseren.²³⁶ In een pre-advies uit 1920 van de directeur van de Amsterdamse gemeentelijke arbeidsbeurs, over de tewerkstelling van 'mindergeschikten', stond dat bijzondere maatregelen zouden moeten worden getroffen om de positie van *'het leger van minder bewapende strijders in den dagelijkschen wed-kamp'* te versterken.²³⁷

De strijdbare sfeer die hieruit spreekt, klinkt ouderwets, maar Noordam betoogt dat ongelijkheidscompensatie ook nu in sociale zekerheid nodig is.²³⁸ De ongelijkheid is uiteraard een andere dan die tussen werkgever en werknemer. In beginsel voert een uitvoeringsorgaan de wet uit en als een belanghebbende voldoet aan de voorwaarden voor een recht op een prestatie, moet het uitvoeringsorgaan presteren. Een element van ongelijkheidscompensatie is het geheel aan eisen dat aan de besluitvorming van het bestuursorgaan wordt gesteld, zoals zorgvuldige besluitvorming, evenwichtige belangenafweging, het horen van de belanghebbende etc. Een ander element is volgens Noordam de praktijk dat het uitvoeringsorgaan wordt gezien als een 'ondoorzichtige bureaucratie, een uitkeringsfabriek met een portier en een slagboom'. Uitvoeringsorganen stellen niettemin besluiten vast met een collectief karakter, zoals dagloonregelen, sanctiebesluiten, herkenbaarheidseisen, controlevoorschriften etc. Er bestaat ongelijkheid als prestatiegerechtigden geen mogelijkheden hebben om deze besluitvorming van het uitvoeringsorgaan te beïnvloeden en die ongelijkheid moet worden gecompenseerd.

Zijn conclusie is dat die compensatie zwak ontwikkeld is, ondanks -toen nog- een rol van vakbonden in de besturen van diverse uitvoeringsorganen. Één van de verklaringen die hij aanvoert, is de beweging dat sociale zekerheid steeds meer gezien

234 S. Klosse, *Socialezekerheidsrecht*, Kluwer: Deventer 2012, p.10 en 12.

235 Hermans, p.414-420. Non-regressie is het streven naar het geleidelijk optrekken van het stelsel van sociale zekerheid naar een hoger niveau. Hermans noemt ook adequate financiële vergoeding bij scholingsverlof nog als principe, maar dat acht ik vooral van belang in het kader van haar onderzoek.

236 Liedorp, p.51.

237 F.M. Noordam, *Recht en reïntegratie*, oratie 1987, Kluwer: Deventer 1987, p.10, (Noordam 1987).

238 Noordam, Rood-bundel, p.110-120.

wordt als een product, waarbij de prestatiegerechtigde steeds meer in een consumentenrol komt. Inspraak ligt dan minder voor de hand. Deze constatering deed Noordam in 1997 en die ontwikkeling is daarna volgens mij onverminderd doorgegaan.

Riphagen onderzocht de rol van ongelijkheidscompensatie op andere onderdelen in sociale zekerheid. Hij ziet die wel her en der in materiële wetgeving, bijvoorbeeld in het ontbreken of slechts beperkt aanwezig zijn van risicoselectie bij de toetreding tot sociale verzekering of het (toen nog) kunnen verstrekken van een voorschot op een uitkering in afwachting van de uitkomst van een civielrechtelijke procedure. Daarbuiten lijkt het geen leidraad voor de rechter, hooguit hier en daar in processueel opzicht, met name in de niet-lijdelijke rol van de bestuursrechter.²³⁹

4.6.4 De ethische en typische rechtsbeginselen van Van Kessel

Ook Van Kessel staat in zijn intreerede als hoogleraar sociale zekerheid in 1985 stil bij het stelsel van sociale rechtsvorming.²⁴⁰ Sociale zekerheid bestaat in het voorkomen, herstellen en vergoeden van menselijke schade. Het 'sociale' zit hem in de noodzaak zich tot anderen te wenden voor dat voorkomen, herstellen en vergoeden; in eerste instantie was dat de familie, maar tegenwoordig de overheid. Van Kessel begint met de schets van twee leren rond de doelen van sociale zekerheid. De zogeheten residuele leer is 'Bismarckiaans'. Socialezekerheid biedt een vangnet voor het geval de eigen mogelijkheden te kort schieten. Onderliggende waarden die worden benadrukt zijn persoonlijke inzet, zelfredzaamheid en het leggen van verantwoordelijkheid bij het individu, met een passieve rol van de overheid. Bij de institutionele leer geldt de sociale zekerheid niet als vangnet maar als een volwaardige 'eerstelijnsinstelling' waarlangs enkelingen en huishoudens aan hun sociale noden tegemoet kunnen komen. De overheid maakt het via actief beleid mogelijk een zinvol en menswaardig bestaan te leiden. 'Beveridgiaanse' waarden als zekerheid, sociale gelijkheid en solidariteit bepalen de invulling.²⁴¹

Die beweging tussen residuele en institutionele leer loopt historisch van contractuele sociale zekerheid naar toenemende wettelijke sociale zekerheid en weer terug naar een meer contractuele vormgeving.²⁴² Van Kessel haalt instemmend Van Doorn en Schuyt aan die constateren dat het bij de opbouw van de verzorgingsstaat heeft ontbroken aan een goed denksysteem. Het stelsel is verworpen tot een reusachtige herverdelingsmachine met een technocratisch karakter waardoor de snel naderende onbetaalbaarheid en de bestuurlijke onbeheersbaarheid van het stelsel niet werd

239 J. Riphagen, 'Ongelijkheidscompensatie in het sociaal-zekerheidsrecht', Rood-bundel, p.121-136 en 'Knelpunten rechtspositie werknemer gedurende eerste ziektejaar', Koning-bundel, p.158-160.

240 J.G.F.M. van Kessel, 'Sociale zekerheid en recht', Intreerede 24 juni 1985, in: F.M. Noordam (red.), *Sociaalrechtelijke Oraties 1977-1997*, Kluwer: Deventer 1998, p.77-99.

241 Van Kessel, p.80-81. Van Kessel's indeling past bij de twee algemeen gekende doelen van sociale zekerheid: activering en inkomensbescherming. Bij de residuele leer hoort meer de activeringsgedachte van sociale zekerheid; bij de institutionele theorie past meer het inkomensbeschermingsdoel van sociale zekerheid.

242 Op dat moment voornemens.

voorzien. Dus moet de overheid de manier van sociale rechtsvorming wel heroverwegen; een keuze voor hetzij een residueel systeem, hetzij een institutioneel systeem.²⁴³

De rechtsbeginselen

Volgens Van Kessel zou bij zowel de residuele als bij de institutionele leer rekening moeten worden gehouden met een aantal rechtsbeginselen. Het gaat om ethische rechtsbeginselen en constitutieve rechtsbeginselen. De ethische beginselen zijn de basis voor de constitutieve; de constitutieve zijn nodig om de ethische te laten functioneren.²⁴⁴

Van Kessel onderscheidt twee typen *ethische rechtsbeginselen* namelijk modale en typische rechtsbeginselen, die onverbrekkelijk met elkaar samenhangen. Modale rechtsbeginselen geven richting in elk rechtsgebied en zijn dus niet specifiek beperkt tot bijvoorbeeld arbeidsrecht of sociale zekerheid. Als belangrijkste benoemt hij de menselijke waardigheid waarmee het recht op individuele ontplooiing en een menswaardig bestaan in verband kan worden gebracht. Verdere voorbeelden zijn onder meer noties als billijkheid, goede trouw, goede zeden en het verbod op misbruik van rechtsmacht. Apart van menselijke waardigheid noemt hij gelijkwaardigheid of sociale gelijkheid als modaal ethisch rechtsbeginsel. Materieel zou sociale gelijkheid inhouden dat iedereen een gelijk deel krijgt toebedeeld van alle ter beschikking staande middelen. Uiteraard is dat niet in absolute zin te verdedigen want het mist dat mensen niet gelijk zijn qua kennis, kunnen, beleving van het nut van het inkomen, hun behoeften en qua inspanning en offers die zij zich getroosten. Wel zijn zij *gelijkwaardig*. Typische rechtsbeginselen zijn in tegenstelling tot modale wél specifiek en geven richting binnen één rechtsgebied. Een *typisch rechtsbeginsel* dat speelt binnen het sociaalzekerheidsrecht is het algemeen staatsbelang. Bij de behartiging van een publiek rechtsbelang zoals het zorgen voor sociale zekerheid moet het algemeen welzijn van alle bevolkingsgroepen binnen het kader van de staatsgemeenschap op een zo rechtvaardig mogelijke wijze worden gediend.

Naast de ethische rechtsbeginselen noemt Van Kessel ook *constitutieve beginselen*. Daarbij gaat het om principes zoals het gelijkheidsbeginsel, partijautonomie en contractsvrijheid, juridische economie, doelmatigheid, rechtszekerheid en evenredigheid.²⁴⁵ Via de constitutieve beginselen worden de ethische beginselen doorgegeven. In mijn interpretatie leidt dat er toe dat bijvoorbeeld met contractsvrijheid de menselijke waardigheid wordt gediend omdat de ander als te respecteren partij wordt gezien. Een andere voorbeeld is dat evenredigheid bijdraagt aan de sociale gelijkheid als een sociale zekerheidsprestatie wordt gekoppeld aan de verschillende behoeften van verschillende mensen.²⁴⁶

243 Van Kessel, p.88.

244 Zie § 5.2 over de begrippen waarde en rechtsbeginsel.

245 Van Kessel, p.85-87.

246 Bijvoorbeeld door uitkeringen toe te kennen naar de mate van arbeidsongeschiktheid.

Van Kessel kiest een andere onderverdeling dan die ik eerder maakte. In mijn onderscheid kunnen zijn modale en typische ethische beginselen grofweg worden gezien als 'waarden' van het socialezekerheidsrecht. De constitutieve beginselen zijn dan grotendeels algemene rechtsbeginselen.²⁴⁷ Volgens Van Kessel is er bij sociale rechtsvorming geen aanleiding om wat betreft de 'waarden' terug te komen op de ingeslagen weg.²⁴⁸ Hij meent dat de oorzaak van grensoverschrijding en onmacht van de overheid moet worden gezocht in miskennis van de 'rechtsbeginselen' van juridische economie, juridische doelmatigheid en juridische evenredigheid. Maatregelen op sociale zekerheidsgebied zouden dus niet moeten zijn gericht op vermindering van datgene wat de 'waarden' beschermen, maar op het beter in acht nemen van de rechtsbeginselen.

4.6.5 Vonk

Van recentere datum is de oratie van de Groningse hoogleraar Vonk. Hij start met het grondrecht op sociale zekerheid dat volgens hem een poging is om bepaalde gegroeide inzichten te borgen.²⁴⁹ Die inzichten starten ermee dat de mens vrij en gelijk is. Vrijheid en gelijkheid impliceren dat eenieder op eenzelfde wijze zijn talenten moet kunnen benutten. Dat veronderstelt dat materiële belemmeringen voor ontplooiing worden weggenomen en dat de mens voor sociale en fysieke tekorten moet worden gecompenseerd. De overheid heeft niet alleen het vermogen maar ook de plicht erop toe te zien dat burgers worden beschermd tegen sociale risico's en dat de welvaart wordt gespreid.²⁵⁰

Terecht laat hij op die inzichten de opmerking volgen, dat die nog weinig concreet zijn. Vonk poogt daarom een aantal wat hij noemt 'kernprincipes' te formuleren. Hij onderscheidt er zeven:²⁵¹

1. Bescherming. Sociale zekerheid moet minimaal bestaanszekerheid bieden. Dat veronderstelt een stelsel dat bescherming biedt tegen de risico's van arbeid zoals werkloosheid en arbeidsongeschiktheid en risico's van het leven, zoals ouderdom. De bescherming moet een niveau bieden dat recht doet aan de menselijke waardigheid.
2. Gelijke rechtsbedeling. Het socialezekerheidssysteem moet toegankelijk zijn voor allen, '*as a member of society*' ongeacht maatschappelijke positie.
3. Insluiting. Het stelsel moet gericht zijn op participatie van de burger in de samenleving onder andere via een betaalde baan. Daaronder moet ook de investeringsgedachte worden geschaard. Volgens die gedachte moet sociale zekerheid

247 In de zin zoals Vranken die term gebruikt.

248 Voor een afslanking van het wettelijk stelsel bestaat naar zijn mening bijvoorbeeld niet zonder meer een rechtvaardiging. Als afslanking van het wettelijk systeem leidt tot minder sociale gelijkheid en solidariteit betekent dat namelijk een vermindering van de menselijke waardigheid en gelijkwaardigheid.

249 Art. 20 Gw. G.J. Vonk, *Recht op sociale zekerheid. Van identiteitscrisis naar hernieuwd zelfvertrouwen*, oratie 2008, Sdu: Den Haag 2008.

250 Vonk, p.9.

251 Vonk, p.10-12, uitgewerkt in G.J. Vonk en G. Katrougalos, 'The public interest and the welfare state: a legal approach' in: G.J. Vonk en A. Tollenaar, *Social Security as a Public Interest. A Multidisciplinary Inquiry into the Foundations of the Regulatory Welfare State*, Intersentia: Antwerpen 2010, p.79-91.

gericht zijn op het ondersteunen van de mogelijkheden en capaciteiten van mensen om duurzaam te participeren in de samenleving. De tegenpool hoort daar net zo goed bij: het recht op insluiting omvat ook een plicht beschikbaar te zijn en werk te aanvaarden. Bij insluiting bestaat wederkerigheid vanwege het belang van de gemeenschap.

4. Betrouwbaarheid. Het socialezekerheidsstelsel moet bestendig en betrouwbaar zijn, dus met een balans tussen een solide financiële basis en respect voor opgebouwde uitkeringsrechten.
5. Solidariteit. Vonk verstaat daaronder de bijdrage van de sterkere aan de zwakkere ten behoeve van diens bescherming, waarbij hij constateert dat er een continue concurrentie bestaat met de eigen verantwoordelijkheid. Gedwongen solidariteit is daarbij mogelijk.²⁵²
6. Gelijkheid en non-discriminatie. Het gelijkheidsprincipe heeft twee doelen. Het vraagt om gelijke behandeling van gelijke gevallen, dus geen discriminatie, maar soms mét de escape van objectieve rechtvaardiging. Het vergt ook compensatie van ongelijkheden en extra aandacht voor kwetsbare groepen.
7. Goed bestuur en een *rule of law*. Het stelsel waarop socialezekerheidsaanspraken zijn gebaseerd moet efficiënt, transparant en onbevooroordeeld worden aangestuurd en uitgevoerd, met invloed van de betrokkenen, onder eindverantwoordelijkheid van de overheid. Recht op sociale zekerheid vraagt verder verankering in het recht, met afdwingbare subjectieve rechten, toegang tot de rechter en onderworpenheid aan de grondrechten. Op die manier wordt het recht op sociale zekerheid onderscheiden van liefdadigheid.

Elk van deze zeven kernprincipes heeft een normatief karakter maar zij zijn niet van een gelijke orde: de eerste drie (bescherming, insluiting en zekerheid) zijn volgens hem doelstellingen, het vierde en vijfde (solidariteit en gelijke rechtsbedeling) zijn intrinsieke kenmerken en de laatste twee (*rule of law* en goed bestuur) zijn noodzakelijke randvoorwaarden.

4.6.6 De onderverdeling van Van der Heijden/Noordam

Het Preadvies uit 2001 van hoogleraren Van der Heijden en Noordam aan de Nederlandse Juristen Vereniging is van groot belang geweest voor het denken over sociaalrechtelijke waarden.²⁵³ Hun bijdrage is de recentste aandacht die is geschonken aan de specifieke sociaalrechtelijke grondslagen met bespreking van zowel arbeidsrechtelijke als sociaalzekerheidsrechtelijke beginselen. Het belang van hun Preadvies is tweeledig. Van der Heijden/Noordam toetsen waardoor de wetgever zich in de periode 1980-2000 heeft laten leiden, tegen de achtergrond van een veelvoud aan maatschappelijke ontwikkelingen. Is er bij de rechtsvorming een coherente en principiële visie of ontbreekt die?

252 Zelfs als dat in strijd zou zijn met mededingingsrecht en vrijhandelsgedachten, Vonk/Katrougalos, p.87-88.

253 Van der Heijden/Noordam, p.4.

Vervolgens werken zij sociale rechtvaardigheid uit aan de hand van een driedeling in rechtsbeginselen, variabelen en methoden en technieken.²⁵⁴ Voor het arbeidsrecht is hun oordeel hard: de wetgeving in deze periode wordt omschreven als 'postmoderne grabbelton'. Het arbeidsrecht wordt niet meer gedragen door enkele met elkaar samenhangende onderliggende waarden, maar door een veelheid daarvan die soms zelfs tegenstrijdig zijn. De wetgever ziet arbeidsrecht niet langer als een waarde op zichzelf maar meer als een instrument van (met name) werkgelegenheidsbeleid.²⁵⁵ Dat wordt fraai omschreven met de term 'gereedschapsrecht': *'Werkt het niet dan wordt de wetgever-monteur ontboden om iets nieuws te verzinnen.'*²⁵⁶ Het rapport voor de sociale zekerheid is nauwelijks beter. Ook bij het socialezekerheidsrecht is de conclusie dat het in hoge mate beleidsafhankelijk recht is, instrumenteel recht waarin de politieke rationaliteit domineert: *'...als een windvaan, nu eens dit en dan weer dat.'* Weinig beginselvast of misschien wel beginselloos.²⁵⁷ Één fundamentele verschuiving in het socialezekerheidsrecht kan worden geconstateerd. De eerdere nadruk op de functie van sociale zekerheid als waarborg voor bestaanszekerheid is verschoven naar de activeringsfunctie, waardoor de verantwoordelijkheid van de collectiviteit subsidiair is geworden. Mensen moeten aan de slag om zelf in hun inkomen te kunnen voorzien en alleen als dat niet lukt, springt de sociale zekerheid bij. De zorg voor bestaanszekerheid van de burger is dus niet meer het monopolie van de publieke collectiviteit maar een zorg die wordt gedeeld met de werknemer en met anderen zoals de werkgever. Overigens is die verschuiving vooral ingegeven door bezuinigingsdoelstellingen.²⁵⁸

Het eindoordeel is dat bij de omvangrijke sociaalrechtelijke wetgevingsprojecten in de periode 1980-2000 vooral sprake was van verschuiving van verantwoordelijkheid van het publieke naar het private domein. Daarnaast is het dominante belang dat aan arbeidsparticipatie wordt gehecht opvallend. Van der Heijden/Noordam verklaren

254 Aan de hand daarvan toetsen zij een aantal sociaalrechtelijke onderwerpen. Overigens staan zij daarbij niet uitgebreid stil bij de gebruikte begrippen. Hun Preadvies heeft het in de titel over de 'waarde(n)' en over de beginselen van sociale rechtsvorming, maar in het Preadvies zelf wordt het begrip basiswaarde gebruikt: algemeen erkende uitgangspunten die over een lange periode een belangrijke rol spelen bij de totstandbrenging van sociale rechtsvorming en zich hebben bewezen. Die basiswaarden zijn enigszins abstract en behoeven invulling, p.74. Voor meer over de variabelen, methoden en technieken zie § 4.7.5.

255 Van der Heijden/Noordam, p.47.

256 Van der Heijden/Noordam, p.V. In een ingezonden brief in het FD in verband met de financiële crisis, waarschuwt Nussbaum tegen zulk gereedschapsrecht: *'... So the new approach asks the right, the fundamental question: what choices do people's lives really offer them, and how can these opportunities be improved, in areas of central importance to a life worthy of human dignity? If we don't step back and ask this deep question, we're at risk of adopting a quick fix that will bring people no nearer to the rich and meaningful lives they deserve.'*, M. Nussbaum, Financieele Dagblad 10 maart 2009.

257 Van der Heijden/Noordam, p.48. Toenmalig staatsraad Eekhof-De Vries oordeelde even hard: *'Nieuwe haastig voorbereide wetsvoorstellen buitelden over elkaar heen en moesten liefst morgen al in werking treden...een hink-stap-sprong-spel...een tombola...Heel mooie ideeën veel mooie woorden. Maar er is een afstand tussen beleid en praktijk...'*, W.M.G. Eekhof-de Vries, 'Terug bestaat niet – maar hoe vooruit?', Rede bij de 127^e vergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging, 8 juni 2001, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, jrg.131, deel 2001-II, Kluwer: Deventer 2001 (*Handelingen NJV 2001-II*), p.9-10. Noordam gaf eerder een genuanceerder beeld in zijn artikel 'Sociale zekerheid maal kwaliteit is somberheid', *SMA* 1999/1, p.18-28.

258 Van der Heijden/Noordam, p.52 en 65.

dat uit hetzij de (liberale) ideologie van de economische groei (zoveel mogelijk benutten van de productiecapaciteit om de welvaart te laten groeien), hetzij de emancipatiegedachte dat ieder individu in staat moet worden gesteld (eventueel door het wegnemen van belemmeringen) zoveel mogelijk in het eigen levensonderhoud te voorzien.

Omdat de wetgever de laatste decennia een veelheid aan waarden als uitgangspunt heeft gehanteerd, die mee lijken te deinen op de golven van politiek opportunisme, is er weinig systeem te ontdekken.²⁵⁹ Voor sociale rechtsvorming dient echter een aantal beginselen en waarden steeds een rol te spelen. Van der Heijden/Noordam zien uitdrukkelijk sociale rechtvaardigheid als 'Grundnorm', als grondwaarde van het sociaal recht.²⁶⁰ Het gaat daarbij om verdelende rechtvaardigheid: het sociaal recht moet streven naar rechtvaardige verhoudingen op het terrein van arbeid en inkomen. Bij de verdeling van die schaarse goederen zou een puur economische benadering mensen te kort doen.²⁶¹

Zij werken dat uit aan de hand van een driedeling. Vanuit het containerbegrip sociale rechtvaardigheid formuleren zij allereerst een aantal daaronder vallende basiswaarden.²⁶² Het tweede segment bestaat uit sociaalrechtelijke variabelen waarmee de overheid het toepassingsgebied van sociaal recht kan beïnvloeden. Het gaat daarbij om bijvoorbeeld de kring van beschermden, het beschermingsniveau, (de mate van) wederkerigheid en dergelijke. Dit is een uitwerking van de basiswaarden. Het derde element betreft de sociaalrechtelijke methoden en technieken, zoals de keus voor publiek- of privaatrecht, de mate van dwingendheid, het aanpassingskarakter van het recht etc. Dit zijn instrumenten om sociale rechtvaardigheid vorm te geven. Ik besteed eerst aandacht aan de basiswaarden die zij hebben geformuleerd en vervolgens de kritiek die daarop is gekomen.

4.6.7 De basiswaarden van Van der Heijden/Noordam

Bij basiswaarden gaat het volgens hen om algemeen erkende uitgangspunten die over een lange periode een belangrijke rol spelen bij de totstandbrenging van sociale rechtsvorming. Deze basiswaarden hebben zich in de loop van de tijd 'bewezen'.²⁶³ Van der Heijden/Noordam onderscheiden de volgende zes basiswaarden (waarbij zij erkennen dat deze keuze 'iets subjectiefs' heeft):

259 Geen nieuw geluid. F.J.H.M. van der Ven schreef in 1946 al: *'De lichtvaardigheid, waarmee men, afziende van het bepalen der leidende gedachten, zich zet aan de formulering van concrete ordeningsvoorstellen, brengt een gebrek aan stelselmatigheid aan den dag, dat zich wreken moet in de geringe overtuigingskracht der resultaten.'* F.J.H.M. van der Ven, 'Over stelselmatigheid in het streven naar sociaal-economische ordening', oratie 1946 in: *Van sociale politiek naar sociaal recht. Een bundel arbeidsrechtelijke oraties sinds 1885*, N. Samsom BV: Alphen aan den Rijn 1966, p.206.

260 P.F. van der Heijden, *Handelingen NJV 2001-II*, p.35.

261 Van der Heijden/Noordam, p.4 en p.74.

262 Ik meen dat zij het soms zouden moeten hebben over beginselen, ter uitwerking van de basiswaarde sociale rechtvaardigheid. Niettemin houd ik hun terminologie aan.

263 Van der Heijden/Noordam, p.74-75.

1. Verantwoordelijkheid: dat de verantwoordelijkheid voor bestaanszekerheid wordt gedeeld door overheid, burger en anderen (zoals de werkgever) wordt als uitgangspunt niet betwist. Bij sociale rechtsvorming gaat het om wie in welke mate verantwoordelijk is. De rol van de overheid is vastgelegd in de Grondwet, het ESH en in vele ILO-conventies.²⁶⁴
2. Bestaanszekerheid: bij deze basiswaarde gaat het om recht op sociaal-economische bestaanszekerheid. Zekerheid kent daarbij een paar aspecten. Allereerst in de zin van voorspelbaarheid en continuïteit, van rechtszekerheid.²⁶⁵ Daarnaast het aspect van inkomenszekerheid: de zekerheid over voldoende inkomen te beschikken om in de noodzakelijke kosten van het bestaan te kunnen voorzien. Deze inkomenswaarborgfunctie van sociale zekerheid heb ik hiervoor al genoemd. Het element werkzekerheid (waar de activeringsfunctie zich vooral op richt) betreft het recht op aanspraken om toegang tot het betaalde arbeidsproces te faciliteren en zodoende eigen inkomen te verwerven. De laatste decennia is de nadruk verschoven van inkomens- naar werkzekerheid.²⁶⁶
3. Bescherming: onder deze noemer verstaan Van der Heijden/Noordam ongelijkheidscompensatie. Bescherming van de economische zwakkere werknemer tegen de economisch sterkere werkgever door de eerste meer (arbeidsrechtelijke) rechten toe te kennen en hem zo juridisch op een gelijk niveau als de laatste te brengen. Van oorsprong zat zo'n gedachte ook in het socialezekerheidsstelsel: loongrenzen beperkten de aanspraak op sociale verzekeringen tot de 'echt' zwakkeren. Boven de loongrens werd men geacht voor zichzelf te zorgen of zich particulier te verzekeren.²⁶⁷
4. Solidariteit: als basiswaarde voor sociale rechtsvorming speelt solidariteit van oudsher een belangrijke rol in het arbeidsrecht én het socialezekerheidsrecht. Wij maken deel uit van een samenleving en hebben verantwoordelijkheid te nemen voor elkaar. Arbeidsrechtelijk is daarbij te denken aan het belang van anciënniteit bij collectief ontslag (solidariteit tussen generaties) en de rol van vakorganisaties bij cao's (solidariteit tussen gebonden en ongebonden). In de sociale zekerheid uit zich dat bijvoorbeeld in bekostiging uit algemene middelen, premieverschuldigheid zonder dat risico wordt gelopen of vaste uitkeringen bij inkomensafhankelijke premies. In de preambule en in het Handvest van de Grondrechten van de EU zelf wordt solidariteit als basiswaarde expliciet benoemd.²⁶⁸

264 Art. 19 en 20 Grondwet en (bijv.) art. 1, 4 en 12 ESH.

265 Geen onveranderlijke aanspraken, maar bij veranderingen wel met oog voor gewekte verwachtingen, Van der Heijden/Noordam, p.81-83.

266 Van der Heijden/Noordam, p.83-85.

267 Van der Heijden/Noordam, p.85-87. Na een beweging naar het toekennen van sociale zekerheid aan iedereen signaleren Van der Heijden/Noordam weer een terugkeer naar het selectief karakter van sociale zekerheid, soortgelijk aan de signalering van Van Kessel, § 4.6.4.

268 Handvest Grondrechten EU hoofdstuk IV, zie met name ook art. 31 lid 1, het recht op gezonde, veilige en waardige arbeidsomstandigheden en art. 34 lid 1, het recht op toegang tot socialezekerheidsvoorzieningen die bescherming bieden in situaties van ziekte of arbeidsongevallen. Klosse 1998 betwijfelt of solidariteit nog legitimiteit heeft, vanwege de vérgaande individualisering en de ruimte die collectieve sociale regelingen bieden voor misbruik, p.14-15.

5. Non-discriminatie: Bij sociale rechtsvorming heeft non-discriminatie altijd een rol gespeeld waarbij de aandacht voor gelijke behandelingsaspecten vooral sinds de jaren zestig sterk is gegroeid. Emancipatie, ontzuiling en de totstandkoming van internationale normen (EEG, IVBPR, IVESCR) hebben daaraan bijgedragen. Artikel 1 Grondwet en de AWGB verbieden inmiddels onderscheid op veel verschillende terreinen.
6. Participatie: Van der Heijden/Noordam erkennen dat participatie, in de betekenis van 'deelnemen', verschillende sociaalrechtelijke toepassingen kent. Als basiswaarde doelen zij echter op deelneming in het proces van beleidsvorming en beslissing: medezeggenschap. Dat recht is gewaarborgd in de Grondwet (artikel 19) en het Handvest voor de Grondrechten EU (artikel 27). De OR is een duidelijk voorbeeld maar ook de SER. Medezeggenschap in sociale zekerheid is terug te vinden geweest in de vroegere bedrijfsverenigingen (later: uitvoeringsinstellingen) en de Sociale Verzekeringsraad.

Het Pre-advies is besproken in de algemene vergadering van de Nederlandse Juristen-Vereniging op 8 juni 2001. Van verschillende kanten zijn de preadviseurs daar geroemd, maar er is ook kritiek geuit, bijvoorbeeld op de keuze van deze basiswaarden, op het ontbreken van een hiërarchie en op het onvoldoende meewegen van onze Europese context.²⁶⁹ Niettemin bleef het Pre-advies overeind.²⁷⁰

4.6.8 *Kritiek Brenninkmeijer en Heerma van Voss*

Brenninkmeijer en Heerma van Voss constateren in hun bespreking van het Pre-advies van Van der Heijden en Noordam dat het moeilijk is de waarden van het sociaal recht te grijpen en te definiëren.²⁷¹ Zij erkennen dat het sociaalrechtelijk rechtsgebied door de Nederlandse wetgever niet goed wordt beheerd. Er is volgens hen eerder sprake van structureel wanbeheer. Ook zij zien dat de rol van beginselen is beperkt tot waar dat moest (internationaalrechtelijk) of, opportunistisch, waar dat in het politiek debat goed uit kwam.

Bij de zes basiswaarden plaatsen zij een aantal opmerkingen. Deze basiswaarden lijken qua aard namelijk op de 'vrijheid, gelijkheid, broederschap' van de Franse Revolutie. Juist de nadruk op vrijheid en het gebrek aan gelijkheid en broederschap (lees: solidariteit) heeft aanleiding gegeven tot de opkomst van het sociaal recht. Zij vragen zich af of bescherming en bestaanszekerheid niet eigenlijk verschijningsvormen zijn van solidariteit.

²⁶⁹ Zie bijv. Loonstra, De Laat, Klosse, *Handelingen NJV 2001-II*.

²⁷⁰ Bijv. blijkt uit de met overgrote meerderheid bevestigend beantwoorde vraag dat in de Aanwijzingen voor de regelgeving moet komen staan dat de wetgever zich bij het ontwerpen van nieuwe regelgeving rekenschap dient te geven van de met de nieuwe regelgeving verband houdende waarden en daarover uitdrukkelijk verantwoording dient af te leggen in de toelichting op die nieuwe regelgeving, *Handelingen NJV 2001-II*, p.81.

²⁷¹ A.F.M. Brenninkmeijer en G.J.J. Heerma van Voss, 'Beginselen van sociale rechtsvorming. Bespreking preadvies NJV 2001', *Nederlands Juristenblad 2001*, afl. 21, p.975-982.

Daarnaast valt het hen op dat de door anderen zo sterk benadrukte ongelijkheidscompensatie niet als afzonderlijke waarde wordt benoemd, maar deel uit maakt van bescherming. Naar hun mening gaat het hierbij echter om de wellicht meest principiële bestaansgrond van het sociaal recht als apart rechtsgebied. Heerma van Voss en Brenninkmeijer zien participatie niet als een typische basiswaarde van sociaal recht. Ook in andere rechtsgebieden komt inspraak en medezeggenschap voor, zoals bij burgers in de politiek, ouders op scholen, bejaarden in tehuizen. Bovendien is de participatie van sociale partners in de uitvoering van sociale zekerheid dusdanig klein geworden dat dit niet langer kan gelden als basiswaarde. De basiswaarde non-discriminatie lijkt evenmin specifiek sociaalrechtelijk. Het betreft een algemeen geldend grondrecht dat bovendien pas in de laatste jaren echt is doorgedrongen tot het sociaal recht. Ten slotte is volgens hen de basiswaarde 'verantwoordelijkheid' moeilijk grijpbaar.

Hun conclusie is dat de waarden van het sociaal recht die Van der Heijden en Noordam hebben geformuleerd een grote elasticiteit vertonen en in wezen alle richtingen op kunnen buigen, naar gelang men wil.²⁷² Heerma van Voss en Brenninkmeijer missen dat inzichtelijk is dat bij bepaald ingrijpen in het stelsel de sociaalrechtelijke waarden worden aangetast. Waarden moeten gezag hebben, een juridische drempel vormen tegen afschaffing en als basis kunnen dienen voor de beoordeling van modernisering. Zij zien eerder een aanknopingspunt in rechtsvergelijking en oriëntatie op internationaal recht. Als waarden ook over de grenzen blijken te worden erkend dan kan dit immers een aanwijzing zijn voor hun blijvende karakter. Een vruchtbare aanpak zou volgens hen zijn om te kiezen voor een benadering vanuit juridische beginselen die ten grondslag liggen aan het sociaal recht. Daarbij wordt gedacht aan algemene rechtsbeginselen zoals het rechtszekerheidsbeginsel, gelijkheid, proportionaliteit, maar ook aan grondrechten (klassieke én sociale). Die beginselen zijn terug te vinden in internationale documenten van de EU, de VN, de Raad van Europa en de ILO. In het bijzonder noemen zij nog de Europese sociale agenda van de Europese Raad van Nice in december 2000.

4.6.9 De herwaardering door Jaspers

Het Pre-advies was voor Jaspers aanleiding stil te staan bij de herwaardering van de waarden van het sociaal recht.²⁷³ Van de zes waarden die van der Heijden/Noordam noemen, vindt Jaspers er maar vier echt *waarden*: bestaanszekerheid, bescherming, solidariteit en non-discriminatie. De andere twee zijn volgens hem uitgangspunten, doelstellingen, beleidsopties. Verantwoordelijkheid en toedeling daarvan, is volgens hem eerder een sociaalrechtelijke variabele dan een waarde: het bestaat altijd, maar in verschillende vormen (dan weer overheid, dan weer werkgever dan weer collectiviteit), afhankelijk van het tijdsgewricht. Door een bepaalde verdeling te kiezen, vormt verantwoordelijkheid het sociaal recht. Daarnaast is participatie aan de arbeid

272 Brenninkmeijer/Heerma van Voss, p.979-980.

273 A.Ph.C.M. Jaspers, 'De herwaardering der waarden van het sociaal recht?', *Sociaal Recht* 2001/5, p.147-151.

een belangrijke doelstelling, maar vooral ook een middel om andere doelen te bereiken: bestaanszekerheid, onafhankelijkheid, (zelf)ontplooiing en (mede)zeggenschap. Dat brengt Jaspers er toe de vraag te stellen of (zelf)ontplooiing geen basiswaarde van sociale rechtsvorming is, zonder dit overigens uit te werken. Daarnaast vindt hij dat zou moeten worden onderzocht of het respectvol bejegenen van het individu als object van rechtsvorming, dus de menselijke waardigheid, in arbeids- en socialezekerheidsrelaties een universele waarde is. Hij meent van wel:

'Dat betekent niet dat het voor niets wijkt, maar het betekent wel dat het naast andere beginselen en in allerlei processen als fundamenteel wordt erkend en dus op zijn minst in gelijke concurrentie treedt met die andere beginselen en waarden en daarom voorstaat op belangen'.

Volgens mij heeft Jaspers bij dit laatste maar ten dele gelijk. De menselijke waardigheid is inderdaad dé basiswaarde bij sociale rechtsvorming.²⁷⁴ Maar die basiswaarde is onaantastbaar. Het staat dus niet op gelijke voet met beginselen, maar is daar de bron en de grens van.

Naast de bespreking van de inhoudelijke beginselen pleitte Jaspers vurig voor een waardentoets, waarvoor Van der Heijden en Noordam eveneens een lans braken. De wetgever zou zich moeten laten leiden door waarden en beginselen, die zij moet expliciteren, zodat te beoordelen wordt of en zo ja hoe, het gelukt is die waarden en beginselen te vertalen in positief recht. De wetgever kan zich tegelijk rekenschap geven van het hoe en waarom van de sociaalrechtelijke variabelen en van methoden en technieken die worden gebruikt. Dat is des te belangrijker als maatschappelijke veranderingen zich in hoog tempo aandienen en er behoefte is aan een consistente visie. De nadelen van zo'n aanpak, te weten politieke moeilijkheden, open debatten met een kans op fundamentele verschillen van mening en zelfs uitstel of afstel van voorgenomen wetgeving moet voor lief worden genomen. Helderheid, consistentie, doel en richting geven en handhaafbaarheid zijn volgens hem belangrijker.²⁷⁵

4.6.10 Tilburg spreekt

Ook Fase bespreekt het Preadvies van Van der Heijden/Noordam, waarbij zijn kritiek zich vooral richt op de beperking in de tijd (1980-2000) aan de hand waarvan zij hun basiswaarden opstelden.²⁷⁶ De wezenskenmerken van het sociaal recht die volgens hem volgen uit de beschouwing over een langere periode zijn: menselijke waardigheid, gelijke kansen op werk en inkomen, het tegengaan van sociale uitsluiting en een rechtvaardig aandeel in de welvaart voor werkenden en gedwongen inactieven. Een tweede aspect is dat de keuze voor dit tijdvak betekent dat er geen aandacht wordt

274 Ik duidde dat eerder voor sociale rechtsvorming aan als sociale rechtvaardigheid.

275 Noordam pleit in de zelfde lijn voor het in ere herstellen van de rechtsgrond, die in oudere sociale zekerheidswetten werd benoemd, F.M. Noordam, *Rechtsgrond en sociale zekerheid*, afscheidsrede 2006, Kluwer: Deventer 2007, p.22-23.

276 W.J.P.M. Fase, 'Sociale rechtsvorming of scharrelrecht?', *SMA* 2001/5, p.249-255. Ook De Laat deelt die kritiek: sociaal recht is de resultante van meer dan een eeuw aan ontwikkelingen, zie Zekic, p.67.

gegeven aan een andere sociaalzekerheidsrechtelijke basiswaarde die in de Grondwet is opgenomen, te weten de spreiding van de welvaart.²⁷⁷ Tot die tijd was inkomensbeleid (een rechtvaardige inkomensverdeling, nivellering, het delen van de welvaart met uitkeringsgerechtigden) een politieke beleidsdoelstelling, maar daarna niet meer. Andere kanttekening van Fase is dat rechtsvorming niet alleen plaatsvindt via wetgeving, waar Van der Heijden en Noordam juist de nadruk op leggen. Cao's spelen bijvoorbeeld een belangrijke rol. De ontwikkelingen die daarin te zien waren, brengen wellicht andere basiswaarden naar boven, zoals gelijk loon voor gelijke arbeid (via functiewaardering en salarisschalen) of een eerlijke verdeling van werkgelegenheid (via ATV en VUT/prepensioen).²⁷⁸

Naast Fase betreft ook Zekic vanuit Tilburg het Pre-advies in haar verkenningen. Zij begint met een in mijn ogen belangrijke observatie. Zij start namelijk met het benoemen van algemene rechtsbeginselen die in alle rechtsgebieden een grote rol spelen, dus ook in het arbeidsrecht:

*'Zo beschouwt men consistentie en coherentie als fundamentele rechtswaarden. Daarnaast acht men de volgende drie doeleinden fundamenteel voor het recht: een ordening van het maatschappelijk leven die zowel rechtvaardig en doelmatig is en die rechtszekerheid biedt.'*²⁷⁹

Ook Vranken maakte deze zelfde eerste stap met zijn onderscheid in algemene en profane rechtsbeginselen. Zekic' verkenning is verder gericht op wat het arbeidsrecht onderscheidt van andere rechtsgebieden. Daarbij is haar conclusie dat alleen Van der Heijden/Noordam in een omvangrijk werk hebben stilgestaan bij de basiswaarden van sociaal recht. Ook zij constateert dat hun selectie van de basiswaarden subjectief is en niet wordt toegelicht anders dan intuïtief.²⁸⁰ Gevoegd bij andere literatuur ziet zij niettemin een nadruk op de waarden 'bescherming' en 'ongelijkheidscompensatie' die nogal eens door elkaar worden gebruikt. Zekic laat in het midden of dat terecht is. Met Jacobs meent zij in elk geval dat arbeidsrecht niet alleen beschermingsrecht is ofschoon beschermingsrecht niet alleen te vinden is in het arbeidsrecht. De moeilijkheid bij rechtsvorming is dat er geen rangorde is aan te geven tussen (arbeidsrechtelijke) beginselen. De sociaalrechtelijke rechtsontwikkeling kan daarom volgens haar maar het best worden gezien als een veld waar de beginselen zich als magnetische polen gedragen. Wat uiteindelijk leidraad is voor (wettelijke) regels hangt af van de sterkte van de aantrekkingskracht die de verschillende beginselen uitoefenen.²⁸¹

277 Vastgelegd in art. 20 lid 1 Grondwet, naast bestaanszekerheid.

278 Fase acht daarnaast voor sociale rechtsvorming van belang welke rolverdeling tussen wetgever en sociale partners bestaat. Wetgeving beperkt namelijk de collectieve contractsvrijheid maar tegelijk heeft sociaal recht een beschermende functie. Wanneer legitimeert die beschermende functie wetgeving en wanneer niet? De wetgever heeft in zijn visie een subsidiaire rol, Fase 2001, p.254.

279 Zekic, p.65-66.

280 Net als overigens ook Vonk erkent, zij het dat de intuïtie gescherpt is door kennis, p.10.

281 Jacobs noemt dit 'onthutsend relativisme', waardoor 'nadenken over rechtsbeginselen verwordt tot een l'art pour l'art', A.T.J.M. Jacobs, 'Een persoonlijke reactie op Sociaal Recht: tussen behoud en vernieuwing', TRA 2011/80.

Jacobs duidt naast de ongelijkheidscompensatie ook op sociale grondrechten, zoals vermeld in de grondwet en in internationale verdragen en op rechten als waardigheid en privacy uit de Europese 'constitutie'. Daarnaast noemt hij het 'gunstige beginsel' typerend voor het arbeidsrecht: het principe dat afwijking van dwingend recht alleen is toegestaan ten voordele van de werknemer.²⁸² Belangrijker nog is dat het in het sociaal recht niet alleen kan gaan om *deze* beginselen. Ze krijgen tegenspel van de economische beginselen zoals contractsvrijheid, ondernemersvrijheid, vrijheid van vestiging en diensten, vrij kapitaalverkeer, vrije mededinging. *'Je kunt zeggen dat dit geen sociale beginselen zijn, maar het zijn wel beginselen die de werking van de sociale beginselen danig terugdringen. Dat gebeurt ook door nog weer andere beginselen als het rechtszekerheidsbeginsel of het subsidiariteitsbeginsel. Daardoor wordt de meest prangende vraag die van de botsing tussen de diverse rechtsbeginselen: welke moet dan de voorrang krijgen?'*²⁸³

4.6.11 Asscher-Vonk

Als een van de weinigen heeft Asscher-Vonk zich na 2001 systematisch bezig gehouden met rechtvaardigheid in de arbeidsrelatie. Bij haar zoektocht naar sociaal rechtvaardige rechtsvorming gaat het er volgens Asscher-Vonk allereerst om te onderkennen welke belangen werkgever en werknemer allemaal hebben. Te denken is aan bescherming tegen bestaansonzekerheid, tegen gevaren en oververmoeidheid en ruimte voor zorgtaken aan de kant van de werknemer en flexibiliteit van inzet van personeel of bescherming tegen imago schade van de kant van de werkgever.²⁸⁴

Vervolgens is de vraag of die belangen ook erkend moeten worden in de arbeidsrelatie (gerespecteerd). Niet bij elk belang hoeft dat.²⁸⁵ Om erkend te worden is relevant of een belang:

- kan worden vertaald in een recht of plicht in de overeenkomst,
- past binnen de tradities van het sociaal recht,
- past bij de bijzondere aspecten van het sociaal recht,
- past gezien de bijzondere kenmerken van de arbeidsverhouding zoals de duurrelatie of de plicht arbeid persoonlijk te verrichten,
- past bij de beginselen van het sociaal recht,²⁸⁶

282 A.T.J.M. Jacobs, *Het recht op collectief onderhandelen*, Alphen aan den Rijn 1986, p.334-350.

283 A.T.J.M. Jacobs, 'Een persoonlijke reactie op Sociaal Recht: tussen behoud en vernieuwing', TRA 2011/80. In hoofdstuk 10 wordt ingegaan op de voorrang bij botsende rechtsbeginselen, bij de rechtsvorming rond re-integratie van de zieke werknemer.

284 Asscher-Vonk 2010, p.77-78.

285 Een voorbeeld. De werknemer heeft recht op vakantie en heeft er belang bij dat het dan goed weer is. Werkgevers verzekeren verschillende risico's en er bestaat tegenwoordig een verzekering tegen slecht weer. Toch is 'goed weer' geen belang dat wordt erkend in de arbeidsrelatie, in de zin dat van de werkgever wordt verwacht voor zijn werknemers zo'n verzekering te sluiten, Asscher-Vonk 2010, p.78-79, zie bijvoorbeeld Verbond van Verzekeraars <http://www.allesoververzekeren.nl/trefwoordenlijst/R/regenverzekering>.

286 Zij noemt: ongelijkheidscompensatie (in de zin van nietigheid van bepaalde, voor werknemers ongunstige bepalingen) en het beschermingsbeginsel (in de zin van zorg voor arbeidsomstandigheden en een eerlijk loon), p.89-91.

- past bij het bedrijfsbelang van de werkgever,
- past bij de afhankelijkheid van de werknemer.²⁸⁷

Ten slotte moeten die belangen worden afgewogen tegen andere onderkende en erkende belangen. Op die manier worden belangen geselecteerd die moeten worden omgezet in regels. Rechtvaardige sociale rechtsvorming bestaat daarna uit drie elementen. Allereerst moet de regel *gericht* zijn op rechtvaardigheid. Sommige regels hebben alleen tot doel te ordenen, zoals de regel dat er op de weg rechts moet worden gereden. Veel vaker wordt met (sociaalrechtelijke) regels een bepaald doel beoogd. Als dat doel slechts instrumenteel is, bijvoorbeeld dienend aan de economische ontwikkeling, het goed functioneren van de arbeidsmarkt of het mogelijk maken van internationale concurrentie, dan komt rechtvaardige rechtsvorming in de gevarenzone. Het risico bestaat namelijk dat de vraag of die regel (ook) bijdraagt aan vergroten van rechtvaardigheid of terugdringen van onrechtvaardigheid helemaal niet meer wordt gesteld.²⁸⁸ Het tweede element is het effect van de regel: leidt het daadwerkelijk tot vergroting van rechtvaardigheid of bestendigt het onrecht? Het derde element is dat de regel tot stand moet komen in een open discussie, waarin oog is voor alle argumenten en rekening wordt gehouden met de belangen van anderen dan direct betrokkenen. Voor een open discussie zijn deskundigheid, machtsevenwicht en de bereidheid om buiten het eigenbelang te kijken voorwaarden.²⁸⁹

In haar afscheidsrede constateerde Asscher-Vonk in 2009 dat het tot stand brengen van rechtvaardigheid lange tijd leidend is geweest in sociale rechtsvorming. In haar woorden: *'De geschiedenis van het sociaal recht is de geschiedenis van het temmen van de markt'*.²⁹⁰ Tegelijk ziet zij dat het doel van het sociaal recht is veranderd, mede onder invloed van de onweerlegbare ontwikkelingen die Van der Heijden/Noordam signaleerden. Uit analyse van diverse (parlementaire) stukken sinds 1999 komt duidelijk naar voren dat zowel in het arbeidsrecht als in de sociale zekerheid de focus is komen te liggen op het functioneren van de arbeidsmarkt, als onderdeel van de economie. Arbeidsrecht is slechts een instrument waarin niet langer meer aandacht is voor rechtvaardigheid.²⁹¹ Zij leidt dat af uit twee waarschuwingssignalen. Allereerst dat regels slechts instrumenten zijn voor het bereiken van economisch resultaat en niet zijn *gericht* op streven naar rechtvaardigheid. Daarnaast dat het effect van de regels niet is dat onrecht vermindert, maar dat dat onbedreigd blijft bestaan:

*'Wat er in de afgelopen jaren misging is dat het streven naar maximering van geldelijke beloning leidde tot vervreemding, tot graaien, tot egoïsme. De waardigheid die het werk voor werknemers met zich meebrengt kalft af. De moderne manier van werken wordt vaak gekenmerkt door een zwakke loyaliteit en toewijding bij het werk. Werknemers ervaren een gemis aan duurzame menselijke relaties en duurzame doeleinden bij de arbeid.'*²⁹²

287 Asscher-Vonk 2010, p.83-93.

288 Asscher-Vonk 2010, p.37-38.

289 Asscher-Vonk 2010, p.38-41, onder verwijzing naar de rechtvaardigheidstheorie van Sen.

290 Asscher-Vonk 2010, p.16.

291 Asscher-Vonk 2009, p.16-25, m.n. ook p.20, Asscher-Vonk 2010, p.37-38.

292 Asscher-Vonk 2010, p.15-16, met verwijzing naar R. Sennett, *The Corrosion of Character. The Personal Consequences of Work in the New Capitalism*, 1998.

Voor een nieuwe kijk op arbeidsrechtelijke beginselen in een veranderde maatschappij zoekt Asscher-Vonk naar een tegengeluid tegen deze twee signalen. De wederzijdse belangen overstijgen tegenwoordig namelijk de eerste 'kring' van Levenbach (de individuele relatie werkgever-werknemer) en treffen bedrijfs-, bedrijfstak-, nationale en supranationale verhoudingen. Het pannetje van de werkgeversplichten kookt over vanwege het ruime bereik van zijn verantwoordelijkheid. Asscher-Vonk noemt daarbij als een van de bijzondere aspecten van het arbeidsrecht de belangen van anderen dan partijen zelf.²⁹³ Denk aan de zorg voor arbeidsomstandigheden voor anderen dan werknemers, de zorg voor het milieu, aansprakelijkheid bij verkeersongevallen van werknemers, ruimte voor klokkenluiders, het zorgverlof of stimulansen voor het alleen in zee gaan met bonafide uitzendbureaus.²⁹⁴ Een werknemer en werkgever zijn ten slotte meer dan alleen die hoedanigheid. Zij zijn familie, lid van een sportclub, betrokken burger in de wijk. Ook in die rollen bestaan belangen.

Haar inspiratie voor een bredere kijk op rechtvaardigheid in de arbeidsrelatie komt uit het begrip 'maatschappelijk verantwoord ondernemen'. Maatschappelijk verantwoord ondernemen bestaat uit drie onderdelen:

- respect voor (internationale) minimum arbeidsnormen
- respect voor grondrechten
- respect voor de planeet en het leefmilieu

Deze onderdelen kunnen zowel voor werkgever als werknemer als belangen *onderkend* en als behartenswaardig *erkend* worden. Immers, niet alleen hebben deze onderdelen direct effect op het werk dat de werknemer zelf voor de werkgever doet, zij beïnvloeden ook de positie van de werknemer en werkgever als burger. Zo is respect voor minimum arbeidsnormen niet alleen voordelig voor henzelf, met een garantie van minimumbescherming én het voorkomen van oneerlijke concurrentie. Het garandeert tegelijk '*decent work*' voor anderen elders in de productieketen.²⁹⁵ De wetenschap dat dat '*decent work*' wordt geboden, is gericht op rechtvaardigheid én vermindert onrecht. Het waarborgt respect voor en de trots van de werknemer en bevordert gemeenschapszin en loyaliteit. Hij zou zich dan als medewerker van een goedkope kledingketen niet hoeven te verdedigen voor de arbeidsomstandigheden in naaiateliers in Bangladesh.

Haar conclusie is dat de invulling van rechtvaardigheid moet gebeuren in de wetenschap dat de werknemer meer is dan productiemiddel, dat de onderneming ruimer invloed heeft dan binnen de arbeidsrelatie en dat financiële prikkels maar een uiterst beperkt effect hebben.²⁹⁶

293 Asscher-Vonk 2010, p.86-87.

294 Art. 7:658 lid 4 BW en HR 23 maart 2012, *JAR* 2012/110 m.nt. W.A. Zondag, maar ook art. 10 Arbwet, zorg voor het milieu art. 25 lid 1 aanhef en sub l WOR, verkeersongevallen HR 1 februari 2008, *JAR* 2008/56 en 57, HR 12 december 2008, *JAR* 2009/15, HR 26 oktober 2012, *JAR* 2012/313, Asscher-Vonk 2009, p.42-45.

295 Asscher-Vonk 2009, p.37-38.

296 De financiële prikkels noemt zij zelfs 'deels pervers', Asscher-Vonk 2009, p.53.

4.6.12 *Liber Amoricum Van der Heijden*

Bij het afscheid van Van der Heijden als rector magnificus van de UvA in 2013 verscheen een bundel waarin werd teruggekeken op de ontwikkelingen rond de basiswaarden die Van der Heijden/Noordam in 2001 formuleerden.²⁹⁷ Duk bespreekt daarin de bescherming, althans de ongelijkheidscompensatie. Hij signaleert dat die vooral een zaak van de wetgever is en minder van de cassatierechter. De HR heeft alleen (iets) meer ruimte als de wetgever zaken niet of niet diepgaand heeft geregeld, zoals de verzekeringsplicht voor werkgevers van werknemers tegen risico's van verkeersdeelname.²⁹⁸

Loonstra meent dat naast ongelijkheidscompensatie nog een ander beginsel binnen het arbeidsrecht geldt wat daarmee met regelmaat botst. Hij noemt dat het beginsel van de optimale arbeidsorganisatie. Daarmee lijkt hij in te gaan op de 'Ordnungsfunktion' van het arbeidsrecht. Bij dit beginsel staan volgens hem continuïteit en flexibiliteit van de organisatie maar ook solidariteit tussen collega's voorop. Het is niet direct gedefinieerd, maar bestaat ten behoeve van de werkgever en is ook wel bekend als de institutionele leer. Het sluiten van een arbeidsovereenkomst met daarin opgenomen arbeidsvoorwaarden is niet meer dan een entreebiljet tot een werkgemeenschap in een bepaalde organisatie. Omdat die organisatie continu in beweging is, moet de werknemer continu bereid zijn zich aan die wijzigingen aan te passen. Als de situatie dat meebrengt, moeten werknemers dus bereid zijn bijvoorbeeld andere arbeidsvoorwaarden te accepteren dan oorspronkelijk overeengekomen. Niet zozeer de arbeidsovereenkomst als statische overeenkomst bepaalt de onderlinge verhoudingen, maar de dynamische arbeidsbetrekking en de wederkerigheid daarvan. Tegelijk constateert hij dat de beweging van de HR richting een sterkere doorwerking van het algemeen vermogensrecht betekent dat een beweging naar een benadering als wederkerige arbeidsbetrekking ontbreekt.²⁹⁹

Van Slooten maakt bij non-discriminatie als basiswaarde onderscheid tussen de gelijkebehandelingswetten en het gelijkheidsbeginsel. Hij wijst op de impopulariteit van de gelijkbehandelingswetgeving in praktijk, literatuur en nationale rechtspraak. Volgens hem is dat te wijten aan het strakke redeneerschema waaraan een toets aan gelijke behandeling moet voldoen: bestaat een legitiem doel en wordt dat doel bereikt met een passend en een noodzakelijk middel? Het gelijkheidsbeginsel is ingevuld in rechtspraak van de HR en het HvJ EU.³⁰⁰ Het komt tot uiting in het pensioenrecht, cao-recht en bij toepassing van veel arbeidsvoorwaarden, maar wat de werking van dat

297 G. Heerma van Voss en E. Verhulp (red.), *De waarde(n) van het arbeidsrecht. Liber amoricum voor prof. mr. Paul F. van der Heijden*, Sdu: Den Haag 2013 (Van der Heijden-bundel).

298 R. Duk, Van der Heijden-bundel, p.13-23.

299 C. Loonstra, Van der Heijden-bundel, p.79-90.

300 HR 8 april 1994, *JAR* 1994/94 (Agfa/Schoolderman), HR 30 januari 2004, *NJ* 2008, 536 (Parallel Entry), HvJ EU 22 november 2005, *NJ* 2006, 227 (Mangold), HvJ EU 19 januari 2010, *JAR* 2010/53 (Küçükdeveci).

beginsel 'in den brede' is, staat nog niet vast. Zijn conclusie is dat zowel gelijkebehandelingswetten als het gelijkheidsbeginsel nog niet tot volle wasdom zijn gekomen.

Verburg onderzoekt de rol van activering in het arbeidsrecht naast bescherming. Dat activering in de sociale zekerheid een rol heeft, is onmiskenbaar, maar Verburg ziet de activering ook terug in het arbeidsrecht. Uiteraard bij de bepalingen rond de zieke werknemer en re-integratie maar ook bij de toepassing van de norm van artikel 7:611 BW, het concurrentiebeding, een dynamisch cao-incorporatiebeding en in de Wet Aanpassing Arbeidsduur en de Wet Arbeid en Zorg. Hij behandelt activering vanuit de *functie* die het heeft in het arbeidsrecht en benoemt het niet als aparte basiswaarde.³⁰¹

Concluderend wijzen Heerma van Voss en Verhulp er op dat basiswaarden een zekere flexibiliteit moeten hebben gelet op de maatschappelijke veranderingen. Die flexibiliteit vindt zijn grens in bestendigheid, in houvast. Een verdere invulling door wetenschap en arbeidsrechtpraktijk met concrete criteria is gewenst. Van de wetgever is op privaatrechtelijk arbeidsrechtgebied niet veel te verwachten: hij codificeert alleen wat vaste praktijk is en navolging krijgt.³⁰²

4.6.13 Analyse arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht

'Labour has always had, and will always have, a theory of justice', schreef Langille.³⁰³ Toch is uit de vorige paragrafen naar voren gekomen dat in Nederland met een rechtvaardigheidstheorie wordt geworsteld. Veel schrijvers hebben aandacht voor (uiteindelijk) sociale rechtvaardigheid, maar waar het vooral fout gaat, is het ontbreken van een visie bij de wetgever bij sociale rechtsvorming. Ook vice-president van de Raad van State Donner constateert dat de wetgever op een aantal punten steken laat vallen, door wetten te veel tot instrumenten te maken.³⁰⁴

Zijn er algemene richtinggevende oriëntatiepunten aan te wijzen die worden aangevoerd ter rechtvaardiging van de meer concrete normen in het sociaal recht en zo de eenheid en samenhang binnen het sociaalrechtelijk rechtssysteem bevorderen? Nee en ja.

Nee, als Zekic wordt gevolgd. Zij staat er bij stil dat *sociaalrechtelijke* rechtsbeginselen zich zouden onderscheiden van rechtsbeginselen in andere rechtsgebieden. Dat lijkt mij een moeilijk uitgangspunt. Als dat juist zou zijn, voldoen de beginselen die Van der Heijden/Noordam (verantwoordelijkheid, ongelijkheidscompensatie, non-discriminatie en participatie) en Heerma van Voss en Brenninkmeijer suggereerden

301 L.G. Verburg, 'Gedachten over enige functies van het arbeidsrecht', Van der Heijden-bundel, p.96-101.

302 G. Heerma van Voss en E. Verhulp, Van der Heijden-bundel, p.110-113.

303 B. Langille, 'Labour Law's Theory of Justice' in: Davidov/Langille, p.101-119, m.n. p.102.

304 P.H. Donner: 'Tot instrumenten van snelle ingrepen. En vooral ingrepen die enkel en alleen gemotiveerd worden door geld dat je daarmee bespaart of andere overwegingen zoals efficiency of doelmatigheid. Je ziet dat dat gaat schuren met gevoelens van rechtvaardigheid.', *Advocatenblad*, september 2014, p.18.

(rechtszekerheidsbeginsel, gelijkheid, proportionaliteit) voor een belangrijk deel niet. Zij zijn immers niet uniek, in de zin dat zij buiten het sociaal recht niet zouden voorkomen. Zelfs het sterk sociaal getinte solidariteitsbeginsel komt in het reguliere burgerlijk recht terug, bijvoorbeeld als contractspartijen zich dienen neer te leggen bij een door de rechter algemeen verbindend verklaarde regeling bij massaschade³⁰⁵ of als uit hoofde van zwaarwegende maatschappelijke belangen een onrechtmatige gedraging moet worden geduld.³⁰⁶ Hetzelfde geldt voor een uitgangspunt als zorg voor bestaanszekerheid. Het 'redelijk loon' of de 'redelijke prijs' die bij een overeenkomst van opdracht of van aanneming van werk moet worden betaald of de plicht tot schadevergoeding bij letselschade werken buiten het sociaal recht.³⁰⁷

Bovendien 'nee' als het uitgangspunt wordt gedeeld dat de wetgever zich hooguit opportunistisch heeft laten leiden door rechtsbeginselen bij sociale rechtsvorming. Zowel Van Kessel als Van der Heijden/Noordam maken naar mijn mening overtuigend duidelijk dat een consequente toetsing van ontwerpwetgeving aan sociaalrechtelijke beginselen of een overkoepelende visie op sociale rechtsvorming niet is te bekennen.³⁰⁸ Waar voorheen in sociale regelgeving nog expliciet aandacht bestond voor de rechtsgrond van bepaalde wetgeving³⁰⁹ wordt die nu niet of mondjesmaat gegeven. Uit de sociale wetgeving van de afgelopen decennia is niet te halen wat de rechtsbeginselen zijn waarmee rekening is gehouden. Ook Verhulp constateert dat de aandacht van de wetgever voor de rol van grondrechten in het arbeidsrecht minimaal is.³¹⁰

Toch antwoord ik ook 'ja'. Als het typisch 'sociaalrechtelijke' wordt benaderd vanuit een catalogusgedachte dan zijn wel degelijk algemene richtinggevende oriëntatiepunten te geven. Misschien dat verantwoordelijkheid op zichzelf niet typisch sociaalrechtelijk is, maar wel in combinatie met bijvoorbeeld solidariteit. Ongelijkheidscompensatie alleen komt ook buiten sociaal recht voor, maar in samenhang met bestaanszekerheid is het wel sociaalrechtelijk. Het gaat om een combinatie van beginselen die -in onderling verband- het bijzondere van het sociaal recht laten zien. Ik maak daarbij in navolging van Van der Heijden en Noordam geen onderscheid in arbeidsrechtelijke en sociaalrechtelijke beginselen. Voor een belangrijk deel lopen zij gelijk. In de literatuur is aan ongelijkheidscompensatie als leidend sociaalrechtelijk oriëntatiepunt veel aandacht gegeven. Dat oriëntatiepunt is ook nog steeds actueel, ondanks een toename van mondigheid en opleidingsniveau van de werknemer.³¹¹ Door de uitgebreide aandacht lijkt bescherming van de zwakkere werknemer *de* sociaalrechtelijke vertaling te zijn van de onderliggende notie van het streven naar sociale rechtvaardigheid. Toch wil ik die begrippen om twee redenen niet vereenzelvigen. Allereerst

305 Na een korte periode waarin een verklaring van niet-gebondenheid is af te geven, art. 7:907 e.v. BW.

306 Art. 6:168 BW.

307 Art. 7:405 lid 2 BW, art. 7:752 lid 1 BW, art. 6:107 BW.

308 Zie ook: R. Fernhout, 'Instrument en norm' in: Th.G. Drupsteen e.a. (red.), *Rechtsvorming in de sociale rechtsstaat*, Kluwer: Deventer 1989, p.28-29 en p.35. Daarover meer in de volgende paragrafen.

309 Zie hoofdstuk 5.

310 E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Reeks VvA 28, Deventer 1999, p.40.

311 E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht?*, oratie 2003, p.6, Houweling 2012, p.15-18.

kennen zowel het arbeidsrecht als het socialezekerheidsrecht twee functies. Bij het arbeidsrecht gaat het om de beschermingsfunctie én de ordenende functie, bij het socialezekerheidsrecht om de (inkomens)beschermingsfunctie én de activerende functie. Het gelijkstellen van sociale rechtvaardigheid aan alleen de beschermingsfuncties zou betekenen dat de andere -minstens even wezenlijke- functies worden miskend. Een werknemer moet bijvoorbeeld aanvaarden dat collectief eenzijdig arbeidsvoorwaarden worden gewijzigd als de werkgever daarvoor een zwaarwegend bedrijfsbelang heeft, wat kan passen bij solidariteit.³¹² Een arbeidsongeschikte werknemer krijgt bijvoorbeeld geen loon betaald als hij geen passende arbeid aanvaardt, wat past bij zijn eigen verantwoordelijkheid. Sociale rechtvaardigheid kan of moet ook worden bereikt met inzet van de ordenende en de activerende functie van het sociaal recht.

De tweede reden is dat sociale rechtvaardigheid uit meer bestaat dan het gelijktrekken van de *juridische* posities ter bescherming. Sociale rechtvaardigheid moet net zo goed worden gevonden in het streven naar het gelijktrekken van *maatschappelijke* en van *economische* posities. Nussbaum bepleit dat en in veel naoorlogse beschouwingen over het eigene van het sociaal recht is ontplooiing en zelfverwerkelijking genoemd.³¹³ Dat kan worden bereikt via het mogelijk maken van daadwerkelijke keuzevrijheid, van kansen op werk, van ontplooiingsmogelijkheden en van inzet van de arbeidskracht naar vermogen. Ik ben het eens met Noordam dat juridische ongelijkheidscompensatie alleen niet geschikt is om die andere doelen te bereiken.

De omschrijving van ongelijkheidscompensatie door Boot geeft dat wat mij betreft goed weer: het haakt aan bij het waarborgen van evenwicht tussen de *afspraken* die uiteindelijk tussen werkgever en werknemer tot stand zullen komen. Buiten de contractuele band óm kan echter ook worden gewerkt aan het streven naar sociale rechtvaardigheid; denk bijvoorbeeld aan de medische keuring in een sollicitatieprocedure. Die is alleen toegestaan op specifieke functie-eisen (en niet op een algemeen gezondheidsbeeld) en alleen bij de laatst overgebleven sollicitant (zodat selectie tussen kandidaten op basis van gezondheid niet kan).³¹⁴ De maatschappelijke en economische positie van een chronisch zieke of gehandicapte wordt op die manier versterkt.

Ongelijkheidscompensatie is dus niet het enige sociaalrechtelijke beginsel. Er zijn er meer en Van der Heijden en Noordam hebben die in kaart gebracht, rekening houdend met actuele maatschappelijke ontwikkelingen.³¹⁵ Loonstra voegt daar nog een element aan toe, namelijk die van de optimale arbeidsorganisatie, ook wel bekend als de institutionele leer. Volgens hem heeft de HR dit principe aanvaard, hoewel

312 Art. 7:613 BW.

313 Roozendaal 2011 geeft een vrij complete opsomming, p.377-378.

314 Art. 4 Wet op de medische keuringen.

315 Rood maakt andere keuzes. Naast ongelijkheidscompensatie vindt hij de 'essentials' van het arbeidsrecht: respect voor mensenrechten (gelijke behandeling, discriminatieverbod, deugdelijke arbeidsomstandigheden), redelijke bescherming tegen oneerlijke behandeling (bijv. rond ontslag) en de vrijheid van vereniging en vergadering, Aaron-bundel, p.149-150.

alleen in zijn arresten rond de positie van de gedeeltelijk arbeidsgeschikte werknemer. In *Roovers/De Toekomst*, *Van Haaren/Cehave* en *Goldsteen/Roeland* is aangenomen dat de werkgever verplicht is de contractuele afspraken 'open te breken' om de arbeidsongeschikt geworden werknemer toch intern aan de slag te houden.³¹⁶ Loonstra stelt dat daarmee hun arbeidsovereenkomst niet maatgevend is en dat die moet worden aangepast aan de medische toestand van de werknemer gelet op de organisatie waarbinnen de werkgever opereert.³¹⁷ Volgens mij is dit geen aanvaarding van de institutionele leer: de HR compenseert hier ongelijkheid die nieuw is ontstaan door de langdurige arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Het is een toepassing van ongelijkheidscompensatie, die dus klaarblijkelijk even goed een rol speelt *gedurende* de arbeidsovereenkomst en niet alleen bij het *aangaan* daarvan. De mate waarin de ongelijkheid wordt gecompenseerd, wordt vervolgens begrensd door wat in redelijkheid van de werkgever kan worden geveerd. Dat daarbij de organisatie van de werkgever een rol speelt, is evident maar volgens mij niet de kern. Als de optimale arbeidsorganisatie al een algemeen, richtinggevend oriëntatiepunt zou zijn, dat wordt aangevoerd ter rechtvaardiging van meer concrete normen in het recht, dan nog is het niet onomstreden. Aanvaarding daarvan is zeker niet zo algemeen dat het een sociaalrechtelijk beginsel kan worden genoemd.³¹⁸

Zijn de beginselen van Van der Heijden/Noordam gemeengoed geworden? Hoewel zij met hun Pre-advies een discussie in gang hebben willen zetten, is het daar maar mondjesmaat van gekomen. In de literatuur wordt de opsomming zoals Van der Heijden en Noordam die formuleerden met enige regelmaat besproken.³¹⁹ Van Slooten lijkt in zijn oratie zonder verder commentaar de principes van Van der Heijden/Noordam te omarmen.³²⁰ Ook Zondag lijkt in zijn oratie aan te haken bij die beginselen.³²¹ Staal vermoedt een tendens naar wettelijke vastlegging van deze basiswaarden.³²² Van Zanten-Baris neemt de ontwikkelingen en de beginselen die zij omschreven tot uitgangspunt bij haar onderzoek naar de grondslagen van de ontslagvergoeding.³²³ Zelfs Heerma van Voss neemt ze -ondanks zijn eerdere kritiek- tot uitgangspunt.³²⁴ De opsomming van Van der Heijden en Noordam lijkt daarmee op het eerste gezicht dé geaccepteerde sociaalrechtelijke waarden en

316 Resp. HR 3 februari 1978, *NJ* 1978, 248, HR 8 november 1985, *NJ* 1986, 309 en HR 13 december 1991, *NJ* 1992, 441. Het 'openbreken' heeft dan met name betrekking op de plicht niet langer meer vast te houden aan de bedongen arbeid, maar inschakeling in passende arbeid te faciliteren.

317 Hij noemt dat met de ongelijkheidscompensatie de twee belangrijkste pijlers van het arbeidsrecht, C. Loonstra, *Van der Heijden-bundel*, p.88.

318 Ook niet naar de definitie van Van der Heijden/Noordam: een basiswaarde is een algemeen erkend uitgangspunt dat over een lange periode een belangrijke rol speelt bij de totstandbrenging van sociale rechtsvorming.

319 Bijv. Loonstra/Zondag, p.32-38, Zekic p.66-67.

320 J.M. van Slooten, 'De derde in het sociaal recht', oratie 2005, p.14-15.

321 W.A. Zondag, 'De grenzen van het arbeidsrecht', oratie 2004, p.17.

322 H.W.M.A. Staal, 'Heden, verleden en toekomst van de arbeidsovereenkomst', voordracht Justitie/SZW/SER-symposium, 6 november 2007.

323 Van Zanten-Baris, p.8-20.

324 G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Nederlands sociaal recht*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2007, p.23-24.

rechtsbeginselen weer te geven. Toch is de kritiek die daarop wordt geuit wel terecht. Een beginsel als 'verantwoordelijkheid' lijkt moeilijk grijpbaar en hoewel het bereik van cao's groot is, is maar de vraag of 'participatie' nu nog een leidend sociaalrechtelijk beginsel is. Het overgrote deel van de Nederlandse werknemers is weliswaar gebonden aan een cao, maar dat is vaak via incorporatie en/of algemeen-verbindendverklaring en niet zozeer door deelname aan de totstandkoming. De rol van de sociale partners in de publieke sociale zekerheid is (vooralsnog) volledig uitgespeeld, vakorganisaties worstelen vanwege hun afnemende organisatiegraad met een legitimatievraag en de betekenis van overlegorganen als de SER en de Stichting van de Arbeid lijkt erg gemarginaliseerd. Daar komt weer wel bij dat medezeggenschap via de OR of personeelsvertegenwoordiging volkomen geaccepteerd is en wordt gezien als een 'rustig bezit'.³²⁵ Hoewel de collectieve dimensie dus ontegenzeggelijk bestaat én een belangrijke rol speelt, betwijfel ik of die, vertaald in het woord 'participatie', wel een sociaalrechtelijk beginsel vormt. Met Erkens zie ik het eerder als een kenmerk van het arbeidsrecht of strikter nog als een methode of techniek bij sociale rechtsvorming die ik in § 4.7.4 bespreek.³²⁶

Terecht verwijzen Heerma van Voss en Brenninkmeijer naar de Europese afspraken in Nice 2000, waar rechtvaardigheid en solidariteit werden genoemd als kenmerken van sociaal recht.³²⁷ De weg die zij voor sociale rechtsvorming lijken te opperen, namelijk aansluiten bij de algemene rechtsbeginselen en de klassieke en sociale grondrechten, leidt in mijn ogen niet of niet voldoende tot het vaststellen van *sociaalrechtelijke* beginselen. Waarin zit dan nog het typische? Weliswaar noemen zij ook ongelijkheidscompensatie maar ik heb gesteld dat sociale rechtvaardigheid niet zou moeten worden verengd tot enkel dit begrip.

Noordam ziet als verbindende schakel tussen arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht niet de arbeidsovereenkomst maar hun beider streven naar bestaanszekerheid.³²⁸ Van Esveld ziet sociale gerechtigheid eveneens vertaald in het begrip bestaanszekerheid, wat weer aansluit bij Van der Heijden en Noordam. Belangrijk is dat Van Esveld meent dat de oorzaak van de bedreiging van iemands bestaanszekerheid niet bepalend is. In feite kent hij daarmee een belangrijke rol toe aan solidariteit. Na 2001 is wel gesignaleerd dat het arbeidsrecht, met de opkomst van het flexicurityconcept voor de ontwikkeling van een sociale markteconomie, ingegeven door de Lissabon-doelstellingen, langzaam een paradigmawisseling laat zien. De 'ongelijkheidscompenserende' functie

325 L. Sprengers, Van der Heijden-bundel, p.76.

326 Erkens, p.16-19.

327 Bijlage 1 Conclusies van het Voorzitterschap Europese Raad van Nice, 7-10 december 2000: '11. Om voorbereid te zijn op de toekomst moet de Europese Unie uitgaan van haar verworvenheden. Zij moet dan ook solidariteit en rechtvaardigheid blijven bevorderen als waarden die haar kenmerken en die in het Handvest van de grondrechten plechtig worden bekrachtigd. Het Europees sociaal model, dat met name wordt gekenmerkt door stelsels van sociale bescherming van hoog niveau, het belang van de sociale dialoog en diensten van algemeen belang en waarvan het toepassingsgebied activiteiten dekt die essentieel zijn voor de sociale samenhang, berust thans als gevolg van de diversiteit van de sociale stelsels van de lidstaten, op een gemeenschappelijke basis van waarden.'

328 F.M. Noordam, 'Aard, plaats en opbouw van het sociale-zekerheidsrecht' in: W.H.A.C.M. Bouwens e.a. (red.), *Sociaal recht: de grenzen verkend*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1994, p.380.

van het arbeidsrecht schuift naar de achtergrond. Arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht worden meer en meer benaderd als smeerolie voor de economie: van een beschermend naar een dienend sociaal recht.³²⁹ Deze ontwikkeling houdt in dat de wetgever vooral minimumkaders stelt met tegelijkertijd vrijheid aan werkgever en werknemer of sociale partners om daar zelf nadere invulling of uitvoering aan te geven. Denk bijvoorbeeld aan:

- de Wet verbetering poortwachter (2002), met nadruk op de verantwoordelijkheid van de individuele werkgever en werknemer bij arbeidsongeschiktheid en re-integratie,
- de Wulbz II (2004), met een verdere afname van het bereik van de publieke verzekeringen naar de private loondoorbetaling bij arbeidsongeschiktheid,
- de WIA (2005), waarbij in de WGA de financiële prikkel voor de uitkeringsgerechtigde is ingebouwd om de theoretische verdien capaciteit ook daadwerkelijk te benutten,
- de Zorgverzekeringswet (2006) waarbij voor alle Nederlanders een basis zorgverzekering werd ingevoerd, met vrijheid om op 'de markt' een aanbieder te kiezen en vrijwillig zorg bij te verzekeren,
- de Arbeidsomstandighedenwet (2007), met de mogelijkheid op brancheniveau aan te sluiten bij arbeidsomstandighedencatalogi,
- de Arbeidstijdenwet (2007) met ruimte voor afwijking in collectieve regelingen van de minimum normen,
- de Wet werk en zekerheid (2014) met vaste regels voor een transitievergoeding maar wel mogelijkheden om op brancheniveau een eigen ontslagbeoordeling te regelen en ontslagcriteria vast te stellen.

Een verschuiving van betutteling van overheidswege naar verantwoordelijkheidsverdeling tussen werkgever en werknemer op individueel of collectief niveau.³³⁰ Je zou kunnen spreken van een beperkte decentralisatie van sociale rechtsvorming. Het stellen van minimumkaders en het invullen door werkgever en werknemer of door sociale partners is niet nieuw: semidwingend en driekwartdwingend recht bestaan al decennia. Toch lijkt deze beweging verder te gaan door ook in publieke sociale verzekeringen en publiek arbeidsrecht voor zo'n aanpak te kiezen. Dat zou betekenen dat de *Schutzfunktion* minder nadruk krijgt, ten faveure van de *Ordnungsfunktion*, van contractuele leer naar institutionele leer, van bestaanszekerheid naar activering.

Verhulp en Heerma van Voss menen echter dat activering geen basiswaarde is, maar een *functie* van het arbeidsrecht. Activering zou een toepassing zijn van andere beginselen, zoals bestaanszekerheid, bescherming en solidariteit.³³¹ Dat is op zichzelf juist, hoewel het dan volgens mij het beste past bij verantwoordelijkheid. Toch

329 Bakels, p.476. Ook Konijn, die constateert dat de regulerende en economisch sturende functie meer naar voren is gekomen, p.14-15 en 28-31, 53.

330 Over het evenwicht in die verdeling: L.J.M. de Leede, 'Verdeling van verantwoordelijkheden in de sociale zekerheid', *SMA*, november/december 1996, p.659-662.

331 G. Heerma van Voss en E. Verhulp, Van der Heijden-bundel, p.109-110. Daarmee zou activering meer thuishoren bij de sociaalrechtelijke variabelen, die ik verderop zal bespreken.

draagt de activeringsfunctie daarnaast naar mijn mening bij aan het formuleren van een nieuw sociaalrechtelijk beginsel namelijk insluiting. Activering heeft mede tot doel kansen te bieden: niet alleen op inkomen maar ook op het gebied van ontplooiing, deelname aan de maatschappij en eigenwaarde. Ik ben het met Jaspers eens dat (zelf)ontplooiing een belangrijker rol moet krijgen dan waarin nu is voorzien. Activering in die brede zin is met een beetje goede wil te vangen onder een beginsel als bescherming, maar heeft volgens mij voldoende eigenheid om tot een afzonderlijk beginsel van insluiting te leiden. Het is in mijn beleving een afzonderlijke verschijningsvorm van sociale rechtvaardigheid. Daarbij is inspiratie te halen uit het VN-Gehandicaptenverdrag uit 2006.³³² Het verdrag heeft als doel *'to promote, protect and ensure the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities, and to promote respect for their inherent dignity'*. Om dat te bereiken wordt *'full and effective participation and inclusion in society'* als algemeen beginsel geformuleerd.³³³ Insluiting past daarnaast goed in de Lissabondoelstellingen van sociale cohesie en *'social inclusion'*.³³⁴ Als wordt geaccepteerd dat de activeringsfunctie van sociaal recht meer centraal staat, dan betekent dit eigenlijk dat insluiting of het tegengaan van uitsluiting zoals Vonk en Fase dat formuleerden aan gewicht heeft gewonnen.³³⁵

Asscher-Vonk bekritiseert de ontwikkeling naar een dienend sociaal recht omdat het alleen maar zijn oren laat hangen naar de economie. Rechtvaardigheid wordt uit het oog verloren, ook omdat de overheid terugtreedt als uitvoerder en als financier. Beide aspecten worden overgelaten aan de markt (lees: een andere verdeling van verantwoordelijkheid), met een groot vertrouwen in financiële prikkels. Maar er is te weinig nagedacht of in het sociaal recht misschien andere dan economische wetten spelen en hoe en wanneer financiële of andere prikkels werken. De effectiviteit van het markt-fundamentalisme kan dus worden betwijfeld, mede omdat het niet bijdraagt aan innovatie en creativiteit, terwijl dit in de Lissabon en Europa 2020-strategie wel centraal staat. Innovatie en creativiteit bereik je niet met een bonus, maar met een sfeer van zekerheid, ruimte voor creativiteit en vertrouwen.³³⁶

332 Nederland heeft dat verdrag ondertekend maar nog niet geratificeerd.

333 Art. 1 en 3 VN-Gehandicaptenverdrag.

334 Europese Raad Lissabon 23 en 24 maart 2000: doelstelling is dat in 2010 de Europese economie *'de meest concurrerende en dynamische kenniseconomie van de wereld (wordt) die in staat is tot duurzame economische groei met meer en betere banen en een hechtere sociale samenhang'*. Preambule VEU: *'Vastbesloten de economische en sociale vooruitgang...te bevorderen, met inachtneming...van versterkte cohesie...'*, art. 3 lid 3 VEU: *'De Unie...zet zich in voor...een sociale markteconomie...die gericht is op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang...'*, art. 151 VWEU: *'De Unie en de lidstaten stellen zich...ten doel...een adequate sociale bescherming, de sociale dialoog, de ontwikkeling van de menselijke hulpbronnen om een duurzaam hoog werkgelegenheidsniveau mogelijk te maken en de bestrijding van uitsluiting.'*

335 Duk lijkt op dat spoor te zitten: *'Ook in de wetgeving neigt het instrumentele er vaak toe het rechtvaardige met harde hand terzijde te stellen. Zo is het moeilijk -al noemt Asscher-Vonk er een paar, zoals het accent op re-integratie- om de wijzigingen van de afgelopen twintig jaar op het gebied van de sociale verzekeringen te duiden als vormen van toenemende rechtvaardigheid.'*, R.A.A. Duk, 'Rechtvaardigheid in de arbeidsrelatie. Over de betekenis van maatschappelijk verantwoord ondernemen voor de arbeidsrelatie', TRA 2011/65.

336 Asscher-Vonk 2009, p.26-31, onder verwijzing naar W. Däubler en H. Collins.

Betekent dit dat Jacobs' signaal verloren gaat, dat ook andere waarden of beginselen een rol spelen bij het beïnvloeden van de sociaalrechtelijke waarden en beginselen? Wat mij betreft zeer zeker niet. Het is juist dat contractsvrijheid, ondernemersvrijheid,³³⁷ vrijheid van vestiging en diensten, vrij kapitaalverkeer en vrije mededinging allemaal waarden of beginselen zijn die net zo nastrevenswaardig zijn als andere. Jacobs benadert dit met de gedachte dat zij de sociale waarden en beginselen 'terugdringen'. Ik zou het eerder andersom willen benaderen. De arbeidsovereenkomst is een overeenkomst, maar wel een bijzondere. Contractsvrijheid als uitgangspunt moet voorop staan tenzij correctie vanwege het bijzondere karakter, door toepassing van een sociale waarde of sociaal beginsel nodig is. Ondernemersvrijheid is uitgangspunt: een ondernemer bepaalt hoeveel en welke mensen hij aanneemt, waar hij zich vestigt en hoe hij zijn bedrijf inricht. Die vrijheid wordt beperkt als een correctie daarop via een sociaalrechtelijke waarde of beginsel nodig wordt gevonden.

4.7 Ontwikkeling van een toetsingskader

4.7.1 Wat zijn leidende sociaalrechtelijke waarden en rechtsbeginselen?

Bij de ontwikkeling van een toetsingskader moet er aandacht zijn voor de leidende sociaalrechtelijke waarden en rechtsbeginselen. In de loop van mijn bespreking heb ik duidelijk gemaakt dat het onderscheid tussen waarden en beginselen niet altijd even scherp wordt gemaakt. Ook kwam de onderverdeling, zoals Vranken die hanteert, in algemene en profane rechtsbeginselen (gericht op één rechtsgebied) steeds duidelijker naar voren.

Bij algemene rechtsbeginselen gaat het om beginselen die niet de rechtsvorming in één specifiek rechtsgebied raken. Dat zijn:³³⁸

- *Coherentie*: samenhang tussen regels,
- *Doelmatigheid*: efficiëntie, aandacht voor een solide financiële basis, goed bestuur, uitvoerbaarheid, handhaafbaarheid,
- *Rechtszekerheid*: consistentie, continuïteit, voorspelbaarheid, betrouwbaarheid en respect voor opgebouwde rechten en opgewekt vertrouwen,
- *Evenredigheid*: maatregelen zijn evenredig aan het doel dat moet worden bereikt, bij de uitoefening van ieders individuele rechten moet rekening worden gehouden met andermans individuele rechten,
- *Gelijke rechtsbedeling*: het recht moet toegankelijk zijn voor allen, 'as a member of society' ongeacht maatschappelijke positie, met een *rule of law* en effectieve toegang tot de rechter.³³⁹

337 Art. 16 Handvest grondrechten EU, eventueel in combinatie met art. 153 lid 2 tweede volzin VWEU.

338 Ook volgens Vranken, Vonk, Noordam, Jaspers en Zekic.

339 Uit de gelijke rechtsbedeling zou effectieve handhaving moeten voortvloeien.

Ik veronderstel dat deze algemene rechtsbeginselen bij sociale rechtsvorming worden gehanteerd.³⁴⁰ Verdere bespreking daarvan laat ik hier achterwege; het is mij immers te doen om te komen tot een catalogus van leidende waarden en profane rechtsbeginselen in het sociaal recht. Daarbij moet steeds wel worden betrokken of er daarin een of meerdere elementen terug te vinden zijn uit de rechtsfilosofische invulling van sociale rechtvaardigheid zoals samengevat in § 4.5.7. Die rechtsfilosofische elementen heb ik samengevat in zes 'soundbites':

- Gelijke startpositie
- Recht op een deel
- De kans om eigen doelen na te streven
- De vrijheid om te kiezen hoe
- Eigen verantwoordelijkheid voor keuzes
- Gebruik van ongelijkheden ten behoeve van de minst bedeelden

Ik hanteer bij het benoemen van de catalogus van waarden en profane rechtsbeginselen een willekeurige volgorde, omdat een onderlinge rangorde niet in het algemeen is te geven.

1. Gelijke behandeling en non-discriminatie

De vraag komt meteen op waarom gelijke behandeling en non-discriminatie als sociaalrechtelijk beginsel worden genoemd en niet als algemeen rechtsbeginsel of zelfs als waarde. In het sociaal recht komt rond gelijke behandeling een spanning naar voren.³⁴¹ Ik heb getwijfeld, maar meen dat het een afzonderlijke plaats toekomt in de catalogus. Daarvoor zijn twee argumenten te geven. Gelijke behandeling en non-discriminatie hebben gediend als bron van veel concrete normen rond de arbeid. Emancipatie, ontzuiling en de totstandkoming van internationale normen (EEG, IVBPR, IVESCR) hebben daaraan bijgedragen. Denk aan het Agfa-arrest rond recht op gelijke beloning³⁴² of de rechterlijke toekenning van AWW-rechten aan gehuwde mannen die daarvan waren uitgesloten. Denk ook aan diverse Europese Richtlijnen geïmplementeerd in wetgeving, rond gelijke behandeling van m/v bij de arbeid,³⁴³ op basis van arbeidsduur,³⁴⁴ bij bepaalde en onbepaalde tijd,³⁴⁵ handicap/chronische ziekte en leeftijd en de AWGB. De definitie van een rechtsbeginsel heb ik eerder gegeven: 'een algemeen, richtinggevend oriëntatiepunt dat wordt aangevoerd ter rechtvaardiging van de meer concrete normen in het recht en zo de eenheid en samenhang binnen het rechtssysteem bevordert'. Door de aandacht voor non-discriminatie is meer eenheid en samenhang ontstaan: schending van verschillende vormen van gelijke behandeling

340 Noordam heeft bij herhaling voor het sociale zekerheidsrecht betoogd dat het in strijd komt met de rechtszekerheid, dat effectiviteit te wensen overlaat net als bijv. uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid, zie o.a. Noordam 1999, p. 22-26.

341 J. van Slooten, Van der Heijden-bundel, p.62, die wijst op het verschil tussen gelijkheid en gelijke behandeling.

342 HR 8 april 1994, JAR 1994/94 (Agfa/Schoolderman): '...het algemeen erkende rechtsbeginsel dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond...'

343 Art. 7:646 BW.

344 Art. 7:648 BW.

345 Art. 7:649 BW.

wordt aan dezelfde criteria getoetst.³⁴⁶ Verder is de invloed van het HvJ EU hierbij niet te onderschatten.³⁴⁷

Naast de invloed die gelijke behandeling heeft gehad is het doel van belang. Gelijke behandeling heeft naar mijn mening twee doelen. Allereerst vraagt het om gelijke behandeling van gelijke gevallen, hoewel het maken van onderscheid soms mogelijk is met de escape van objectieve rechtvaardiging. Vanuit de rechtvaardigheidstheorie vraagt gelijke behandeling tegelijk om het opheffen van ongelijkheden én extra aandacht voor kwetsbare groepen (*'difference principle'*) dus het ongelijk behandelen van ongelijke gevallen.³⁴⁸ Het opheffen van ongelijkheid komt terug bij de verderop te bespreken ongelijkheidscompensatie. De extra aandacht voor kwetsbare groepen, de extra kansen en de positieve discriminatie maken wat mij betreft deel uit van het hieronder te behandelen beginsel van insluiting. Gelijke behandeling is dus voor een deel zelfstandig en voor een deel verbijzonderd in andere beginselen.³⁴⁹

Het verband met de rechtsfilosofische elementen van sociale rechtvaardigheid is evident voor de 'gelijke startpositie'.

2. Bestaanszekerheid

De oergedachte die Drucker in 1887 uitsprak, geldt eigenlijk nog onverminderd: *'(Het) is een constant maatschappelijk verschijnsel, dat de werkmans zijn product, den arbeid, verkopen moet. Andere middelen van bestaan heeft hij in den regel niet.'*³⁵⁰ Bij dit rechtsbeginsel gaat het om recht op sociaal-economische bestaanszekerheid. Onderdeel daarvan is inkomenszekerheid: de zekerheid over voldoende inkomen te beschikken om in de noodzakelijke kosten van het bestaan te kunnen voorzien. Deze inkomenswaarborgfunctie van sociale zekerheid heb ik hiervoor al genoemd: een stelsel dat bescherming biedt tegen de risico's van arbeid zoals werkloosheid en arbeidsongeschiktheid en risico's van het leven zoals ouderdom.³⁵¹ Ook het arbeidsrecht kent deze functie, via bijvoorbeeld de WML.

Deel van bestaanszekerheid is ook werkzekerheid. Dat betreft het recht op aanspraken om (blijvende) toegang tot het betaalde arbeidsproces te bevorderen en zodoende eigen inkomen te verwerven.³⁵² Het lijkt er op dat dit in het verlengde ligt van de extra zorg voor kwetsbare groepen die ik hiervoor al noemde en die

346 Bijv. art. 1 jo. art. 2 lid 1 AWGB, kritisch daarover J. van Slooten, Van der Heijden-bundel, p.54. Ik deel zijn standpunt dat het gelijkheidsbeginsel en de gelijkebehandelingswetten van elkaar moeten worden onderscheiden, p.61-62.

347 J. van Slooten, Van der Heijden-bundel, p.52.

348 EHRM in de zaak Thlimmenos/Griekenland, r.o. 44: *'The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different'*, EHRM 15 maart 2000, no. 34369/97, ECHR 2000-IV.

349 Ik noem dit beginsel hierna 'gelijkheidsbeginsel'.

350 H.L. Drucker, 'Eenige opmerkingen naar aanleiding der jongste literatuur over het arbeidscontract', R.M. 1887, p.60 e.v.

351 Een hernieuwde bevestiging van het (universele) belang van dit beginsel is de ILO 'Recommendation No. 202 on national social protection floors', aangenomen in juni 2012, besproken door T. Dijkhoff, 'Het universele recht op sociale zekerheid op de (wereld)agenda', TRA 2013/55.

352 En niet zozeer ontslagbescherming, wat bij het beschermingsbeginsel aan de orde komt. Zie uitgebreid over werkzekerheid: N. Zekic, *Werkzekerheid in het arbeidsrecht*, (diss.) Kluwer: Deventer 2014.

bij insluiting verder wordt behandeld. Toch is er een subtiel onderscheid aan te brengen. Voor mij is werkzekerheid als onderdeel van bestaanszekerheid namelijk gekoppeld aan die categorie personen die *geen* evidente zwakke arbeidsmarktpositie hebben, zoals toetreders tot de arbeidsmarkt, kort werklozen, actieve werknemers (*'employability'*) of werkende ouderen (arbeidsparticipatie). De laatste decennia is de nadruk bij bestaanszekerheid verschoven van inkomens- naar werkzekerheid, hoewel inkomenszekerheid nog steeds een prominente plaats inneemt.³⁵³

De relatie met de sociale rechtvaardigheidselementen ligt in ieders 'recht op een deel' waarmee bestaanszekerheid een basis krijgt. 'Gebruik ongelijkheden ten behoeve van de minst bedeedden' betekent dat het streven naar bestaanszekerheid wordt gestimuleerd voor diegenen die op basis van ongelijkheid slechter af zijn.

3. Subsidiaire verantwoordelijkheid

Verantwoordelijkheidsverdeling is een van de centrale aspecten van het sociaal recht.³⁵⁴ Dat de verantwoordelijkheid voor bestaanszekerheid wordt gedeeld door de overheid, de burger en anderen (zoals de werkgever) staat als uitgangspunt vast.³⁵⁵ De huidige verantwoordelijkheid van de overheid voor sociaal beleid is vastgelegd in de Grondwet, het ESH en in ILO-conventies.³⁵⁶ Het navenant vastleggen of benadrukken van de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer is minder goed uit de verf gekomen. Daaronder is ook te verstaan dat de werknemer juist kan zijn gebaat bij het hebben van een eigen verantwoordelijkheid, in de zin van een keuzevrijheid in plaats van bevoogding of betutteling.³⁵⁷ Subsidiariteit sluit daarom aan niet alleen bij de *plicht* om eerst een eigen oplossing te zoeken, maar ook bij het *recht* daarop. De mogelijkheid voor de werknemer om de vernietiging in te roepen van bepaalde rechtshandelingen van de werkgever is daar een voorbeeld van.³⁵⁸ De verantwoordelijkheid van bijvoorbeeld de werkgever is uitgebreid onderzocht.³⁵⁹ Met het toegenomen belang van de activerings- en

353 Van der Heijden/Noordam, p.83-85.

354 J.P. Balkenende, *Handelingen NJV 2001-II*, p.18-20. Hij benadrukt dat het begrip 'verantwoordelijkheid' in zichzelf niets zegt: het bestaat uit verantwoordelijkheidsverdeling (wie is verantwoordelijk voor wat), hoe wordt met verantwoordelijkheden omgesprongen én hoe wordt daarover ten slotte verantwoording afgelegd. De invulling van deze drie elementen wordt gevoerd door mensen maatschappijbeelden, waarbij Balkenende wijst op de joods-christelijke traditie.

355 Rijkema wijst op de ontwikkeling naar een *regulatory welfare state*, waarin de overheid meer op afstand is komen te staan en alleen de kaders aangeeft voor de invulling van de eigen verantwoordelijkheid van anderen, p.23-24.

356 Art. 19 en 20 Grondwet en (bijv.) art. 1, 4 en 12 ESH.

357 Hermans onderzoekt bijv. de verdeling van verantwoordelijkheden in samenhang met de keuzevrijheid van de werknemer, p.27-29.

358 Dat neemt niet weg dat als een werknemer er bijvoorbeeld voor kiest een onterecht ontslag niet te vernietigen en dus de verantwoordelijkheid na *die* keuze van de werknemer bij de overheid komt te liggen, een uitkering geweigerd kan worden. Er mogen voorwaarden worden gesteld aan het recht op een uitkering. De werknemer die daarvan geen gebruik wil of hoeft te maken heeft bij subsidiaire verantwoordelijkheid dus het recht om te kiezen.

359 C.F. Sparrius, *De verantwoordelijkheidsverdeling voor de inkomensbescherming van zieke werknemers*, (diss.) Shaker Publishing BV: Maastricht 2001.

ordeningsfunctie is eigenlijk de oorspronkelijke rechtsgrond van Van Rhijn weer meer centraal komen te staan:

*'De gemeenschap, georganiseerd in de staat, is aansprakelijk voor de sociale zekerheid en vrijwaring van gebrek van al haar leden, op voorwaarde dat deze leden zelf het redelijke doen, om zich die sociale zekerheid en vrijwaring tegen gebrek te verschaffen.'*³⁶⁰

Van oorsprong zat zo'n gedachte in het sociaal recht: loongrenzen beperken bijvoorbeeld de aanspraak op sociale verzekeringen tot de 'echt' zwakkeren. Boven de loongrens werd men geacht voor zichzelf te zorgen of zich particulier te verzekeren.³⁶¹ In de Sociale Nota 1995 gaf de regering zijn visie op subsidiariteit:

1. de persoonlijke verantwoordelijkheid zich privaat te verzekeren gaat vóór de verantwoordelijkheid van de gemeenschap, mits het risico op redelijke voorwaarden te verzekeren is;
2. het opvangen van een werknemersrisico binnen de arbeidsovereenkomst met een werkgever verdient de voorkeur boven een wettelijke regeling;
3. risicoverevening van werknemers op het niveau van een bedrijfstak of risicogroep heeft de voorkeur boven landelijke verevening.³⁶²

Die visie is anno 2014 niet erg veranderd getuige de parlementaire behandeling van de WWZ:

*'Het behoort tot de taken van de overheid om...te voorzien in voldoende inkomenswaarborg. De taak is echter begrensd. Zo verlangt de overheid dat betrokkenen zelf de nodige inspanningen doen om een beroep op de sociale zekerheid te voorkomen en wanneer hierop toch een beroep moet worden gedaan, dan zijn hieraan voorwaarden verbonden. Daarnaast stelt de overheid grenzen aan de duur van het beroep op de collectief gefinancierde sociale zekerheid...Daar bovenop staat het vrij aan individuen of collectieven (bijvoorbeeld van cao-partijen) om aanvullende verzekeringen overeen te komen.'*³⁶³

Bij sociale rechtsvorming gaat het er om wie *in welke mate* verantwoordelijk is.³⁶⁴ In zoverre ben ik het met Jaspers eens dat verantwoordelijkheidstoedeling een sociaalrechtelijke variabele is en geen beginsel. Uiteraard zijn in toedeling veel

360 De '*leden der gemeenschap*' uit Van Rhijn's rechtsgrond omvatten ook werkgevers, die dus net zo goed een deel van de verantwoordelijkheid dragen. Zie bijv. diverse parlementaire stukken bij Wulbz, Wet verbetering poortwachter, Wulbz II en WIA (§6.1-6.6).

361 Van der Heijden/Noordam, p.85-87. Na een beweging naar het toekennen van sociale zekerheid aan iedereen signaleren Van der Heijden/Noordam een terugkeer naar het selectief karakter van sociale zekerheid, net als Van Kessel eerder al deed. Zie ook Verburg, Van der Heijden-bundel, p.97.

362 *Kamerstukken II* 1994/95, 23 902, nrs.1-2, p.113.

363 *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, nr.C, p.71. De regering lichtte de plaats en rol van sociale zekerheid toe. Weliswaar gaat deze toelichting in op de wijzigingen van de WW, maar het geeft niettemin inzicht in de opvatting over verantwoordelijkheidsverdeling.

364 Fluit licht toe dat verantwoordelijkheid wordt toegedeeld op basis van toedelingsnormen, met overwegingen als schuld, onrechtmatigheid en causaliteit of doelstellingen als vergelding, vergoeding of solidariteit, P.S. Fluit, *Verzekeringen van solidariteit*, (diss.) Kluwer: Deventer 2001, p.4 (Fluit 2001). Toedeling is een voorwerp van gemeenschapszorg, p.10. Zie ook A. Tollenaar en M. Plantinga, 'Publieke belangen van de sociale zekerheid', *SMA* 2008/11, p.466 e.v.

gradaties aan te brengen. Welke verdeling evenwichtig is, is niet te meten.³⁶⁵ Maar dat de overheid slechts verantwoordelijk is als het individu zelf al het redelijke heeft gedaan, is -gezien ontwikkelingen zoals toenemende individualisering, meer aandacht voor doelmatigheid, nadruk op activering- niettemin (opnieuw) te benoemen als een sociaalrechtelijk beginsel.³⁶⁶ De daaropvolgende toedeling gaat meer over het invullen van wat 'al het redelijke' is, dan het beginsel zelf: eerst alleen het individu verantwoordelijk, daarna enige andere verdeling. Trefend is het beeld dat de toedeling, over wat voor het individu nog redelijk is om te doen, als 'een volumeschuifje op een mengpaneel', iets naar links of iets naar rechts wordt gezet.³⁶⁷ Voor de invulling van 'al het redelijke' is van belang dat de werknemer inzicht heeft in wat van hem wordt verwacht (kenbaarheid), maar ook het ontbreken van de plicht voor derden om bij te springen als de werknemer er voor kiest geen invulling te geven aan zijn eigen primaire rol (subsidiariteit).³⁶⁸

Het element van 'de eigen verantwoordelijkheid voor keuzes' laat zien dat deze verdeling van verantwoordelijkheid past in de besproken rechtvaardigheidstheorieën. Mensen moeten worden aangesproken op hun vermogen tot zelfsturing en probleemoplossing waarbij zij de gevolgen van de eigen keuzes zelf moeten dragen en niet afwentelen op de gemeenschap. Daar hoort wel een basisvoorziening bij voor mensen voor wie niet vanzelf 'de vrijheid om te kiezen hoe' bestaat.

4. Bescherming

Dat het sociaal recht bescherming als beginsel omarmt, staat nog steeds vast. Onder deze noemer hoort in elk geval ongelijkheidscompensatie: de bescherming van de economische zwakkere werknemer tegen de economisch sterkere werkgever, door de eerste meer rechten toe te kennen en hem op een zo juridisch gelijk mogelijk niveau als de laatste te brengen.³⁶⁹ Het gunstigheidsbeginsel past onder deze noemer. Het onderscheid met bestaanszekerheid is dat de ongelijkheidscompensatie zich ook op andere vlakken uitstrekt dan rond een minimuminkomen of toegang tot werk. Te denken is aan de ontslagbescherming, waarin de zwakkere positie van de werknemer wordt gecompenseerd bijvoorbeeld door een preventieve ontslagtoets. Behoud van een baan betekent behoud van bestaanszekerheid. Maar ontslagbescherming betekent tegelijk de bescherming van de

365 L.J.M. de Leede, 'Verdeling van verantwoordelijkheden in de sociale zekerheid', SMA 1996, p.659-662.

366 De uitgebreide literatuur over privatisering van overheidstaken ga ik niet bespreken. Ik wijs slechts op het instructieve stuk van Graat die subsidiariteit historisch plaatst in een lange Nederlandse traditie én benoemt dat subsidiariteit ook voorkomt dat teveel macht bij de overheid wordt geconcentreerd, P.A.M.J. Graat, 'Privatisering en de verantwoordelijkheid van de overheid' in: G.H. Addink, A.M. Hol en R. Knegt (red.), *Privatisering: effectiviteit en legitimiteit*, W.E.J. Tjeenk Willink: Utrecht, p.21-47, m.n. p.42-45.

367 F.M. Noordam, *Rechtsgrond en sociale zekerheid*, afscheidsrede 2006, Kluwer: Deventer 2007, p.14. Noordam meent overigens dat de rechtsgrond van de Commissie Van Rhijn geen voorrangsregel voor de individuele verantwoordelijkheid inhield, maar dat de staat het voortouw neemt. Als huidig beginsel gaat dat volgens mij niet op.

368 Met uitzondering van minimale aanspraken op bijstandsniveau.

369 Zie nog de Minister in de MvT bij de Wet Werk en Zekerheid, over het 'aan het arbeidsrecht ten grondslag liggende beginsel van ongelijkheidscompensatie', *Kamerstukken II 2013/14*, 33 818 nr.3, p.103 en 11.

maatschappelijke positie van een werknemer en zijn mogelijkheden van individuele ontplooiing en biedt dus meer bescherming dan alleen rond inkomen.

Bescherming ziet echter niet alleen op ongelijkheidscompensatie maar bijvoorbeeld ook op veilige en gezonde werkomstandigheden (verbod op kinderarbeid, bescherming bij zwangerschap, zorgplicht ter voorkoming van bedrijfsongevallen, beroepsziekten, discriminatie, (seksuele) intimidatie).³⁷⁰ Ook de bijzondere ontslagregeling van bijvoorbeeld de OR-leden, vakbondsleden of een gegevensfunctionaris Wbp is een voorbeeld van het beschermingsbeginsel.³⁷¹ Zij krijgen bescherming niet vanwege hun zwakkere positie tegenover de werkgever, maar juist omdat de wetgever mogelijke belemmeringen wilde wegnemen voor de vervulling van hun taken of voor het gebruikmaken van bepaalde toegekende bevoegdheden.

'Recht op een deel' omvat recht op een deel van de middelen (waaronder kansen) om daarmee 'de kans om eigen doelen na te streven' te hebben. Die kans, net als 'de vrijheid om te kiezen hoe' bestaat alleen als dat vanuit een veilige situatie gebeurt. Bescherming hoort daarom te worden gezien als sociaalrechtelijk beginsel.

5. Solidariteit

Als beginsel voor sociale rechtsvorming speelt solidariteit van oudsher een belangrijke rol in het arbeidsrecht én in het socialezekerheidsrecht. Wij maken deel uit van een samenleving en hebben verantwoordelijkheid te nemen voor elkaar, vanuit het respect tegenover de ander als mens. Solidariteit kan worden gedefinieerd als positieve wederzijdse ondersteuning tussen groepen of individuen.³⁷² Het is gebaseerd op een gevoel van lotsverbondenheid, het besef dat ieder de kans loopt een beroep te moeten doen op de solidariteit van anderen. Daarom bestaat er bereidheid om anderen te laten delen in de voordelen waarover men beschikt, zonder daarvoor een (gelijkwaardige) tegenprestatie te verlangen: gemeenschappelijke belangen worden gemeenschappelijk gedragen.³⁷³ Solidariteit hangt samen met eigenbelang: door anderen te helpen is er meer reden om er op te rekenen dat anderen jou zullen helpen. Sociale zekerheid is een gestandaardiseerd, professioneel gestructureerd solidariteitssysteem.³⁷⁴

370 Handvest Grondrechten EU; art. 31 lid 1: het recht op gezonde, veilige en waardige werkomstandigheden en art. 34 lid 1: het recht op toegang tot socialezekerheidsvoorzieningen die bescherming bieden in situaties van ziekte of arbeidsongevallen. Ook Asscher-Vonk 2010, p.89-91. Erkens noemt bescherming gericht op een veilige en gezonde werkomgeving één functie van het arbeidsrecht en ongelijkheidscompensatie tussen de individuele werkgever en de individuele werknemer een andere functie. Zij noemt dat de twee zijden van 'de medaille van de ongelijkheidscompensatie', Erkens, p.12-14. Ik zie het meer als de twee zijden van de medaille 'bescherming'.

371 Denk aan dienstplichtigen, OR-leden, kandidaat-OR-leden, ex-OR-leden, een toegevoegd OR-secretaris, vakbondsleden, werknemers die politieke vergaderingen bijwonen, werknemers die rechten op bepaald verlof geldend maken, deskundigen in de zin van de Arbeidsomstandighedenwet of een functionaris gegevensbescherming (art. 7:670 en 670a BW).

372 Klosse 1998, p.13. Zij vindt de solidariteit niet in inkomensvoorziening bij ziekte maar door arbeidsongeschikte werknemers daadwerkelijk aan de slag te laten, p.25.

373 Van der Heijden/Noordam, p.89 en Fluit 2001, p.29, die G.M.J. Veldkamp bespreekt.

374 Van der Heijden/Noordam, p.89, F.M. Noordam, *Rechtsgrond en sociale zekerheid*, afscheidsrede 2006, Kluwer: Deventer 2007, p.7. De solidariteit van de sociale zekerheid is een georganiseerde. De sociale groep is immers te groot om die over te laten aan natuurlijke processen.

Het 'risque social' is zowel in het arbeidsrecht als in de sociale zekerheid een voorbeeld van solidariteit. Arbeidsrechtelijk komt solidariteit verder aan bod bij collectief ontslag (solidariteit tussen generaties)³⁷⁵ of bij de rol van vakorganisaties bij cao's en sociaal plannen (solidariteit tussen gebonden en ongebonden). Ook de institutionele theorie, waarbij het individuele belang soms moet wijken voor het collectieve goed, is zo'n voorbeeld.

In de sociale zekerheid uit zich dat bijvoorbeeld in bekostiging van voorzieningen uit algemene middelen, premieverschuldigheid zonder dat risico wordt gelopen of vaste uitkeringen bij inkomensafhankelijke premies. Gedwongen solidariteit is daarbij mogelijk.³⁷⁶ Mak meent dat solidariteit in nauw verband staat tot sociale rechtvaardigheid en soms zelfs als synoniem wordt gebruikt.³⁷⁷ Ook Fluit ziet hiertussen een nauw verband. Solidariteit in normatieve zin kan moeilijk worden gedefinieerd maar wel worden gezien als de mate waarin het dragen van lasten is toegedeeld aan het individu of aan een collectief, waarbij binnen het collectief een herverdeling van lasten plaatsvindt.³⁷⁸ Hoe collectiever, hoe meer solidair.³⁷⁹

Sociale verzekeringen zijn per definitie solidair omdat zij de strikte private verzekeringsgedachte van evenredigheid tussen premie, risico en uitkering (equivalentie) los laten.³⁸⁰ Het herverdelen van kosten en opbrengsten tussen hogere en lagere inkomens wordt 'verticale solidariteit' genoemd (hogere inkomens betalen meer premie) en tussen groepen individuen met een gedeeld maar variabel risico 'horizontale solidariteit' (bepaalde groepen betalen dezelfde premie bij een lager risico).³⁸¹

Bij het leggen van een verband met de rechtvaardigheidstheorie spreekt haast voor zich dat de gedachte 'gebruik ongelijkheden ten behoeve van de minst bedeelden' de verbinding vormt tussen solidariteit en sociale rechtvaardigheid. Toevallige voordelen van de een moeten worden ingezet ten behoeve van een ander die dat voordeel niet heeft.

6. Insluiting

Met Vonk wil ik insluiting als sociaalrechtelijk beginsel noemen. Het voorkómen van sociale uitsluiting en de gedachte dat de burger moet (kunnen) deelnemen naar de mate van zijn vermogen, zijn noties die lang in het sociaal recht

375 In het afspiegelingsbeginsel kan het betekenen dat een oudere werknemer met een lang dienstverband moet wijken voor iemand uit een jongere generatie, met minder dienstjaren.

376 Zelfs als dat in strijd zou zijn met mededingingsrecht en vrijhandelsgedachten, Vonk/Katrougalos, p.87-88.

377 C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Kluwer Law International: Alphen aan den Rijn 2008, p.201-206 en 286-289.

378 Fluit 2001, p. 4-5, 11-12 en 32.

379 Zie ook § 4.4.3.

380 Hermans, p.30-31, Fluit 2001, p.33-38. Bij de equivalentiegedachte die hoort bij een verzekering staan meer centraal het evenredig verband tussen premie en risico en tussen premie en schadeuitkering. Die gedachte past meer bij ruilrechtvaardigheid dan verdelende rechtvaardigheid, §4.5.2.

381 Klosse 1998, p.13. Beide vormen kunnen naast elkaar voorkomen: bijvoorbeeld als iedere werknemer 1% premie betaalt. Hermans benoemt nog andere vormen van solidariteit, p.30-31.

hebben bestaan.³⁸² De nadruk op arbeidsmarktdeelname via een betaalde baan en activering van het daarvoor aanwezig vermogen is de afgelopen decennia prominent aan de orde geweest. Op Prinsjesdag 2013 werd de term 'participatiemaatschappij' gelanceerd. Die participatie stond vaak in het teken van betaalbaarheid van het sociale stelsel vanwege de vergrijzing en de enorme vlucht die het beroep op de arbeidsongeschiktheidsregelingen had genomen. Voorbeelden zijn het streven naar participatie van bijvoorbeeld meer vrouwen (Taskforce deeltijdarbeid) en re-integratie van gedeeltelijk arbeidsgeschikten. Maar een daarvan losstaand fenomeen zoals het beschermde werken (WSW) valt net zo goed onder insluiting.

Zeker zo wezenlijk is de immateriële kant van insluiting: werk verbetert ook het welbevinden van de werknemer.³⁸³ Mij spreekt in dat verband de stelling van Marella aan, dat sociale rechtvaardigheid om deze reden in nauw verband staat met 'equality',³⁸⁴ maar dan wel vanwege recht op gelijkheid van kansen of Jaspers' 'kans op zelfontplooiing'.³⁸⁵ Tegenwoordig bestaat een toenemende zorg over tweedeling op de arbeidsmarkt, tussen insiders en outsiders.³⁸⁶ Insluiting als beginsel wint daardoor alleen nog maar meer aan belang omdat het sociale cohesie bevordert. Hermans wijst in dat verband op de internationale basis van het principe van insluiting van kwetsbare groepen.³⁸⁷

Insluiten betekent overigens investeren. Sociale zekerheid moet zijn gericht op het ondersteunen van de mogelijkheden en capaciteiten van mensen om duurzaam te participeren in de samenleving. Er ligt daarom een verband met bestaanszekerheid in de zin van investeringen in werkzekerheid. Verder is het insluitingsbeginsel wederkerig. Het omvat ook een plicht van de burger om bijvoorbeeld, vanwege het belang van de gemeenschap, beschikbaar te zijn en werk te aanvaarden. Een relatie met subsidiaire verantwoordelijkheid is dus aanwezig. Ten slotte raakt het aan bescherming en van inkomen. Deze raakvlakken met andere waarden en beginselen neemt niet weg dat insluiting een algemeen, richtinggevend oriëntatiepunt is, dat wordt aangevoerd ter rechtvaardiging van de meer concrete normen in het recht en zo de eenheid en samenhang binnen het rechtssysteem bevordert.

Het 'recht op een deel', de 'kans om eigen doelen na te streven' en 'de vrijheid om te kiezen hoe' zijn elementen uit sociale rechtvaardigheid die hier een rol spelen.³⁸⁸

382 Zie hoofdstuk 5, de aandacht was soms wat weggeëbd.

383 Zie §1.1.4.

384 'While the social meaning of dignity is strictly related to the *equality* principle, the core question regarding today's dominant concept of dignity (d.w.z. de Kantiaanse gelijkwaardigheid van mensen, als mens md) is its unclear connection to *liberty*', Marella, p.126 (cursief md).

385 Henrard legt verband tussen de plicht om bijvoorbeeld voor gehandicapten redelijke aanpassingen op de werkplek door te voeren en het gelijkheidsstreven, meer bepaald het streven naar reële gelijkheid in de vorm van gelijkheid van kansen. Door aanpassingen kunnen inhoudelijk gelijke, gelijkwaardige deelname aan het maatschappelijk leven worden gegarandeerd, K. Henrard, 'Plichten tot redelijke aanpassingen: waarom zij niet enkel relevant zijn voor personen met een handicap', *TAP Special* nr. 3, 2011, p.19-20, Jaspers als besproken in § 4.6.9.

386 Bijvoorbeeld Verburg, Van der Heijden-bundel, p.102-103.

387 Hermans, p.417-418.

388 Bij deze opsomming van zes zie ik gelijke behandeling/non-discriminatie, subsidiaire verantwoordelijkheid en insluiting als rechtsbeginselen en bescherming, bestaanszekerheid en solidariteit als waarden.

Deze zes waarden en beginselen vormen mijn catalogus. Knegt ziet drie stromingen als het gaat om het denken over de doeleinden van het arbeidsrecht: de reformisten (die vasthouden aan de bestaande doelen, maar die anders willen inrichten), de radicalen (die niet tevreden zijn met de huidige doeleinden en die opnieuw proberen te bepalen) en de relativisten (die menen dat doeleinden niet te stellen zijn en die willen laten afhangen van de veranderlijke verhoudingen waarop het recht van toepassing moet zijn).³⁸⁹ Uit die driedeling van Knegt neem ik een aspect van elk over: behoud van een aantal gekende waarden en beginselen, omdat die bijdragen aan wenselijke doelen, met toevoeging van één of twee -min of meer- nieuwe (insluiting en subsidiaire verantwoordelijkheid). Het is tegelijkertijd niet mijn bedoeling de waarden en beginselen van sociale rechtsvorming te fixeren. Fase stelt terecht dat sociaal recht en opvattingen in de samenleving nauw samenhangen.³⁹⁰ De uitwerking van sociale rechtvaardigheid is niet vast maar vloeibaar, afhankelijk van de tijdsgeest.³⁹¹ Werd ouderdom in 1913 bijvoorbeeld nog gelijk gesteld aan invaliditeit, tegenwoordig ligt juist de nadruk op het arbeidsvermogen van oudere werknemers en moeten zij koste wat kost aan de gang blijven. In hoeverre in deze waarden en beginselen ook de gesignaleerde paradigmawisseling van beschermend naar dienend arbeidsrecht terug te zien is, is lastiger vast te stellen. Subsidiaire verantwoordelijkheid sluit daar wel bij aan, maar insluiting lijkt daarentegen meer beschermend te zijn.

4.7.2 Waarden, rechtsbeginselen en de OMC: pleidooi voor een beginseltoets

Nu vaststaat wat sociaalrechtelijk de leidende waarden en rechtsbeginselen zijn in Nederland, is de vervolgvraag hoe die in sociale rechtsvorming zijn te borgen, zodat een sociaal rechtvaardige uitkomst kan ontstaan. Bij de vorming van sociaal recht is de belangrijkste rol weggelegd voor de wetgever.³⁹² Uitgangspunt moet zijn dat de wetgever aan alle algemene rechtsbeginselen (coherentie, doelmatigheid, rechtszekerheid, evenredigheid, gelijke rechtsbedeling) zal voldoen. Maar dat is niet genoeg:

*'Modellen en kwantificeringen...kunnen voor het recht uiterst nuttig zijn. Maar verklaringen van feiten en doelmatigheidsoordelen vormen nog geen recht. Het arbeidsrecht blijft essentieel een gebied van waarde-oordelen, van rechtvaardigheid.'*³⁹³

Het waarborgen van rechtvaardigheid via de waarden en profane rechtsbeginselen is moeilijk. Ik stel vast dat het streven naar sociale rechtvaardiging centraal moet

389 R. Knegt, 'The Idea of Labour Law', *TRA* 2014/20.

390 Fase 2001, p.249-250, ook Van den Berg, p.74, die instemmend Berting citeert dat rechtvaardigheid relatief is, omdat die 'berust op een naar tijd en plaats verschillend geheel van normen dat in de publieke opinie verankerd is.'

391 Dat is nog weer iets anders dan de politieke en economische realiteit, die natuurlijk de haalbaarheid bepaalt van wat op enig moment als sociaal rechtvaardig wordt beschouwd. Donner meent dat in een democratische rechtsstaat geen onbetwiste, objectieve vorm van rechtvaardigheid bestaat, *Advocatenblad*, september 2014, p.19.

392 Zie § 4.2.3.

393 M.G. Levenbach, 'Veertig jaar arbeidsrecht', Afscheidscollege Amsterdam, 8 oktober 1966, in: H.L. Bakels (red.), *Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, Deventer: Kluwer 1977, p.26.

staan, want dat betekent dat wij recht kunnen doen aan ieders menselijke waardigheid. Dat betekent dat bij sociale rechtsvorming rekening moet worden gehouden met waarden en rechtsbeginselen. Daarbij is van belang dat geen rangorde is aan-gegeven: elk is evenveel 'waard'.

Scholten stelt dat recht wordt gemaakt door afweging van beginselen, dus 'rekening houden' betekent laten zien welke afwegingen tussen de zes waarden en rechtsbeginselen hebben plaatsgevonden. Die afweging is van belang want het leidt eerder tot een meer inhoudelijke, principiële discussie over het waarom van bepaalde maatregelen. Als duidelijk is wie welke afwegingen maakt, maakt dat meteen duidelijker waar partijen voor staan. Dat kan polariseren, maar dat acht ik op zichzelf niet verkeerd: een debat over waarden en beginselen gaat ten minste ergens over. De Raad van State sprak in april 2014 zijn zorg uit dat wetgeving 'soms het karakter krijgt van een wegwerpartikel'.³⁹⁴ Een afweging van waarden en beginselen waarborgt ook een zekere continuïteit, een dam tegen te lichtvaardig verder 'sleutelen'. Eekhof-De Vries signaleerde bijvoorbeeld dat bij de invoering van de Wulbz 'met essentiële en bewezen waarden toen heel onzorgvuldig is omgegaan'.³⁹⁵ De Raad voor de Rechtspraak noemt onze wetten 'als het ware de spiegel' van onze normen en waarden. Toch krijgt wetgeving niet de zorg die ze verdient: 'Spoedklussen', voortvloeiend uit het meest recente regeerakkoord, lijken meer juridisch-technische en minder sexy wetgeving naar de achtergrond te drukken.³⁹⁶ Een afweging van waarden en beginselen bij rechtsvorming kan helpen deze kritiek weg te nemen.

Ik pleit daarom voor een stelregel van 'apply and explain' bij sociale rechtsvorming. De inspiratie daarvoor haal ik uit de aanpak van 'comply or explain', een methode bij verschillende gedrags- en governancecodes waarin regels moeten worden toegepast óf moet worden gemotiveerd waarom ze niet worden gevolgd. Bij 'apply and explain' bespreekt de wetgever bij sociale rechtsvorming elk van de zes waarden en beginselen en welke invloed die hebben op voorgestelde regelgeving ('apply').³⁹⁷ Als ze niet specifiek terugkomen bij voorgestelde regelgeving of een afweging ten gunste van een andere waarde of rechtsbeginsel is gemaakt, moet worden gemotiveerd waarom de afweging zo is uitgevallen ('and explain'). Alleen op deze manier wordt zichtbaar of sociaal rechtvaardig recht wordt gevormd.

Om maar in de Engelstalige aforismen te blijven: tot nu is de aandacht voor waarden en beginselen teveel 'don't ask, don't tell'. In de rechtsvorming wordt daarvoor door het parlement weinig aandacht gevraagd; de regering wijdt daaraan in wetsontwerpen en de toelichting daarop ook weinig woorden.³⁹⁸ Voorgestelde maatregelen

394 Opmaat arbeidsrecht nieuwsbericht 2014/266.

395 W.M.G. Eekhof-De Vries, *Handelingen NJV 2001-II*, p.12. Volgens haar kan gerichte begeleiding als vroeger rond het ontstaan van ongeschiktheid langdurend verzuim en toeglijden naar de WAO voorkomen. De poortwachter bij de ingang van de WAO staat op de verkeerde plaats.

396 Raad voor de Rechtspraak, Jaarbericht 2013, www.jaarverslagrechtspraak.nl/pagina/voorzitter-over-kwaliteit_geraadpleegd_op_29_mei_2014.

397 Of waarom een andere waarde of een ander rechtsbeginsel dan de zes genoemde in het concrete geval invloed zou moeten hebben op de voorgestelde regelgeving.

398 Zie hoofdstuk 5.

voornamelijk motiveren met bijvoorbeeld budgettaire overwegingen of de wens het arbeidsongeschiktheidsvolume terug te brengen, maakt wetgeving nog niet rechtvaardig. Het verwijzen naar voorhanden particuliere alternatieven, zoals verzekeringen, bij het afschaffen van voorheen collectieve regelingen zegt niets over het dieperliggende 'waarom'. Zo'n wetgeving verwordt dan tot een visnet waarmee ingeboekte bezuinigingen worden 'opgehaald'; er moet meer normatieve lef komen.³⁹⁹ Arbeidseconoom Hartog omschreef het beeldend:

*'Juist een oppermachtige instantie moet transparant zijn, overtuigen in zijn argumenten. Een overheid zonder principes en zonder ratio wordt een verknipte Zonnekoning gekleed in het bonte mozaïek van het clownspak, volgeplakt met kleurrijke gelegenheidsargumenten.'*⁴⁰⁰

Volgens Balkenende vindt er in het wetgevingsproces wel degelijk een waardendiscussie plaats. Een beginselentoets kan helpen om de sociaalrechtelijke waarden scherper en systematischer te belichten, maar kan volgens hem niet in de plaats treden van een waardengeoriënteerd sociaalrechtelijk politiek debat.⁴⁰¹ Of dat juist is of niet laat ik in het midden, omdat een beginselentoets die 'alleen maar' een hulpmiddel is al waardevol kan zijn. Noordam wijst erop dat het vereiste dat wetgeving gemotiveerd moet zijn, betekent dat bewust, helder en inzichtelijk verantwoording moet worden afgelegd door de wetgever van het rekeningen houden met de verschillende waarden die in het sociaal recht een rol spelen.⁴⁰²

Ook Klosse wijst erop dat waardenrationaliteit bij sociale rechtsvorming vóór zou moeten gaan op economische rationaliteiten, maar dat dit lastig te verwezenlijken is. Nederland maakt immers deel uit van de EU, waarin die economische rationaliteit een zeer belangrijke rol speelt. Sommige beslissingen op het gebied van sociale zekerheid zijn in feite dienstbaar aan economische en monetaire doelstellingen. Haar vraag was welke ruimte bestaat om Nederlandse waarden een rol in sociale rechtsvorming te kunnen geven tegen een Europese achtergrond. Het meer aanhaken bij de grondrechten uit het Handvest van de Grondrechten EU zou behulpzaam kunnen zijn.⁴⁰³ Wellicht onbedoeld komen haar opmerkingen neer op een pleidooi voor de OMC. Daarin wordt ruimte gegeven voor nationale bijzonderheden bij sociaal beleid, dat nevengeacht wordt geacht aan economisch en monetair beleid, zolang dat sociaal beleid maar de sociale rechtvaardigheid bevordert.

399 F.M. Noordam, 'Sociale zekerheid maal kwaliteit is somberheid', *SMA* 1999/1, p.18-28. Al in het Beleidsplan 'Zicht op wetgeving' besefte de wetgever dat wetten vaak onvoldoende doordacht waren en dat de juridische kwaliteit onder druk stond. Er zou onder andere meer aandacht moeten komen voor rechtsbeginselen (*Kamerstukken II* 1990/91, 22 008, nr.2, p.17-18 en 24-25).

400 J. Hartog, 'Bescherming: op de hand gewogen', Van der Heijden-bundel, p.28.

401 *Handelingen NJV* 2001-II, p.20.

402 F.M. Noordam, *Handelingen NJV* 2001-II, p.33. Jaspers, die een voorstander is van een waardentoets, noemde als bijkomend voordeel van 'waardenrationaliteit' dat de wetgever zich tegelijk rekenschap kan geven van het hoe en waarom van de technieken van sociaalrechtelijke rechtsvorming die de wetgever ten dienste staan. Die technieken worden besproken in § 4.7.4.

403 S. Klosse, *Handelingen NJV* 2001-II, p.52-54.

Mijn slotsom is daarom dat bij de Nederlandse sociale rechtsvorming een 'beginselentoets' nodig is omdat zo duidelijk kan worden *hoe* sociaal rechtvaardig nieuwe wet- en regelgeving is.⁴⁰⁴ Dat is weer nodig omdat vrijwel elke sociale regelgeving een invulling is van de OMC. De beginselentoets geeft zekerheid dat de ruimte die binnen de OMC voor de Nederlandse wetgever bestaat, wordt benut met inachtneming van de normatieve beperkingen. Immers welke weg ook wordt gekozen, het streven naar flexicuritydoelen moet altijd blijven binnen de grenzen van menselijke waardigheid en het bevorderen van sociale rechtvaardigheid.⁴⁰⁵

Met zo'n beginselentoets alleen is het *bereiken* van flexicuritydoelen overigens nog niet in beeld. Hoe verwerven die doelen een plek in sociale rechtsvorming?

4.7.3 Waarden, rechtsbeginselen en flexicuritydoelen: pleidooi voor een flexicuritytoelichting

Uit de beginselentoets kan volgen dat aan enige waarde of beginsel geen werking is toegekend bij bepaalde rechtsvorming, omdat die geen bijzondere betrekking heeft op het onderwerp. Ik geef een voorbeeld. Het invoeren van een recht op scholing in het BW voor werknemers (artikel 7:611a BW) houdt niet direct verband met gelijke behandeling, maar wel met bescherming, insluiting, bestaanszekerheid, subsidiaire verantwoordelijkheid en solidariteit. De uitkomst van de beginselentoets zorgt dat duidelijk wordt welke afweging tussen toepasselijke waarden en beginselen is gemaakt. Bij scholing zouden bescherming en bestaanszekerheid er voor kunnen pleiten de werkgever verantwoordelijk te houden voor die opleiding van werknemers, die van belang is voor de uitoefening van de eigen functie en/of om ontslag te voorkomen. De grens bij het scholingsrecht van de werknemer zou te trekken zijn bij scholing ter verhoging van inzetbaarheid op de arbeidsmarkt in het algemeen. Zulke scholing zou afhankelijk van mens- en maatschappijbeeld in de ene afweging uit het oogpunt van insluiting en solidariteit als een collectief aan te bieden voorziening kunnen worden gezien. Maar een andere legitieme afweging kan die scholing als subsidiaire verantwoordelijkheid aanmerken: elke werknemer is in eerste instantie zelf verantwoordelijk zichzelf 'employable' te houden.

Inzicht in de afweging maakt nog niet dat daarmee aan flexicuritydoelstellingen wordt gewerkt. Als de flexicuritydoelstelling is het bevorderen van werkgelegenheid en het faciliteren van arbeidsmarktobiliteit (*Common Principle 1 en 4*) dan is duidelijk dat bij de tweede afweging bij scholing (werknemer is zelf verantwoordelijk) geen bijdrage wordt geleverd aan het bereiken van flexicuritydoelstellingen. Er vindt geen 'bevordering' of facilitering plaats én er zijn serieuze vraagtekens te zetten of de zelf verantwoordelijke werknemer tijdens zijn dienstverband wel daadwerkelijk

404 Ik gebruik hier het begrip 'beginselentoets', waarbij het gaat om de toetsing aan waarden en beginselen, bijvoorbeeld de zes die ik heb geformuleerd.

405 Zie ook § 4.1.

zoveel zal investeren in zijn eigen arbeidsmarktmobilititeit. De kans dat flexicuritydoelstellingen worden gehaald, is bij de eerste afweging (scholing als collectief aan te bieden voorziening) groter.

Tegelijkertijd vraagt flexicurity ook een balans in de rechten en verantwoordelijkheden van alle betrokkenen (*Common Principle 3*). Als die collectieve voorziening alleen door werkgevers zou moeten worden betaald, kan het evenwicht in rechten en verantwoordelijkheden verstoord raken. Een legitieme flexicurityafweging zou daarom kunnen zijn dat evenwicht wordt gevonden doordat de rechten en verplichtingen rond scholing die samenhangen met de specifieke arbeidsovereenkomst bij de werkgever liggen, maar dat die voor de arbeidsmarktpositie in het algemeen bij de werknemer zelf liggen, die immers weet wat hij kan en wil. De verplichting van de overheid zou er dan bijvoorbeeld in kunnen liggen een hogere uitkering bij werkloosheid te verstrekken, als de werknemer heeft gewerkt aan zijn *employability*.

Een ander voorbeeld. In het kader van bescherming, insluiting en bestaanszekerheid worden flexibele contracten in bepaalde branches 'verboden'. De subsidiaire verantwoordelijkheid kan echter meebrengen dat als zo'n contract daadwerkelijk voorziet in een behoefte van werknemers, er geen noodzaak is in te grijpen. De werknemer zou onder dat beginsel het recht hebben te kiezen voor zo'n contract. Gelijke behandeling kan bovendien betekenen dat een onderscheid discutabel is, tussen branches waarin zo'n contract wel of niet mogelijk blijft. Als de afweging uitvalt in het voordeel van een verbod dan kan dat problematisch zijn voor de flexicuritydoelstellingen. Een Lidstaat moet immers zorgen voor betrouwbare contractuele relaties en stabiele tewerkstelling (*Common Principle 2 en 4*) maar tegelijkertijd voor voldoende contractuele flexibiliteit (*Common Principle 5*). Met de keuze voor een verbod wordt wel aan de ene maar niet aan de andere flexicuritydoelstelling voldaan.

Mijn conclusie is dat een Lidstaat onder toepassing en afweging van rechtsbeginselen kan werken aan een of meerdere *Common Principles*, terwijl dat ten koste kan gaan van een of meer andere *Common Principles*. De OMC staat dat in principe toe, maar tegelijkertijd mag dat er ook niet toe leiden dat het totaal aan flexicuritydoelstellingen niet wordt gehaald. Een wetgever die stevast kiest voor 'voldoende contractuele flexibiliteit', waardoor er bijvoorbeeld van de bevordering of facilitering van arbeidsmarktmobilititeit of stabiele tewerkstelling feitelijk niets terecht komt, is per saldo niet bezig met het halen van de flexicuritydoelstellingen. Evenwicht is ook hier een uitgangspunt.

Net als bij de waarden en beginselen pleit ik voor het geven van inzicht op welke flexicuritydoelstelling met een specifieke maatregel wordt gedoeld. Ik noem dit de flexicuritytoelichting: de wetgever licht toe welk *Common Principle* met een concrete maatregel wordt gediend. Zo'n toelichting heeft vijf effecten:

- Ten eerste maakt het noodzakelijk tot een toelichting flexicurity tot onderdeel van het wegingskader bij sociale rechtsvorming. Het is transparant en legt bij sociale rechtsvorming een expliciet verband tussen Europees werkgelegenheidsbeleid en nationale regelgeving. Het heeft niet de functie van 'rechtvaardiging tegenover

- Brussel' maar het maakt inzichtelijk dat het werken aan flexicurity serieus ter hand wordt genomen.
- Belangrijk effect is ook dat, door het onderdeel te maken van het wegingskader vooraf, tegemoet kan worden gekomen aan de kritiek op flexicurity. Een van die kritiekpunten was dat door de vaagheid van het concept ieder er elementen zou uitpikken die het beste in zijn straatje passen. Een ander kritiekpunt was dat voorzichtigheid en terughoudendheid uit het oog kunnen worden verloren bij de hervorming van sociale systemen die zich bewezen hebben (§ 3.5.3). Met het geven van een flexicuritytoelichting wordt de zorgvuldigheid van de besluitvorming verhoogd, door van de wetgever vooraf een motivering te vragen. Dat maakt het lastiger *achteraf* selectief regelgeving aan te wijzen als 'flexicuritymaatregel' als dat een Lidstaat goed uitkomt. Het noopt tevens tot voorzichtigheid en terughoudendheid en voorkomt daarmee het hap-snap op de schop nemen van wetgeving.
 - Ten derde draagt het enkele feit van deze toelichting al bij aan het bereiken van de flexicuritydoelstellingen. *Common Principle 3* vraagt namelijk om het effectief monitoren van de voortgang bij flexicurity-arrangementen. De toelichting zie ik als onderdeel van zo'n effectieve monitoring.
 - Het vierde effect ligt in het verlengde daarvan. De evenwichtigheid van de maatregelen op flexicuritygebied moet in de gaten worden gehouden. Als in de rechtsvorming aandacht bestaat voor welke flexicuritydoelstelling centraal staat, kan tijdig worden bijgestuurd om de evenwichtigheid van het totale flexicuritybeleid te waarborgen.
 - Ten vijfde wordt zo bij een voorgestelde maatregel bewust stilgestaan bij de doeleinden die flexicurity beoogt te realiseren. Expliciete aandacht daarvoor kan er toe leiden dat al in de ontwerpfase wordt gekozen voor effectievere varianten vanuit flexicurityperspectief. De vooronderstelling bij het geven van de flexicuritytoelichting is dat de voorgestelde maatregel in elk geval verenigbaar is met één leidend sociaalrechtelijk beginsel. Is dat niet zo, dan streeft die maatregel niet naar sociale rechtvaardigheid wat wel het doel is bij flexicuritybeleid.

Praktisch gezien hoeft het hanteren van een beginseltoets en het geven van een flexicuritytoelichting niet ingewikkeld te zijn. In de Memorie van Toelichting bij elk wetsvoorstel worden als standaardonderdelen de administratieve lastendruk, de belasting voor de rechterlijke macht en de kosten behandeld. De beginseltoets en de flexicuritytoelichting kunnen een soortgelijke plaats krijgen in het wetgevings-traject. Ook kan de Raad van State een rol krijgen bij het waarborgen dat de beginseltoets wordt toegepast en de flexicuritytoelichting wordt gegeven.

4.7.4 Waarden en beginselen of flexicurity: pleidooi voor een voorrangregel

Bij rechtsvorming kruisen de waarden en beginselen en flexicurity dáár met elkaar waar zij elkaar dwars zitten. Als toepassing van een bepaald beginsel in plaats van een ander beginsel leidt tot bepaalde wetgeving en die wetgeving dient enig flexicuritydoel, dan is er geen probleem. Dat een andere afweging mogelijk zou zijn, waarmee naar een ander flexicuritydoel zou worden gestreefd doet er naar mijn mening niet

toe. De vrijheid voor Lidstaten om zelf te kiezen voor de invulling die zij geven aan het streven naar flexicuritydoelstellingen maakt de inhoud van de keuze irrelevant, zolang maar enig flexicuritydoel wordt gediend. Het subsidiariteitsbeginsel (§ 3.2.1) zorgt ervoor dat de keuze van de Lidstaat leidend is.

Dat wordt anders als beginselen worden toegepast of afgewogen, waarbij geen enkel flexicuritydoel wordt nagestreefd.⁴⁰⁶ Ook wordt het anders als in de afweging steeds één en hetzelfde flexicuritydoel wordt benoemd, waardoor het evenwicht in het totaalpakket van flexicurity is verstoord. Als de wetgever bijvoorbeeld alleen maar verwijst naar het flexicuritydoel contractuele flexibiliteit of breder alleen maar naar flexicuritydoelen die zich richten op flexibiliteit, dan wordt niet meer aan een *flexicuritydoel* gewerkt, maar alleen aan flexibiliteit. Afweging van waarden en beginselen met flexicuritydoelen strijden dan met elkaar; de *'positive sum game'* waar Wiltshagen over spreekt (aandacht voor flexicurity moet voordelen voor zowel werkgever als werknemer opleveren) ontbreekt dan.⁴⁰⁷

Voor die beide gevallen zou ik een voorrangregel willen bepleiten: de Lidstaat moet de voorgenomen maatregel zodanig aanpassen dat wél een flexicuritydoel wordt gediend. Het nastreven van flexicuritydoelstellingen krijgt voorrang boven de vrijheid een eigen afweging van waarden en beginselen te maken. De reden daarvoor is dat die vrijheid procedureel van aard is, terwijl de flexicuritydoelstellingen materieel van aard zijn. De inhoud moet steeds voorgaan; de procedure staat daar in dienst van. Of nog anders gezegd: de afwegingsbevoegdheid mag worden gebruikt *zolang* het flexicuritydoelen dient.

Een voorrangregel kan op twee manieren werken. De eerste variant is dat de Lidstaat de afweging van waarden en beginselen niet wijzigt, maar door een andere vormgeving van de voorgenomen regeling zorgt dat er wel wordt gewerkt aan een flexicuritydoel. Voor de vormgeving is gebruik te maken van verschillende juridische technieken, die in de volgende paragraaf worden besproken. De tweede variant is dat een nieuwe afweging van waarden en beginselen plaats moet vinden wat in de regel ingrijpender is. Een andere situatie betreft het geval dat de waarden- en beginselen-afweging leidt tot het dienen van één bepaald flexicuritydoel, terwijl een andere afweging zou leiden tot het dienen van meerdere flexicuritydoelen. Ook hier meen ik dat subsidiariteit er voor zorgt dat die eerste afweging legitiem door de Lidstaat kan worden gemaakt. Voor toepassing van de voorrangregel, in de zin dat de Lidstaat verplicht zou worden te kiezen voor het dienen van *zoveel mogelijk* flexicuritydoelen, is daardoor geen ruimte.⁴⁰⁸

406 Stel bijvoorbeeld dat een Lidstaat het wettelijk minimumloon zou verhogen naar € 3.000,- per maand, vanwege bestaanszekerheid, bescherming en solidariteit. Zo'n minimumloon helpt niet om flexicuritydoelen te bereiken: het is niet flexibel, stimuleert niet het levenslang leren, levert geen duurzaam betaalbaar systeem van sociale bescherming, geeft geen opstapje naar stabiele tewerkstelling, is geen eerlijke verdeling van kosten etc.

407 Zie § 3.4.1.

408 Er ontbreekt verder prioritisering van verschillende vormen van flexibiliteit én hoeveel flexibiliteit of zekerheid adequaat is. Daarvoor zou nader onderzoek moeten volgen.

De vraag is of een voorrangsregel niet vooral theorie zal blijven. Criticasters hebben immers opgemerkt dat de *Common Principles* zo algemeen en vaag zijn, dat een maatregel altijd wel onder een of ander flexicuritydoel te brengen zal zijn. Wellicht gaat dat op voor de eerste situatie dat geen enkel flexicuritydoel kan worden benoemd. Uit de moeite die het kost een voorbeeld te bedenken, blijkt al wel dat dit zich zelden zal voordoen. Maar in het tweede voorbeeld, dat steeds een zelfde of een zelfde soort flexicuritydoel wordt gediend waardoor de essentie van flexicurity (zowel zekerheid als flexibiliteit) in het gedrang komt, kan het wel helpen. Een ander gevaar waardoor de voorrangsregel een academische exercitie zou kunnen blijven is de uitvoering. Wie ziet toe op de voorrangsregel? Gelet op het systeem van artikel 148 VWEU ligt het meest voor de hand dat de Raad en Commissie concluderen dat er een situatie bestaat waarin flexicuritydoelstellingen door de eigen afwegingen niet zijn gediend. De Raad zou de voorrangsregel dan mee moeten laten wegen als hij aanbevelingen aan de Lidstaten uitbrengt. Eerder constateerde ik al dat het streven naar flexicuritydoelen onderdeel is van Europees werkgelegenheidsbeleid (*soft law*) en dat 'afdwingen' daarvan moet worden overgelaten aan de politiek. Voor de theoretische kadervorming is de voorrangsregel geschikt; de praktische toepassing blijft nog steeds *soft law*.

4.7.5 OMC en juridische technieken

Ik heb aangegeven welke leidende sociaalrechtelijke waarden en rechtsbeginselen in Nederland een rol spelen bij sociale rechtsvorming, waarom de wetgever inzicht zou moeten geven in de toepassing van die waarden en beginselen en welke afwegingen daartussen zijn gemaakt én dat belangrijk is dat de wetgever toelicht welke flexicuritydoelen worden nagestreefd. Er zijn vervolgens verschillende methoden om de waarden en vooral de rechtsbeginselen door te laten werken in het positieve recht of om daarmee de flexicuritydoelen na te streven. Van der Heijden/Noordam hebben een aantal manieren benoemd.⁴⁰⁹ Er wordt een onderscheid gemaakt in sociaalrechtelijke variabelen, die betrekking hebben op de aspecten in een regeling waarmee maatwerk is te bieden en sociaalrechtelijke methoden en technieken, die betrekking hebben op de technische vormgeving van een regeling.

Sociaalrechtelijke variabelen

Bij elke regelgevende activiteit die leidt tot sociale rechtsvorming moeten de waarden en beginselen in acht worden genomen. Door toepassing van variabelen kan tegelijkertijd worden ingespeeld op maatschappelijke ontwikkelingen en trends. Bescherming is bijvoorbeeld een waarde, maar via wijzigingen in de kring van beschermden kan worden 'meebewogen' met ontwikkelingen in de samenleving. Zo leidt de toename van het aantal zzp'ers, die deels onvrijwillig in die positie zijn terecht gekomen, ertoe dat aan hen bescherming kan worden gegeven door bijvoorbeeld de werkingssfeer van de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag aan te passen.

409 Van der Heijden/Noordam, p.95-113.

Er worden vier variabelen onderscheiden:

- De werkingssfeer: in de werkingssfeer kan de toepasselijkheid van bepaalde wetgeving op maat worden gesneden. Die werkingssfeer bestaat uit twee onderdelen, namelijk de kring van beschermden en de kring van organisaties. Voor het arbeidsrecht zijn de rechtsvermoedens van artikel 7:610 en 7:610b BW een voorbeeld waarbij de kring van beschermden wordt uitgebreid om ook bepaalde flexibele arbeid onder de bescherming van het arbeidsrecht te kunnen brengen.⁴¹⁰ De uitsluiting van vennootschappelijke statutair bestuurders van artikel 6 BBA 1945 is een voorbeeld van aanpassing naar de andere kant.⁴¹¹ Ook voor artikel 7:658 lid 4 BW geldt dat de kring van beschermden breder is dan alleen werknemers.⁴¹² In de sociale zekerheid is te denken aan gelijkgesteldenbepalingen in werknemersverzekeringen.⁴¹³ Een ander vorm hiervan is door Peters besproken: het maken van onderscheid naar omvang van het bedrijf.⁴¹⁴ Niet zo zeer de kring van beschermden zelf wordt aangepast maar de kring van organisaties waarbinnen een kring van beschermden geldt, kan wisselen. De Wet aanpassing arbeidsduur is bijvoorbeeld niet van toepassing op werkgevers met minder dan tien werknemers. De plicht om een ondernemingsraad in te stellen speelt alleen bij een onderneming die in de regel meer dan 50 werknemers in dienst heeft. Een voorbeeld waarbij een combinatie van beide kringen een rol speelt, is het bepaalde artikel 7:673a en 673d BW.⁴¹⁵ Tot 1 januari 2020 is bij ontslag aan bepaalde werknemers die ouder zijn dan 50 jaar een recht toegekend op een hogere transitievergoeding, dan die geldt voor jongere werknemers. De kring van beschermden is aangepast. Tegelijk is gesteld dat die beschermden géén recht hebben op een hogere transitievergoeding als zij in dienst zijn bij een werkgever met minder dan 25 werknemers. Dit is een aanpassing in de kring van organisaties.
- Het beschermingsniveau: welk niveau van bescherming aan de wel beschermde groep wordt gegeven, is arbeidsrechtelijk goed te zien bij de invoering van de wettelijke opzegtermijnen in 1999. Voorheen gold voor oudere werknemers tot wel zes maanden wettelijke opzegtermijn, die werd teruggebracht naar maximaal vier maanden. In sociale zekerheid wordt genoemd de tendens om schadeuitkeringen na verloop van tijd om te zetten in uitkeringen met een sociaalminimumkarakter.⁴¹⁶ Een ander voorbeeld is de loondoorbetaling bij ziekte die

410 Daar zouden bijvoorbeeld ook zzp-beschermende artikelen als art. 7:658 lid 4 BW of art. 1 sub b en c BBA 1945 aan kunnen worden toegevoegd.

411 Voor WWZ: art. 7: 671 lid 1 BW. Van der Heijden en Noordam noemen de statutair bestuurder bij het niveau van bescherming, maar volgens mij hoort deze categorie hier thuis. Het niveau van bescherming zegt iets over de groep mensen, die wel tot de kring van beschermden horen.

412 Ook opdrachtnemers en vrijwilligers worden door dit artikel bestreken, bijv. HR 23 maart 2012, JAR 2012/110.

413 Art. 3-6 WW en ZW.

414 S.S.M. Peters, *Verdond sociaal recht* (diss.), Kluwer: Deventer 2006.

415 I.w.tr. 1 juli 2015.

416 Een duidelijk voorbeeld is het terugbrengen van de duur van de WW-uitkering per 30 juni 2006, van 60 naar 38 maanden of onder de WWZ van 38 naar 24 maanden.

wettelijk op 70% is gesteld. Een duurzaam volledig arbeidsongeschikte zou een IVA-uitkering van 75% aan kunnen vragen.

- De beschermde risico's: in sociale zekerheid zijn de beschermde risico's traditioneel ouderdom, ziekte, invaliditeit, overlijden, werkloosheid, onderhoud van kinderen en behoeftigheid. De ratio van een publieke verzekering voor bijvoorbeeld overlijden wordt wel betwijfeld, ook vanwege goede particuliere verzekeringsalternatieven. Van der Heijden/Noordam noemen niet wat volgens mij ook bij deze variabele hoort, namelijk de keuze tussen risqué social of risqué professionnel.
- De wederkerigheid tussen burger en verstrekker: de burger kan de werknemer zijn of de uitkeringsgerechtigde, de verstrekker kan de werkgever zijn of het uitkeringsorgaan. Met de 'verplating' van veel arbeidsrelaties is het element ondergeschiktheid onder druk komen staan.⁴¹⁷ De ongelijkheid tussen werkgever en werknemer blijkt minder ongelijk zodat wederkerigheid een belangrijkere rol kan krijgen. De wederkerigheid tussen de werkgever en de werknemer bestaat uit de omstandigheid dat de arbeidsrelatie méér inhoudt dan alleen maar de arbeidsovereenkomst. Gewezen wordt op de institutionele leer die door de HR in het arrest Taxi Hofman toegepast zou zijn.⁴¹⁸ Deze variabele van sociale rechtsvorming wordt ingevuld door rechtspraak en niet zozeer door de wetgever.

Tussen uitkeringsgerechtigde en uitkeringsorgaan bestaat wederkerigheid omdat, gelet op de rechtsgrond van Van Rhijn,⁴¹⁹ de rechtsbescherming van sociale zekerheid een geconditioneerde is. De verantwoordelijkheid van de overheid voor de bestaanszekerheid van de burger wordt begrensd door de verantwoordelijkheid van anderen, meer in het bijzonder de burger zelf. Pas als die burger zich voldoende heeft ingespannen, maar niet slaagt, komt de overheid om de hoek kijken. Het meer of minder streng reguleren van de eigen inspanningen van de burger bepaalt de reikwijdte van wederkerigheid.⁴²⁰ De conditionering zit ook in het voldoen aan de voorwaarden, zoals bijvoorbeeld verzekerde zijn premie betalen.

Sociaalrechtelijke methoden en technieken

Als de waarden en beginselen zijn afgewogen en de variabelen zijn bepaald, dan komt het aan op de technische vormgeving daarvan. Daar komen sociaalrechtelijke methoden en technieken om de hoek kijken. Sommige daarvan zijn typisch sociaalrechtelijk, andere gelden in het algemeen voor rechtsvorming. Een aantal van die methoden en technieken zijn:

417 P.F. van der Heijden, *Handelingen NJV 2001-II*, p.36-37. Hij wijst op aandacht voor employability (de verantwoording van zowel werkgever als werknemer om de arbeidsmarktwaarde op peil te houden), nadruk op arbeidsongeschiktheid (wederzijdse inspanningen om een einde te maken aan arbeidsongeschiktheid) of rechtspraak zoals HR in het bekende Taxi Hofman-arrest, met zijn versterking van de rol van goed werknemerschap.

418 HR 26 juni 1998, *JAR 1998/199*, betwist door o.a. C. Loonstra, Van der Heijden-bundel, p.79-84, zie Erkens, p.15-16.

419 *'De gemeenschap, georganiseerd in de staat, is aansprakelijk voor de sociale zekerheid en vrijwaring van gebrek van al haar leden, op voorwaarde dat deze leden zelf het redelijke doen, om zich die sociale zekerheid en vrijwaring tegen gebrek te verschaffen'*, zie hierna § 5.6.

420 Van der Heijden/Noordam, p.104, die constateren dat sommige groepen uitkeringsgerechtigden strenger werden benaderd dan anderen.

- Publiekrechtelijke of civielrechtelijke regeling: in verschillende tijden wordt een verschillend antwoord gegeven op deze vraag. Het bekendste voorbeeld is de civielrechtelijke regeling van inkomstenderving gedurende ziekte vanaf 1996. Is een sterke rol gewenst van de overheid dan ligt publiekrecht voor de hand; kunnen de waarden en beginselen ook via het civiel recht worden gegarandeerd dan zal dat, bij een terugtrekkende overheid en nadruk op partijautonomie, de voorkeur hebben.
- Dwingend, driekwartdwingend, semidwingend of regelend recht:⁴²¹ bij de keuze tussen dwingend (geen afwijking mogelijk), driekwartdwingend (afwijking alleen bij cao) semidwingend (afwijking alleen schriftelijk, dus cao of arbeidsovereenkomst) of regelend recht (afwijking altijd mogelijk) gelden soortgelijke overwegingen. Betreft het een onderwerp waarbij het vertrouwen bestaat dat de waarden en beginselen niet in het gedrang komen als er speelruimte aan (collectieve) contractspartijen wordt gegund? Zo ja dan ligt driekwartdwingend of semidwingend recht voor de hand.
- Centrale normstelling: een arbeidsrechtelijk voorbeeld van centrale normstelling is de transitievergoeding. Waar het in het arbeidsrecht overigens gebruikelijker is te kiezen tussen civiel recht of publiek recht en/of de mate van dwingendheid van de regelingen, is dat in de sociale zekerheid nagenoeg afwezig. In de sociale zekerheid wordt veel gebruik gemaakt van een centrale normstelling: landelijk wordt bepaald hoe in geheel Nederland de regelingen luiden. Op uitvoeringsniveau wordt dan in meer of mindere mate ruimte geboden aan uitvoeringsorganen om zelf invulling te geven aan de normen. Bij de uitvoering van de WAO was bijvoorbeeld een dusdanige handhavingspraktijk gegroeid dat de overheid daar heeft ingegrepen en weer meer strenge regels heeft moeten stellen. Andersom hevelt de rijksoverheid meer taken rond zorg over aan gemeenten, die een grote vrijheid krijgen zelf beleid te vormen.
- Adaptief arbeidsrecht: de techniek van EU-regelgevers bij de vormgeving van de Europese ondernemingsraad was om partijen een bepaalde periode de tijd te gunnen om te onderhandelen over instelling en bevoegdheden van de Europese ondernemingsraad. Kwamen zij er niet uit dan zou automatisch een voorgeschreven model van kracht worden. Dat betekende ruimte voor contractueel maatwerk met een stok achter de deur. Van der Heijden vindt dit een aantrekkelijke methode.⁴²²
- Vage normen: het arbeidsrecht is doordrenkt van vage normen (goed werkgeverschap, dringende reden, billijke vergoeding, zwaarwegende bedrijfsbelangen). Daarmee wordt arbeidsrecht rechtvaardig en is een bepaalde dynamiek

421 Hier hoort het zogenaamde vijfachtstedwingendrecht eigenlijk ook bij: afwijking kan bij schriftelijke afspraak met de ondernemingsraad.

422 In de Rood-bundel brak Van der Heijden hiervoor al een lans, p.64-65. Rood zelf was ook voorstander, M.G. Rood, 'Labour Law in the 21st Century' in: Lord Wedderburn et al. *Labour Law in the Post-Industrial Era*, Aldershot 1994, p.86-87. Kritisch over adaptief arbeidsrecht: A.T.J.M. Jacobs in de Rood-bundel, p.76.

ingebouwd: aanpassing aan maatschappelijke en technologische ontwikkelingen is goed mogelijk.⁴²³

- Verbindendverklaring: de Minister van SZW kan cao's algemeen verbindend verklaren, dus ook van toepassing laten zijn op niet-leden van contractspartijen. Daarmee worden civielrechtelijke normen door een publiekrechtelijk middel aan private partijen opgedrongen. Via deze techniek kan de overheid uitdrukking geven aan het belang dat zij hecht aan sociaalrechtelijke waarden en beginselen die in cao's zijn geborgd.⁴²⁴

De variabelen, methoden en technieken krijgen hun plek als blijkt dat door een andere toepassing daarvan waarden en beginselen wel, meer of op een betere manier in ogenschouw worden genomen. Dat geldt ook voor het bereiken van flexicurity-doelstellingen. De link tussen variabelen én IIsøe's elementen van flexicurity is namelijk duidelijk te leggen. Hij meent dat de balans tussen flexibiliteit en zekerheid moet worden gevonden in de toepassing van reikwijdte, bereik en duur, wat gelijkenis vertoont met variabelen als werkingssfeer of beschermde risico's.⁴²⁵ De balans kan ook met andere variabelen, methoden en technieken worden gediend.

4.8 Antwoord op vierde deelvraag

Nederland moet bij sociale rechtsvorming rond re-integratie bij arbeidsongeschiktheid rekening houden met flexicurity. Met het duidelijker worden van het begrip sociale rechtvaardigheid én het ontwikkelen van het toetsingskader is het antwoord op de vierde deelvraag uit § 1.6.2 te geven. Die vraag luidt hoe het 'rekening houden met flexicuritybeleid' te toetsen is?

Eerder lichtte ik al toe dat de Lidstaten bij hun sociale rechtsvorming rekening moeten houden met flexicuritydoelen, maar dat de wijze waarop zij dat doen hen vrij staat (OMC), zolang die wijze de sociale rechtvaardigheid bevordert. De 'O' van de OMC staat daarbij voor 'open', maar in mijn opvatting betekent dit niet dat er geen minimale grens bestaat waaraan werken aan flexicurity moet voldoen. Daarbij moeten die waarden en rechtsbeginselen worden betrokken, die bij de Nederlandse sociale rechtsvorming van belang zijn of zouden moeten zijn, vooropgesteld dat die sociale rechtvaardigheid bevorderen, zoals het VWEU vereist. Voor een eenheid van context is het belangrijk de onderliggende Europese basiswaarde te vinden.

⁴²³ Hoekema/Van Manen bespreken het hanteren van open normen als instrument van verdelende rechtvaardigheid (compensatie-legaliteit), gericht op het gelijktrekken van startposities van zwakkeren, A.J. Hoekema & N.F. van Manen, *Typen van legaliteit: ontwikkelingen in recht en maatschappij*, Kluwer: Deventer 2000, p.103-104 en 115-120. Zie ook De Wit 1999, die het goed werkgeverschap als intermediair voor normen in het arbeidsrecht onderzocht.

⁴²⁴ Van der Heijden/Noordam, p.74-113.

⁴²⁵ Reikwijdte: hoe ver flexibiliteit en zekerheid strekken, bereik: welke groepen zijn gedekt door flexibiliteit en door zekerheid en duur: treden de flexibiliteit en zekerheid gelijktijdig op, IIsøe, p.67-68.

Ik heb vastgesteld dat uit de gemeenschappelijke Europese basiswaarde van respect voor de menselijke waardigheid het streven naar sociale rechtvaardigheid is af te leiden. Dat is vastgelegd in artikel 3 lid 3 VEU maar het begrip is diffuus en wordt gebruikt zonder verdere toelichting. Sociale rechtvaardigheid is daarom verduidelijkt aan de hand van verschillende rechtstheorieën. Daaruit is een aantal elementen gebleken die het sociaal rechtvaardige gehalte van het sociaal recht kunnen bepalen. Bij de opsomming van een catalogus van zes Nederlandse waarden en rechtsbeginselen voor sociale rechtsvorming is getoetst of de elementen uit die theorieën daarin terug kwamen. Dat is zo bij gelijke behandeling, subsidiaire verantwoordelijkheid, bestaanszekerheid, bescherming (met daarin als onderdeel de ongelijkheidscompensatie), solidariteit en insluiting. Deze Nederlandse waarden en rechtsbeginselen sluiten daarmee aan bij het streven naar sociale rechtvaardigheid.

Als de Nederlandse wetgever rekening wil houden met flexicuritydoelstellingen dan staat de OMC toe dat dit op een eigen nationale wijze gebeurt, maar daarbij moet ten minste een link worden gelegd met de zes genoemde sociaalrechtelijke waarden en beginselen. Die vormen namelijk de Nederlandse vertaling van de Europees nagestreefde bevordering van sociale rechtvaardigheid. Voor 'rekening houden' acht ik voldoende dat de wetgever zichtbaar rekenschap geeft van de rol die deze waarden en rechtsbeginselen spelen bij sociale rechtsvorming en inzicht geeft in gemaakte afwegingen bij de keuze tussen deze waarden en rechtsbeginselen. Op Europees niveau wordt niet in de nationale afwegingen getreden, maar er kan alleen over een sociaal rechtvaardige regeling worden gesproken als de afweging expliciet wordt gemaakt. Dit noem ik de beginselentoets.⁴²⁶

Bij sociale rechtsvorming zou er daarnaast een flexicuritytoelichting moeten worden gegeven: op welke flexicuritydoelstelling is een specifieke maatregel gericht? Op die manier ontstaat een expliciet verband tussen Europees werkgelegenheidsbeleid en nationale regelgeving, wordt voorkomen dat flexicurity wordt 'misbruikt', wordt de voortgang van het werken aan flexicurity controleerbaar, wordt de evenwichtigheid van de maatregelen op flexicuritygebied in de gaten gehouden en kan tijdig worden bijgestuurd en al in de ontwerpfase worden gekozen voor de effectiefste flexicurityaanpak.

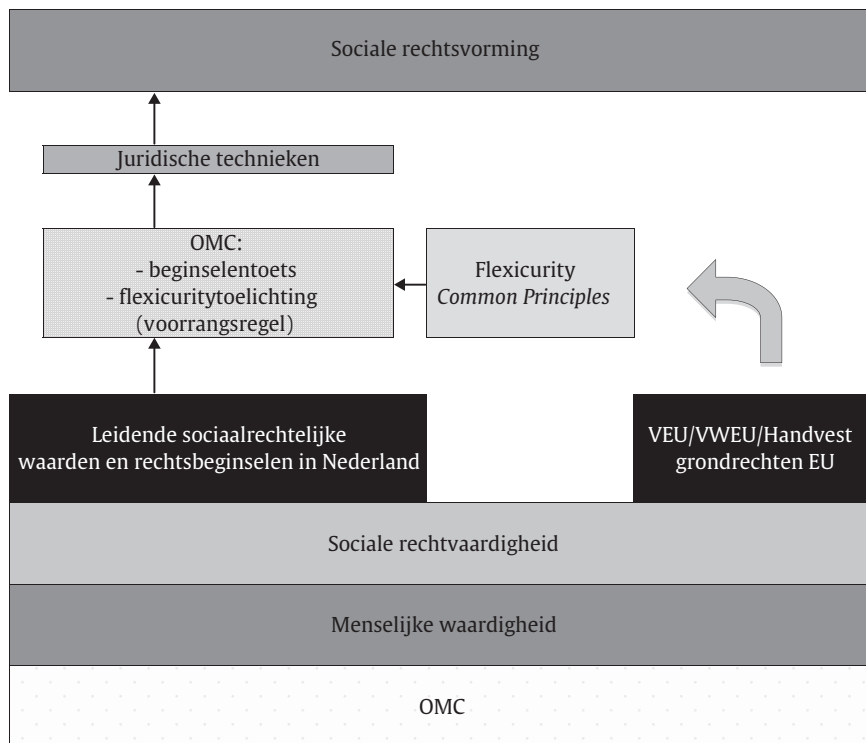
Bij een botsing tussen waarden en beginselen met flexicuritydoelen moet een voorrangregel gaan gelden. Als waarden en beginselen worden toegepast of afgewogen, op een manier waarbij geen enkel flexicuritydoel wordt nagestreefd of door de afweging het evenwicht in het totaalpakket van flexicurity wordt verstoord, dan moet óf bij instandhouding van de bestaande afweging een andere juridische vormgeving plaatsvinden óf een andere afweging worden gemaakt.

426 Zo'n beginselentoets is er nu niet. De Aanwijzingen voor de regelgeving nr.18, waarin de wetgever wordt opgedragen om bij het ontwerpen van regelingen rekening te houden met 'hogere regels' (waaronder rechtsbeginselen worden verstaan) komt daarbij niet in de buurt.

Bij de juridische vormgeving zijn verschillende juridische technieken te betrekken om een zo optimaal mogelijke mix te bereiken. Wellicht dat bijvoorbeeld solidariteit niet wordt gediend met een te beperkte werkingsfeer. Door die te verruimen, bijvoorbeeld door de kring van organisaties groter te maken, kan daar wél aan worden voldaan. Een ander voorbeeld: een bepaling van regelend recht voldoet wellicht niet aan de gewenste bescherming. Zelfregulering werkt dan blijkbaar niet, zodat de bepaling dwingend(er) moet worden gemaakt. Met de beginseltoets, de flexicitytoelichting en de voorrangsregel is ook de 'M' ingevuld van de OMC, die staat voor 'method'.

De deelvraag hoe het 'rekening houden met flexicitybeleid' is te toetsen, kan worden beantwoord. Dat kan door bij sociale rechtsvorming zowel een beginseltoets toe te passen als een flexicitytoelichting te geven en bij een niet tot flexicity leidende uitkomst een andere vormgeving te kiezen of een andere afweging voorrang te geven.

Figuur 1 Toetsingskader



Dit leidt tot figuur 1: om tot rechtsvorming te komen, mag de wetgever zelf bepalen hoe dat gebeurt (de 'O' van OMC). Daarbij moet hij wel zorgen dat de ondergrens, te weten de eerbied voor de menselijke waardigheid en het streven naar sociale rechtvaardigheid, wordt gewaarborgd. Die beide waarden zijn op Europees niveau

vastgelegd (artikel 2 en 3 lid 3 VEU, artikel 1 Handvest grondrechten EU) en zijn nationaal terug te vinden in de zes leidende Nederlandse sociaalrechtelijke waarden en beginselen. De *Common Principles* van flexicurity volgen uit Europese verdragen (VEU/VWEU) en beïnvloeden de Nederlandse rechtsvorming, net als de sociaalrechtelijke waarden en beginselen zouden moeten doen. Deze beïnvloeding komt samen in de OMC, waarin de wetgever zich rekenschap geeft van zowel het belang van waarden en rechtsbeginselen (beginseltoets) als van flexicuritydoelstellingen (flexicuritytoelichting, samen de 'M' van OMC). Als in rechtsvorming ten minste één waarde of rechtsbeginsel wordt geëerbiedigd dan opent dat de vrijheid voor de wetgever om het werken aan enige flexicuritydoelstelling vorm te geven. Zou uit de flexicuritytoelichting blijken dat niet wordt gestreefd naar een flexicuritydoelstelling of juist teveel naar één flexicuritydoelstelling, terwijl dat bij een andere vormgeving of afweging beter zou uitpakken, dan zou dat alternatief voorrang moeten krijgen (voorrrangsregel). Bij de concrete sociale rechtsvorming heeft de wetgever de beschikking over verschillende juridische technieken.

4.9 Afronding

Met de ontwikkeling van een toetsingskader is stap IV van het onderzoek afgerond. De volgende stap is beschrijving van het bestaande systeem van Nederland en Duitsland via analytisch onderzoek (§ 1.6.1). In dat onderzoek moet de aandacht uitgaan naar de rechtsregels én naar extrajuridische factoren. Specifiek spelen bij dat laatste historische, politieke en ideologische factoren een rol. De volgende stap is daarom de beschrijving van geschiedenis, achtergronden én het positieve recht rond re-integratie in Nederland en Duitsland.

Stap V: Beschrijving

Hoofdstuk 5 Historische ontwikkeling van re-integratie in Nederland

Hoofdstuk 6 Re-integratie van zieke werknemers in Nederland

Hoofdstuk 7 Duitsland: achtergrond, definities en systeemkenmerken

Hoofdstuk 8 Re-integratie van zieke werknemers in Duitsland

Historische ontwikkeling van re-integratie in Nederland

Bij de beschrijving van het stelsel rond re-integratie in Nederland moet aandacht worden geschonken aan de achtergronden en totstandkoming daarvan.

5.1 Inleiding

Al in het Egyptische middenrijk hadden artsen als taak om letselschade van slaven in de steengroeven zoveel mogelijk te beperken.¹ Een werkgever die zorgt voor zijn werknemers als die arbeidsongeschikt worden, is dus niets nieuws. Bij een overzicht van de historische ontwikkeling van re-integratie ligt het voor de hand te beginnen na de tweede industriële revolutie, eind negentiende eeuw. De enige sociale wet van toen was de Armenwet uit 1854 op basis waarvan als gunst een minimale bedeling werd toegekend aan hen die zonder inkomen zaten. Uit diverse arbeidsenquêtes en onderzoeken in de jaren 1880 tot 1895 bleek van de erbarmelijke omstandigheden in Nederland waartoe ziekte, invaliditeit en ongevallen voor arbeiders konden leiden.² Geld voor een particuliere verzekering -waarop men in feite aangewezen was-³ ontbrak en de incidentele bedrijfsfondsen of liefdadigheid boden geen zekerheid noch afdoende bescherming. De roep om een collectieve regeling werd luider en de rol van de overheid daarin werd onderwerp van discussie.⁴ Die collectieve regeling werd gevonden in de Ongevallenwet (OW) van 1901. Ik sta stil bij die wet omdat daar de eerste contouren zichtbaar werden van re-integratie van zieke werknemers. In de volgende sociale zekerheidswetten zoals de Invaliditeitswet (IW) en de Ziektewet (ZW) werd relatief weinig aandacht besteed aan re-integratie van arbeidsongeschikte werknemers.

1 www.arbounie.nl/Geschiedenis-Arbo-Unie.htm.

2 A.Ph.C.M. Jaspers, 'De politiek en de sociale verzekering' in: *De gemeenschap is aansprakelijk. Honderd jaar sociale verzekering 1901-2001*, A.Ph.C.M. Jaspers e.a. (red.), Koninklijke Vermande: Den Haag 2001, p.26-29, S. Klosse en H.J. van Dijk, 'Met zekerheid naar de toekomst? Van reagerende naar activerende sociale zekerheid' in: S. Klosse en J.J. Schippers (red.), *Met zekerheid naar de toekomst. Sociale zekerheid in Nederland op de drempel van de 21ste eeuw*, Maklu: Antwerpen-Apeldoorn 1996, p.25-27 (Klosse/van Dijk).

3 Klosse/van Dijk, p.22-23.

4 M. Stavenuiter, 'Van verzekering voor 'oude werklieden' tot WAO', *Demos*, 1999-10.

Na de Eerste Wereldoorlog groeide het besef dat voor achterstelling van arbeidsongeschikten bij de inschakeling in werk geen rechtvaardiging bestond, maar de Tweede Wereldoorlog bracht dat denken in een stroomversnelling. In 1948 deed de wetgever een poging om in wetgeving de gedachte vast te leggen dat de werkgever een belangrijke plicht heeft bij het inzetten van arbeidsongeschikten: de Wet plaatsing mindervalide arbeidskrachten. Bij de invoering van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) is expliciet de nadruk gelegd op re-integratie: van belang was wat de werknemer ondanks arbeidsongeschiktheid nog wél kon en niet zozeer wat hij niet meer kon. In de uitvoering bleek de WAO zich niet te ontpoppen tot een re-integratiewet, maar tot een vangnet bij het niet kunnen gebruiken van de resterende arbeidsmogelijkheden. Vanwege het snel stijgend aantal arbeidsongeschikten in de jaren zeventig en tachtig werd met een hele reeks wetten geprobeerd het volume terug te brengen.

5.2 De inhoud van de OW

De OW 1901, de eerste socialeverzekeringswet van Nederland, trad op 1 februari 1903 in werking.⁵ Op basis van deze wet waren werkgevers verplicht bedrijfsongevallen te melden en hun arbeiders te verzekeren tegen de geldelijke gevolgen van arbeidsongeschiktheid veroorzaakt door bedrijfsongevallen.⁶ Omdat bedrijfsongevallen een bedrijfsrisico waren, moesten de werkgevers de premie voor deze verzekering dragen. De hoogte van de premie was afhankelijk van de indeling in een bepaalde gevarenklasse.⁷

De OW kende onder meer een uitkeringsstelsel bij arbeidsongeschiktheid als gevolg van bedrijfsongevallen maar ook genees- en heelkundige behandeling of vergoeding van de kosten daarvan.⁸ Arbeidsongeschikt was de arbeider die 'geheel of gedeeltelijk ongeschikt is geworden om arbeid te verrichten die voor zijn krachten en bekwaamheden is berekend en die hem met het oog op zijn opleiding en vroeger beroep in billijkheid kan worden opgedragen, ter plaatse waar hij arbeid verricht of laatstelijk heeft verricht of op een naburige soortgelijke plaats.'⁹ Het verlies aan arbeidscapaciteit werd vergoed; gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid was daarom

5 Stb. 1901, 1. Het werkgeversverzet tegen een eerder ontwerp van de Ongevallenwet stond aan de basis van het ontstaan van werkgeversvereniging VNO-NCW (www.vno-ncwnl/over_vnoncw/geschiedenis/ongevallenwet).

6 Het gaat dan om industriële werkgevers. Na een wetswijziging in 1928 viel ook arbeidsongeschiktheid als gevolg van beroepsziekten onder de Ongevallenwet. P. Kerklaan, 'De lange houdbaarheid van de Ongevallenwet in Nederland 1901-1967', *Tijdschrift voor sociale en economische geschiedenis*, 2006, p.80.

7 F.A.J. van den Bosch en C. Petersen, *Aspecten van ziekte en arbeidsongeschiktheid in het stelsel van sociale zekerheid*, Kluwer: Deventer 1983, p.34.

8 De genees- en heelkundige behandeling had al duidelijk een re-integratie-functie, *Kamerstukken II 1896/1897*, 159, nr.3, p.16.

9 De definitie van 1901 is in 1921 met het tweede deel uitgebreid.

ook mogelijk. Daarbij gold wel dat een werknemer die minder dan 50% arbeidsongeschikt was, arbeidsgeschikt werd geacht.¹⁰ De beslissing tot toekenning van een uitkering en van vergoeding van medische zorg kwam in handen van de Rijksverzekeringsbank (RVB).¹¹

Oorspronkelijk was de OW alleen bedoeld voor de gevaarlijkste bedrijven. Risico werd afgedekt ongeacht schuld van de werkgever.¹² In 1921 werd de werkingssfeer van de OW uitgebreid tot vrijwel alle bedrijven.¹³ Verder werd ingevoerd dat door een ongeval getroffen en op kosten van de RVB konden worden opgeleid om nieuwe bekwaamheden te verkrijgen en hun arbeidsgeschiktheid te vergroten. In feite was dit de eerste wettelijke re-integratievoorziening.¹⁴ Belangwekkend is het in 1921 ingevoerde zogeheten verdisconteringsartikel: bij de vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid moest rekening worden gehouden met de verminderde *feitelijke* arbeidskansen van de gedeeltelijk arbeidsongeschikte.¹⁵ Na parlementair getouwtrek werd uiteindelijk besloten tot een systeem waarbij werkgevers hun verplichte verzekering publiek bij de RVB konden sluiten, eigenrisicodrager bij de RVB konden worden óf zich privaot konden verzekeren bij een particuliere of onderlinge verzekeraar via de zogeheten risico-overdracht.¹⁶ De Centrale Werkgevers Risico-bank (ook wel Risico-bank) ontwikkelde zich tot de grootste private (onderlinge) verzekeraar: via lidmaatschap van een risicovereniging konden bedrijven hun risico onderbrengen in een gezamenlijkheid.

De kosten van de wettelijk verplichte verzekering verschilden aanzienlijk tussen RVB en Risico-bank. De RVB moest de verzekering baseren op een vaste premie voor vijf jaar inclusief hoge administratiekosten. De Risico-bank hanteerde een omslagstelsel: de daadwerkelijke kosten werden gedragen door de gezamenlijke werkgevers. Voeg daar een eigen risico, lage administratiekosten en risicoselectie aan toe: het gevolg was dat de premie voor 'Risico-bankers' eenderde lager uit viel dan bij de RVB.¹⁷ Verreweg het grootste deel van de werkgevers verkoos daarom aansluiting bij de Risico-bank.¹⁸ Dat was niet vrijblijvend: zelfregulering zorgde er bijvoorbeeld

10 A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht. Tweede deel B Het geldende recht*, W.E.J. Tjeenk Willink; Zwolle 1957 (IIb), p.1581.

11 L. van der Valk, *Werkgevers, Centrale Werkgevers Risico-Bank en de uitvoering van de Ongevallenwet (1900-1940)*, Rotterdam 2007, p.8 (<http://publishing.eur.nl/ir/repub/asset/10665/ongevallenwet.pdf>). De RVB is de voorloper van de Sociale Verzekeringsbank.

12 Fluit 2001, p.64-65.

13 Met uitzondering van de landbouw, tuinbouw, zeevaart en zeevisserij, waarvoor aparte ongevallenwetten golden, zie ook P. Fluit en A.J.C.M. Wilthagen, 'Het risique social' in: A.Ph.C.M. Jaspers e.a. (red.), *De gemeenschap is aansprakelijk. Honderd jaar sociale verzekering 1901-2001*, Koninklijke Vermande: Den Haag 2001, p.110.

14 Noordam 1987, p.10.

15 Fluit 2001, p.63. Niet alleen de fysieke schade werd daarmee vergoed maar ook de economische, Fluit/Wilthagen, p.110.

16 Kerklaan, p.67-69, Van der Valk, p.4. Liedorp wijst op het standpunt van de Eerste Kamer die vond dat alleen een taak voor de overheid was weggelegd als directbetrokkenen zelf niet in staat waren een regeling te treffen, M. Liedorp, *Twintig jaar ziekteverzuim- en arbeidsongeschiktheidsbeleid. Het dilemma tussen sturingsbehoefte en sturingsmogelijkheden*. (diss.), Utrecht 2002, p.51.

17 Van der Valk, p.12.

18 Vanaf de jaren twintig rond de helft van de werkgevers, Kerklaan, p.70-71.

voor dat bedrijven die veiligheidsadviezen van de Risico-bank niet opvolgden geen lid meer mochten blijven. Daar kwam re-integratie om de hoek kijken. Artikel 61 OW verplichtte de werkgever bij een ongeval de hulp van een arts in te roepen. Een bedrijfsongeval hoefde vervolgens niet te worden gemeld als na verbinding van de wond geen verdere medische behandeling meer nodig was en het werk niet langer dan twee dagen was gestaakt.¹⁹ Werkgevers die waren aangesloten bij de Risico-bank kregen daarmee belang bij preventie én re-integratie. Zonder melding bestond er geen recht op een uitkering zodat een hogere premie kon worden voorkomen.²⁰ Als een werkgever koos voor private financiering van de OW, koos hij ook voor een financiële prikkel om werk te maken van re-integratie.

De Risico-Bank besteedde in haar voorlichting veel aandacht aan preventieve en curatieve zorg en propageerde deelname aan een EHBO-cursus. Dankzij de OW kregen werkgevers meer aandacht voor de verzorging van hun personeel: bedrijven richtten een verbandkamer in of namen zelf een arts, verbandmeester of verpleegster in dienst. De aandacht voor en de kwaliteit van de wondverzorging binnen de bedrijven verbeterde drastisch.²¹ Snel weer aan het werk brengen loonde immers. Dit proces werd verder versterkt toen in 1928 de instelling van een fabrieksartsdienst mogelijk werd gemaakt. De gegroeide praktijk in grote bedrijven van een eigen fabrieksarts werd gecodificeerd met een waarborg voor het recht van vrije artskeuze van werknemers. Het 'Fabrieksartsenwetje'²² zorgde ervoor dat een werkgever bedrijfsongevallen niet meer hoefde te melden en geen schadeloosstelling hoefde te betalen, mits hij over een behoorlijk ingerichte eigen geneeskundige dienst beschikte (de zogeheten Erkende Geneeskundige Dienst).²³ Als hij instemming van de werknemer had, mocht de werkgever de behandeling door zijn eigen arts laten uitvoeren. De door de RVB vastgestelde uitkering moest de werkgever zelf dragen.²⁴ De fabrieksarts werd zo de erkende Geneeskundige Dienst en in toenemende mate gingen bedrijven gebruik maken van die mogelijkheid.²⁵ De zorg voor arbeidsongevallen met kortstondig verzuim kwam daarmee in handen van werkgevers.

De claimbeoordeling zelf kende ook een element van re-integratie, wat tientallen jaren later terug zou komen. Het bestuur van de RVB kende een rente toe bedoeld voor het opvangen van inkomensverlies als gevolg van een bedrijfsongeval. Als er nog medische veranderingen konden plaatsvinden, was die rente tijdelijk. Vóór de toekenning van een definitieve rente riep het bestuur de betrokkene op om door

19 Van der Valk, p.18-19.

20 Bij RVB-verzekerde bedrijven had het aantal ongevallen geen invloed op de te betalen premie, omdat die voor vijf jaar was vastgesteld. Bij hen zou de neiging hebben kunnen bestaan ieder ongeval aan te geven, aangezien zij door premiebetaling rechten verworven hadden en aangifte geen extra kosten opleverde, Van der Valk, p.19.

21 Van der Valk, p.19, Kerklaan, p.74.

22 Wijziging Ongevallenwet Stb. 1928, 166.

23 *Kamerstukken II* 1962/63, 7171, nr.3, p.5, Van der Valk, p.24, De erkenning kwam van de RVB waarbij onder meer werd geëist dat de onderneming de fabrieksarts moest financieren maar tegelijk de onafhankelijkheid moest garanderen (art. 80b Ongevallenwet).

24 Van der Valk, p.24. Het ging daarbij om de tijdelijke uitkering, gedurende een half jaar, die ontstond door de invoering van de Invaliditeitswet in 1919.

25 Tegen het einde (1962) zelfs een kwart van alle bedrijven, Kerklaan, p.75-76.

een eigen geneeskundige of met behulp van een specialist te (laten) beoordelen of en zo ja, welk passend werk hij nog kon verrichten.²⁶ Op basis van die beoordeling werd een rente toegekend, gebaseerd op het invaliditeitspercentage.²⁷ De aandacht voor resterende arbeidsgeschiktheid vond ook weerslag in de jurisprudentie van de CRvB. Het medisch letsel was niet het criterium voor arbeidsongeschiktheid, maar het uitgangspunt wat een invalide werknemer nog wél aan werk kon doen.²⁸ Het weigeren een medische ingreep te ondergaan kon in bepaalde gevallen leiden tot verlies van de uitkering.²⁹ Dat de OW is gebaseerd op de praktijk van private verzekering toonde zich hier, met de nadruk op schadebeperking.³⁰

De resterende arbeidsgeschiktheid werd dus wel vastgesteld maar daadwerkelijke inschakeling werd nauwelijks gestimuleerd. De RVB verstreekte prothesen en betaalde op verzoek van een ongevalsslachtoffer een opleiding voor het aanleren van nieuwe bekwaamheden, zodat ander werk kon worden gedaan, maar van dwang was geen sprake: die zou maar contraproductief werken.³¹

5.3 Ongevallenwet 1901 als oerbron

Pennings noemt het typisch Nederlands dat in de invoeringsdiscussie het overheidsingrijpen in de vorm van een socialezekerheidswet alleen gerechtvaardigd werd gevonden als daarvoor een rechtsgrond te vinden was.³² De rechtsgrond bij de OW werd uiteindelijk gevonden in het risico professionnel, met de gedachte dat lasten van bedrijfsongevallen behoorden tot 'aan de productie inherente risico's' en dus tot de normale bedrijfskosten.³³ Niet langer was de kans dat een arbeider een ongeval overkwam een 'fact of life', met de individuele verantwoordelijkheid om op basis van schuld de aansprakelijke werkgever aan te spreken. Dat was lastig want ongevallen werden regelmatig door een samenstel van factoren veroorzaakt. In plaats daarvan was de gedachte dat de werkgever de vruchten van zijn bedrijf plukte in de vorm van winst. Hij diende dan ook het risico te dragen van de lasten van ongevallen. De OW markeerde daarmee een punt waarin toedeling op basis van schuld ontwikkelde naar toedeling op basis van risico.³⁴

Ook op andere vlakken hebben de fundamentele keuzes rond de OW hun invloed gehad op de ontwikkelingen rond re-integratie. In plaats van de staatsonthouding tot

26 Van der Valk, p.8-9.

27 Van der Valk, p.20, bijvoorbeeld werd bij verlies van één oog in het eerste jaar een rente toegekend op basis van 35% invaliditeit, ná een jaar op basis van 25% in verband met gewenning.

28 Kerklaan, p.76.

29 Art. 27b Ongevallenwet.

30 Noordam 2001, p.130.

31 Noordam 2001, p.130-131.

32 F.J.L. Pennings, *Nederlands socialezekerheidsrecht in een internationale context*, Kluwer: Deventer 2006, p.3.

33 *Kamerstukken II 1897/98*, 182, nr.3, p.12, *Kamerstukken II 1962/63*, 7171, nr.3, p.4 Molenaar IIb p.1553, Fluit/Wilthagen, p.111.

34 Fluit/Wilthagen, p.110-111. Bosch/Petersen menen echter dat het neerkomt op het omdraaien van de bewijslast uit art. 1401 BW (oud), onrechtmatige daad: de werkgever moest vanaf 1901 maar bewijzen dat hij niet aansprakelijk c.q. schuldig was (p.33).

dan besloot de wetgever tot wetgeving op sociaal gebied. Bovendien werd daarbij gekozen voor een publiekrechtelijke en geen privaatrechtelijke regeling. De wetgever nam dus verantwoordelijkheid voor de *besluitvorming* over arbeidsongeschiktheidsgerelateerde maatregelen. In de *uitvoering* was wel een privaatrechtelijk element ingebouwd via eigenrisicodragen en risico-overdracht.³⁵ Elementen die al waren opgenomen -en daarom zou de OW als oerbron van wettelijke re-integratie bij arbeidsongeschiktheid kunnen worden gezien- zijn de volgende:

- a) keuze tussen private of publieke uitvoering;
- b) financiële prikkels beïnvloeden de inspanningen van werkgever op het gebied van re-integratie;
- c) nadruk op wat de arbeidsongeschikte nog wél kan, in plaats van wat niet meer.
- d) belangrijke rol voor een door de werkgever ingeschakelde bedrijfsarts;

5.4 De Wet op de Arbeidsovereenkomst

Ook privaatrechtelijk was er wel aandacht voor de positie van de arbeidsongeschikte werknemer.³⁶ De Wet op de Arbeidsovereenkomst, die op 1 februari 1909 in werking trad, garandeerde via artikel 7A:1638c BW (oud) voor alle werknemers loondoorbetaling bij arbeidsongeschiktheid door ziekte of ongeval gedurende een betrekkelijk korte tijd.³⁷ De rechtsgrond voor het verplichten van de werkgever tot enige loondoorbetalingsplicht bij ziekte was echter niet erg helder.³⁸ Er werd gewezen op een soort 'vaderlijke zorg' en op een verantwoordelijkheid vanwege het risico dat de werknemer liep om ziek te worden omdat hij aan de gevaren van arbeid werd blootgesteld.³⁹ Ergens anders werd het voorbeeld aangehaald van een 'honorabel werkgever' van wie geen kwaad te zeggen viel, behalve dan dat hij zijn werknemers van 06.00u tot 22.00u liet werken met anderhalf uur schafttijd. Een werknemer was daardoor arbeidsongeschikt geworden; de werkgever vond het logisch dat hij geen loon hoefde te betalen. '*...(M)en kan niet zeggen dat dat in orde is. Neen, er komt in ons iets tegen op. Wij gevoelen het onbillijke ervan. Nu zeggen wij in art. 1638c: dat behoort ook niet zoo, die man mag niet alle aanspraak op loon verliezen...*'⁴⁰ Een ander vroeg zich af waarom de werknemer zichzelf niet zou moeten verzekeren tegen ziekte, in plaats van dit bij de werkgever te leggen: stel dat een arbeider gedurende de oogsttijd voor zes weken wordt aangenomen en dat hij bij het begin van die tijd ziek wordt. '*Waarom moet dan juist die werkgever voor dien man zes weken lang zorgen?*'⁴¹

De Minister beriep zich herhaalde malen op de in ons land levende rechtsovertuiging dat doorbetaling hoorde en dat het in de praktijk bijna niet voor kwam dat niet werd doorbetaald. Die opvattingen werden in de Eerste Kamer ernstig betwijfeld omdat de

35 C.F. Sparrius, *Wulbz in rechtshistorisch perspectief: trendbreuk of continuïteit?*, SMA 1996/9, p.553-554.

36 De civielrechtelijke aansprakelijkheid vanwege bedrijfsongevallen en beroepsziekten (art. 7a:1638x BW(oud) en 7:658 BW) laat ik buiten beschouwing.

37 Stb. 1907, 193.

38 Zie hiervoor al § 1.1.4.

39 Bles II, p.476 en p.540.

40 Bles II, p.483.

41 Bles II, p.488.

Minister dat niet verder onderbouwde. Ook hier antwoordde de Minister niet veel anders dan dat het niet opnemen van de loondoorbetaling bij ziekte in de wet 'waarlijk indruischt tegen al onze nationale opvattingen'.⁴² De rechtsgrond bleef dus wankel en zou hooguit kunnen worden afgeleid uit de gedachte dat de extra risico's vanwege het verrichten van arbeid, extra verantwoordelijkheid met zich meebrengt. De angst bestond dat de werkgever zijn zieke werknemer zou ontslaan als op hem een te zware loondoorbetalingsplicht zou rusten. Het opzegverbod tijdens ziekte werd immers pas in 1953 ingevoerd.⁴³ Dat leidde ertoe deze loonbetalingsplicht bij ziekte van semidwingend recht te maken; de werkgever kon die bij schriftelijke overeenkomst of reglement dus wegcontracteren.⁴⁴ Het civielrechtelijke systeem was daarmee van aanvang af niet gericht op re-integratie van werknemers. Een werkgever kon de arbeidsovereenkomst met de zieke werknemer eenvoudigweg opzeggen en zich daarmee bevrijden van zijn arbeidsovereenkomst óf de loondoorbetalingsplicht uitsluiten en dus geen financiële last hoeven te dragen bij arbeidsongeschiktheid. Op de loonbetaling bij ziekte mocht daarnaast in mindering worden gebracht wat op basis van een verzekering aan de werknemer was verschuldigd, waarmee werd bedoeld op een uitkering uit de OW.⁴⁵

Een uitzondering op de aandacht voor re-integratie was de zorg voor inwonend personeel. In het Duitsland en Frankrijk van de negentiende eeuw was het gebruikelijk dat een patroon de gezondheidszorg van inwonend personeel voor zijn rekening nam. In Duitsland maar ook in Zwitserland was die zorg zelfs wettelijk vastgelegd. Bij de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst werd het een 'zeedelijke plicht' voor de werkgever genoemd om deze zorg te geven: reden om artikel 7A:1638ij BW (oud) in te voeren.⁴⁶ De werkgever was op basis daarvan verplicht bij ziekte of ongeval van inwonend personeel gedurende zes weken voor behoorlijke verpleging en geneeskundige behandeling te zorgen.⁴⁷ De Duitse ervaring leerde dat een volkomen bevredigend resultaat van verpleging en verzorging alleen via een verplichte ziekteverzekering kon worden bereikt, maar bij het ontbreken daarvan (in Duitsland maar ook in Nederland) was deze bepaling 'het minder afdoende middel'.⁴⁸

Een vorm van zorgplicht van de werkgever voor het herstel van een zieke werknemer was dus al vroeg bekend, maar nog erg beperkt. Daarbij lag de nadruk op gezondheidszorg en niet op re-integratie, allemaal vanuit de gedachte dat het niet paste een dienstbode aan haar lot over te laten juist op het moment dat zij de hulp het hardst nodig had.⁴⁹ Met de invoering van het Ziekenfondsbesluit in 1941 kreeg huispersoneel

42 Bles II, p.506-507, 562-563, 602 en 607-610.

43 Stb. 1953, 619, zie ook Sparrius 1996, p.554-555.

44 *Kamerstukken II* 1903/04, 137, nr.6, p.108.

45 De 'komende' Ziektewet werd ook genoemd maar het zou nog 25 jaar duren totdat die in werking trad, Bles II, 453 en 610-611.

46 Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, Belinfante: Den Haag 1907-1909, deel III, p.369 (Bles III).

47 Bles III, p.321 e.v.

48 Bles III, p.324 en 370-371.

49 Bles III, p.369.

los van de werkgever recht op medische hulp en verpleging zodat het praktisch belang van dit artikel verdween.⁵⁰

5.5 Risque social en gestage uitbouw arbeidsongeschiktheidswetten

In beperkte mate was er in de verdere jaren voor de Tweede Wereldoorlog aandacht voor re-integratie. De Invaliditeitswet (IW) -aangenomen in 1913- trad in 1919 in werking en voorzag in een verplichte verzekering van arbeiders zelf tegen het risico van arbeidsongeschiktheid, ongeacht de oorzaak daarvan.⁵¹ De Minister achtte het niet alleen *wenselijk*, maar uit een oogpunt van maatschappelijk belang ook *geboden* dat de arbeidsvoorwaarden voor arbeiders zó werden geregeld dat rekening werd gehouden met hun behoeften bij ziekte en invaliditeit.⁵² De rechtsgrond voor de wet werd gevonden in de zgn. leer van het uitgestelde loon. Loon werd niet alleen betaald als vergoeding voor de huidige activiteiten maar diende ook -in de vorm van een premie voor verzekering- als bijdrage aan een bron van inkomen voor de toekomst.⁵³ Daarmee werd het *risque social* geïntroduceerd. Relevant in mijn beleving is daarbij dat de IW niet alleen was gericht op een uitkering voor hen die door invaliditeit werden getroffen, maar ook voor ouderen boven 70 en nagelaten kinderen jonger dan 13 jaar:

*'In de volksovertuiging wordt ouderdom (ook afgezien ervan of de gebreken die hij pleegt mede te brengen, in concreto aanwezig zijn) ten aanzien van het verrichten van arbeid met invaliditeit gelijkgesteld. Het wordt, terecht, onnatuurlijk geacht, in strijd met de plaats die den grijsaard in de maatschappij toekomt, dat wie behoorlijk gearbeid heeft op hoogen leeftijd nog verplicht is voor zijn brood te werken.'*⁵⁴

De IW bood dus niet alleen een uitkering bij arbeidsongeschiktheid maar was ook een eerste vorm van staatsouderdoms- en (half)wezenpensioen voor werknemers. Het is logisch dat deze mix van doelen betekende dat het *risque professionnel* hier niet van toepassing was. Oud worden of wezen achterlaten waren immers geen omstandigheden die de werkgever maar moest zien als bedrijfsrisico.⁵⁵ De regering benaderde de IW daarom als vangnet:

"Nog steeds is als juist te beschouwen... 'dat de economische toestand waarin werklieden...indien zij door ouderdom of invaliditeit blijvend ongeschikt zijn om in hun onderhoud te voorzien, deze is, dat zij dan dikwijls...armlastig zijn of afhankelijk van de ondersteuning van hunne kinderen of andere bloedverwanten en dat zij de vruchten van vroegere besparingen dan slechts in geringe mate

50 Molenaar IIa, p.102.

51 Stb. 1913, 205 en Stb. 1919, 623.

52 *Kamerstukken II* 1962/63, 7171, nr.3, p.5.

53 Pennings 2006, p.4.

54 *Kamerstukken II* 1911/12, 258, nr.3, p.68.

55 Fluit/Wilthagen betogen ook dat het op grond van de inkomens/welstandsgrens en de afhankelijkheid van de premie van leeftijd, geslacht en beroep van de verzekerde ging om een af te dekken *maatschappelijk* risico, dat in de sfeer van de werknemer lag, p.112-113.

*genieten'...De Regeering meent, dat het op den weg der Overheid ligt hier in te grijpen door het instellen eener algemeen werkende verzekering van arbeiders tegen geldelijke gevolgen van invaliditeit en ouderdom."*⁵⁶

Op basis van de IW kreeg de arbeider recht op een uitkering die een stuk lager was dan de ongevallenuitkering en die niet werd geïndexeerd. De hoogte was afhankelijk van het bedrag aan betaalde premie en dus van het aantal jaren dat premie was betaald. Bij het vaststellen van invaliditeit werd de situatie op de arbeidsmarkt buiten beschouwing gelaten.⁵⁷ De premie voor de verzekering was een deel van het loon dat werd afgedragen door de werkgever.⁵⁸

*Invalide was degene 'die ten gevolge van ziekte of gebreken buiten staat is om met arbeid, die voor zijn krachten en bekwaamheid is berekend en die met het oog op zijn opleiding en vroeger beroep hem in billijkheid kan worden opgedragen, ter plaatse waar hij arbeid verricht of het laatst verricht heeft of op een naburige soortgelijke plaats een derde te verdienen van hetgeen lichamenlijk en geestelijk gezonde personen van dezelfde soort en van soortgelijke opleiding op zodanige plaats met arbeid gewoonlijk verdienen'*⁵⁹

In de IW werd dus het verlies aan verdien capaciteit vergoed via het concept van het afmeten van de mate van arbeidsongeschiktheid aan een maatman. Dat was anders dan het principe bij de Ongevallenwet, waar werd gekeken naar de resterende arbeids capaciteit.

Voor re-integratie is van belang dat geen aanspraak op uitkering bestond als de werknemer met passende arbeid ten minste een derde van het oude loon zou kunnen verdienen:

*'Het enkele feit, dat een werkman door ziekte of gebreken zijn beroep niet langer kan uitoefenen, geeft geen aanspraak op rente: hij moet dan maar anderen arbeid aangrijpen... Intusschen mag niet verwacht of gevorderd worden, dat een werkman, die zijn beroep niet meer kan uitoefenen, nu maar iederen anderen arbeid zal opnemen. Opleiding en vroegere bezigheid hebben den werkman in een bepaalden stand gebracht; en al is het juist, dat geen enkele arbeid vernederend is, naar algemeen heerschende opvattingen hangt de vraag, welke arbeid aan een werkman in billijkheid kan worden opgedragen, van de opleiding en vroegere bezigheid af.'*⁶⁰

56 *Kamerstukken II 1911/12, 258, nr.3, p.68.* Uitdrukkelijk werd vervolgens vergeleken met en geput uit de Duitse *Invalidenversicherung*.

57 Van den Bosch/Petersen 1983, p.42-43.

58 Molenaar IIb, p.1675-1681 schetst de gang van zaken bij de verzekering en premiebetaling, zie ook Fluit/Wilthagen p.112-113.

59 Art. 72 Invaliditeitswet. L.C. van Soeren, *Vijf en zestig jaren sociale verzekering 1901-1966* Den Haag: Sociale Verzekeringsbank, 1966, p. 16. Het bereiken van de 70-jarige leeftijd werd gelijkgesteld aan invaliditeit, http://www.svb.nl/int/nl/over_de_svb/wie_zijn_wie_de_historie/regelingen_oud/#vtma4.

60 *Kamerstukken II 1911/12, 258, nr.3, p.80.*

Bij blijvende invaliditeit werd meteen een uitkering verstrekt, bij tijdelijke invaliditeit na een wachttijd van zes maanden.⁶¹ Re-integratie in de zin van benutting van verdien capaciteit in de wachttijd werd niet erg sterk gestimuleerd. De RVB kon in de eerste zes maanden geneeskundige behandeling of verpleging aanbieden; een maatregel die erop was gericht arbeiders niet in een invaliditeitsrente te laten instromen.⁶² Aanvaarding was niet verplicht en de arbeider had evenmin recht op deze behandeling.

Het proberen te re-integreren in de wachttijd leidde echter niet tot verlies van het recht op uitkering:

*'Uit de omstandigheid, dat hij gedurende dien tijd herhaaldelijk of zelfs geregeld aan het werk is geweest, misschien zelfs nu en dan met groote inspanning zijn vroeger loon verdiende, volgt niet noodzakelijk, dat een rente-aanvraag afgewezen worden moet. Vaak zou een dergelijke wetstoepassing onbillijk zijn tegenover verzekerden, die vruchteloos getracht hadden zelf in hun onderhoud te voorzien; ook zou daardoor het fonds benadeeld worden, daar de verzekerden er door zouden afgehouden worden van hervatting van hun vroeger werk, indien zij niet zeker waren het te kunnen volhouden. Daarentegen zal den verzekerde, die nu eens wel, dan weder niet in staat is te werken, geen rente mogen toegekend worden. Zoolang er vooruitzicht bestaat op herstel, zou geen aanspraak op rente worden verkregen...'*⁶³

Zodra een arbeider een rente ontving, werden de eisen strenger: de RVB kon de arbeider dan verplichten zich te laten behandelen of verplegen 'ter herstel van de verloren arbeidskracht'. Weigering leidde tot intrekking van de rente.⁶⁴ Zowel het voorkomen van instroom als de verplichting zich te laten behandelen zijn voorbeelden van schadebeperking als re-integratiebeginsel in sociale verzekering.⁶⁵ Meer of andere aandacht voor re-integratie bestond niet.⁶⁶

Bij de parlementaire behandeling van de OW en de IW is de samenhang met een goede Ziektewet (ZW) aan de orde geweest. Ondanks het eerste wetsontwerp voor de ZW in 1905 en het aannemen van een wetsontwerp in 1913 duurde het nog zeventien jaar voordat de ZW in werking trad.⁶⁷ De vertraging in de inwerkingtreding weerhield de wetgever er niet van toch de IW al in te voeren. Voor een deel had de vertraging te maken met de vraag of de ZW slechts een ziekengeldverzekering zou moeten worden of dat daarin ook elementen van wat wij nu re-integratie zouden noemen, moesten worden geregeld. Diende de ZW wel of niet bepalingen te kennen over zaken als ziektebehandeling en preventie? Uiteindelijk is niets opgenomen over

61 Molenaar IIb, p.1670. Met deze wachttijd werd aangehaakt bij de ZW die in eerste instantie een uitkering van zes maanden kende. De ZW was weliswaar in 1913 aangenomen maar werd pas 17 jaar later van kracht. De wachttijd was daarmee lange tijd een lacune, Van Soeren, p.16.

62 Art. 99 en 100 Invaliditeitswet. Met de invoering van het Ziekenfondsbesluit in 1941 verloor deze bepaling veel van haar kracht.

63 *Kamerstukken II* 1911/12, 258, nr.3, p.80.

64 Art. 105 Invaliditeitswet.

65 Noordam 2001, p.131. Hij constateert dat de preventieve maatregel vanwege de bestrijding van tuberculose wél frequent werd gebruikt maar de behandelmaatregel nauwelijks.

66 Van Soeren, p.17.

67 Stb. 1913, 204 en Stb. 1929, 329 i.w.tr. 1 maart 1930. Voor de gedetailleerde totstandkomingsgeschiedenis zie *Kamerstukken II* 1962/63, 7171, nr.3, p.6-7 en Sparrius, p.555-559.

ziektebehandeling. Die werd in 1941 door de Duitse bezetter in het Ziekenfondsenbesluit geregeld en na de oorlog gehandhaafd.⁶⁸ Door het Ziekenfondsenbesluit is de aparte positie van geneeskundige zorg tegenover de overige inspanningen bij ziekte bevestigd en is dat -ook- voor werknemers verder tot het domein van de gezondheidszorg gaan horen.

De ZW verzekerde het risico van loonderving door ziekte voor de bedongen arbeid. De rechtsgrond voor de ZW was dezelfde als de IW, nl. het uitgestelde loon.⁶⁹ Zowel de werkgever als de werknemer moest de helft van de premie betalen. Ziekte leidde tot arbeidsongeschiktheid van voorbijgaande aard. De ZW-uitkering zou daarom aanvankelijk slechts zes maanden duren, later werd dat 52 weken.⁷⁰ Onenigheid over de uitvoering van de ZW heeft ook bijgedragen aan de vertraging bij invoering.⁷¹ Uiteindelijk werd de uitvoering opgedragen aan hetzij de publiekrechtelijke Raden van Arbeid, hetzij de privaatrechtelijke bedrijfsverenigingen. De hoogte van de premie werd gekoppeld aan de hoogte van de uitval. Net als bij de OW bleek al snel dat het merendeel van de werkgevers zich aansloot bij een bedrijfsvereniging (87% tegen 13% voor de Raden van Arbeid) omdat de uitkeringen hoger en de premies lager uitvielen. Dat werd veroorzaakt door risicoselectie: minder draagkrachtige werkgevers met een personeelsbestand met hogere risico's waren bij de Raden van Arbeid oververtegenwoordigd. De koppeling van premie aan uitval prikkelde werkgevers dus vooral om alleen gezonde werknemers aan te nemen. Op re-integratie had het waarschijnlijk geen effect.⁷²

In de oorspronkelijke ZW is een aantal re-integratiebepalingen terecht gekomen, maar niet veel. Als het in het belang van de zieke arbeider werd geacht dat hij passende arbeid verrichtte en de werkgever hem daartoe in staat stelde tegen ten minste de helft van zijn loon, dan werd de loonbetaling aangevuld tot het dagloon.⁷³ Weigerde de arbeider passende arbeid te verrichten dan kon het uitvoeringsorgaan⁷⁴ het ziektegeld met de helft korten.⁷⁵ Daarnaast diende de werkgever 0,025% van het verzekerde loon te storten in het zogeheten Prophylaxe-fonds. Uit dat fonds werden

68 In het begin van de twintigste eeuw werd volop (en tevergeefs) gediscussieerd over ziektebehandeling en de invoering van een ziekenfondswet. De Duitsers bouwden voort op een wetsontwerp dat in 1937 was ingetrokken en voerde het Ziekenfondsbesluit als dwangmaatregel in. Van Soeren, p.21, Molenaar IIb, p.1753 e.v. De Ziekenfondswet kwam er wel, maar pas per 1 januari 1966.

69 Fluit/Wilthagen 2001, p.114, Sparrius 1996, p.555-556.

70 In 1947. De Ongevallenwet, Invaliditeitswet en de ZW werkten in die tijd naast elkaar en dekten verschillende risico's. Pas met de invoering van de WAO in 1967 werd de ZW het 'voorportaal' en werden de OW en IW ingetrokken, Fluit 2001, p.67-68.

71 Sparrius 1996, p.556-557, Liedorp, p.52.

72 Sparrius 1996, p.557-558.

73 Art. 30 (oud) ZW.

74 De Raden van Arbeid en bijzondere ziektekassen van de bedrijfsverenigingen (www.svb.nl/int/nl/over_de_svb/wie_zijn_wie/de_historie/regelingen_oud/#vtma9).

75 Noordam 2001, p.131.

preventieve maatregelen gefinancierd. Een bekend voorbeeld was de bijdrage uit dat fonds aan de bestrijding van reumatische ziekten en aandoeningen, omdat die op enig moment 20% van het ziekengeld opeisten.⁷⁶

Het verrichten van passend werk voor elk gedeelte waartoe de zieke werknemer in staat was, kon plaats vinden bij de eigen werkgever met behoud van uitkering en na goedkeuring van de bedrijfsvereniging. Bij invoering van de WAO in 1967 werden de re-integratiemogelijkheden in de ZW verruimd. De Minister vond namelijk dat de ZW de werknemer moest kunnen stimuleren om van werkkring te veranderen als de eigen werkgever niet, maar een andere werkgever (mogelijk) wel mogelijkheden voor passend werk had. De bedrijfsvereniging kon de werknemer in dat geval verplichten zich in te laten schrijven bij het orgaan van de openbare arbeidsbemiddeling (toen Gewestelijk Arbeidsbureau).⁷⁷

In de jaren na de Eerste Wereldoorlog was een bijzondere rol weggelegd voor een particulier initiatief. Het grote aantal oorlogsinvaliden in Europa na 1918 voedde ook in Nederland de gedachte dat 'onvolwaardigen' recht hadden op deelname in het maatschappelijke leven. De Nederlandsche Vereniging ter bevordering van den Arbeid Voor Onvolwaardige Arbeidskrachten (AVO) werd in 1927 in Amsterdam opgericht. De AVO hield zich bezig met de arbeidszorg en alles wat daarmee samenhangend was voor mindervaliden. Zij verzorgde opleidingen, richtte in het land AVO-adviesbureaus op en werkte met buitendienstmensen die de plaatsing van mindervaliden in het bedrijfsleven moesten bevorderen. Voor hen die tijdelijk of blijvend niet geschikt waren voor een plaats in het gewone bedrijfsleven bevorderde de AVO de oprichting van speciale werkinrichtingen.⁷⁸ De AVO heeft de overheid geïnspireerd op het gebied van re-integratie. Kort na het oprichtingscongres van de AVO werd een Staatscommissie ingesteld die (pas) in 1938 rapporteerde. Achterstelling van onvolwaardigen bij gezonde werknemers had geen enkele rechtvaardiging volgens de commissie. Specifieke wetgeving werd niet nodig geacht, maar wel werd het belang van inschakeling van onvolwaardigen in werk erkend. Ondanks het werk van AVO en het standpunt van de staatscommissie bleven de drempels voor re-integratie tot de Tweede Wereldoorlog hoog.⁷⁹

5.6 Beveridge-rapport en Commissie Van Rhijn

Toen president Roosevelt in januari 1941 zijn State of the Union uitsprak, zal niet zijn vermoed dat die een belangrijke invloed zou hebben op het hedendaagse westerse stelsel van sociale zekerheid. In deze 'Four Freedoms'-toespraak noemde

76 Zie ook Molenaar IIb, p.1751-1752. De bijdrageplicht was oorspronkelijk gebaseerd op art. 125 ZW. Vanaf 1950 werd dit het Praeventiefonds en tegenwoordig is dat ZorgOnderzoek Nederland.

77 *Kamerstukken II* 1962/63, 7171, nr.8, p.16-17.

78 Molenaar IIb, p.1445-1447.

79 Noordam 2001, p.132.

hij de vrijwaring van gebrek ('freedom from want') als essentieel menselijk recht.⁸⁰ Toen de Commissie Beveridge een half jaar later in Engeland aan de slag ging om aanbevelingen te doen voor het Britse sociaalzekerheidsstelsel was hij onmiskenbaar geïnspireerd door Roosevelt. 'A revolutionary moment in the world's history is a time for revolutions, not for patching' schreef Beveridge. Vervolgens formuleerde hij een aantal beginselen voor 'The way to Freedom from Want' gebaseerd op een verzekeringsstelsel.⁸¹

Voor re-integratie is belangrijk dat Beveridge tot uitgangspunt nam dat sociale zekerheid wordt bereikt door samenwerking van de overheid en het individu. De overheid zorgt voor minimumbescherming en geeft ruimte aan het individu, zodat die zelf kan zorgen voor meer dan dat minimum. Die verantwoordelijkheid van het individu en de prikkels en kansen die daarop zijn gericht, moeten door de overheid niet worden gesmoord. Integendeel, de overheid zou het verstrekken van een inkomen moeten combineren met 'treatment designed to bring the interruption of earnings to an end as soon as possible.'⁸² Een systeem van sociale zekerheid moest dus volgens Beveridge oog hebben voor re-integratie: 'comprehensive...rehabilitation services for prevention and cure...and restoration of capacity for work' zijn noodzakelijk.⁸³

Het Beveridge-rapport was voor minister van Sociale Zaken in ballingschap Van den Tempel aanleiding om in 1943 een soortgelijke commissie in te stellen, de Commissie Van Rhijn, met een soortgelijke opdracht.⁸⁴ De rechtsgrond Discussie voor een breed systeem van sociale zekerheid, die ook had gespeeld bij de invoering van OW en IW, werd nu opnieuw gevoerd. Voor de (nu nog bestaande) rechtsgrond voor sociale

80 F.D.R. Roosevelt, 'In the future days, which we seek to make secure, we look forward to a world founded upon four essential human freedoms....The third is freedom from want -which, translated into world terms, means economic understandings which will secure to every nation a healthy peacetime life for its inhabitants- everywhere in the world....That is no vision of a distant millennium. It is a definite basis for a kind of world attainable in our own time and generation. That kind of world is the very antithesis of the so-called new order of tyranny which the dictators seek to create with the crash of a bomb.' 6 januari 1941. Deze 'four freedoms' zijn overgenomen in de preambule van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens van 10 december 1948.

81 W. Beveridge, *Social insurance and Allied Services*, november 1942, (Beveridge-rapport) par. 7 'Second principle...Social insurance fully developed may provide income security; it is an attack upon Want. But Want is one only of five giants on the road of reconstruction and in some ways the easiest to attack. The others are Disease, Ignorance, Squalor and Idleness.' en par. 8.

82 Beveridge-rapport, par. 9: "The third principle is that social security must be achieved by co-operation between the State and the individual. The State should offer security for service and contribution. The state...should not stifle incentive, opportunity, responsibility; in establishing a national minimum, it should leave room and encouragement for voluntary action by each individual to provide more than that minimum for himself and his family" en par. 300.

83 Beveridge-rapport, 'No satisfactory scheme of social security can be devised except on the following assumptions...(B) Comprehensive health and rehabilitation services for prevention and cure of disease and restoration of capacity for work, available to all members of the community;' par. 301.

84 '... , welke tot taak zal hebben: een orienteerend overzicht samen te stellen, zooveel mogelijk begeleid van conclusies, betreffende de grondslagen en hoofdtrekken van de sociale verzekering in Nederland en omtrent richtlijnen voor de toekomstige ontwikkeling dezer verzekering...een en ander met inachtneming van de tegenwoordige inzichten omtrent de noodzakelijkheid van het vergroten van de zekerheid van bestaan en met verwerking van de gegevens omtrent de jongste ontwikkeling van het vraagstuk in de geallieerde landen, in het bijzonder in Groot-Brittannië.', artikel 1 Beschikking van de Minister van Sociale Zaken 26 maart 1943.

zekerheidsuitkeringen werd aangehaakt bij Beveridge en die werd door de Commissie Van Rhijn geformuleerd als:

*'De gemeenschap, georganiseerd in de staat, is aansprakelijk voor de sociale zekerheid en vrijwaring van gebrek van al haar leden, op voorwaarde dat deze leden zelf het redelijke doen, om zich die sociale zekerheid en vrijwaring tegen gebrek te verschaffen.'*⁸⁵

Terwijl Beveridge duidelijk koos voor een verzekeringsstelsel bleek de Commissie van Rhijn verdeeld in twee kampen. Van Rhijn zelf meende dat er bij een verzekeringsstelsel met premies een relatie bestond met het risico, wat de werkgevers zou stimuleren om ongelukken en invaliditeit te voorkomen. Anderen meenden dat het verzekeringsstelsel van de IW en OW tot te hoge tekorten en administratieve rompslomp had geleid, zodat de keuze moest vallen op een voorziening betaald uit belastingen. Het uiteindelijke resultaat was een compromis: een gemengd systeem van belastingen en premies.⁸⁶

Ook de ILO-conferentie in Philadelphia van april 1944 heeft invloed gehad op het Nederlandse re-integratiedenken en waarschijnlijk op het rapport Van Rhijn. Die conferentie stond in het teken van de omschakeling van een oorlogs- naar een vredeseconomie met aanbevelingen over de tewerkstelling van *'disabled workers, whatever the origin of their disability'*. Lidstaten zouden mindervaliden moeten bemiddelen en plaatsen, dus het bieden van gelijke kansen op werk, tegen gelijk loon. Aandacht voor (om)scholing totdat de werknemer weer efficiënt kan werken in zijn eigen vak, zodat mindervaliden zouden werken naar hun vermogen. Één van de aanbevelingen op de conferentie was ook het stellen van een quotum voor werkgevers aan mindervalide werknemers (wellicht zelfs verplicht).⁸⁷ Deze zelfde aanbeveling is in het rapport van de Commissie Van Rhijn terecht gekomen.

Het rapport van de Commissie van Rhijn kwam in delen uit, in 1945 en 1946, met uitdrukkelijk aandacht voor re-integratie van arbeidsongeschikten. In overeenstemming met de internationale situatie was na de Tweede Wereldoorlog de positie van de 'onvolwaardige arbeidskracht' in Nederland namelijk drastisch veranderd.⁸⁸ Tijdens de oorlog moesten alle beschikbare arbeidskrachten zo goed en kwaad als het ging worden ingeschakeld, dus ook de mindervaliden. Dit was een effect dat na de oorlog niet ineens kon worden terug gedraaid, als dat al gewenst was. Immers, door de oorlog was het aantal mindervaliden (soldaten en burgers) alleen maar toegenomen. Ook voor hen moest een plaats worden gevonden op de arbeidsmarkt: Noordam

85 Nationaal Archief, Archieven van de Ministeries van Algemene Zaken en voor Oorlogvoering van het Koninkrijk en van het Kabinet van de Minister-President, inv. nr. 5498, notulen vergadering 13 april 1943. Zie ook de MvT bij de WAO die wijst op de invloed van Angelsaksische literatuur met aandacht voor revalidatie op de Commissie Van Rhijn, *Kamerstukken II* 1962/63, 7171, nr.3, p.26.

86 T. Kappelhof, 'Omdat het historisch gegroeid is', *Tijdschrift voor sociale en economische geschiedenis* (2004) nr. 2, p.71-91, zie ook het overzicht van Fluit/Wilthagen 2001, p.114-116.

87 <http://www.ilo.org/ilolex/english/recdisp1.htm>, met name aanbeveling 39 tot en met 44.

88 SER-advies inzake de opnemng van gehandicapten in het arbeidsproces 1975-9, p.12.

noemt het 'een ereschuld'.⁸⁹ De wederopbouw vroeg bovendien om veel arbeidskrachten.⁹⁰ De plicht om aan rehabilitatie te werken, lag volgens de Commissie Van Rhijn niet in efficiencyoverwegingen bij een oorlogseconomie maar in een ideële gedachte. Ieder individu moest 'naar redelijkheid opgeleid worden voor dien arbeid, welke het best past bij zijn individuele geaardheid'.⁹¹ Wat verder een rol heeft gespeeld, is dat de mogelijkheden voor inpassing groter waren dan in het verleden.⁹² Naar Angelsaksisch voorbeeld werd voor re-integratie het begrip 'rehabilitatie' gebruikt. In de woorden van de Commissie Van Rhijn: 'het proces waarbij gebrekkigen naar lichaam of geest die zorg gegeven wordt, die noodig is om hen tot zoo nuttig mogelijke leden van de maatschappij te maken'.⁹³

De Commissie deed een aantal aanbevelingen en voorstellen. Naar aanleiding van één voorstel werd in 1946 de Raad voor Herstel van Arbeidsgeschiktheid ingesteld, vanaf 1954 de Rehabilitieraad geheten. In deze Raad zaten onder meer vertegenwoordigers van het Ministerie van Sociale Zaken, de Rijksverzekeringsbank en de Raden van Arbeid. De Raad hield zich bezig met de advisering van de regering over onderwerpen die met de arbeid van gehandicapten te maken hadden.⁹⁴

5.7 De eerste wettelijke re-integratieregeling

In Nederland leidde het veranderde denken tot de Wet plaatsing mindervalide arbeidskrachten (WPM), de eerste wettelijke re-integratieregeling:

'Ten aanzien van (mindervalide arbeidskrachten) is men in breede kringen tot het inzicht gekomen dat de maatschappij op ethische gronden gehouden moet worden geacht om hen in staat te stellen, althans zooveel mogelijk door arbeid in hun levensonderhoud te voorzien en hen zodoende evengoed als de valide arbeiders de arbeidsvreugde te doen kennen en hun een gevoel van eigenwaarde en een zekere onafhankelijkheid te geven'.⁹⁵

De WPM werd op 1 januari 1948 van kracht.⁹⁶ Het doel van de wet was het bevorderen van de arbeidsinschakeling van mindervaliden. Onder mindervaliden werden verstaan: 'personen, die ten gevolge van geestelijke of lichamelijke gebreken, kwalen of afwijkingen in aanmerkelijke mate worden beperkt in de mogelijkheid om door arbeid in hun levensonderhoud te voorzien'.⁹⁷ De bevordering van hun inschakeling vond plaats

89 Noordam 2001, p.133 De ILO had er al in 1944 voor gepleit.

90 Vandaar ook het ontslagvergunningsvereiste in het BBA 1945.

91 Rapport Commissie Van Rhijn, p.262.

92 Molenaar IIb, p.1435-1436. Hij noemt de ontwikkelingen in geneeskunst en haar hulpberoepen, prothese-voorziening, buitengewoon onderwijs, psychologische beoordeling, algemene lichamelijke en geestelijke training, vakopleiding, herscholing en omscholing, arbeidsbemiddeling en nazorg.

93 Rapport Commissie Van Rhijn, p.261.

94 <http://www.gehandicaptenschrijvengeschiedenis.nl/cvlg10.html>.

95 Kamerstukken II 1946/47, 444, nr.3, p.2.

96 Stb. 1947, H 283.

97 Art. 1 WPM. Specifiek staan vervolgens de personen genoemd die van overheidswege een invalidenpensioen ontvangen in verband met de oorlog.

door drie maatregelen. Allereerst werd elk bedrijf van twintig werknemers of meer verplicht ten minste 2% mindervaliden in dienst te hebben:

"Iedere werkgever, in wiens onderneming meer dan twintig werknemers werkzaam zijn .., is bij aanstelling van nieuw personeel verplicht om -indien zich onder de mindervalide arbeidskrachten, ingeschreven bij het Gewestelijk Arbeidsbureau van de plaats, waar de tewerkstelling zal geschieden, personen bevinden, die in staat geacht moeten worden het in de onderneming te verrichten werk te doen- mindervalide arbeidskrachten in dienst te nemen..."⁹⁸

De wetgever wees bij de invoering expliciet op ILO-aanbeveling 43 van Philadelphia over het werkgeversquotum.⁹⁹ Daarbij gold wel dat het quotum pas ging spelen als de werkgever nieuw personeel nodig had. Het was niet de bedoeling om personeel te ontslaan om aan het quotum te voldoen. Bovendien mocht de werkgever toetsen of een zich aanbiedende mindervalide voldeed aan de eisen van de functie én -blijkens de memorie van toelichting- meewegen of het aannemen wel betekende dat de mindervalide op de voor hem beste plek werd ingezet. Daarmee leidde de wet eigenlijk (slechts) tot een verplichting om te overwegen of bij vacatures mindervaliden konden worden geplaatst.¹⁰⁰

Ten tweede hadden mindervaliden voor hun werk recht op het gebruikelijke loon, tenzij dat in verband met de prestaties redelijkerwijs niet van de werkgever kon worden gevergd. Een passend loon werd dan van rijkswege vastgesteld (loondispensatie). Ten derde moest de werkgever er voor zorgen dat de te bedienen werktuigen of toestellen waren aangepast. Overtreding van elk van deze drie plichten kon worden bestraft met een boete van fl.1.000,-.¹⁰¹ Vooral de wettelijke werkgeversplicht om aanpassingen op de werkplek door te voeren was een belangrijke noviteit. Het maakte de werkgever voor het eerst voor een deel verantwoordelijk voor het kunnen laten functioneren van mindervaliden. Het effect van het verplichte werkgeversquotum was vanaf het begin minimaal. Dat kwam door onduidelijkheid over de definitie van het begrip mindervalide en de vrijheid voor werkzoekende én werkzame mindervaliden om zich al dan niet 'als zodanig' bij het Gewestelijk Arbeidsbureau (GAB) in te schrijven. Op die manier was controle op de vraag of was voldaan aan het verplichte quotum niet mogelijk.¹⁰²

5.8 Wie doet wat?

In 1952 werd met de Organisatiewet Sociale Verzekeringen (OSV) de uitvoering van alle arbeidsongeschiktheidsregelingen uitsluitend nog ondergebracht bij 26 bedrijfsverenigingen. Die bedrijfsverenigingen waren samengesteld uit werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers, met een Gemeenschappelijk Administratiekantoor (GAK) en oorspronkelijk zonder taak voor preventie of re-integratie. De vrijwillige

98 Art. 3 lid 1 WPM.

99 Kamerstukken II 1946/47, 444, nr. 3, p.3.

100 SER-advies inzake de opnemings van gehandicapten in het arbeidsproces 1975-9 citeert uit de MvT bij de WPM, p.14.

101 Art. 6, 7 en 8 WPM.

102 SER-advies inzake de opnemings van gehandicapten in het arbeidsproces 1975-9, p.14.

Erkende Geneeskundige Dienst uit de OW had bij preventie en re-integratie een bescheiden rol. Hoewel maar 160 bedrijven zo'n dienst hadden, werden bij de preventie niettemin verdienstelijke resultaten geboekt. De vraag was of zo'n dienst dus niet ook een formele rol moest krijgen. Tijdens een spreekuur kon de bedrijfsarts namelijk in aanraking komen met re-integratievraagstukken als 'overplaatsing, steun aan invaliden en revalidatie'.¹⁰³ Dat leidde er toe dat het voor bedrijven van een bepaalde omvang in 1954 verplicht werd om een bedrijfsgeneeskundige dienst te hebben voor preventieve gezondheidszorg.¹⁰⁴

De SER pleitte er bovendien in een advies in 1957 voor om de re-integratievoorzieningen uit de IW uit te breiden in een nieuwe regeling van arbeidsongeschiktheid, de WAO. Het ging daarbij om het complex van maatregelen en voorzieningen gericht op behoud of herstel van de arbeidsgeschiktheid. Genoemd werden genees- en heelkundige behandeling, omscholing, verstrekking van hulpmiddelen en onderwijs in het gebruik ervan.¹⁰⁵ De SER stelde ook een Gemeenschappelijke Medische Dienst (GMD) voor die -naast claimbeoordeling- re-integratievoorzieningen zou moeten verstrekken. De GMD zou daarbij moeten toetsen of van deze verstrekkingen een zodanig gunstig resultaat kon worden verwacht, dat het verschaffen daarvan redelijk was.¹⁰⁶ In de uiteindelijke WAO werd het SER-advies gedeeltelijk overgenomen. De geneeskundige behandeling en bepaalde verstrekkingen werden geacht tot de gezondheidszorg te horen en dus tot het domein van de Ziekenfondswet en de particuliere ziektekostenverzekering.

Niettemin diende revalidatie op het brancard te beginnen, aldus de Minister.¹⁰⁷ Er bleef ruimte voor (niet-medische) re-integratievoorzieningen op basis van de WAO: onderwijs en opleiding, werk- en leefvoorzieningen.¹⁰⁸ Deze werden echter niet als recht voor de verzekerde opgenomen maar waren de bevoegdheid van de bedrijfsvereniging. Ook ZW-gerechtigden zouden voor die voorzieningen in aanmerking kunnen komen, om te voorkomen dat zij langdurig arbeidsongeschikt zouden worden. Tegelijk was het tegengaan van hernieuwde uitval een doelstelling. De praktijk had bewezen dat het wenselijk was maatregelen (zoals omscholing) te kunnen nemen wanneer een herstelde werknemer opnieuw arbeidsongeschikt dreigde te worden als hij zijn vroegere werkzaamheden weer zou hervatten.¹⁰⁹ De GMD kreeg de taak de re-integratie vorm te geven.

103 *Kamerstukken II* 1954/55, 3848, nr.5, p.2.

104 Art. 7bis en 7ter Veiligheidswet 1934 en art. 12 quater en 12quinquies Stuwadoorswet. Zie *Kamerstukken II* 1954/55, 3848, nr.3, p.1-5.

105 SER-advies inzake de herziening van de Invaliditeitsverzekering 1957, p.39 e.v.

106 SER-advies inzake de herziening van de Invaliditeitsverzekering 1957, p.72 e.v.

107 *Kamerstukken II* 1962/63, 7171, nr.3, p.25, vandaar art. 60 lid 3 (oud) WAO met een taakafbakening tussen arbeidsongeschiktheidsregeling en ziekenfondsverzekering.

108 Noordam 2001, p.136, art. 60 lid 1 en 2 (oud) WAO. De Minister besefte dat leefvoorzieningen als bijvoorbeeld 'invalidenwagens' niet waren gericht op vermindering of opheffing van arbeidsongeschiktheid. De verstrekking vond niettemin plaats, uit het oogpunt van verzorging.

109 *Kamerstukken II* 1962/63, 7171, nr.3, p.63, art. 60 lid 1 (oud) WAO.

5.9 De WAO

De WAO werd van kracht per 1 juli 1967.¹¹⁰ Bij de invoering werden de OW¹¹¹ en de IW afgeschaft. Het risque professionnel uit de OW verdween daarmee uit de arbeidsongeschiktheidswetgeving. De arbeidsongeschiktheid moest vanaf dan het gevolg zijn van ziekte of gebrek, maar of dat een bedrijfsgebonden ziekte of gebrek was of een privé-aangelegenheid deed er niet langer meer toe. Minister Veldkamp van Sociale Zaken merkte daarover in de MVT op:

*'In het sociaal politieke denken is het steeds meer naar voren gekomen, dat niet beslissend dient te zijn, hoe iemand arbeidsongeschikt is geworden, maar de omstandigheid, dat men arbeidsongeschikt is en dat dit maatschappelijke consequenties heeft.'*¹¹²

De WAO bleef nog wel elementen van de OW en de IW houden. Net als in de OW bleef de uitkering loongerelateerd, bestond er gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid én de verdiscontering van de feitelijke arbeidsmarktkansen bij de bepaling van het arbeidsongeschiktheidspercentage bleef in stand. Naast behoud van het risque social uit de IW werd in de WAO -net als in die wet- het risico van verlies van verdien capaciteit afgedekt. De ZW diende voortaan als dekking van verlies van arbeids capaciteit als gevolg van ziekte of gebrek voor de eerste 52 weken, de WAO was er voor langere durende arbeidsongeschiktheid.

In het arbeidsongeschiktheidsbegrip werd een kiem van re-integratie gelegd. In de WAO werd niet gesproken over 'zijn arbeid', zoals in de ZW, maar over 'voor zijn krachten en bekwaamheid berekende arbeid'. Dit betekende dat breder moest worden gekeken naar de mogelijkheden om door opleiding en scholing de verzekerde in te gaan schakelen bij arbeid, ook als die afweek van wat eerder werd gedaan.¹¹³ Dit element bestond al in de IW en werd daaruit overgenomen. De Minister overwoog dat het bepalen van het invaliditeitspercentage in de WAO niet centraal stond:

*'...belangrijker in het moderne sociale zekerheidsbeleid is het, vast te stellen in welke mate de validiteit is behouden of hersteld, ten einde deze arbeidsgeschiktheid productief te maken door inschakeling van de verzekerde in het arbeidsproces. De sociaal-medische bemoeiingen met de invalide verzekerde zullen er dan ook evenzeer op gericht moeten zijn te bepalen, welke arbeidsmogelijkheden er voor hem bestaan... Het kan niet nadrukkelijk genoeg worden gesteld, dat een adequate revalidatie voorwaarde is om te komen tot een zinvolle arbeidsongeschiktheidsverzekering.'*¹¹⁴

Helemaal vrijblijvend was dat zeker niet. Weigerde de verzekerde zonder deugdelijke grond voorschriften op te volgen die waren gegeven in het belang van behandeling, genezing of tot behoud, herstel of ter bevordering van de arbeidsgeschiktheid dan kon

110 Stb. 1966, 84.

111 Alsook de specifieke ongevalswetten in landbouw, tuinbouw, zeevaart en zeevisserij.

112 *Kamerstukken II 1962/63, 7171, nr.3, p.2*, J.H. Kwantes 'Verzuim en reïntegratie' in: J.P. Popma (red.), *Het recht op veilige, gezonde en waardige arbeid*, Gelling Publishing: Nieuwerkerk aan den IJssel 2008, p.119.

113 *Kamerstukken II 1962/63, 7171, nr.3, p.28*.

114 *Kamerstukken II 1962/63, 7171, nr.3, p.26*.

dat leiden tot een lagere uitkering.¹¹⁵ Wevers/Besseling/de Vos stellen dat de WAO uitdrukkelijk als re-integratiewet is bedoeld en dat blijkt ook uit de nadruk die de Minister daarop bij de invoering legde:

*'...hoe groot de betekenis van uitkeringen bij arbeidsongeschiktheid ook moge zijn, ik acht het van veel groter belang dat de arbeidsongeschikte wordt teruggeleid naar het maatschappelijk leven. Herstel van de arbeid acht ik voor de menselijke ontplooiing belangrijker dan de rente...'*¹¹⁶

Al in de OW stond dat de werknemer het recht op uitkering kon verliezen als hij niet meewerkte aan re-integratie. Het verschil was dat die plicht was ingegeven door de verzekeringsgedachte en de daarbij horende werknemersplicht tot schadebeperking. De motivering in de WAO was ideëler. De arbeidsongeschikte werknemer moest tegen wil en dank weer terug het maatschappelijk leven in, omdat dat voor hem belangrijk was. De Minister vond, met de SER, tegelijk dat van re-integratiedwang geen sprake kon zijn:

*'Van maatregelen tot revalidatie zal immers slechts heil kunnen worden verwacht, indien zij gebeuren met instemming van de betrokkene. Deze is op die grond in beginsel vrij een revalidatie-voorziening af te wijzen.'*¹¹⁷

De opmerking van Veldkamp dat er geen dwang mocht spelen, illustreert in mijn beleving het denken over re-integratie in die jaren. Het ging vooral om het bieden van kansen op zelfontplooiing en minder om het verzekeringsdenken gericht op schadebeperking, dat heerste in de jaren vóór de Tweede Wereldoorlog. Daarin lag dan ook de rechtsgrond voor de WAO: recht op zelfontplooiing en recht op gelijke kansen.¹¹⁸ Ook Klosse/van Dijk constateren dat onder meer vanwege de gemakkelijke toegang tot de WAO en het loslaten van het verband tussen premie, prestatie en risico de verzekeringsgedachte in de schaduw stond van de tendens naar solidariteit.¹¹⁹

5.10 Zijstap naar de AAW

In 1976 werd de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet (AAW) van kracht.¹²⁰ De beperking tot werknemers van het recht op een uitkering bij arbeidsongeschiktheid werd niet langer acceptabel geacht. De rechtsgrond voor het socialezekerheidsstelsel was immers -in de woorden van de Commissie Van Rhijn- dat de gemeenschap

115 Art. 28 jo. 25 (oud) WAO.

116 C.W.J. Wevers, J.J.M. Besseling en E.L. de Vos, *"De Realiteit" in kort bestek. Samenvatting en conclusies van de integrale rapportage evaluatie Wet Rea*, Elsevier: Doetinchem 2001, p.26, zie ook *Kamerstukken I*, 1965/66, 7171, nr.23a, p.3.

117 *Kamerstukken II* 1962/63, 7171, nr.3, p.63.

118 Van den Bosch/Petersen 1983, p.57, Liedorp, p.58. T. van Peijpe geeft Levenbach weer over de neiging rechtsgronden te zoeken: *'De verzuiling en de daarmee samenhangende behoefte om 'grondslagen' en 'rechtsgronden' te formuleren remt in Nederland de daadkracht en leidt tot traagheid. Niettemin is het resultaat volgens Levenbach vaak 'solide en in vergelijking met andere landen verrassend goed'*, *'Eigenaardigheden in het Nederlandse arbeidsrecht'*, SMA 2008, p.446.

119 Klosse/van Dijk, p.33-34. De eenvoudiger toegang betekende dat de verzekeringsneiging om slechte risico's buiten de deur te houden werd losgelaten.

120 Stb. 1975, 674.

aansprakelijk was voor vrijwaring van gebrek van *al haar leden*. Daarom had elke ingezetene bij arbeidsongeschiktheid via de AAW recht op een uitkering ter hoogte van 70% van het minimumloon. Omdat de werkingssfeer van WAO en AAW elkaar overlaptten, hadden WAO-ers recht op allebei. De AAW-uitkering kwam echter niet tot uitkering.¹²¹

Hoewel de AAW een volksverzekering en geen werknemersverzekering was, heeft die wet wel belang gehad voor re-integratie van zieke werknemers. Vanwege de overlappende werkingssfeer kon voor WAO-ers gebruik worden gemaakt van de voorzieningen tot behoud, herstel en bevordering van de arbeidsgeschiktheid die in artikel 57 AAW waren opgenomen. Bij invoering van de WAGW (zie § 5.13) werd daar artikel 57a AAW aan toegevoegd. De werkgever kon een vergoeding krijgen voor kosten die voortvloeiden uit de noodzakelijke aanpassing van de samenstelling en toewijzing van arbeid, de inrichting van arbeidsplaatsen, de productie- en werkmethoden en de bij de arbeid te gebruiken hulpmiddelen van arbeidsongeschikte werknemers alsmede uit de noodzakelijke aanpassing van de inrichting van het bedrijf.

5.11 Problemen met verdiscontering

De instroom in de WAO werd groter door een wijziging in de uitvoeringspraktijk in 1973. De verdiscontering van de feitelijke slechte arbeidsmarktpositie in de arbeidsongeschiktheidsuitkering bestond al sinds 1921 in de OW en was overgenomen in de WAO.¹²² Volgens de Federatie van Bedrijfsverenigingen (FBV) moest dit artikel (in navolging van eerdere suggesties van de Minister in 1967) zo worden geïnterpreteerd dat zonder tegenbewijs *elke* verminderde gelegenheid tot het verkrijgen van arbeid aan de arbeidsongeschiktheid moest worden toegeschreven.¹²³ Het werkloosheidsrisico werd zo onderdeel van de arbeidsongeschiktheidsuitkering. Het gevolg was dat gedeeltelijk arbeidsgeschikten die onvrijwillig werkloos waren recht op een 100% arbeidsongeschiktheidsuitkering kregen tot zij weer aan de slag konden. De slechte arbeidsmarktpositie van een AAW-gerechtigde werd op dezelfde manier verdisconteerd als bij een WAO-gerechtigde.¹²⁴

121 Behalve als het WAO-percentage leidde tot een uitkering onder het AAW-niveau: dan werd vanuit de AAW aangevuld tot dat niveau, Pennings 2006, p.9.

122 Art. 21 lid 2 aanhef en sub a (oud) WAO, B.M.S. van Praag, 'Ontwikkelingen in arbeidsongeschiktheid' in: F.A.J. van den Bosch en C. Petersen (red.), *Arbidsongeschiktheid. Een multidisciplinaire benadering*, Kluwer: Deventer, 1981, p.13-14.

123 FBV-circulaire nr. 575, 25 mei 1973. H. Emanuel, 'Achtergronden van het arbeidsongeschiktheidsverschijnsel in Nederland' in: Van den Bosch/Petersen, 1981, p.31-32. In dezelfde uitgave hierover ook: W.M. Levelt-Overmars, 'De wet is goed en rechtvaardig. Geldt dit ook voor AAW en WAO?', p.123-124., die wijst op de wetgeschiedenis van de aanpassing van de ZW aan de WAO (Zitting 1967, 9141, nr. 3, p.4).

124 Art. 12 lid 2 aanhef en sub a AAW.

De CRvB had zich in die tijd duidelijk uitgesproken over het verdisconteringsartikel:

*'De opvatting dat een eenmaal toegekende arbeidsongeschiktheidsuitkering volledig zou dienen te worden voortgezet totdat de invalide werknemer naar de arbeid is teruggekeerd en totdat is komen vast te staan dat hij deze arbeid duurzaam kan verrichten, is niet juist. Deze opvatting vindt in de wet en met name ook artikel 21, lid 2 sub a geen steun. In dit artikel wordt immers uitdrukkelijk gesproken van door de arbeidsongeschiktheid veroorzaakte verminderde 'gelegenheid' tot het 'verkrijgen' van arbeid. Dat een eenmaal toegekende arbeidsongeschiktheidsuitkering zou moeten worden voortgezet totdat in feite arbeid is verkregen, valt uit dit artikel niet te lezen en is met de inhoud daarvan zelfs niet verenigbaar.'*¹²⁵

De strenge opvatting van de CRvB werd echter in de uitvoeringspraktijk niet gevolgd, misschien ook in het licht van het tekort aan arbeidskrachten in Nederland in de jaren zestig. Toen de economie na de eerste oliecrisis in 1973 omsloeg, bleek geleidelijk aan dat de WAO zo een prettige vluchtheuvel voor de werkloze arbeidsongeschikte was geworden. Om in aanmerking te kunnen komen voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering deed de oorzaak van arbeidsongeschiktheid er namelijk vanwege het risqué social niet toe. Als er daarna geen mogelijkheden waren om feitelijk aan de slag te komen, kreeg de verzekerde een uitkering op basis van een arbeidsongeschiktheid van 80-100%, ook al was hij in de praktijk maar gedeeltelijk arbeidsongeschikt. Die uitkering liep in beginsel door tot 65 jaar en bood een uitkering van 80% van het dagloon: financieel vaak niet ongunstig voor werknemers. Het kabinet noemde dit later ook de 'aanzuigende werking' van de WAO.¹²⁶ De WAO verwerd tot een soort afvloeiingsvoorziening in het kader van sanering van het bedrijfsleven.¹²⁷

Voor een werkgever was de drempel om iemand uit te laten stromen ook laag: als de werknemer maar ten minste 15% verlies aan verdiencapaciteit had dan kon hij goedkoop en zonder ontslaginspanningen op een zijspoor worden geplaatst. Ook politiek werd het aantrekkelijker gevonden om verborgen werkloosheid te hebben in de WAO dan hoge werkloosheidscijfers.¹²⁸

5.12 Waar bleef de re-integratie?

De aandacht bij arbeidsongeschiktheid was na invoering van de WAO versnipperd: de preventie lag bij de eigen geneeskundige dienst van de werkgever, de behandeling van de ziekte behoorde tot de gezondheidszorg en de re-integratie was een taak van de GMD. Tegelijk was het strenge privaatrechtelijke stelsel uit de OW van risqué professionnel en verzekeringsgedachte verlaten voor een solidair stelsel van risqué social en een combinatie van verzekering en voorziening. De uitleg van het verdisconteringsartikel droeg vervolgens belangrijk bij aan de groei van het aantal

125 CRvB 7 juli 1972, RSV 1973 nr. 20.

126 J.A. Duivenvoorden e.a. *Stelselherziening sociale zekerheid*, Kluwer: Deventer 1987, p.72.

127 Liedorp, p.59.

128 Klosse/van Dijk, p.39, Van den Bosch/Petersen 1983 concludeerden bijvoorbeeld dat de WAO werkte als 'een alternatieve werkloosheidsvoorziening'. Ook verwijzen zij naar publicaties eind jaren zeventig waaruit de toenmalige bekendheid met deze 'verborgen werkloosheid' al bleek (p.106-108, m.n. noot 12).

arbeidsongeschikten. Schattingen van begin jaren tachtig wezen erop dat tussen 35 en 42% van de WAO-ers door het verdisconteringsartikel in de WAO was beland.¹²⁹ Niet alleen was het aantal arbeidsongeschiktheidsuitkeringen gegroeid; 85% van alle arbeidsongeschiktheidsuitkeringen was toegekend vanwege volledige of nage-nog volledige arbeidsongeschiktheid (80-100%).¹³⁰

Dat Veldkamp bij de invoering geen re-integratieplicht voor de WAO-verzekerde wenste, bleek zich te wreken: in de wet bestond bijvoorbeeld geen directe koppeling tussen uitkeringsrechten en re-integratie-inspanningen.¹³¹ De effectiviteit van de re-integratiegedachte hing eigenlijk af van het sanctiebeleid van een bedrijfsvereniging, dus hoe streng men was bij het toepassen van de beperkte sanctiemogelijkheden. De maatschappelijke overtuiging in die tijd was echter dat de (sociaal-) economische problemen van voorbijgaande aard zouden zijn, zodat het verstrekken van een inkomensvervangende uitkering als de elegantste en meest aanvaardbare oplossing werd gezien.¹³² Een passieve houding rond re-integratie werd daarom nauwelijks aangepakt.¹³³ Die passieve houding werd nog versterkt doordat de overheid in de jaren zeventig een andere visie op sociale zekerheid bleek te krijgen. De verantwoordelijkheid die de burger (ook) had, werd van hem overgenomen waarmee de overheid de eerstverantwoordelijke werd voor de zorg voor sociale zekerheid. In plaats van subject werd de burger object van staatszorg, aldus Klosse/van Dijk. Het gevolg was dat de WAO-er zijn kansen en mogelijkheden op de arbeidsmarkt niet echt hoefde te beproeven, met de rechtvaardiging dat het weinig zin had daar energie in te steken als op voorhand al vaststond dat de kans op succes vrijwel nul was.¹³⁴

Belemmerende factor voor re-integratie was dat zowel in het eerste als in het tweede ziektejaar de arbeidsongeschiktheid nog steeds moest zijn veroorzaakt door ziekte of gebrek.¹³⁵ Artsen werden opgezadeld met het toeschrijven van inkomensverlies als gevolg van arbeidsongeschiktheid aan een ziekte of gebrek. Naarmate dat objectief minder mogelijk was, neigden artsen er toe het 'niet-meer-kunnen-functioneren' te benadrukken. Dat lokte vervolgens bij WAO-ers gedrag uit om, ter wille van behoud van hun uitkering, steeds weer hun 'ziek-zijn' te bewijzen. De demotiverende werking voor re-integratie is evident.¹³⁶

129 J.H.R. van der Pas, 'Arbeidsongeschiktheidscriteria-van ongevallenwetten naar arbeidsongeschiktheidswetten' in: Van den Bosch/Petersen 1981, p.166-168. In dezelfde uitgave: F.A.J. van den Bosch & C. Petersen, 'Omvang verborgen werkloosheid in WAO', p.79-80 en 88-89.

130 *Kamerstukken II* 1981/82, 17 384, nr.3, p.2.

131 Bijvoorbeeld een scholingsplicht.

132 Klosse/van Dijk, p.39.

133 Met de Wet Boeten, maatregelen, terug- en invordering sociale zekerheid uit 1995 werd de beleidsvrijheid van een uitvoeringsinstelling bij de toepassing van sancties dan ook omgezet in een verplichting.

134 Klosse/van Dijk, p.40.

135 Klosse/van Dijk, p.41, zie ook § 2.6.

136 Klosse/van Dijk, p.41.

Een ander element waardoor de re-integratie werd bemoeilijkt, was het verschil in arbeidsongeschiktheidsbegrip tussen ZW en WAO. Waar de ZW uitging van arbeidsongeschiktheid door ziekte voor 'zijn arbeid' werd in de WAO gekeken naar 'voor zijn krachten en bekwaamheid berekende arbeid'.¹³⁷ Verder kijken naar arbeidsgeschiedheid voor *ander* werk dan het eigen werk kwam op grond van deze definitie pas na één jaar aan de orde, bij de WAO-keuring. Theoretisch gaf artikel 30 ZW weliswaar de mogelijkheid al eerder te zoeken naar passende arbeid, maar dat artikel werd nauwelijks toegepast.¹³⁸ Re-integratie van de zijde van GMD bleek niet effectief. Na een jaar kon de afstand tot de arbeidsmarkt al zo groot zijn dat re-integratie moeilijk werd.¹³⁹ Liedorp concludeert dat re-integratie anno 1980 inhield dat de overheid verantwoordelijk was voor re-integratie met dwingende en strikte verplichtingen en voorzieningen. De uitvoering en het toezicht lag echter in handen van sociale partners die een ruime beleidsvrijheid hadden.¹⁴⁰

5.13 De WAGW

De SER concludeerde in 1975 dat de Wet plaatsing mindervalide arbeidskrachten (WPM) niet goed werkte. Er bestonden problemen met de registratie van mindervaliden, de definitie van mindervalide was niet helder hetgeen tot controleperikelen leidde en de SER vond de loondispensatieprocedure tijdrovend.¹⁴¹ De aanpassing van die wet had om allerlei redenen niet de allerhoogste prioriteit. Niettemin werd in 1980 een voorontwerp voor de Wet Arbeid Gehandicapte Werknemers (WAGW) aan de SER aangeboden dat de problemen uit de WPM moest oplossen. Het wetsvoorstel zelf werd in april 1982 aan de Tweede Kamer aangeboden maar inwerkingtreding duurde nog tot 1 juli 1986 en de quotumplicht werd pas per 1 juli 1989 van kracht.¹⁴²

Al vroeg was duidelijk dat de WAGW onderdeel moest zijn van een bredere herziening van de sociale zekerheid. De notitie 'Volumebeleid' maakte -ook met die onheilspellende titel- al wel duidelijk in welke richting die herziening moest worden gezocht.¹⁴³ Het aantal socialezekerheidsuitkeringen moest afnemen. Dat was een zaak van lange adem, besefte ook toenmalig minister Den Uyl. Op korte termijn kon er via

137 Art. 19 ZW en art. 18 WAO (later: in billijkheid op te dragen arbeid, A.Ph.C.M. Jaspers, 'Arbeidsongeschiktheid', p.71 in: *Kluwer Schets van het Sociaal zekerheidsrecht*, A.Ph.C.M. Jaspers en J. Riphagen (red.), Kluwer: Deventer 1991).

138 De CRvB achtte dit een uitzonderingsbepaling die daarom beperkt diende te worden toegepast, CRvB 28 mei 1975, RSV 1975/430 en CRvB 7 juni 1978, RSV 1978/308, Liedorp p.120. Kaiser onderzocht in het algemeen het verschil in handelen en taakopvatting tussen GAK-verzekeringsgeneeskundigen en bedrijfsartsen. De 'GAK-artsen' waren relatief laat met hun inspanningen en relatief weinig op re-integratie bij het eigen bedrijf gericht in vergelijking met de bedrijfsartsen, C.P. Kaiser, *Het verzekeringsgeneeskundig handelen en de verzuimduur. Een studie naar het handelen en de taakopvattingen van verzekeringsgeneeskundigen en met verzekeringsgeneeskundige taken belaste bedrijfsartsen in de regio Zuid-Limburg*, (diss.), Universitaire Pers: Maastricht, 1992, p.132-133.

139 Klosse/van Dijk, p.40-41.

140 Liedorp, p.123-124.

141 SER-advies inzake de opnemings van gehandicapten in het arbeidsproces 1975-9, p.14-15.

142 Stb. 1986, 300.

143 Brief van de Minister van Sociale Zaken 28 juni 1979, Zitting 1978-1979 15 650, nr. 1.

de WAGW wel al wat aan volumebeperking worden gedaan.¹⁴⁴ De genoemde problemen uit de WPM werden in de WAGW opgelost, zodat dit keer de doelstelling voor gehandicapten ('de duur van de afwezigheid wegens ziekte en arbeidsongeschiktheid te beperken en het (her)intreden in het arbeidsproces te bespoedigen dan wel te bewerkstelligen')¹⁴⁵ wél zou kunnen worden gehaald. Zo werd het oude definitieprobleem van wat een 'mindervalide' precies was nu simpelweg opgelost door als 'gehandicapte werknemer' te benoemen de werknemer aan wie een WAO- of AAW-uitkering was toegekend of voor wie een AAW-voorziening in het bedrijf getroffen was en die zonder die voorziening niet in staat was zijn arbeid te verrichten.¹⁴⁶

De re-integratievoorzieningen van de WAGW waren over het algemeen niet nieuw: een quotumverplichting, loondispensatie, een beter gecoördineerde bemiddeling naar ander werk, de plicht om de arbeidsplaats aan te passen aan de gehandicapte.¹⁴⁷ Allemaal maatregelen waarover minister Den Uyl opmerkte:

*'In de afgelopen jaren hebben zowel algemene als specifieke maatregelen en instrumenten ten dienste van dit (re)integratiebeleid gestaan. Omtrent de effectiviteit daarvan is weinig bekend. Als we op de kwantitatieve groei van de WAO letten, lijkt die effectiviteit uiterst gering.'*¹⁴⁸

Waarom dan toch voor deze maatregelen gekozen? De Minister meende om twee redenen de kans op succes te kunnen verhogen. Ten eerste kon een werkgever een bijdrage krijgen in de kosten van aanpassing van de werkplek. Ten tweede werd de vrees van een werkgever voor hernieuwde uitval vanwege ziekte weggenomen door het dan opnieuw uitbetalen van de 'oude uitkering' van de werknemer.¹⁴⁹

Belangrijk was de link die werd gelegd met de verdisconteringsartikelen uit WAO en AAW. Een knelpunt voor de inschakeling van gehandicapten lag namelijk in de gehandicapten zelf. Door verdiscontering van werkloosheid kregen arbeidsongeschikte werknemers een WAO-uitkering gebaseerd op 80-100%. Dat voedde ten onrechte de gedachte van een arbeidsongeschikte werknemer zelf dat hij helemaal niet meer geschikt zou zijn voor arbeid, aldus de Minister. Verdiscontering werkte invaliderend en als de re-integratie van arbeidsongeschikten wilde werken, moest er ook iets veranderen aan de interpretatie van de verdisconteringsbepaling.¹⁵⁰ Hoewel de re-integratievoorzieningen van de WAGW dus onder aan de streep niet veel meer waren dan een 'opgewarmde' versie van de WPM, was al wel een glimp op te vangen van hernieuwd denken over re-integratie.

144 *Kamerstukken II* 1981/82, 17 384, nr.3, p.3.

145 *Kamerstukken II* 1981/82, 17 384, nr.3, p.3.

146 Art. 1 aanhef en sub b WAGW.

147 Deze elementen zaten ook al in de WPM. De Minister merkte over de plicht de arbeidsplaats aan te passen (art. 6 lid 1 WAGW) op, dat die een precisering was van wat al uit art. 3 Arbeidsomstandighedenwet voortvloeyde.

148 *Kamerstukken II* 1981/82, 17 384, nr.3, p.2.

149 Art. 57a AAW en art. 33 AAW/ art. 44 WAO (oud).

150 *Kamerstukken II* 1981/82, 17 384, nr.3, p.7-8.

Wezenlijk daarbij was artikel 2 lid 1:

Werkgevers, organisaties van werkgevers en organisaties van werknemers hebben tot taak, voor zover dat redelijkerwijs in hun vermogen ligt, gelijke kansen van gehandicapte en niet-gehandicapte werknemers voor wat betreft de deelname aan het arbeidsproces te bevorderen en de nodige voorzieningen te treffen gericht op het behoud, het herstel of de bevordering van de arbeidsgeschiktheid van werknemers.

Dit artikel is via een nota van wijziging in de wet gekomen. In de SER en het parlement bestond onenigheid over de vraag of de wetgever dwingend een quotum moest opleggen of dat dit pas aan de orde kwam als zelfregulering te weinig resultaat had. Zelfregulering won het en uitgangspunt werd daarmee dat de verantwoordelijkheid voor het treffen van maatregelen ter versterking van de positie van gehandicapten in de eerste plaats bij werkgevers en werknemers rustte.¹⁵¹ Voor het eerst werd daarmee in de wet vastgelegd dat de zorg voor re-integratie een *taak én een verantwoordelijkheid* was van werkgevers en werknemers. Eerder was al uitgesproken dat de werkgever, in de twee jaar dat het opzegverbod tijdens ziekte gold, meer dan tot dan het geval was binnen de onderneming zou moeten zoeken naar passend werk voor de gehandicapte werknemer.¹⁵² Artikel 30 ZW werd per dezelfde datum aangepast: weigerde de werkgever de zieke werknemer (intern of extern) in te zetten in passende arbeid, dan kon de bedrijfsvereniging een bedrag op de werkgever verhalen wat de zieke werknemer daarmee aan loon zou hebben kunnen verdienen.¹⁵³

Volgens Noordam was het vernieuwende van de WAGW dat voor het eerst aandacht bestond voor de samenhang tussen publieke re-integratie-instrumenten en het arbeidsrecht.¹⁵⁴ In de totstandkomingsgeschiedenis van de WAGW bleken ook andere ideeën rond re-integratie aan de oppervlakte te komen, waarvoor de tijd nog niet rijp was. Het belang van het SER-advies 'Vermijdbaar verzuim wegens ziekte en arbeidsongeschiktheid' voor de WAGW en de ideeën rond re-integratie is daarbij niet te onderschatten.¹⁵⁵ Naast een analyse van de oorzaken die tot de toename van het aantal arbeidsongeschikten leidden, bevatte het ook uitgebreide en diepgaande adviezen over de aanpak om tot een daling van dat aantal te kunnen komen. Interessant is wat bij de WAGW op basis van dit SER-advies wel is overwogen, maar niet werd ingevoerd:

151 *Kamerstukken II* 1984/85, 17 384, nr.8, p.5-7 Maatregelen zouden bijvoorbeeld kunnen zijn: aanvullende maatregelen ter voorkoming van arbeidsongeschiktheid, het afsluiten van cao's, het gezamenlijk in het leven roepen van een instelling die scholing van gehandicapte werknemers ten doel had of op andere wijze de (re)integratie van gehandicapten nastreefde of de invoering van een systeem van (her)plaatsing van gehandicapten in een bedrijfstak.

152 *Kamerstukken II* 1981/82, 17 384, nr.3, p.19.

153 Liedorp, p.203.

154 Noordam 2001, p.139.

155 SER-advies Vermijdbaar verzuim wegens ziekte en arbeidsongeschiktheid 82-01, 12 februari 1982, deels voortbouwend op de Kamernotitie 'Volumebeleid' uit 1979, *Kamerstukken II* 1978/79, 15 650, nrs.1-2, Liedorp, p.67-69.

1. Een loonkostensubsidie voor de werkgever om het in dienst nemen van gehandicapten te stimuleren werd niet gewenst noch nodig gevonden.
2. Herplaatsing op proef bij een andere werkgever op basis van detachering, waarbij de arbeidsovereenkomst met de huidige werkgever in stand zou blijven, was volgens de Minister een interessante gedachte die tot verder onderzoek uitnodigde.
3. De gedachte om voor het afgeven van een ontslagvergunning bij een gehandicapte werknemer contact verplicht te stellen tussen GAB en GMD, zou volgens de Minister (enigszins cryptisch) alleen maar leiden tot 'verwarring'.
4. Uitbreiding van de periode van loondoorbetaling bij ziekte, door het begrip 'betrekkelijk korte tijd' uit artikel 7A:1638c BW te schrappen, zou kunnen leiden tot een stimulans voor de werkgever werk te maken van re-integratie. Verder onderzoek en advisering daarover was nodig.¹⁵⁶

De echo van dit SER-advies zou in latere jaren nog steeds te horen zijn.

5.14 De re-integratie-arresten

Een aantal arresten van de HR is mede richtinggevend geweest voor de ontwikkeling van re-integratie. Die uitspraken stonden allemaal in het teken van het recht op loon. De hoofdregel was 'geen arbeid, geen loon'.¹⁵⁷ Artikel 7A:1638d BW (later artikel 7:628 BW) was daarop een uitzondering: de werknemer behield toch zijn recht op loon, als hij geen werk verrichtte door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever diende te komen. De werknemer moest zich dan wel bereid verklaren te werken.

In 1950 oordeelde de HR dat artikel 7A:1638d BW er toe strekte de werknemer te waarborgen dat hem niet, ondanks het voortduren van de dienstbetrekking, op grond van *onbekwaamheid of ongeschiktheid* het overeengekomen loon wordt onthouden. Bij bereidheid moet er worden doorbetaald. Van bereidheid kan niet worden gesproken als de prestatie die de arbeider kan aanbieden van dien aard is dat zij hem geen recht op loon zou geven volgens de hoofdregel 'geen arbeid, geen loon'. Niet van belang was of de arbeider in staat was tot een (volledig md) aan de verbintenis beantwoordende prestatie. Annotator Houwing interpreteerde het arrest voorzichtig zo dat de prestatie van de werknemer door ongeschiktheid zó gebrekkig kan zijn dat van arbeid, die recht op loon geeft, niet meer kan worden gesproken.¹⁵⁸ 'Een beetje gebrekkig' zou dan nog wel recht op loon geven. Het arrest ging over ongeschiktheid vanwege een oorlogsverleden en had niet specifiek betrekking op arbeidsongeschiktheid als gevolg van ziekte of gebrek. Het maakt niettemin duidelijk dat de HR bij een uitzondering op de hoofdregel 'geen arbeid, geen

¹⁵⁶ *Kamerstukken II* 1981/82, 17 384, nr.3, resp. p.28, 30-31, 34 en 36.

¹⁵⁷ Met de Wet Werk en Zekerheid (WWZ), *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr.2 is dit uitgangspunt afgeschaft.

¹⁵⁸ HR 23 juni 1950, NJ 1951, 55 (Schlatmann/Bloksma) m.nt. Ph.A.N.Houwing.

loon' niet onwettig stond tegenover het aannemen van een recht op loon als de werknemer niet de bedongen arbeid aan zou bieden, maar wel arbeid van betekenis.¹⁵⁹

Dat was het geval bij kantoorbediende Roovers. Zij kwam na een auto-ongeluk in de WAO, naar een arbeidsongeschiktheidspercentage van 45-55%. Voor het overblijvende deel wilde zij bij haar werkgever De Toekomst weer aan de slag, die daarvan geen gebruik maakte. Volgens De Toekomst kwam haar dan ook geen recht toe op loon: zij bood immers niet de bedongen arbeid aan, maar alleen de helft daarvan. De HR baseerde de aanspraak op loon van mevrouw Roovers op een redelijke uitleg van artikel 7A:1638d BW. Wanneer een arbeidsongeschikte werknemer zijn werkzaamheden niet meer geheel maar nog wel gedeeltelijk kan verrichten, behoudt hij zijn recht op loon voor dat gedeelte, àls van de werkgever kan worden gevergd van de aangeboden arbeid tegen beloning gebruik te maken. Óf dit kan worden gevergd, hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de inhoud van het aanbod, de aard van de arbeid en de organisatie van het bedrijf.¹⁶⁰

Van Haaren werkte bij mengvoederbedrijf Cehave. Hij vulde machinaal zakken met kunstmest, versjouwde ze naar een pallet waar hij ze opstapelde. In 1980 viel hij uit met rugklachten. Toen vaststond dat hij alleen nog rugsparend werk mocht doen, stelde van Haaren na een jaar ziekte voor weer fulltime aan de slag te gaan met het machinaal vullen van de zakken, maar dan zonder het sjouw- en stapelwerk. Cehave weigerde en stuurde Van Haaren naar huis. Hij vorderde vervolgens in twee instanties tevergeefs loondoorbetaling op grond van artikel 7A:1638d BW. De ongeschiktheid tot het verrichten van de bedongen arbeid liet volgens hem onverlet de geschiktheid voor een gedeelte daarvan of voor andere passende arbeid. Bovendien verplichtte de cao een werkgever tot aanpassing van de functie en herplaatsing bij een beperkt inzetbare medewerker. In cassatie vond Van Haaren gehoor. De HR had de vinger goed aan de maatschappelijke pols. Hij motiveerde zijn arrest door te verwijzen naar de rechtsopvattingen zoals die bleken uit de cao maar ook uit het wetsontwerp voor de WAGW en de brede instemming die dat vond. De HR vond het logisch om de lijn van Roovers/De Toekomst door te trekken en oordeelde concreet:

'Indien een werknemer die door ziekte tot het verrichten van de bedongen arbeid blijvend ongeschikt is geworden, hetzij omdat van zijn werkgever niet valt te vergen dat deze gebruik maakt van zijn bereidverklaring die arbeid te verrichten voor het gedeelte waartoe hij in staat is, hetzij omdat hij niet in staat is zelfs maar een gedeelte van die arbeid te verrichten, zich jegens zijn werkgever bereid verklaart andere passende arbeid te verrichten welke hij, voor zover doenlijk, heeft gespecificeerd, is de werkgever

159 Ook Rood meent dat dit arrest van toepassing kan worden geacht op gedeeltelijke arbeidsgeschiktheid, bij niet zo geringe arbeid dat die niet belonenswaardig moet worden geacht, M.G. Rood, 'Vage normen in het sociaal recht' in: P. Tuit e.a. (red.), *Gratia Commercii*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1981, p.247-249 (Van Oven-bundel).

160 HR 3 februari 1978, NJ 1978, 248 (Roovers/De Toekomst). Een voorbeeld waarin dat niet van de werkgever kon worden gevergd is gegeven in HR 5 februari 1988, NJ 1988, 950 (Urenco/Baakman). Rood meent dat de HR hiermee terugkomt op het ruimere standpunt in Schlattmann/Bloksma, door de werkgever meer ruimte te geven aangeboden gedeeltelijke arbeid te weigeren, Van Oven-bundel, p.248-249.

uit hoofde van het bepaalde in art. 1638z BW gehouden die werknemer in staat te stellen om -al dan niet in het kader van een nieuwe, aansluitende arbeidsovereenkomst (vgl. HR 14 sept. 1984, NJ 1985, 244)-arbeid te verrichten welke voor zijn krachten en bekwaamheid is berekend en die hem met het oog op zijn opleiding en arbeidsverleden kan worden opgedragen, zulks tenzij op grond van door de werkgever te stellen en zo nodig te bewijzen omstandigheden moet worden geoordeeld dat dit redelijkerwijs van deze niet valt te vergen.

Volgens de HR was passende arbeid voor een werknemer dus vervangende arbeid die voor zijn krachten en bekwaamheden was berekend en die hem met het oog op zijn opleiding en arbeidsverleden in redelijkheid kon worden opgedragen. Hij vervolgde:

*'Het geval dat een werknemer...zich...bereid heeft verklaard andere passende arbeid te verrichten en zijn werkgever hem daartoe zonder deugdelijke gronden niet in staat heeft gesteld, valt in zoverre gelijk te stellen met dat bedoeld in art. 1638d, dat die werknemer alsdan van het tijdstip af dat voormelde deugdelijke gronden ontbraken, recht heeft op zijn loon dan wel op een voor de door hem aangeboden arbeid passend gedeelte van dat loon, ...'*¹⁶¹

De heer Goldsteen borduurde voort op deze twee arresten. De laad- en loswerkzaamheden die onderdeel waren van zijn chauffeursfunctie kon hij vanwege arbeidsongeschiktheid niet meer verrichten. Nadat hij geen WAO-uitkering kreeg, stelde Goldsteen aan werkgever Roeland een aantal alternatieven voor, waaronder chauffeurswerkzaamheden, maar dan zonder laad- en loswerkzaamheden. Daarvoor zou dan een rijder mee kunnen gaan. Roeland maakte geen gebruik van dat aanbod en zegde de arbeidsovereenkomst vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid op. Goldsteen vorderde daarop loon tot zijn ontslagdatum. Roeland meende dat hij geen rijder hoefde in te schakelen omdat hij dat nooit deed, dat er nauwelijks ritten waren waarin niet hoefde te worden getild en dat die bovendien niet waren te voorspellen. De HR vond dat te gemakkelijk. In een voorkomend geval is de werkgever verplicht de arbeidsverdeling binnen het bedrijf zodanig aan te passen dat de werknemer in staat wordt gesteld passend werk uit te voeren. Relevant was bijvoorbeeld dat Roeland op grond van artikel 57a AAW (oud) een bijdrage had kunnen krijgen in de kosten van een rijder en het loon van Goldsteen kon worden aangepast. De oorzaak van de arbeidsongeschiktheid is bovendien van invloed op de vraag wat van de werkgever kan worden gevergd. Is deze oorzaak in de werksfeer gelegen (zoals hier) dan kan van de werkgever méér worden gevraagd.¹⁶²

Met deze drie arresten zette de HR de re-integratieverplichtingen van de werkgever in de steigers. Hoewel zij formeel over het recht op loon gingen, was uit de arresten ook af te leiden wat de werkgever moest doen om de arbeidsongeschikte werknemer

¹⁶¹ HR 8 november 1985, NJ 1986, 309 (Van Haaren/Cehave). Een voorbeeld waarin de werknemer het eigen of ander werk niet meer kon doen is te vinden in HR 4 januari 1991, NJ 1991, 270.

¹⁶² HR 13 december 1991, NJ 1992, 441 (Goldsteen/Roeland). A-G Biegan Hartogh wees ook op art. 6 WAGW; de HR echter niet want Goldsteen had geen WAO-uitkering en was dus geen arbeidsgehandicapte in de zin van die wet.

aan de slag te houden.¹⁶³ In redelijkheid moest de werkgever aanvaarden dat de bedongen arbeid voor een deel van de werkweek werd verricht, een passend deel van de bedongen arbeid werd verricht gedurende een hele werkweek of dat hij passende arbeid moest creëren. Die laatste verplichting bestond al in de WPM én de WAGW, maar kreeg zo algemene gelding ook buiten de doelgroepen van die wetten.

5.15 Stelselherziening 1987: afschaffing van verdiscontering

Eerder is al besproken dat het verdisconteringsartikel in WAO (en AAW) na 1973 leidde tot een toename van het aantal (volledig) arbeidsongeschikten. Dat er iets moest gebeuren aan dat artikel stond wel vast: het arbeidsongeschiktheidsvolume kon anders niet worden verminderd. De aanscherping in 1976 waardoor de verdiscontering na intensieve begeleiding beperkt kon blijven tot een bepaalde termijn, bleek in de praktijk moeilijk uitvoerbaar.¹⁶⁴ Minister Den Uyl pleitte er daarom begin jaren tachtig voor de verdisconteringsbepaling anders te interpreteren. Als een WAO-er passende arbeid weigerde, terwijl hem dat wel door zijn eigen of andere werkgever werd aangeboden, dan moest dat leiden tot aanpassing van het arbeidsongeschiktheidspercentage. Immers tussen handicap en voortdurende (gedeeltelijke) werkloosheid bestond dan geen verband meer. De uitleg dat er een causaal verband moest worden vermoed tussen handicap en werkloosheid moest worden omgedraaid: de werkloosheid is geen gevolg van de handicap, tenzij blijkt van wel.¹⁶⁵

Uiteindelijk is een fundamentele beslissing genomen. Bij de zogeheten stelselherziening in 1987 werd besloten tot volledige afschaffing van het verdisconteringsartikel in WAO en AAW.¹⁶⁶ Tegelijk werd opgenomen dat bij de vaststelling van de mate van arbeidsongeschiktheid buiten beschouwing werd gelaten of de verzekerde feitelijk arbeid kon verkrijgen (artikel 18 lid 6 WAO). Overigens bleef de gedachte bestaan dat de vaststelling van een arbeidsongeschiktheidspercentage niet zuiver theoretisch mocht worden.¹⁶⁷ Voor re-integratie ligt het belang bij afschaffing er in dat een scheiding werd aangebracht in de oorzaken van niet-werken. Als WAO-ers niet meer werkten dan kwam dat alleen nog maar door arbeidsongeschiktheid en niet óók door de kansen op de arbeidsmarkt. Het kabinet noemde als belangrijke reden voor afschaffing van verdiscontering de 'anti-revaliderende werking' die er van uit zou gaan. Het ontvangen van een volledige arbeidsongeschiktheidsuitkering door verdiscontering terwijl nog restcapaciteit bestond, zou tot

163 Noordam was teleurgesteld. Re-integratie gaat over het feitelijk deelnemen aan het arbeidsproces. De HR haakt aan bij goed werkgeverschap maar laat de deur voor de werkgever wijd openstaan om een werknemer niet daadwerkelijk te re-integreren, maar wel zijn financiële loonbetalingsverplichtingen na te komen. De HR had iets kunnen zeggen over het afdwingen van feitelijke tewerkstelling, maar door dit niet te doen heeft hij de essentie van re-integratie miskend. F.M. Noordam, *Recht en reïntegratie*, oratie 1987, Kluwer: Deventer 1987, p.19.

164 De zgn. administratieve termijnstelling uit art. 21 lid 3 WAO (oud), E.J. Kronenburg-Willems, *PS-special: Dossier WAO*, Kluwer: Deventer 2002, p.18.

165 *Kamerstukken II* 1981/82, 17 384, nr.3, p.35. Zijn opmerkingen waren ook gericht op de verdiscontering in art. 12 lid 2 onder a AAW.

166 Stb. 1986, 561. Op grond van de Invoeringswet stelselherziening (IWS) alleen voor nieuwe gevallen en bestaande gevallen tot 35 jaar. Die laatste categorie moest daarom worden herkeurd.

167 Fluit 2001, p.80-81, Kronenburg-Willems 2002, p.19, Duivendoorn, p.73.

onduidelijkheid en onbegrip bij de werknemer leiden. Bovendien werd hij niet gestimuleerd om die restcapaciteit te benutten. Na afschaffing van verdiscontering zou de gedeeltelijk arbeidsongeschikte er juist weer alles aan doen om terug te keren op de arbeidsmarkt.¹⁶⁸ Het kabinet had in dat opzicht hoge verwachtingen van de WAGW. Bovendien onderkende het kabinet het belang van Roovers/De Toekomst voor de ontslagpraktijk bij arbeidsongeschiktheid.¹⁶⁹

Belangrijk resultaat van de stelselherziening was verder het verlagen van de uitkeringshoogte van 80 naar 70% en het bekorten van de duur van de arbeidsongeschiktheidsuitkeringen.¹⁷⁰ Tegelijk werd het 'opstapje' ingevoerd: een gedeeltelijke WAO-er die aan de slag ging, kon maximaal twee jaar lang een WAO-uitkering krijgen behorend bij de naasthogere arbeidsongeschiktheidsklasse. De werkgever kon tegelijkertijd overeenkomstige loondispensatie krijgen, waarmee het opstapje dus fungeerde als loonkostensubsidie.¹⁷¹ Ten slotte werd aan het recht op het vastgestelde loon voor een betrekkelijk korte tijd van artikel 7A:1638c BW toegevoegd: *doch ten minste voor een periode van zes weken op het voor hem geldende wettelijk minimumloon*.¹⁷² Dat was de eerste afgebakende periode dat de werkgever bij ziekte het loon moest doorbetalen. De stelselherziening leidde dus tot diverse financiële prikkels voor de werkgever maar vooral voor de werknemer. De werkgever moest voor het eerst zes weken loon doorbetalen bij ziekte. De werknemer moest er rekening mee houden dat hij in aanmerking kwam voor een kortere en lagere WAO-uitkering als hij langdurig arbeidsongeschikt zou blijven.

5.16 De eerste T-wetten: TAV en TBA

Omdat het aantal arbeidsongeschikten na de stelselherziening bleef groeien (880.000 eind 1990), in de rechtspraak na de re-integratiearresten meer en meer aandacht bestond voor de problematiek en publieke aandacht toenam, was te voorzien dat er nieuwe wetgeving zou komen.¹⁷³ Per 1 maart 1992 werd de Wet terugdringing arbeidsongeschiktheidsvolume (Wet TAV) van kracht.¹⁷⁴ Deze wet werd gekenmerkt door financiële prikkels voor werkgevers, die hen moest stimuleren gedeeltelijk arbeidsongeschikten in dienst te houden of te nemen, waarbij de arresten Roovers/De Toekomst en Van Haaren/Cehave onmiskenbaar invloed hadden. De Wet TAV introduceerde een subsidie voor de loon- en trainings/begeleidingskosten van arbeidsongeschikten, de plicht voor de GMD een gezamenlijk

168 *Kamerstukken II* 1985/86, 19 256, nr.6, p.13-14. Ook de eerder genoemde aanzuigende werking vanwege de hoge arbeidsongeschiktheidsuitkering in vergelijking met een werkloosheidsuitkering werd als reden opgevoerd.

169 Duivenvoorden, p.76-77.

170 Verlaging was al eerder doorgevoerd: voor de ZW in 1984, 1985 en 1986 en voor de WAO in 1985, Liedorp, p.170-172.

171 Loondispensatie via art. 8 WAGW, Duivenvoorden, p.77-78.

172 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 899, nr.3, p.21-22.

173 Kronenburg-Willems 2002, p.21-22, SZW brieven 7 juli en 29 september 1988 en *Kamerstukken II* 1989/90, 21 300 XV, nr.8.

174 Stb. 1992, 82.

re-integratieplan op te stellen, premiedifferentiatie in de ZW en een WAO-equivalent van het ZW-verhaalsrecht op de werkgever, als hij zonder deugdelijke grond weigerde 'zijn' WAO-ers passend werk te laten verrichten.¹⁷⁵ De werkgever kon met deze laatste aanpassing worden aangesproken op zijn medeverantwoordelijkheid voor de re-integratie zolang de arbeidsovereenkomst voortduurde.¹⁷⁶ Ook artikel 30 ZW werd aangepast. De bedrijfsvereniging kon een zieke werknemer voortaan *opdragen* passend werk te doen, bij de eigen werkgever of -als dat niet ging- bij een andere werkgever. De meest in het oog springende maatregel was echter het bonus/malussysteem. Deze regeling hield in dat een werkgever die een werknemer met arbeidsongeschiktheidsuitkering voor ten minste één jaar in dienst nam een bonus ontving van de helft van het loon. Een malus ('geldelijke bijdrage') van de helft van het loon was aan de bedrijfsvereniging verschuldigd als de werkgever zijn arbeidsongeschikte werknemer geen passend werk kon bieden en die laatste recht kreeg op een arbeidsongeschiktheidsuitkering.¹⁷⁷

Het belangrijkste gevolg van de invoering van de Wet Terugdringing Beroep op Arbeidsongeschiktheidsregelingen (Wet TBA) op 1 augustus 1993 was de verdere wijziging van het arbeidsongeschiktheids criterium in de AAW en de WAO.¹⁷⁸ Niet langer werd bij de bepaling van de mate van arbeidsongeschiktheid gekeken naar opleiding of het vroegere beroep noch naar billijkheid: 'passende arbeid' werd vervangen door 'algemeen geaccepteerde arbeid'. Met deze wetswijziging werd voorkomen dat WAO-ers ondanks nog aanwezige verdien capaciteit (volledig) arbeidsongeschikt werden verklaard. Dat men wel nog *iets* kon, mocht niet verdampen in dat men *bepaald werk* niet meer kon. De wet werd aanvaard omdat de activeringsgedachte erachter in het parlement breed werd gedragen. De aanscherping van het begrip naar algemeen geaccepteerde arbeid werd gezien als een fundamentele omkering in het denken over mensen met een handicap: de negatieve benadering gericht op beperkingen werd vervangen door een positieve benadering gericht op de mogelijkheden van de arbeidsongeschikte.¹⁷⁹ Toch werd die positieve aanpak ook vormgegeven door negatieve prikkels. Zo kreeg een werknemer een lagere arbeidsongeschiktheidsuitkering als hij weigerde om deel te nemen aan een scholing of opleiding om zo weer aan het werk te kunnen komen.¹⁸⁰

175 Resp. art. 59n AAW, art. 65 lid 3 ZW (oud), art. 60 ZW (oud) en art. 46 WAO (oud). De loonkostensubsidie was in 1982 al voorgesteld door de SER in het advies 'Vermijdbaar verzuim wegens ziekte en arbeidsongeschiktheid'. Zie verder Liedorp, p.206-212 voor Wet TAV en p.213-214 voor Wet TBA.

176 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 228, nr.29, p.2.

177 Art. 59b tot en met 59m AAW (oud).

178 Stb. 1993, 412.

179 Fluit 2001, p.97-98.

180 Art. 21 WAO (oud).

5.17 Invloed van Buurmeijer

Rond diezelfde tijd werden ook de resultaten van de Parlementaire Enquête Uitvoeringsorganen Sociale Verzekeringen van de Commissie Buurmeijer bekend. Aanleiding voor dat onderzoek was een kritisch rapport van de Algemene Rekenkamer in 1992 over het toezicht op de uitvoering van de sociale verzekeringen. In zijn rapport oordeelde de Commissie in september 1993 ook over de uitvoering van de re-integratietaken die bij de bedrijfsverenigingen lagen. De conclusie was dat re-integratieinstrumenten in het ZW-jaar heel wisselend werden toegepast. Artikel 30 ZW kende tot die tijd een loonkostensubsidie bij plaatsing in passende arbeid én -bij weigering tot herplaatsing- een mogelijkheid van verhaal op de werkgever van een bedrag gelijk aan het loon dat de zieke werknemer tijdens zo'n herplaatsing zou hebben kunnen verdienen. De loonkostensubsidie werd in de ene bedrijfstak duizenden keren per jaar toegepast, maar in de andere maar tientallen keren. De bedrijfsverenigingen gaven ook toe dat de verhaalsanctie nagenoeg nooit werd opgelegd, omdat de indruk bestond dat het dreigen ermee al voldoende was.¹⁸¹ Dat is een opmerkelijk standpunt gezien de civielrechtelijke ontwikkeling van Roovers/De Toekomst, Van Haaren/Cehave en Goldsteen/Roeland. Kennelijk bestond er wel rechterlijke behoefte aan enige dwang op de werkgever om te komen tot re-integratie.

Voor wat betreft de re-integratie-inspanningen ná het ZW-jaar concludeerde Buurmeijer dat de GMD, die de taak had re-integratie vorm te geven,¹⁸² die taak niet effectief had ingevuld. Dat kwam onder meer omdat werd geklaagd over tekort aan personeel, maar (vooral) omdat de GMD die taak vooral zag als 'bij-product'. De GMD had de arbeidsongeschikten daarmee 'in de steek gelaten'.¹⁸³ De Commissie Buurmeijer vond daarom dat het systeem moest worden vernieuwd. Belangrijk uitgangspunt was een

*'stelsel van werknemersverzekeringen dat enerzijds recht doet aan de sociale doelstellingen van deze verzekeringen en anderzijds bevordert dat zoveel mogelijk mensen (kunnen) deelnemen aan het betaalde arbeidsproces. Dit vraagt om een stelsel dat, in het belang van de werkgelegenheid en de structurele houdbaarheid van het stelsel, werkgevers en werknemers voldoende stimuleert om voorrang te geven aan deelname aan het arbeidsproces boven een beroep op het stelsel...De wettelijke waarborg kan verminderen waar anderen op hun verantwoordelijkheid kunnen worden aangesproken.'*¹⁸⁴

De uitwerking die de Commissie vervolgens gaf, leek logisch. Om werkgever en werknemer te stimuleren werk voorrang te geven boven een uitkering, moest hun verantwoordelijkheid toenemen. Buurmeijer wilde daarom de ZW afschaffen en vervangen door 78 weken loondoorbetaling. De Commissie redeneerde dat daarmee (vooral) het belang van werkgever groter werd om het ziekteverzuim te

¹⁸¹ Kamerstukken II 1992/93, 22 730, nr.7-8 (Rapport commissie Buurmeijer), p.107-111.

¹⁸² Art. 16 lid 3 WAGW, zie § 4.8.

¹⁸³ Rapport Buurmeijer, p.114-118.

¹⁸⁴ Rapport Buurmeijer, p.411-412.

beperken.¹⁸⁵ Een arbeidsongeschiktheidsverzekering moest wel blijven bestaan voor hen die echt een uitkering nodig hadden. De toegangspoort zou moeten worden verkleind en scherper moeten worden bewaakt. Degenen die in voldoende mate arbeidsgeschikt waren, zouden niet in aanmerking komen voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering.¹⁸⁶ Hoewel de unanieme aanbevelingen van de Commissie Buurmeijer op het vlak van re-integratie niet meteen zijn overgenomen, leverden die wel een richting op voor een stelsel waarin de verantwoordelijkheid van werkgever en werknemer dwingender centraal kwam te staan. Die gedachte leefde in brede kringen en was als beginsel al deels in de WAGW opgenomen, maar de tijd was nog niet rijp ze zo radicaal in te voeren als werd voorgesteld.

5.18 Naar meer werkgeversverantwoordelijkheid

Tegen de achtergrond van het SER-advies 'Vermijdbaar verzuim wegens ziekte en arbeidsongeschiktheid' uit 1982, de re-integratiearresten, de wetsgeschiedenis van de WAGW en de bevindingen van de Commissie Buurmeijer was de volgende stap van de wetgever begrijpelijk. Als de werkgever dwingender verantwoordelijk moest zijn voor zijn (gedeeltelijke) arbeidsongeschikte werknemers, dan was het een kwestie van tijd dat dit in expliciete wettelijke verplichtingen tot uitdrukking kwam. Dat werd (om te beginnen) de laatste T-wet: de Wet Terugdringing Ziekteverzuim en Herziening Arbeidsomstandighedenwet (Wet TZ) die op 1 januari 1994 in werking trad.¹⁸⁷ De SER meende dat de eerdere maatregelen uit de Wet TAV niet v er genoeg gingen. Tegelijkertijd moest Nederland EG-richtlijn 89/391 met betrekking tot arbeidsomstandigheden implementeren. De Wet TZ voorzag daarom zowel in aanpassing van het BW als de Arbeidsomstandighedenwet. De visie hierachter hield in dat de werkgever primair verantwoordelijk was voor de invulling van het verzuimbeleid in het ZW-jaar. De taken van preventie, begeleiding en herplaatsing lagen v or die tijd bij de bedrijfsvereniging, maar met de Wet TZ werden die op het bordje van de werkgever gelegd.

De loondoorbetalingsverplichting bij ziekte voor ten minste zes weken op basis van het minimumloon uit artikel 7A:1638c werd aangepast naar zes weken voor grote en twee weken voor kleine werkgevers.¹⁸⁸ De loondoorbetalingsplicht werd gewijzigd naar 70% van het naar tijdruimte vastgestelde loon maar ten minste het wettelijk minimumloon. Op die manier zou ook de werknemer moeten worden geprikkeld zich minder snel ziek of sneller beter te melden.¹⁸⁹ Bij een verschil van mening tussen werkgever en werknemer over de vraag of de werknemer ziek was, kon die laatste een second opinion aanvragen bij de bedrijfsvereniging. Tegelijk werd de

185 Net als de SER al in 1982 adviseerde, in het advies 'Vermijdbaar verzuim wegens ziekte en arbeidsongeschiktheid', zie § 5.13.

186 Rapport Buurmeijer, p.412-416.

187 Stb. 1993, 757, zie ook Liedorp, p.214-215.

188 Art. 29 lid 5 ZW (oud), kleine werkgevers: met een loonsom tot en met grofweg 15 werknemers, grote werkgevers: een loonsom van grofweg meer dan 15 werknemers.

189 Kamerstukken II 1992/93, 22 899, nr.3, p.33.

werkgever in de Arbeidsomstandighedenwet verantwoordelijk gesteld voor het gehele verzuimbeleid (preventie, begeleiding en herplaatsing), met inschakeling van deskundigen voor het adviseren en de begeleiding van de zieke werknemers. Daarnaast diende een werkgever een risico-inventarisatie en -evaluatie op te laten stellen en de mogelijkheid te bieden voor het bezoek van een arbeidsgezondheidskundig spreekuur en het uitvoeren van een periodiek arbeidsgezondheidskundig onderzoek.¹⁹⁰

De verschuiving van verantwoordelijkheid betekende ook dat de werkgever voortaan een re-integratieplan moest gaan opstellen in plaats van de GMD.¹⁹¹ Dat moest worden ingediend bij de bedrijfsvereniging na 13 weken ziekte, zodat kon worden gecontroleerd of de werkgever wel genoeg deed aan re-integratie. Bleef de werkgever in gebreke of liet hij zich niet bijstaan door deskundige bijstand dan kon de bedrijfsvereniging de verstrekte ZW-uitkering voor ten hoogste zes weken verhalen op de werkgever.¹⁹² Hoewel niet met zoveel woorden terug te vinden, zou kunnen worden gezegd dat de rechtsgrond van loondoorbetaling bij ziekte kwam te liggen in de financiële prikkel tot re-integratie.

Belangrijk uitgangspunt rond re-integratie dat tegelijk werd geadopteerd was, dat de plicht tot begeleiding en herplaatsing doorliep ook na het einde van de periode van loondoorbetaling. De bedrijfsvereniging gaf na de twee of zes weken-periode een ZW-uitkering maar de werkgever bleef verantwoordelijk voor re-integratie. Ter beperking van het (vermeende) risico van de werkgever bij het in dienst nemen van gedeeltelijk arbeidsgeschikten werden garanties gegeven bij hernieuwde uitval (artikel 29b ZW, no-riskpolis).

5.19 Tempo in de wetgeving

Het gevoel van urgentie, dat was ontstaan door onder andere de fameuze uitspraak van minister-president Lubbers 'Nederland is ziek'¹⁹³ en de Commissie Buurmeijer, leidde in hoog tempo tot allerlei wetgeving met linksom of rechtsom het doel om het aantal arbeidsongeschikten terug te brengen. In sommige gevallen werden zelfs nieuwe wetten ingevoerd zonder dat de resultaten van andere wetten bekend waren.¹⁹⁴ Donner constateerde daarover in 2001:

190 Art. 14 Arbeidsomstandighedenwet 1994, W.A. Sinninghe Damsté e.a., *Reductie en preventie ziekteverzuim*, Kluwer: Deventer 1993, p.30-32. De plicht is later vervallen, door de invoering van de Wet verbetering poortwachter, Kwantes, p.121.

191 Art. 71a WAO (oud).

192 Art. 39b ZW (oud).

193 Rede van Lubbers op de KUN in 1990. Gelet op § 5.12 had hij beter naar waarheid kunnen zeggen 'Nederland kent veel verborgen werkloosheid'.

194 Bijvoorbeeld bij de invoering van de Pemba, *Handelingen II* 1996/97, p.1760 en *Kamerstukken II* 1996/97, 24 698, nr.9, p.7.

*'Een fundamentele verandering in de aanpak van verzuim en arbeidsongeschiktheid is niet uitsluitend een kwestie van wetgeving of bestuurlijke organisatie: de samenleving verandert niet per decreet.'*¹⁹⁵

Dat besef bestond echter niet. Naast de T-wetten werden in 1995 de Wet afschaffing malus en bevordering re-integratie (Amber), in 1996 de Wet uitbreiding loondoorbetaling bij ziekte (Wulbz), in 1998 eerst de Wet premiedifferentiatie en marktwerking bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen (Pemba) en later dat jaar de Wet op de (re)integratie arbeids-gehandicapten (REA) ingevoerd.¹⁹⁶ In meer of mindere mate werden dezelfde prikkels en maatregelen gebruikt als voorheen waren geprobeerd, maar dan in extremere mate. Werkgevers en werknemers móesten en zouden werk maken van re-integratie. De plicht daartoe werd niet bepaald omarmd door werkgevers. Een goed voorbeeld daarvan is de malusregeling die bij de Wet TAV was ingevoerd. Er bestond onvrede bij werkgevers omdat op grote schaal malussen werden opgelegd, terwijl de werkgever in veel gevallen geen invloed had op het ontstaan van arbeidsongeschiktheid. Het risqué social werkte hier rechtstreeks nadelig uit voor de werkgever en dat werd onrechtvaardig gevonden. Onder invloed van werkgeversvereniging KNOV ontstond massaal protest.¹⁹⁷ De CRvB oordeelde vervolgens in 1995 dat de malusregeling en de manier waarop die werd uitgevoerd in strijd was met artikel 6 EVRM.¹⁹⁸ Dat leidde uiteindelijk tot afschaffing, maar niet zonder dat de wetgever de negatieve prikkel van de malus in 1995 met de Wet Amber verving door positieve prikkels: een loonsuppletiereregeling, een garantieregeling voor oudere arbeidsongeschikten, een loonkostensubsidie, proefplaatsingsmogelijkheden en scholing voor arbeidsongeschikten.¹⁹⁹

De Wet Pemba²⁰⁰ voegde daar het principe 'de vervuiler betaalt' aan toe. Het systeem dat de WAO werd betaald uit werknemerspremies werd verlaten en omgebouwd naar een stelsel met uitsluitend werkgeverspremies. Elke werkgever betaalde een basispremie die voor iedereen gelijk was. Daar bovenop kwam een gedifferentieerde premie al naar gelang de instroom uit dat bedrijf in de WAO. Meer instroom betekende een hogere premie. Omdat de kosten van arbeidsongeschiktheid ná het eerste jaar op die manier bij de werkgever indirect in rekening werden gebracht, was de verwachting dat hij zou worden geprikkeld tot een intensiever preventie- en verzuim- en re-integratiebeleid.²⁰¹ Terecht werd er in de parlementaire behandeling op gewezen dat dit in feite ook een malus was. Het antwoord van de Staatssecretaris dat dit niet zo was omdat er geen boete achteraf werd gezet op slecht gedrag maar dat het ging om gedragsbeïnvloeding vooraf, was niet erg bevredigend.²⁰² De werkgever

195 Donner II, p.1.

196 Liedorp, voor Amber p.215-219, voor Wulbz p.186-190 en 219-220, voor Pemba, p.192-197, voor Rea p.220-224.

197 R. Knegt en E.C. Mudde, 'Privatisering en de zorg voor ziekteverzuim en arbeidsomstandigheden' in: G.H. Addink e.a. (red.), *Privatisering: effectiviteit en legitimiteit*, W.E.J. Tjeenk Willink: Utrecht 1998, p.244.

198 CRvB 15 februari 1995, *LJN ZF1673*.

199 Art. 60 - 64 WAO (oud), Stb. 1995, 560.

200 Stb. 1997, 391.

201 Wevers/Besseling/de Vos, p.29.

202 Fluit 2001, p.187-188.

droeg namelijk nog steeds de financiële gevolgen van langdurige arbeidsongeschiktheid, ook voor de gevallen waarbij hij op het ontstaan geen invloed had. Om risicoselectie tegen te gaan, voorzag de Wet Pemba in kwijtschelding voor de werkgever van de WAO-basispremie bij het aannemen van ten minste 5% arbeidsgehandicapte werknemers.²⁰³

Een half jaar later werd de Wet REA ingevoerd.²⁰⁴ Het doel van die wet was tweeledig: ten eerste moesten institutionele belemmeringen voor een goede re-integratie worden weggenomen. De keuze werd daarom gemaakt om werkgevers, ondersteund door Arbo-diensten en de uitvoeringsinstellingen voor werknemersverzekeringen (de vroegere bedrijfsverenigingen) verantwoordelijk te maken voor de herplaatsing van de eigen 'arbeidsgehandicapte werknemers'. Met dat begrip werd in ruime zin bedoeld op degenen die wegens ziekte of gebrek problemen ondervonden bij het behouden of vinden van werk.²⁰⁵ Ten tweede werden de versnipperd geregelde instrumenten en maatregelen om re-integratie bij arbeidsongeschiktheid te stimuleren ondergebracht in één wet.²⁰⁶ Tegelijk werden die instrumenten uitgebreid met nieuwe subsidies: voor de kosten van voorziening op het werk, voor het aannemen van een arbeidsgehandicapte (plaatsingsbudget) of voor het intern herplaatsen (herplaatsingsbudget). Ten slotte werd een regeling uitgeprobeerd met een persoonsgebonden re-integratiebudget, die in een specifieke behoefte leek te voorzien namelijk bij arbeidsgehandicapten die wilden starten als zelfstandige.²⁰⁷ Met het opnemen van de expliciete plicht voor een werkgever om te zorgen voor re-integratie van arbeidsgehandicapte werknemers en daarvoor het nodige te doen, was de kern uit de WAGW aangescherpt.²⁰⁸ Die wet was niet meer nodig en werd ingetrokken.

5.20 Loondoorbetaling bij ziekte

Één van de meest gezichtsbepalende maatregelen om re-integratie te stimuleren was de uitbreiding van de loondoorbetaling bij ziekte. De eerste ervaringen van de Wet TZ waren net bekend toen de Minister begin 1995 advies aan de SER vroeg over de plannen in het regeerakkoord van Paars I om de ZW te privatiseren. De Wet TZ had werkgevers inderdaad geprikkeld iets te doen aan verzuimbesteding. Ondanks de daar opduikende negatieve bijwerkingen als risicoselectie en het afrekenen van

203 Art. 77b WAO, inclusief een korting op de WAO-basispremie voor de rest van het personeel.

204 Stb. 1998, 290, zie Wevers/Besseling/de Vos p.33 voor de verschillende knelpunten die voor de invoering van de Wet REA waren gesignaleerd.

205 Kronenburg-Willems 2002, p.31 De omschrijving komt overeen met de vangnetcategorie waarvoor de WAGW was bedoeld, Wevers/Besseling/de Vos, p.27.

206 En het daarop gebaseerde Re-integratie-instrumenten-besluit Wet REA (Stb. 1998, 291).

207 Kronenburg-Willems 2002, p.33.

208 Art. 8 lid 1 en 2 Wet REA (oud).

werknemers op verzuimgedrag stond de SER achter verdergaande privatisering.²⁰⁹ Het voorzichtige succes van de Wet TZ was ook voor de Minister geen reden pas op de plaats te maken:

*'Deze op zich gunstige ontwikkelingen mogen geen reden zijn nu enkele jaren de ontwikkelingen af te wachten: nog lang niet alle oorzaken van het hoge arbeidsongeschiktheidsvolume zijn weggenomen en een verdere stijging van het volume blijft in de toekomst een reële mogelijkheid.'*²¹⁰

Het achterliggende doel bleef terugdringing van ziekteverzuim.²¹¹

Met de Wulbz werden werkgevers vanaf 1 maart 1996 verplicht 52 weken lang 70% van het laatstverdiende loon tijdens arbeidsongeschiktheid door te betalen.²¹² Het onderscheid uit de Wet TZ in grote en kleine werkgevers kwam te vervallen. Naast de eerdere overheveling van de re-integratieuitvoering naar de werkgever werd hiermee nu ook de uitkeringskant vérgaand geprivatiseerd.²¹³ De bemoeienis van de bedrijfsvereniging in het eerste ziektejaar werd minimaal; zo verviel de tot dan bestaande mogelijkheid voor de bedrijfsvereniging om een voorschot op het loon aan de werknemer te betalen als de werknemer een geschil had met de werkgever over de loondoorbetaling.²¹⁴ De werknemer moest nu zelf civielrechtelijk achter het loon aan. Voor re-integratie was van belang dat de passend werk-regeling uit artikel 30 ZW (oud) ook in het BW werd opgenomen. Het weigeren van passend werk zou het verlies van het recht op loon tijdens ziekte betekenen.

Artikel 7A:1638c lid 3 BW omschreef dan ook dat de werknemer geen recht op loon tijdens ziekte had: '*... c. voor de tijd, gedurende welke hij, hoewel hij daartoe in staat is, zonder deugdelijke grond passende arbeid voor de werkgever of voor een door de werkgever met toestemming van de bedrijfsvereniging waarbij deze is aangesloten aangewezen derde, waartoe de werkgever hem in de gelegenheid stelt, niet verricht.*'

De ZW-plicht bestond voor passende arbeid die werd aangeboden bij de eigen óf de andere werkgever. Een bevoegdheid van de werkgever om de werknemer op te dragen passende arbeid bij een andere werkgever te accepteren, zou volgens de Minister echter te ver voeren. Voor tewerkstelling in passende arbeid moest de werkgever daarom eerst toestemming hebben van de bedrijfsvereniging om te

209 SER Advies 1995/05 Kabinetsvoornemens ZW, AAW en WAO p.34-37. Dit standpunt sluit aan bij de SER Studie over verschuiving van verantwoordelijkheidsverdeling in sociale zekerheid. Daarin wordt denkbaar en mogelijk geacht dat het terugtreden van de overheid in sociale zekerheid wordt gecompenseerd door een uitbreiding van civielrechtelijk geregelde inkomensbescherming (p.19).

210 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr.3, p.1, de Raad van State waarschuwde wel tegen het hoge tempo van wetgeving terwijl de effectiviteit van eerdere maatregelen niet goed zichtbaar was, p.4.

211 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr.3, p.20.

212 Stb. 1996, 141. Met een minimum van het wettelijk minimumloon en een maximum van 70% van het maximumdagloon CSV. Deze wetgeving werd in belangrijke mate mogelijk doordat een betaalbare en toegankelijke verzekering voor werkgevers voor handen was, Fluit 2001, p.162. Een verzekeringsplicht werd niet ingevoerd, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr.6, p.29-31.

213 Privatisering is een veelgebruikte maar waarschijnlijk geen juiste term. De aanspraak op een ZW-uitkering blijft namelijk in tact, alleen komt die niet tot uitkering als er recht bestaat op loondoorbetaling bij ziekte.

214 Waarna de bedrijfsvereniging dit loon verhaalde op de werkgever, art. 39c ZW (oud).

voorkomen dat hij bijvoorbeeld bij een arbeidsconflict van dit 'tweede spoor' misbruik zou maken.²¹⁵ Voor het begrip 'passende arbeid' bleef de ZW-betekenis van kracht. Zowel Raad van State als de Minister beseften dat de wet een fundamentele wijziging van het stelsel betekende. Artikel 20 lid 2 Gw garandeert namelijk dat de wet regels stelt omtrent aanspraken op sociale zekerheid. Tot dan waren dat echter altijd publiekrechtelijke verzekeringen geweest. Het nieuwe stelsel moest een evenwicht bieden tussen solidariteit enerzijds en eigen inspanning anderzijds en het heil werd gezocht in marktwerking.²¹⁶ Expliciet speelde daarbij mee dat werkgevers in staat moesten zijn om de risico's particulier te verzekeren. Daartoe werden door de Minister afspraken gemaakt met het Verbond van Verzekeraars. Het betrof dus niet eens zozeer een beweging om het risico van ziekteverzuim bij werkgever en werknemer te leggen, maar meer het omzetten van een publiek verzekeringsstelsel naar een privaat verzekeringsstelsel met de keus om eigenrisicodragers te blijven -dus niet te verzekeren- in het eerste ziektejaar.²¹⁷

Bij de Wulbz werd het marktdenken de rechtsgrond van sociale zekerheid:

*'Uitgangspunt van dit kabinet is dat er ruimte is voor het treffen van privaatrechtelijke regelingen, mits er geen overwegende redenen zijn tot het treffen van een publiekrechtelijke regeling... Voorop staat de stelling dat de overheid op sociale verzekeringsgebied alleen datgene moet regelen wat de particuliere verzekeringsmarkt niet reeds vanzelf oppakt. Als de particuliere verzekeraars in staat zijn alle risico's tegen een acceptabele prijs te verzekeren, dan is er geen noodzaak voor een sociale verzekering... Marktwerking is geen doel op zich. Het gaat er om dat een proces van privatisering flexibiliteit en concurrentie mogelijk maakt: het monopolie van de wettelijke uitvoeringsorganisaties vervalt en de sociale verzekeringsmarkt wordt opengesteld voor private ondernemingen, zodat werkgevers de keuze hebben over de vorm van verzekering die zij willen afsluiten.'*²¹⁸

De Commissie Van Rhijn formuleerde dat de gemeenschap aansprakelijk is voor sociale zekerheid en vrijwaring van gebrek, waarbij de individuen zelf wel het redelijke moesten doen. In de opvatting van medio jaren negentig was eerst een deel van de gemeenschap (de werkgever) aansprakelijk, voordat de werknemer een beroep kon doen op de overheid.

5.21 Het eerste poortwachtermodel

Bij de invoering van de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte werd qua preventie en re-integratie een rolverdeling gemaakt tussen werkgever enerzijds en de opvolgers van de bedrijfsverenigingen, de uitvoeringsinstellingen (uvi's) anderzijds. De werkgever werd primair verantwoordelijk voor preventie en re-integratie intern, de uvi's hadden vooral een controlerende taak of de werkgever daar wel

²¹⁵ Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr.3, p.46.

²¹⁶ Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr.3, p.5. De WRR had dat als mogelijke richting in 1994 ook al geopperd, WRR Rapport aan de Regering, Belang en beleid. Naar een verantwoorde uitvoering van de werknemersverzekeringen, 1994, p.83-84.

²¹⁷ Zie over de term 'privatisering van de ZW': B. Hofman en F.J.L. Pennings, *Privatisering en activering in de Nederlandse sociale zekerheid en solidariteit – een internationaal perspectief*, Kluwer: Deventer 2013, p.33.

²¹⁸ Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr.3, p.2-3.

voldoende aan deed. Om dat te kunnen beoordelen, moest de werkgever bij elke ziekmelding bij de uvi (na 13 weken) een re-integratieplan indienen. Lukte de re-integratie bij de eigen werkgever niet, dan nam de uvi de re-integratietaak over.²¹⁹ Al snel bleek dit systeem niet efficiënt.²²⁰ De toenmalige Staatssecretaris ontwikkelde in samenspraak met de uvi's en de koepelorganisatie van arbo-diensten een nieuwe aanpak, waarin het re-integratieplan een nog belangrijker rol kreeg.²²¹ Dit poortwachtermodel focuste vanaf 1 september 1997 op de situaties dat re-integratie bij de eigen werkgever niet meer kon. Dan moest een volledig re-integratieplan worden ingediend, op basis waarvan de uvi de re-integratie naar een plaats elders ter hand nam. In alle andere gevallen kon de werkgever volstaan met een summier 'voorlopig re-integratieplan' waarin een datum van verwachte werkhervatting moest staan. Als de arbeidsongeschikte werknemer op de verwachte datum het werk niet hervat had, werd de rol van uvi die van 'poortwachter' naar de WAO: beoordelaar van onvoldoende re-integratie-inspanningen of onbenutte kansen.²²²

Trok de uvi die conclusie en kwam de werknemer in aanmerking voor een arbeidsongeschiktheids- of werkloosheidsuitkering dan kon op de werkgever het loon worden verhaald dat de werknemer had kunnen verdienen als hij wel zou zijn gere-integreerd, vermeerderd met de verschuldigde werkgeverspremies sociale verzekeringen.²²³ Maar al binnen een jaar leek dit systeem niet te werken.²²⁴ Ook de regering onderkende dat: de 13e weekmelding was veel te laat, het voorlopig re-integratieplan niet meer dan een formaliteit en de uvi's deden te weinig in de zaken waarin een re-integratietaak voor hen bestond. Bovendien was het opleggen van sancties niet van de grond gekomen: er werd feitelijk door de uvi's alleen gecontroleerd of er tijdig een stuk papier op tafel lag.²²⁵ De conclusie was dat de gedeelde verantwoordelijkheid (werkgever voor terugkeer intern en uvi voor re-integratie extern) gekoppeld aan nauwelijks samenspraak tussen hen ervoor zorgde dat re-integratie nauwelijks van de grond kwam.²²⁶

219 W.J.P.M. Fase, 'Wie zal dan de wachter bewaken?', *SMA* 1999/7/8, p.335 (Fase 1999). De werkgever moest wel het loon doorbetalen en kon ook zelf deze re-integratie elders bereiken, zij het met toestemming van de uvi (art. 1638c lid 3 BW).

220 Het College van toezicht sociale verzekeringen (Ctsv) rapporteerde later de ervaringen tot januari 1997, dat de werkgevers vaak veel te laat de re-integratieplannen indienden, terwijl de uvi's op hun beurt veel te laat reageerden op de wel ingediende plannen, Ctsv augustusrapportage 1997, p.51.

221 *Kamerstukken II* 1996/97, 22 187, nr.50.

222 Fase 1999, p.336.

223 De verhaalssanctie, Fase 1999, p.335.

224 Ctsv augustusrapportage 1998, p.33 e.v.

225 Brief van de staatssecretaris SZW van 28 mei 1999, *Kamerstukken II*, 1996/97, 22 187, nr.89.

226 Fase 1999, p.336-337, die het verwijt duidelijk bij de uvi's legt. De staatssecretaris kondigde daarop een aantal wijzigingen aan in het poortwachtermodel. De Commissie Donner II zou vervolgens input geven voor de Wet verbetering poortwachter van 1 april 2002.

5.22 Relatie met ontslag

Gelijktijdig met het nieuwe poortwachtermodel speelde de vrees dat vroegtijdig ontslag van een zieke werknemer hem alsnog zou verwijzen naar een ZW-uitkering, wat niet wenselijk was. Er moest dus een rem worden ingebouwd. In de ontslagvergunningenprocedure kon steeds advies worden gevraagd over de herplaatsingsmogelijkheden van een zieke werknemer voordat toestemming werd gegeven.²²⁷ Vandaar dat de wetgever het logisch vond dergelijke informatie ook mee te laten wegen in een ontbindingsprocedure:

*'Door op de voorgestelde wijze ook bij een verzoek om ontbinding van de arbeidsovereenkomst met een zieke werknemer de (on)mogelijkheid tot re-integratie mee te wegen, wordt het te voeren re-integratiebeleid met betrekking tot (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte werknemers gewaarborgd.'*²²⁸

Vanaf 1 januari 1999 moest elke werkgever die een ontbindingsverzoek indiende daarom voor een zieke werknemer een getoetst re-integratieplan meesturen, op straffe van niet-ontvankelijkheid.²²⁹ Uit dat re-integratieplan moest blijken welke arbeid de werknemer ondanks zijn ziekte nog kon doen en waarom re-integratie in de onderneming niet mogelijk werd geacht. Deze verplichting werd niet zonder slag of stoot ingevoerd. In de Eerste Kamer werden bezwaren geuit tegen het onder alle omstandigheden eisen van een re-integratieplan bij een ontbindingsverzoek.²³⁰ De regering vond toch dat de voorgestelde wijziging 'met inachtneming van het wezen van de ontbindingsprocedure' zou zorgen voor een processuele versterking van de positie van zieke werknemers. Na dreiging van de Eerste Kamer het wetsvoorstel af te wijzen, zegde de Minister een onderzoek toe. Onderzocht zou worden in hoeverre het verplichte re-integratieplan bijdroeg aan de bescherming van (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte werknemers tegen oneigenlijk ontslag. De Eerste Kamer ging overstag maar de verplichting zorgde -als voorspeld- in de praktijk voor grote problemen. Die problemen waren divers en het toegezegde onderzoek toonde daarom -nauwelijks verrassend- aan dat het verplichte re-integratieplan in veel gevallen geen meerwaarde had.²³¹ Bij de invoering van de Wet verbetering poortwachter per 1 april 2002 verviel deze plicht daarom.²³²

227 Art. 5:2 Ontslagbesluit, daarvoor ook al in het Delegatiebesluit 1993.

228 *Kamerstukken II 1996/97, 25 263 (Flexwet), nr.3, p.32-33.*

229 Art. 685 lid 1, 2^e volzin BW (oud): *'Indien het verzoekschrift een werknemer betreft die op de dag van ontvangst van het verzoekschrift ter griffie door ziekte verhinderd is zijn arbeid te verrichten, verklaart de rechter de werkgever niet ontvankelijk indien bij het verzoekschrift geen re-integratieplan als bedoeld in artikel 71a van de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering is gevoegd, dat is getoetst door het Landelijk instituut sociale verzekeringen.'*

230 Voorlopig verslag van de vaste Commissies voor Justitie en voor Sociale zaken en Werkgelegenheid, *Kamerstukken I 1997/98, 25 236, nr.132a, p.13-14 en Kamerstukken I 1997/98, 25 263, nr.132d, p.3.*

231 Problematisch bleken de verdragende werking op de snelle ontbindingsprocedure, problemen met privacy, geschillen over het wel of niet ziek-zijn en in een aantal gevallen de simpele onzinnigheid van de eis (bijv. bij onherstelbaar verstoorde arbeidsverhoudingen, een voorwaardelijke ontbinding na een ontslag op staande voet of bij een bedrijfsbeëindiging). Zie o.a. Registratiekamer 20 juni 2001, z2000-1104, uitspraak inzake NVAB, HR 29 september 2000, L/JN AA7285 en HR 22 juni 2001, L/JN AB2242.

232 *Kamerstukken II 2000/01, 27 678, nr.3, p.29.*

5.23 Renationalisatie van de uitvoering

Na de parlementaire enquête van 1993 ontstond er brede politieke overeenstemming dat de publieke invloed op de uitvoering van de arbeidsongeschiktheidswetgeving (ZW/WAO) moest worden vergroot en de rol van sociale partners teruggedrongen.²³³ De oude administratiekantoren van de verschillende bedrijfsverenigingen werden in eerste instantie in 1995 omgevormd tot vijf uitvoeringsinstellingen (uvi), die moesten concurreren om uitvoeringscontracten. Heil werd verwacht van marktwerking in de uitvoering.²³⁴ De beleidsvrijheid werd wel ingeperkt doordat uitvoeringsinstellingen niet langer slechts bevoegd waren, maar nu de plicht hadden om sancties op te leggen.²³⁵ Tegelijkertijd vond er een decollectivering plaats door middel van de invoering van de Wulbz en de Pemba. Qua uitvoering spitste de discussie zich er op toe waar de claimbeoordeling zou moeten liggen. Sociale partners wensten die ook te privatiseren, maar wel onder bipartiete controle. De Tweede Kamer vreesde echter soortgelijke problemen als die tot de uitwassen in de WAO hadden geleid en verlangde een grotere publieke rol. Uiteindelijk werd in 2002 de uitvoering bij de Wet SUWI²³⁶ opgesplitst in vier delen (premie-inning, claimbeoordeling, polisadministratie en re-integratie) waarvan de eerste drie werden ondergebracht bij één Uitvoeringsorgaan werknemersverzekeringen (UWV). De re-integratie bleef liggen bij de werkgever.²³⁷ Met de Wet SUWI werd de marktwerking in de uitvoering vrijwel volledig ongedaan gemaakt.²³⁸

5.24 Donner's blauwdruk voor huidig stelsel

Het aantal van 757.000 WAO-ers in 1992 was in 1996 gedaald tot 697.000. Toch boog de lijn daarna weer naar boven: via 728.000 in 1998 naar 768.000 in 2000.²³⁹ Op verzoek van sociale partners werd in juni 2000 een adviescommissie ingesteld om advies uit te brengen over de verdere aanpak van de arbeidsongeschiktheidsproblematiek. Deze Commissie Donner II moest zich daarbij baseren onder meer op eerdere rapporten en conclusies, meer in het bijzonder de probleemanalyse van de Commissie

233 De Jong noemt de ernstigste weeffout van de WAO dat de uitvoerders daarvan belang hadden bij een onbedoeld gebruik, P.R. de Jong, 'Is de WIA een mirakel?' in: G.C. Boot, *De zieke werknemer in beweging*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2014, p.11.

234 Met de wijzigingen in de Osv in 1995 en 1997, D. Bannink, *The Reform of Dutch Disability Insurance. A Confrontation of a Policy Learning and a Policy Feedback Approach to Welfare State Change*, (diss.) Enschede 2004, p.215-220, m.n. p.218, waarin hij dit marktwerking aan de aanbodzijde van de uitvoeringsorganisatie noemt.

235 Wet Boeten, maatregelen en terug- en invordering sociale zekerheid, Stb. 1996, 248, i.w.tr. 1 augustus 1996.

236 Wet Structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (SUWI), Stb. 2001, 624.

237 Bannink, p.211-212. Hij beschrijft uitgebreid de hervorming van de uitvoeringsorganisatie vanaf 1989, p.145-185.

238 Bannink, p.219.

239 SER-advies 2002-5, *Werken aan arbeidsgeschiktheid*, p.51.

Psychische Arbeidsongeschiktheid (Donner I).²⁴⁰ Het advies dat Donner II op 30 mei 2001 uitbracht werd een blauwdruk voor het huidige stelsel, zeker nadat het door de SER werd omarmd.²⁴¹

Frappant is dat Donner II de omslag vanaf 1996 naar opnieuw een stijging van het aantal WAO-ers relativeerde. De arbeidsparticipatie was in Nederland toegenomen, zodat de absolute stijging procentueel maar gering was: van de beroepsbevolking was in 1996 9,7% arbeidsongeschikt, in 1999 was dat 9,9%. Verder was de afname van volledige en toename van gedeeltelijk arbeidsongeschikten er verantwoordelijk voor dat de financiële lasten voor de WAO waren gedaald tot het niveau van 1976, hoewel er twee keer zoveel arbeidsongeschikten waren.²⁴² *'Het werkelijke WAO-probleem is... niet gelegen in de omvang of de groei van het gebruik daarvan, maar in het feit dat mensen met moeilijkheden nu als het ware in een fuik worden gezogen en buiten het arbeidsproces worden geparkeerd met een uitkering die steeds verder achterblijft bij de algemene ontwikkeling van de welvaart'* aldus de Commissie.²⁴³

De Commissie adviseerde daarom in de toekomst alleen nog een WAO-uitkering te geven aan 'echte' arbeidsongeschikten. Volgens de Commissie waren dat mensen die als gevolg van ziekte of handicap duurzaam niet meer beschikten over enige arbeidscapaciteit. Als al binnen twee jaar duidelijk was dat de werknemer echt helemaal niets meer zou kunnen, dan zou snel een WAO-uitkering kunnen worden aangevraagd, vanaf drie maanden na de eerste ziektedag. Werknemer en werkgever waren volgens de Commissie bij andere zieken gezamenlijk verantwoordelijk voor herstel en re-integratie in het arbeidsproces, onder het motto *'activeren van arbeidsgeschiktheid'*.

Beider inzet en inspanning moest worden getoetst bij de toegang tot de arbeidsongeschiktheidsverzekering, maar ook als de arbeidsverhouding op andere wijze werd beëindigd. De werkgever die niet voldeed aan zijn zorgplicht zou gehouden zijn voor onbepaalde tijd het loon door te betalen; de werknemer die niet aan hervatting of re-integratie meewerkte, zou een loonsanctie kunnen krijgen of kunnen worden ontslagen. Stilzitten en niets doen zou niet meer tot de WAO leiden, maar slechts tot verlengde loondoorbetaling of tot ontslag.²⁴⁴ Donner II gaf in zijn rapport een blauwdruk voor het huidige stelsel rond re-integratie. Zowel de Wet verbetering poortwachter van 1 april 2002, de Wulbz II van 1 januari 2004 als de WIA van 29 december 2005 zijn terug te voeren op dit rapport.

240 Art. 2 lid 1 Besluit Instelling Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid.

241 SER-advies 2002-5, *Werken aan arbeidsgeschiktheid*, p.29.

242 Donner II, p.23-25.

243 Donner II, p.11.

244 Donner II, p.5.

5.25 Conclusie

Wat heeft de geschiedenis gebracht op het gebied van re-integratie van de arbeidsongeschikte werknemer? De allerbelangrijkste constatering is dat re-integratie een constante is in de geschiedenis van het sociaal recht. De aandacht was dan eens meer, dan eens minder maar het is zeker geen verschijnsel dat pas recent is ontdekt.²⁴⁵ Ik meen dat er uit die langdurige aandacht voor re-integratie een periodisering is aan te brengen en dat daaruit vier belangrijke re-integratie-elementen zijn te halen die het ontstaan van het huidige systeem hebben beïnvloed.

5.25.1 Periodisering

Er zijn drie wezenlijke momenten in het verloop van aandacht voor re-integratie: bij de invoering van de OW, na de Tweede Wereldoorlog en na de economische crises van de jaren zeventig en tachtig. Aan die drie momenten zijn drie namen te verbinden: Bismarck, Beveridge en Buurmeijer.²⁴⁶

Bismarck

1. Al bij de OW zijn belangrijke re-integratie-elementen ingevoerd: nadruk op wat een arbeidsongeschikte werknemer nog wél kon, de rol van (medische) begeleiding door de werkgever én diens financieel belang bij snelle re-integratie. Uiteindelijk was het werkgeversbelang maar betrekkelijk: via een verzekering werd alleen arbeidsongeschiktheid gedekt die was ontstaan door bedrijfsongevallen. Er was geen belemmering op risicoselectie, zodat een werkgever de kansen op een arbeidsongeschiktheidsuitkering vooraf al kon beïnvloeden door gezonde en sterke werknemers aan te nemen. Bovendien gold er pas aanspraak op een uitkering bij een arbeidsongeschiktheid van ten minste 50%, zodat 'kleine arbeidsongeschiktheid' niet relevant was. Werkgevers sloten dus in feite een verzekering af voor het bedrijfsrisico van een behoorlijke mate van arbeidsongeschiktheid van hun werknemer door een bedrijfsongeval. Dat risico probeerden zij te voorkomen, maar het was tegelijkertijd zo beperkt dat er geen noodzaak werd gevoeld veel werk van re-integratie te maken.

Beveridge

2. Oorlogen stimuleerden vervolgens de aandacht voor re-integratie.²⁴⁷ Na de Eerste Wereldoorlog gebeurde dat via particulier initiatief van de AVO: niet vanwege de eigen ervaringen met oorlogsslachtoffers, maar op basis van Europese ontwikkeling. Maar vooral tegen het einde van en na de Tweede Wereldoorlog, via de ILO-conferentie van Philadelphia (1944), de Commissie Van Rhijn (1945/1946) en de WPM (1948), werd de basis gelegd voor het ethisch-juridische motief van re-integratie.²⁴⁸ Dat mondde uit in

245 Noordam 2001, p.143.

246 Den Uijl stelt vast dat Nederland politiek-historisch zowel elementen van Bismarck's invloed als van Beveridge's invloed heeft gehouden, p.26-29.

247 Noordam 2001, p.143, zie ook Klosse/van Dijk, p.21-22.

248 Zie hoofdstuk 1.

de WAO. Werkgevers en werknemers betaalden premie voor een verplichte verzekering met risqué social-dekking, die aan arbeidsongeschikten de kans bood zich te ontplooiën en deel te nemen aan het maatschappelijk leven. Dat gebeurde op basis van solidariteit: iedereen die arbeidsongeschikt was geworden -ongeacht hoe- had van overheidswege recht op gelijke kansen. De idealistische gedachte achter dit recht werd echter niet gekoppeld aan een overeenkomstige plicht voor de werknemer om mee te werken aan re-integratie.

Buurmeijer

3. De economische crises in de jaren zeventig en begin jaren tachtig leidden tot massa-werkloosheid én massa-arbeidsongeschiktheid, waarna driftig werd ingezet op volumebeheersing. Dat werd gedaan door de drempel voor instroom in de arbeidsongeschiktheidswetten te verhogen (afschaffing verdiscontering, aanpassing arbeidsongeschiktheidsbegrip, verlenging loondoorbetalingsperiode) maar ook door volop aandacht voor uitstroom, dus re-integratie.²⁴⁹ Niet langer de overheid maar de werkgever kreeg in toenemende mate de verantwoordelijkheid voor de arbeidsongeschikte werknemer toebedeeld. Dat gebeurde met wortel en stok.²⁵⁰ Wettelijke prikkels moesten voor snelle re-integratie zorgen terwijl parallel daaraan ook in rechtspraak de werkgeversverantwoordelijkheid rond re-integratie tot ontwikkeling kwam. Dat de naam Buurmeijer aan deze periode is verbonden, is logisch. 'Zijn' parlementaire enquête van 1993 legde de vinger op de zere plek voor het verleden én werkte als katalysator voor de ontwikkelingen daarna. Die ontwikkelingen waren weliswaar al deels ingezet voor 1993 maar richtten zich vanaf toen op activering.²⁵¹ Nederland werd hervormingskampioen.²⁵²

249 Klosse/van Dijk stellen dat de nadruk vanaf de jaren negentig op activering door bezuinigingswensen werd ingegeven, p.68. Sparrius plaatste in 1996 de geschiedenis rond ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheidsvolume tegen de bredere achtergrond dat Nederland in de economische crises kwetsbaar was gebleken door haar internationale afhankelijkheid, p.559-560, zie ook Klosse/van Dijk, p.20) Er was bovendien sprake van secularisatie, individualisering en toenemende mondigheid. Het liberalisme vanaf de jaren tachtig zette de omvorming van de verzorgingsstaat tot een waarborgmaatschappij in gang, waarin de overheid voorwaarden schiep, maar de markt verder vrij spel kreeg.

250 Als wortels werden werkgevers loonkostensubsidies, premiekortingen, voorzieningen voor aanpassing van de werkplek, financiën voor preventie, een bonus en garanties bij hernieuwde uitval voorgehouden. De stokken zijn te zien in de plicht loon door te betalen bij ziekte, de malus, de Pemba, een drempel bij ontslag vanwege een verplicht re-integratieplan, verhaal van ZW-uitkering bij te geringe re-integratie-inspanningen en de dreiging met een heffing bij het niet voldoen aan een quotum.

251 Liedorp onderscheidt vier periodes in ziekteverzuim- en arbeidsongeschiktheidsbeleid: tot het begin van de Tweede Wereldoorlog (toenemende overheidsbemoëienis), tot de jaren zeventig (totstandkoming uitgebreid socialezekerheidsstelsel), tot de jaren negentig (bezuinigingen) en vanaf de jaren negentig (bevordering van arbeidsparticipatie), p.49-50. Specifiek voor re-integratie vallen in mijn beleving haar tweede en derde periode meer samen.

252 De OESO constateerde dat geen enkel land zoveel en zo ingrijpend had hervormd op dit terrein als Nederland, OESO 2008, p.16 en 93.

5.25.2 Elementen

Uit de periodisering is een aantal belangrijke elementen te halen die hebben bijgedragen aan het huidige stelsel:

1. Invoering en behoud risque social
2. Aandacht voor arbeidsgeschiktheid in plaats van arbeidsongeschiktheid
3. Uitbreiding financiële prikkels voor werkgever en werknemer
4. Verantwoordelijkheid bij arbeidsongeschiktheid naar werkgever (en werknemer)

Een bespreking van elk van die elementen is raadzaam.

1. Risque social

Volgens Van Steenberghe is de neutraliteit van Nederland in de Eerste Wereldoorlog er mede oorzaak van dat het risque social zich kon ontwikkelen. In de betrekkelijke luwte en zonder oorlogsslachtoffers was het in 1921 mogelijk de OW uit te breiden en de grotere kans op werkloosheid door arbeidsongeschiktheid in de wet te verdisconteren; een eerste stap tot matiging van het oorspronkelijke risque professionnel van de OW. Landen die met grote aantallen oorlogsslachtoffers kampten, hadden geen ruimte om het recht op een arbeidsongeschiktheidsuitkering uit te breiden.²⁵³

In de IW was de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid in het geheel niet relevant om toch recht te kunnen hebben op een uitkering. De wetgever vond het zijn taak een voorziening te treffen tegen armlastigheid door invaliditeit of ouderdom. Er werd niettemin een forse drempel voor een uitkering gelegd met de eis van minimaal 66,67% arbeidsongeschiktheid. De ZW kende een combinatie van een irrelevante oorzaak van de arbeidsongeschiktheid en een geringe drempel om een uitkering te krijgen, waarmee de dekking bij het risque social werd verruimd. Beveridge en de ILO-conferentie in Philadelphia hebben hun stempel gedrukt op deze ontwikkeling door te spreken over verplichtingen naar *'disabled workers whatever the origin of their disability'*, overgenomen door de Commissie Van Rhijn. In 1967 werd de gedachte van risque social in de WAO verankerd.²⁵⁴ Daarmee was de verwatering van de verzekeringsgedachte rond, in de zin dat de hoogte van de te ontvangen prestatie afhangt van de betaalde premie zoals in OW en IW en de ontwikkeling naar risque social compleet.

Het gaat bij risque social om een aantal elementen. Als eerste is het risico van arbeidsongeschiktheid een maatschappelijke verantwoordelijkheid. In de woorden van Fluit/Wilthagen: de toedeling van de risico's geschiedt aan het collectieve bedrijfsleven.²⁵⁵ Geen band meer tussen de uitval in een individueel bedrijf en premie: het risque social is gekoppeld aan het collectief en aan solidariteit. Ontwikkelingen als eigenrisicodragen en premiedifferentiatie laten zien dat die solidariteit niet voetstoots

253 Fluit/Wilthagen, p.110.

254 Fluit/Wilthagen, p.117-119.

255 Fluit/Wilthagen, p.122-123.

meer centraal staat. Rommelse signaleert een verschuiving naar solidariteit die wordt geboden aan werknemers door werkgevers in plaats van bijvoorbeeld solidariteit tussen werkgevers.²⁵⁶

Als tweede element is de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid irrelevant: er is geen onderscheid tussen bedrijfsgerelateerde en niet-bedrijfsgerelateerde arbeidsongeschiktheid. Dat betekent dat in tegenstelling tot andere West-Europese landen het risico van inkomensverlies als gevolg van een arbeidsongeval of beroepsziekte wordt gedekt door een algemeen geldende arbeidsongeschiktheidsregeling.²⁵⁷ Het massale verzet in de maluszaken liet zien dat in de irrelevante oorzaak een belangrijk element van onevenwichtigheid wordt gevoeld: waarom moet de werkgever de lasten dragen bij arbeidsongeschiktheid die privé is ontstaan?²⁵⁸ Niettemin is daaraan vastgehouden.²⁵⁹ Rommelse concludeert dat dus doelmatigheid prevaleert boven rechtvaardigheid, met de kanttekening dat die hogere lasten (premies) wel af te wentelen zijn op de werknemers.²⁶⁰ Als het risico van arbeidsongeschiktheid een maatschappelijke dus collectieve verantwoordelijkheid is, dan is te verwachten dat dat ook geldt voor re-integratie. De ontwikkeling is echter tegengesteld: re-integratie bij arbeidsongeschiktheid is tot een individuele plicht voor (met name) de werkgever gemaakt. Een principiële antwoord op de vraag *waarom* de werkgever verantwoordelijk is voor situaties waarop hij geen invloed heeft, is historisch niet gegeven.

2. Aandacht voor arbeidsgeschiktheid in plaats van arbeidsongeschiktheid

De OW, IW en ZW hadden allemaal tot doel het inkomensverlies als gevolg van arbeidsongeschiktheid *tijdelijk* op te vangen. Vanaf de invoering van de WAO is er door allerlei oorzaken geleidelijk aan grote nadruk komen liggen op het inkomensvervangende aspect van de uitkering. De activerende werking die zo uitdrukkelijk bij de invoering van de WAO werd genoemd, bleek in de praktijk in het geheel niet van de grond te komen en te leiden tot sociale uitsluiting. Een grote groep werknemers werd van deelname uit het arbeidsproces uitgesloten.²⁶¹ Re-integratie gebeurde weinig want de nadruk lag op wat de werknemer allemaal niet meer kon.

256 A.F. Rommelse, *De arbeidsongeschiktheidsverzekering tussen publiek en privaat. Een beschrijving, analyse en waardering van de belangrijkste wijzigingen in het Nederlandse arbeidsongeschiktheidsstelsel tussen 1980 en 2010*, (diss.) Leiden University Press 2013, p.257-264.

257 Klosse/van Dijk, p.33, Den Uijl, p.41-42.

258 Volgens Jacobs is slechts 40% van het ziekteverzuim werkgebonden, A.T.J.M. Jacobs, *Veranderend socialezekerheidsrecht*, Koninklijke Vermande: Lelystad 1997, p.86. Zie ook § 1.2 waaruit volgt dat dat percentage wel ongeveer klopt (verzuimvolume).

259 De afschaffing van de malusregeling werd bijvoorbeeld ingegeven door juridisch-technische aspecten en niet zo zeer door een fundamentele herbezinning op het verantwoordelijk stellen van de individuele werkgever voor een buiten zijn invloed veroorzaakt arbeidsongeschiktheidsgeval. Ook met de Pemba en de Wulbz werd geen afscheid genomen van de irrelevante oorzaak van arbeidsongeschiktheid.

260 Rommelse, p.262 en 316. Zo kan de werkgever die zijn doorbetalingsrisico bij ziekte herverzekert, in een aantal gevallen overeenkomen de premie voor het herverzekerde bovenwettelijke deel door de werknemer te laten betalen.

261 Voor een fraai overzicht van de diverse oorzaken: Klosse/van Dijk, p.37-44.

Fluit meent dat met de invoering van activerende wetgeving vanaf de wet TBA een echt fundamentele omkering in denken plaatsvond.²⁶² Ik betwijfel dat. De benadering van arbeidsgeschiktheid in plaats van arbeidsongeschiktheid bestond al in de OW en is steeds sluimerend aanwezig geweest. De ZW kende bijvoorbeeld al vroeg artikel 30 gericht op inschakeling in passende arbeid, net als in de IW in het daar gehanteerde invaliditeitsbegrip. In de rechtsgrond van Van Rhijn was die benadering eveneens opgenomen: recht op sociale zekerheid van de gemeenschap *'op voorwaarde dat deze leden zelf het redelijke doen, om zich die sociale zekerheid en vrijwaring tegen gebrek te verschaffen'*. In het SER-advies uit 1957, de memorie van toelichting bij de WAO uit 1967 en het SER-advies uit 1975: overal wordt benadrukt dat het stelsel vooral uitgaat van wat een werknemer niet meer kan en uit *zou moeten gaan* van wat hij nog wél kon doen.²⁶³

De Commissie Buurmeijer pleitte in zijn rapport in 1993 opnieuw voor het centraal stellen van arbeidsgeschiktheid. Misschien vanwege het gewicht van de parlementaire enquête en in elk geval beïnvloed door de oplopende collectieve lasten, werd de daad nu bij het woord gevoegd. De wet TBA koppelde de WAO-toegang aan de mate van arbeidsgeschiktheid voor algemeen geaccepteerde arbeid, de wet TZ stelde een concreet re-integratieplan door de werkgever verplicht, de Wulbz maakte sancties op de werknemer mogelijk als geen gebruik werd gemaakt van een aanbod om passende arbeid te verrichten. Desondanks had dat weinig invloed op het volume. Donner II verscherpte de nadruk op arbeidsgeschiktheid, zowel in de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid als daarna. Hij verwachtte vooral heil van grotere financiële prikkels,²⁶⁴ wat een van de andere belangrijke ontwikkelingen rond re-integratie is geweest.

3. Uitbreiding financiële prikkels voor werkgever en werknemer

Het systeem van gemengde publieke en private uitvoering in de OW en de ZW bestond tot 1952, toen de OSV werd ingevoerd. Het systeem liet zien dat het belang van werkgevers bij lagere premies hen in zekere mate prikkelde actie te ondernemen om zo min mogelijk instroom in de OW of ZW te krijgen. Tegelijk werd duidelijk dat risicoselectie een belangrijke manier was om ook dat doel te bereiken. De prikkel leidde daarmee tot het uitsluiten van 'slechte risico's'. Vanaf de jaren negentig werd gezocht naar een rol voor de individuele werkgever in plaats van het collectieve bedrijfsleven.²⁶⁵ Die rol werd gevonden in financiële prikkels voor de werkgever gebaseerd op het arbeidsongeschiktheidsvolume in zijn bedrijf, zowel generiek (premedifferentiatie) als specifiek (malus).²⁶⁶ Al in de OW van 1901 tot 1967 was de lagere premie bij een lagere instroom een middel gebleken waardoor werkgevers werden gestimuleerd. Die gedachte herleefde als het ware.

262 Fluit 2001, p.97-98.

263 SER-advies inzake de herziening van de Invaliditeitsverzekering 1957, SER-advies inzake de opnemning van gehandicapten in het arbeidsproces 1975-9, p.8 en 25.

264 Donner II, p.77-78, maar prikkels alleen waar ze zin hebben, gekoppeld aan het uitgangspunt 'stilstaan geeft geen recht'.

265 Knecht/Mudde noemen dit decollectivering in plaats van privatisering, p.242.

266 Knecht/Mudde, p.250-251.

Vaak betrof het positieve financiële prikkels.²⁶⁷ De prikkels werden vergezeld van plichten en instrumenten om voor re-integratie te zorgen. De filosofie achter dit denken bestond hierin dat degene die invloed had op het arbeidsongeschiktheidsvolume moest worden aangespoord het volume te beperken, ook al kon -als gezegd- de werkgever niet altijd invloed uitoefenen op het ontstaan van arbeidsongeschiktheid.²⁶⁸ Een consequentie van het prikkeldenken bij een systeem met risique social is dat maar beperkt effect bestaat op de noodzaak om preventie van verzuim te bevorderen. De werkgever heeft immers alleen invloed op voorkoming van *bedrijfsgebonden* arbeidsongeschiktheid. Maar niet alleen de werkgever werd geprikkeld. Waar oorspronkelijk nog lang werd gedacht dat van dwang rond re-integratie bij een werknemer geen heil te verwachten was, werd in de stelselherziening in 1987 een werknemersprikkel aangebracht: het uitkeringspercentage van de WAO werd verlaagd van maximaal 80 naar maximaal 70% en de uitkeringsduur werd bekort. In de Wulbz werden meer financiële prikkels aangelegd. Zo zorgde het belemmeren of vertragen van de genezing er voor dat een werknemer zijn recht op loon verloor, net als bij het weigeren om passend werk uit te voeren. Bovendien werd het sanctiebeleid aangescherpt, zodat het niet meewerken aan re-integratie kon leiden tot verlies van uitkering.²⁶⁹ De werknemersprikkel van inkomensachteruitgang bij arbeidsongeschiktheid kon door sociale partners in cao-bepalingen ongedaan worden gemaakt. Zo werden de wettelijke loondoorbetaling bij ziekte en de ZW-uitkering weliswaar gesteld op minder dan het laatste loon, maar in cao's werd dat vrijwel altijd aangevuld tot 100%.²⁷⁰

Daarnaast bestond er vanaf het begin fundamentele kritiek op het prikkeldenken omdat een neveneffect een strenge selectie aan de poort kon zijn. Risicoselectie is namelijk de eerste stap bij het verminderen van ziekteverzuim. De kansen voor arbeidsongeschikte werknemers om aan de slag te komen, zouden via prikkeldenken dus juist worden verkleind. Dit was geen theorie maar praktijk: in de OW, in de beginperiode van de ZW maar ook bij de Wet TZ kwam risicoselectie voor.²⁷¹ De Wet op de medische keuringen,²⁷² die de mogelijkheden om medisch te keuren in de sollicitatiefase aan banden legt, zou volgens de regering die vrees weg moeten nemen. Een sollicitant die wordt benadeeld, kan namelijk klagen bij de Commissie klachtenbehandeling aanstellingskeuringen (CKA). Ook de Wet REA, die inzichtelijker maakte welke stimuleringsmaatregelen er bestonden bij indienstneming van arbeidsongeschikte werknemers, zou bijdragen aan terugdraaien van risicoselectie.²⁷³ Ik twijfel er sterk aan of risicoselectie met deze middelen wel is uitgebannen. De Commissie gelijke behandeling (CGB) constateerde eind 2008 bijvoorbeeld dat

267 Liedorp zegt zelfs dat het 'merendeel' positief was, p.225. Ik denk dat dit niet zo is gelet op de malus, de verhaalsanctie en -als grootste impact op de praktijk- de verlenging van de loondoorbetaling bij ziekte.

268 Fluit/Wilthagen, p.120.

269 Klosse/van Dijk, p.58-59.

270 De SER constateerde dat 86% van alle werknemers die onder een CAO vielen in het eerste ziektejaar recht had op aanvulling tot 100%. In het tweede jaar was dat nog 60%, SER 1984-16, p.27-28.

271 Zie ook Knecht/Mudde, p.248 en literatuur bij hun noot 15.

272 De Wet op de medische keuringen is op 1 januari 1998 in werking getreden (Stb. 1997, 365).

273 Wevers/Besseling/de Vos, p.34 integraal rapport.

werkgevers nog steeds veelvuldig in de sollicitatiefase vragen naar beperkingen en kandidaten afwijzen bij te verwachten hoog ziekteverzuim.²⁷⁴ Ook de CKA sprak in 2009 zijn zorg uit dat personeel met beperkingen teveel belemmeringen ondervindt bij de toegang tot arbeid.²⁷⁵ Bij de (proces)evaluatie van de Wet REA in 2001 werd al gesignaleerd dat het predicaat 'arbeidsgehandicapte' door werknemers wel werd geweigerd omdat het hen op de arbeidsmarkt zou stigmatiseren. De angst voor risicoselectie leefde volop.²⁷⁶

Uiteindelijk vatte de Commissie Donner II in 2001 het effect van prikkeldenken bij arbeidsongeschiktheid samen:

*'... de aanpak wordt wel steeds meer aan de betrokken partijen overgelaten die steeds sterker geprikkeld worden, maar ieder wordt op een ander moment in een andere richting gestimuleerd en er is geen mechanisme om de inzet van ieder op elkaar af te stemmen. De werkgever wordt aan het begin van het verzuim gemotiveerd (door de kosten van uitval en vervanging) en onmiddellijk na toelating in de WAO (Pemba); de werknemer wordt daarentegen bij einde van het verzuim gestimuleerd (naderende keuring en uitkering) en enkele jaren na toelating tot de WAO (vervolguitkering en REA-middelen), de professionele hulpverleners zijn bij het begin van de klachten of het verzuim gemotiveerd, de uitvoerende instanties pas bij het einde. Het resultaat is (over)prikkeling zonder dat men greep heeft op het proces; dat leidt tot machteloosheid en inactiviteit, waarbij uiteindelijk ieder de prikkels lijdzaam ondergaat en het ongewenste resultaat bevordert.'*²⁷⁷

De conclusie van Rommelse is dat het beleid om werkgevers financieel te prikkelen 'uiterst succesvol' is geweest. Dat succes betrof zowel de prikkels om het ziekteverzuim terug te dringen als om de instroom in de WAO/WIA te beperken. De daling van de instroom is volgens hem in belangrijke mate toe te schrijven aan de loondoorbetalingsverplichting gedurende 104 weken. Daardoor is re-integratie in de eerste twee ziektejaren enorm toegenomen.²⁷⁸

4. Verantwoordelijkheid bij arbeidsongeschiktheid naar werkgever (en werknemer)
Dat de verantwoordelijkheid bij arbeidsongeschiktheid is verschoven van de collectiviteit naar de individuele werkgever is helder.²⁷⁹ Die verschuiving van verantwoordelijkheid is aan de ene kant sluipend, aan de andere kant bliksemsnel gegaan. Het sluipende is terug te vinden in het geleidelijk uitbreiden van de verantwoordelijkheid van de werkgever, eerst voor de preventie en verzuimbestrijding, later voor de re-integratie, weer later voor de inkomenskant bij arbeidsongeschiktheid. Sinds 1948 stelde de WPM al eisen aan werkgevers rond re-integratie, maar vooral symbolisch en weinig effectief. Inhoudelijk werd beetje bij beetje de rol van de werkgever,

274 Commissie Gelijke Behandeling, *Zonder vallen en opstaan. Bevindingen van de Commissie Gelijke Behandeling over de werking van de Wet Gelijke Behandeling op grond van Handicap of Chronische Ziekte in de praktijk*, november 2008, p.12-13 en de daar genoemde onderzoeken in noot 6 en 8.

275 Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen, *Afstemming Wet op de medische keuringen en Wet gelijke behandeling op grond van Handicap of Chronische Ziekte*, juni 2009, p.2.

276 Wevers/Besseling/de Vos, p.42 samenvatting. Tegelijk werd vastgesteld dat uit het onderzoek niet duidelijk is geworden of risicoselectie wel was tegengegaan, p.11 samenvatting.

277 Donner II, p.73-74.

278 Rommelse, p.316-318, zie echter ook § 6.12 waar andere evaluaties worden besproken.

279 Van enige strijd met het grondrecht op zorg voor de bestaanszekerheid (art. 20 lid 1 Gw) is niet gebleken.

vooral sinds de WAGW, steeds verder vergroot. Ook de WAGW heeft maar beperkte betekenis gehad. Uit onderzoek vier jaar na de invoering blijkt dat in geen enkele bedrijfstak de benedengrens van 3% tewerkstelling van gehandicapten werd gehaald. Aan werknemers met beperkingen van buiten de eigen organisatie werd weinig tot geen aandacht besteed.²⁸⁰ Het bliksemsnelle is te zien aan de opeenvolging van maatregelen vaak zonder de effecten van de vorige wetten af te wachten: van de Wet TAV in 1992, de Wet TZ in 1994, de Wet Amber in 1995, de Wulbz in 1996, het poortwachtermodel in 1997, de Wet Pemba in 1998, de Wet REA in 1998, de Wet verbetering poortwachter in 2002, de Wulbz II in 2004 naar de WIA in 2005. Al deze maatregelen hadden volumebeheersing door re-integratie als onderliggend doel.

Formeel was een re-integratieplicht voor de werkgever in de WAGW opgenomen maar met de re-integratie-arresten kwam er serieus aandacht voor.²⁸¹ Die re-integratieplicht kreeg naar mijn mening pas echt gestalte toen de werkgever via de Wet TZ ook ná einde loondoorbetaling voor de re-integratie moest blijven zorgen. De inkomenskant en de re-integratie-kant werden losgekoppeld: ook al had de werkgever geen verantwoordelijkheid meer voor het inkomen, hij moest nog wel zorgen voor re-integratie. Tot de WAGW werd de werknemer gespaard als het ging om verplichte medewerking aan re-integratie. Pas sinds de WAGW lag de verantwoordelijkheid voor re-integratie wettelijk niet alleen bij de werkgever maar ook bij hem, hoewel dat vooral theoretisch bleek te zijn.

5.25.3 Slotsom

Klosse legt een duidelijk verband tussen krapte op de arbeidsmarkt en aandacht voor re-integratie. Vlak na de Tweede Wereldoorlog was iedereen hard nodig en vanaf de jaren negentig werd de (komende) vergrijzing mede-aanjager om re-integratie te bevorderen. In tijden van een ruime arbeidsmarkt was re-integratie echter niet interessant.²⁸² Noordam concludeert dat in de loop van de tijd juridisering de re-integratie is gaan beheersen: meer contractsdenken, strakkere definiëring van de positie van re-integratiepartners, meer plichten, ook voor werknemers.²⁸³ Ik zou daar aan toe willen voegen dat het een 'verprivaatrechtelijking' is geworden. Artikel 20 lid 2 Gw bepaalt dat de wet regels stelt omtrent de aanspraken op sociale zekerheid. Vanaf het begin met de OW koos de wetgever er voor dat bij publiekrechtelijke regeling te doen. Na de Wet TZ en vooral de Wulbz worden aanspraken

280 Van Lierop, p.6.

281 Vermoedelijk vanwege het door de HR aangenomen recht op loon voor passende arbeid.

282 Klosse 1998, p.23.

283 Noordam 2001, p.143.

op sociale zekerheid bij arbeidsongeschiktheid in hoofdzaak niet meer publiek-rechtelijk geregeld, maar is dat het BW geworden.²⁸⁴ De aanspraken zijn daarmee 'civiel' geworden en zelfs is bewust een rol ingeruimd voor de particuliere verzekeringsmarkt.

Dit moet worden gezien als een belangrijke wijziging: de ZW, de OSV en de WAO gaven een grote rol aan het 'georganiseerde bedrijfsleven' terwijl daarna werd gekozen voor uitvoering van de inkomensbescherming bij arbeidsongeschiktheid door de contractspartij: de individuele werkgever.²⁸⁵ Waar in verschillende andere Europese landen de inkomensgevolgen van arbeidsongeschiktheid binnen het publieke sociale zekerheidsstelsel worden opgevangen,²⁸⁶ werd dat in Nederland primair een werkgeversverantwoordelijkheid. De WAGW maar ook Buurmeijer scherpten het uitgangspunt van de Commissie Van Rhijn aan: van 'verantwoordelijkheid van de gemeenschap, als het individu niet slaagt' naar 'verantwoordelijkheid voor de werkgever, dan pas de gemeenschap, als de werknemer niet slaagt'. Dat resulteerde in tal van wet- en regelgeving. Het resultaat van al die prikkels en verantwoordelijkheidsverschuiving (voornamelijk naar de werkgever) vloeit voort uit de verenging van het doel van re-integratie sinds de jaren tachtig tot volumebeheersing. Wellicht moet daar aan toe worden gevoegd: volumebeheersing, ook door activering. Niet alleen door beperking van de instroom, maar juist ook door vergroten van de uitstroom.

Donner stelde daar echter over:

*'Gevreesd moet echter worden dat het effect (van prikkels md) beperkt zal zijn, omdat de veranderingen ingepast worden in een wettelijk systeem met tegenstrijdige uitgangspunten. Als de gezamenlijke inzet van werkgever en werknemer bepalend is voor het voorkomen van arbeidsongeschiktheid, staat dat bijvoorbeeld op gespannen voet met het feit dat de werknemer en de werkgever materieel belang blijven houden bij arbeidsongeschiktheid, al is het maar gedeeltelijk, omdat dat hem een uitkering kan opleveren, respectievelijk omdat zijn verplichting tot loondoorbetaling eindigt. Ook wordt de scheiding van publieke en private verantwoordelijkheid gerealiseerd door beperking van de publieke taak bij ziekteverzuim en verscherping van de bewaking bij instroom in de WAO. Daarmee is de drempel voor de WAO-instroom verhoogd, maar de beheersing van het verzuim ongrijpbaar geworden.'*²⁸⁷

284 Zie ook Sparrius 1996, p.562. De ZW en de Wet werk en bijstand blijven te allen tijde gelden als vangnet voor die werknemers die in de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid geen recht op loondoorbetaling (meer) hebben. Dat strookt met art. 20 lid 1 Gw dat bestaanszekerheid zorg van de overheid is. Niettemin is de hoofdvoorziening en dus de belangrijkste bron van bestaanszekerheid voor werknemers bij arbeidsongeschiktheid de civielrechtelijke aanspraak op loondoorbetaling.

285 Sparrius 1996, p.563. Ook Knegt/Mudde signaleren dat het om decollectivisering gaat van een in wezen steeds privaat gebleven systeem, althans in het eerste ziektejaar, p.240-242.

286 SER-advies, *Verantwoordelijkheidsverdeling sociale zekerheid. Een terreinverkennde studie over de verdeling van verantwoordelijkheden op het terrein van de sociale zekerheid*, Den Haag: SER, 1994, hoofdstuk 7.

287 Donner II, p.4-5. Later stelde Donner, toen hij Minister van SZW was, dat preventie in de zin van het voorkomen van arbeidsongeschiktheid, helemaal geen element van arbeidsongeschiktheidsregelingen is geweest. Dat hoort bij arbeidsomstandighedenwetgeving. Waar in arbeidsongeschiktheidsregelingen wordt gesproken over preventie, gaat het volgens hem om het voorkomen van instroom, dus eigenlijk over re-integratie, *Kamerstukken II 2006/07, 31 087, nr.3, p.12 e.v.*

Rommelse analyseerde en waardeerde de belangrijkste wijzigingen in het Nederlandse arbeidsongeschiktheidsstelsel tussen 1980 en 2010.²⁸⁸ Hij nam een aantal criteria als uitgangspunt. Als eerste criterium hanteerde hij de keuzevrijheid van werknemers voor verzekering tegen arbeidsongeschiktheid: die vrijheid is niet toegenomen.²⁸⁹ Zijn tweede criterium ziet op de vraag of de inkomensbescherming bij arbeidsongeschiktheid is toe- of afgenomen. In het algemeen is die voor werknemers die onder een cao vallen gelijk gebleven, terwijl die voor niet-cao-werknemers is afgenomen. Als derde criterium is de mate van solidariteit of equivalentie onderzocht. Daaronder wordt verstaan in hoeverre het arbeidsongeschiktheidssysteem de premiehoogte bepaalt aan de hand van de kans op schade en de omvang van de uitkering (equivalentie) of daarin een herverdeling aanbrengt (solidariteit).²⁹⁰ Rommelse constateert dat equivalentie is toegenomen door de verschuiving van de nadruk van collectief naar meer individueel/gedifferentieerd.²⁹¹ De solidariteit is tegelijk verschoven naar de werkgever.

Versobering, privatisering en activering zijn de kernwoorden van de laatste fase van de beschreven ontwikkeling.²⁹² Het sociaal-democratische 'Rijnlandse' model van de arbeidsmarkt (met een sterk ontwikkelde sociaal-economische oriëntatie van de overheid en belangengroepen) veranderde in een meer liberaal Angelsaksisch model (waar coördinatie door de markt centraal staat). Tegenwoordig wordt het stelsel van de Nederlandse arbeidsverhoudingen beheerst door het marktdenken. De doelmatigheid en efficiëntie van overheidsinstuties en van wetgeving staan ter discussie ongeacht de oorspronkelijke met name beschermende intenties waarmee ze zijn ingesteld. De nadruk ligt meer op de eigen verantwoordelijkheid en de individuele prestatie. De daaraan gekoppelde differentiatie (bijvoorbeeld in premies) betekent dat de socialezekerheidsarrangementen minder collectief en minder solidair zijn geworden.²⁹³ De keerzijde van het accommoderen van individuele of groepsbelangen is het verminderen van het saamhorigheidsgevoel. Dat is het startpunt van het huidige stelsel.

288 A.F. Rommelse, *De arbeidsongeschiktheidsverzekering tussen publiek en privaat. Een beschrijving, analyse en waardering van de belangrijkste wijzigingen in het Nederlandse arbeidsongeschiktheidsstelsel tussen 1980 en 2010*, (diss.) Leiden: University Press, 2013.

289 De verzekeringsplicht voor zelfstandigen is in 2004 afgeschaft, terwijl die voor werknemers is gehandhaafd. Waarschijnlijk ligt daaraan ten grondslag dat Nederland gebonden is aan internationaalrechtelijke verplichtingen en afschaffing daarnaast onwenselijk is omdat er een groep werknemers bestaat die zich niet *kan* verzekeren, omdat zij een 'slecht risico' vormen. Er is bovendien een groep werknemers die zich bij keuzevrijheid niet *zal* verzekeren, die dan wellicht een beroep zal gaan doen op de bijstand, Rommelse, p.313-314.

290 Rommelse, p.48-55, die verschillende vormen van solidariteit onderscheidt.

291 Geen ZW-premiepercentage per bedrijfstak, maar de eerste twee jaar eigenrisicodragers; geen algemeen uniforme WAO-premie, maar een gedifferentieerde WGA-premie.

292 Den Uijl, p.48.

293 A.G. Nagelkerke en A.C.J.M. Wilthagen, *Arbeidsverhoudingen in ontwikkeling*, Reeks VvA 32, Deventer 2002, p.2-6 en 13-16.

5.26 Afronding

Met de beschrijving van de historische achtergrond rond re-integratie is een aanloop genomen naar beschrijving van het huidige re-integratierecht. In het volgende hoofdstuk worden de nu bestaande rechten en verplichtingen rond re-integratie van de zieke werknemer besproken.

HOOFDSTUK 6

Re-integratie van de zieke werknemer in Nederland

Bij de beschrijving hoort na de bespreking van de geschiedenis ook het huidige re-integratierecht. Na de achtergronden komen respectievelijk de loondoorbetaling bij ziekte, de controlevoorschriften, de verzuimvoorschriften en de re-integratievoorschriften aan de orde.

6.1 Achtergronden van het huidige re-integratiestelsel

6.1.1 Wet verbetering poortwachter

In 1999 trok de regering de conclusie dat de procesgang die tot re-integratie moest leiden onvoldoende resultaten opleverde. Re-integratie eerste spoor én tweede spoor kwamen te weinig van de grond, er trad tijdsverlies op door wachttijden en overdrachtsmomenten terwijl de beoordeling van de inspanningen voornamelijk aan de hand van procedurele en administratieve criteria gebeurde:

*'...(W)erkgevers blijken zich nog onvoldoende bewust te zijn van de grote financiële consequenties van ziekte en arbeidsongeschiktheid en nemen te vaak een afwachtende houding aan. Van de werknemer wordt te weinig initiatief verwacht, waardoor ook hij vaak een te passieve houding aanneemt...In het huidige poortwachtersmodel is teveel bureaucratie ontstaan die vroegtijdige reïntegratie eerder belemmert dan bevordert. Tevens blijkt dat snellere helderheid bij werkgevers en werknemers over het te volgen herstel- en werkhervattingstraject is geboden. Een inhoudelijk door het veld gedragen normenkader is hierbij een cruciaal instrument.'*¹

Het wetsvoorstel Wet verbetering poortwachter was daarom bedoeld om 'weeffouten' uit de procesgang te halen en duidelijkere inhoudelijke criteria te geven voor de toetsing van re-integratie-inspanningen. Vanaf de aanvang was de insteek van het wetsvoorstel een wijziging van met name socialeverzekeringswetten. In de parlementaire behandeling is echter ook aandacht besteed aan de meer fundamentele keuze tussen publieke en private verantwoordelijkheid voor re-integratie. Twee argumenten werden aangevoerd om re-integratie privaat te laten uitvoeren. Allereerst wees de regering op de gewenste taakverdeling in de uitvoering van sociale zekerheid.² Hij onderscheidde vier taken op het gebied van werk en inkomen:

¹ Kamerstukken II 2000/01, 27 678, nr.3, p.2-3.

² Door te verwijzen naar de afwegingen over verantwoordelijkheidsverdeling bij het wetsvoorstel Wet Suwi, Kamerstukken II 2000/01, 27 588.

- premieheffing
- claimbeoordeling³
- uitkeringsverstrekking
- preventie en re-integratie.

Tussen deze taken zit verschil:

'De eerste drie taken vormen de kern van de inkomensbeschermende functie van de sociale zekerheid. Naast bevordering van de arbeidsparticipatie beoogt de sociale zekerheid immers ook bestaanszekerheid te bieden aan degenen die buiten hun schuld niet of niet meer in staat zijn om door het verrichten van arbeid in hun levensonderhoud te voorzien.'

Deze drie taken zouden moeilijk van elkaar te scheiden zijn omdat dit veel overdrachtsmomenten tussen verschillende organisaties zou betekenen. Uitvoering door één organisatie kon bovendien leiden tot uniformiteit in de praktijk en schaalvoordelen. Maar omdat deze taken (vanuit de waarborgfunctie van de overheid) niet commercieel zouden mogen worden beïnvloed, moest die uitvoering publiek blijven.

*'De andere doelstelling van de sociale zekerheid, de bevordering van de arbeidsparticipatie, maakt het wenselijk een koppeling aan te brengen tussen de financiële prikkels in het stelsel en de wijze waarop de verantwoordelijkheden voor preventie en reïntegratie worden belegd. Dit brengt met zich mee dat degene die de financiële lasten draagt, in beginsel verantwoordelijk moet worden gesteld voor preventie en reïntegratie. Het kabinet heeft er daarom voor gekozen om werkgevers(organisaties) en werknemers (organisaties) verantwoordelijk te stellen voor de preventie en reïntegratie van arbeidsgehandicapte werknemers.'*⁴

Als tweede reden voor private uitvoering van re-integratie werden 'dwingende, praktische overwegingen' genoemd. Voor het UWV zou het onmogelijk zijn om effectief inzicht te krijgen in de vele honderdduizenden ziektegevallen die zich jaarlijks voordoen. Bovendien zou het UWV zijn schaarse capaciteit aan verzekeringsartsen en arbeidsdeskundigen bij voorrang moeten gebruiken voor de claimbeoordeling en de versterking van zijn poortwachtersfunctie.⁵ Tegelijkertijd moest volgens de regering duidelijk zijn dat private partijen hun verantwoordelijkheid moeten nemen in de wachttijd van de publieke verzekering:

*'Als polisvoorwaarde geldt dat zij alles doen om een beroep op die verzekering te voorkomen. De uitvoerder van de publieke verzekering heeft dan ook het recht en de plicht om aan de poort van die verzekering daarover verantwoording te vragen en bij niet voldoen aan de voorwaarden de toegang te weigeren...De poortwachter moet de poort dicht houden wanneer werkgever en werknemer onvoldoende reïntegratie-inspanningen hebben verricht.'*⁶

3 Onder claimbeoordeling wordt verstaan de beoordeling of een werknemer in aanmerking komt voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering.

4 Kamerstukken II 2000/01, 27 588, nr.3, p.3-4 en 6.

5 Kamerstukken II 2000/01, 27 678, nr.3, p.6. Bovendien heeft het UWV een re-integratierol bij vangnetgroepen, wat ook beslag legt op de capaciteit, nr.5, p.11.

6 Kamerstukken II 2000/01, 27 678, nr.5, p.10-11.

De Tweede Kamer aanvaardde deze privatisering van de re-integratie, maar zorgde er wel voor dat de private verantwoordelijkheid ook in het BW terecht kwam waar die thuis hoorde.⁷ In socialezekerheidswetten werd de verhouding met de uitvoeringsinstelling geregeld en niet de verhouding tussen werkgever en werknemer. Bovendien werd op initiatief van de Tweede Kamer een expliciet wettelijk criterium toegevoegd waaraan de inspanningen moesten worden getoetst: of werkgever en werknemer in redelijkheid hebben kunnen komen tot hun re-integratie-inspanningen.⁸

Daarnaast is de verantwoordelijkheidsverdeling tussen werkgever en werknemer besproken:

*'De werkgever en zijn arbo-dienst zijn verantwoordelijk voor het geheel van de reïntegratieactiviteiten; zij kunnen zelf beslissen welke acties er in overeenstemming met de werknemer getroffen moeten worden. Het UWV toetst achteraf of die verantwoordelijkheid ook waargemaakt is. Bij die beoordeling gaat het -anders dan vroeger- om het resultaat van de verrichte inspanningen en om de vraag of partijen datgene hebben ondernomen wat redelijkerwijs van hen kan worden verwacht om te voorkomen dat de werknemer arbeidsongeschikt zou worden of blijven. Tussentijds komt het UWV alleen in actie op verzoek van één der partijen. Dat is in het kort het beeld van de verantwoordelijkheidsverdeling onder de nieuwe Poortwachter.'*⁹

Dit lijkt op enkel een werkgeversverantwoordelijkheid te wijzen. Toch is met 'Poortwachter' net zo goed bedoeld de verantwoordelijkheid van de werknemer te vergroten. Dat wordt gezocht in het bieden van de mogelijkheid van een second opinion voor de werknemer, om een impasse over re-integratievragen te voorkomen. Verder is de mogelijkheid om het loon niet meer te betalen als de werknemer niet meewerkt een stimulans om re-integratie serieus te nemen. Een soortgelijke maatregel was al van kracht bij twijfel over de ziekmelding of bij niet-naleving van gedrags- of controlevoorschriften. De regering onderkende dat niet meer dan 4,5% van de werkgevers daadwerkelijk zo'n maatregel oplegde.¹⁰

De belangrijkste concrete maatregelen van de Wet verbetering poortwachter zijn deels administratief, deels inhoudelijk:

- Afschaffing van het voorlopig en van het definitief re-integratieplan.
- Inhouden van het loon door de werkgever en treffen van een maatregel door de uitvoeringsinstelling als de werknemer onvoldoende meewerkt aan zijn re-integratie.
- Verval van het opzegverbod tijdens ziekte als de werknemer onvoldoende meewerkt aan re-integratie.
- Een expliciete wettelijke plicht voor de werkgever en de zieke werknemer om aan re-integratie te werken.

7 Artt. 7:658a, 660a en 670b lid 3 BW zijn ingevoerd via diverse amendementen, zoals bijv. Kamerstukken II 2000/01, 27 678, nr.13.

8 Art. 34a WAO.

9 Kamerstukken I 2001/02, 27 678, nr.37a, p.7-8.

10 Kamerstukken II 2000/01, 27 678, nr.3, p.11-12 en 36.

- Invoering van het re-integratieverslag, waarin verantwoording wordt afgelegd over het verloop van en de verrichtte re-integratie-inspanningen: *'Voor de inhoud van het re-integratiedossier en het daaruit samen te stellen re-integratieverslag wordt in overleg met de huidige uitvoerders een protocol ontwikkeld. In het protocol worden eisen aan het dossier en het verslag gesteld. Het zal normen bevatten over adequate re-integratie-inspanningen. Richtsnoer hierbij is het vroegtijdig verrichten van interventies in het eerste ziektejaar. Deze normen zullen een uitstralingseffect hebben naar het gedrag in het eerste ziektejaar.'*¹¹
- De werknemer krijgt een eigen rol in de totstandkoming van het re-integratieverslag en moet deze zelf indienen bij aanvraag van de WAO-uitkering.
- Het re-integratieverslag moet medische en arbeidsdeskundige basisinformatie bevatten. Hierdoor zouden de administratieve taken in de uitvoering moeten worden verlicht en zou meer tijd vrij moeten komen voor de daadwerkelijke claim- en Poortwachterbeoordeling.
- Flexibilisering van het moment van WAO-beoordeling: uitstel op gezamenlijk verzoek van werkgever en werknemer, zodat instroom in de WAO, terwijl het herstelproces nog gaande is, kan worden voorkomen.
- Uitstel van WAO-beoordeling en verlenging loondoorbetalingsverplichting van de werkgever met maximaal 26 weken (loonsanctie) als onvoldoende is gedaan aan re-integratie, met als doel herstel van de tekortkoming.
- 'Second opinion' voor werkgever en werknemer: zij kunnen de uitvoeringsinstelling een oordeel vragen over de vraag of er binnen het bedrijf passende arbeid aanwezig is, dan wel of er voldoende re-integratieactiviteiten worden ontplooid.

Verder is verschillende keren bevestigd dat de werkgever verantwoordelijk blijft voor de re-integratie zolang de arbeidsovereenkomst voortduurt, dus ook als de periode van de loondoorbetalingsplicht is verstreken.

De Wet verbetering poortwachter is van kracht geworden op 1 april 2002.¹²

6.1.2 *Commentaar totstandkoming Wet verbetering poortwachter*

De fundamentele keuze van de regering om re-integratie privaat uit te laten voeren, is gebaseerd op een koppeling aan degene die de financiële lasten draagt. Hoewel wel werd verwezen naar werkgevers(organisaties) én werknemers(organisaties), worden de financiële lasten in de praktijk vrijwel uitsluitend door de individuele werkgever gedragen. Aan de ene kant kan worden gezegd dat deze koppeling een logische stap is. Als een werkgever verplicht is het loon door te betalen tijdens arbeidsongeschiktheid dan ligt het voor de hand hem voor re-integratie (en dus het einde van de loondoorbetaling) niet afhankelijk te laten zijn van een derde. Hij moet 'master of his domain' zijn. Aan de andere kant wordt de werkgever 'verantwoordelijk gesteld'. Dat

¹¹ *Kamerstukken II 2000/01, 27 678, nr.3, p.3.*

¹² *Stb. 2001, 628, Stb. 2001, 685. De plicht om bij re-integratie ook inschakeling bij een andere werkgever na te streven werd uiteindelijk pas van kracht vanaf 1 januari 2004 (Stb. 2002, 607).*

betekent dat zijn financiële lasten verder omhoog gaan want er moeten re-integratiekosten worden gemaakt. De werkgever kan daarnaast (financieel) worden afgerekend op het al dan niet slagen van de re-integratie; dat is een strengere benadering dan hem bijvoorbeeld onder verantwoordelijkheid van het UWV in staat te stellen aan re-integratie bij te dragen, zodat hij voor daadwerkelijke re-integratie niet afhankelijk is van het UWV.

De vraag is gerechtvaardigd of deze onderbouwing van de overheid wel overtuigend is. Volgens de regering moeten slechts de taken, die bij de inkomensbeschermende kant van sociale zekerheid horen publiek worden uitgevoerd, vanwege de waarborgfunctie van de overheid. Dat veronderstelt dat de overheid bevordering van arbeidsparticipatie *niet* ziet als onderdeel van haar taken; dit kan aan private uitvoering worden overgelaten. Dat lijkt mij niet erg goed te rijmen met de talloze wettelijke ingrepen in de loop van de jaren negentig, die voornamelijk werden verantwoord met een beroep op de noodzaak ziekteverzuim terug te dringen, door arbeidsparticipatie te verhogen. Bovendien wordt met deze afweging aangesloten bij de financiële verantwoordelijkheid zoals die in de loop van de jaren negentig in diezelfde wetgeving tot stand is gekomen. De regering suggereert in de totstandkoming een zekere volgtijdelijkheid: 'eerst de financiële prikkels, dan dus nu ook de re-integratieverantwoordelijkheid'. Maar die volgtijdelijkheid bestaat niet. Al in de Wet TZ in 1992 was de werkgever bijvoorbeeld verantwoordelijk voor interne re-integratie, zelfs nadat de loondoorbetalingsperiode bij ziekte was afgelopen.¹³

De onderbouwing voor een verdere private uitvoering is voor mij niet erg overtuigend, gelet op de achtergrond dat de poortwachtermodel tot dan toe door de regering niet effectief werd gevonden. Het woord 'weeffouten' verhult dat veeleer een vlucht naar voren werd gekozen dan dat het bestaande systeem op detailniveau werd verfijnd. Daarbij lijkt niet te zijn geredeneerd vanuit principiële overwegingen, maar vanuit doelmatigheid. De beschikbare capaciteit bij het UWV bepaalde (mede) de inrichting van het stelsel.

6.1.3 Wulbz II: naar 104 weken loondoorbetaling bij ziekte

Met de Wulbz werd de periode van loondoorbetaling bij ziekte in 1996 op één jaar gesteld. In 2002 werd conform het regeerakkoord het wetsvoorstel Wet verlenging loondoorbetalingsverplichting bij ziekte ingediend.¹⁴ In dat regeerakkoord van CDA, VVD en LPF was een ingrijpende wijziging van de WAO afgesproken, gebaseerd op het advies van de Commissie Donner II en het SER-rapport 'Werken aan arbeidsgeschiktheid'.¹⁵ Het verder verlengen van de loondoorbetalingsperiode bij ziekte was daarvan

¹³ Zie § 5.18, ook de regering onderkende dit later, *Kamerstukken II 2000/01*, 27 678, nr.5.

¹⁴ *Kamerstukken II 2002/03*, 28 629, nr.1-2.

¹⁵ Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid (Commissie Donner II), *Werk maken van arbeidsgeschiktheid*, 30 mei 2001; SER, *Werken aan arbeidsgeschiktheid: voorstellen WAO-beleid*, 2002-5, 22 maart 2002.

een belangrijk onderdeel. Overleg met sociale partners over de vernieuwing van het totale 'WAO-complex' leidde echter tot intrekking van het wetsvoorstel.¹⁶ In licht gewijzigde vorm werd het eind 2003 opnieuw ingediend als Wet verlenging loon- doorbetalingsverplichting bij ziekte 2003.¹⁷

De aanleiding voor het wetsvoorstel was geen verrassing:

*'De WAO is in ons land steeds een onderwerp van grote zorg geweest. Diverse ingrepen hebben plaatsgevonden in de afgelopen decennia. Desondanks is de inactiviteit als gevolg van ziekte en arbeidsongeschiktheid in ons land groter dan in de andere OESO-landen. Hoewel de ontwikkeling in 2002 en begin 2003 positief is te noemen, is het aantal personen dat de WAO instroomt nog steeds te hoog. Bij ongewijzigd beleid zal het WAO-volume op middellange termijn weer stijgen. Dit duidt erop dat in het huidige stelsel de mechanismen en prikkels, ondanks de gedane ingrepen, nog steeds fundamenteel tekortschieten. De kern van deze fundamentele tekortkoming is...dat het niet (moet gaan) om het verzekeren van arbeidsongeschiktheid, maar om het activeren van arbeidsgeschiktheid.'*¹⁸

Bij de vormgeving van het nieuwe WAO-stelsel koos de regering voor drie uitgangspunten:

- de primaire verantwoordelijkheid ten aanzien van preventie en re-integratie ligt bij werkgevers en werknemers; het stelsel moet voorzien in adequate ondersteuning;¹⁹
- de inspanningen van werkgever en werknemer moeten er op zijn gericht om mensen die daartoe nog in staat zijn, zo snel mogelijk hun werk te laten hervatten;
- een permanente en adequate inkomensbescherming voor volledig en duurzaam arbeidsongeschikten.

In het WAO-stelsel zou het niet langer meer om 'verzekeren van arbeidsongeschiktheid' gaan.

Voor de langere loonbetaling bij ziekte werden verschillende argumenten aangevoerd. Allereerst paste een langere loonbetaling bij de eerste twee

16 *Kamerstukken II 2002/03, 28 629, nr.15, voor een toelichting daarop: Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr.6, p.14. Uit dat zogeheten Najaarsoverleg kwam onder andere de afspraak dat als sociale partners de aanvullingen op het loon tot 100% in het tweede ziektejaar in de diverse CAO's zouden afschaffen, de regering in de nieuwe WAO-regeling aan volledig en duurzaam arbeidsongeschikten een hogere uitkering zou toekennen, vooropgesteld dat de instroom in die categorie beperkt zou blijven tot maximaal 25.000 mensen. Ook de premiedifferentiatie WAO zou op termijn worden afgeschaft, Kabinetsverklaring 17 oktober 2003.*

17 *Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr.1/2, ik noem de wet vanaf nu Wulbz II.*

18 *Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr.3, p.1-2, zie ook Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr.4, p. 10: 'Het activeren van de beschikbare arbeidsgeschiktheid dient daarbij voorrang te hebben op het verzekeren van arbeidsongeschiktheid.'*

19 *Ondersteuning door het stelsel laat onverlet dat met de Wulbz II ook subsidiemogelijkheden voor werkgevers voor scholing, training, begeleiding of inzet in het tweede spoor zijn afgeschaft. De positieve prikkel van subsidie was volgens de regering in het tweede ziektejaar niet langer nodig, omdat er een negatieve prikkel (langere loonbetaling) werd ingevoerd. Bovendien werd het onwenselijk gevonden private verantwoordelijkheid voor re-integratie te financieren met publieke subsidies. De kosten van re-integratie moesten volledig voor rekening van de werkgever komen, Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr.3, p.24-25, nr.6, p.19.*

uitgangspunten voor het nieuwe stelsel. Daarnaast zou bij vroegtijdig ingrijpen instroom in de WAO worden voorkomen, zodat werkgever en werknemer een versterkte prikkel moesten krijgen om (snel) inspanningen te verrichten rond verzuimbegeleiding en werkhervatting. Die versterkte prikkel was nodig omdat de regering vond dat aan het einde van het eerste ziektejaar de aandacht van teveel verschoof naar instroom in WAO in plaats van werkhervatting. Kennelijk werden werkgever en werknemer niet langer meer geprikkeld.²⁰ De *'forse financiële incentive'* voor de werkgever zou zitten in twee jaar loondoorbetaling; de prikkel voor de werknemer moest komen uit de afspraak met sociale partners om in het tweede jaar geen cao-aanvullingen op het loon bij arbeidsongeschiktheid meer af te spreken. Bovendien zou het mogelijk worden gemaakt om aan de zieke werknemer in het tweede jaar minder dan het minimumloon te betalen.²¹

De keuze om de periode van loondoorbetaling bij ziekte te stellen op twee jaar vloeit volgens de regering voort uit een aantal nadelen van het systeem tot dan toe:

- De WAO-aanvraag komt in veel gevallen te vroeg en verstoort daarmee de re-integratie-inspanningen: *'Bovendien voorkomt de verlenging dat werknemers na het eerste ziektejaar nagenoeg automatisch de WAO instromen.'*²²
- De kosten/baten verhouding van uitgaven voor re-integratie voor de werkgever en diens verzekeraar is gunstiger bij een langere periode van loondoorbetaling.
- De duur van de verantwoordelijkheid van de werkgever voor de re-integratie van zijn zieke werknemer is niet begrensd tot de periode van loondoorbetaling, maar gekoppeld aan de duur van het dienstverband. Door de werking van het opzegverbod bij ziekte is de werkgever volgens de regering in de regel twee jaar verantwoordelijk voor de re-integratie: met twee jaar *'worden de periode van loondoorbetaling, de duur van de re-integratieverantwoordelijkheid, de wederzijdse aanspraken op werkhervatting en de periode van ontslagbescherming consequent aan elkaar gekoppeld.'*
- Vanwege de verantwoordelijkheidsverdeling tussen het publieke en private domein wordt de situatie -dat na het eerste jaar een (gedeeltelijke) WAO-uitkering wordt toegekend en de loondoorbetaling wordt beëindigd- onevenwichtig gevonden. Veel werkgevers zouden namelijk (ten onrechte) in de veronderstelling verkeren dat het UWV na dit eerste jaar de verantwoordelijkheid voor de re-integratie overneemt omdat de werknemer dan in de WAO instroomt. Het is een markering dat de verantwoordelijkheid twee jaar lang bij private partijen berust.²³

20 *'Een belangrijke barrière betreft thans het feit dat de oriëntatie op het verkrijgen van een WAO-uitkering, die thans na één jaar ziekte kan worden toegekend, de reïntegratie-inspanningen nu vaak negatief beïnvloedt... het uitzicht op een WAO-uitkering (vermindert) thans de prikkels voor werkgever en werknemer om -aan het eind van het eerste ziektejaar- al het mogelijke te blijven doen om tot werkhervatting en reïntegratie te komen.'*, Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr.3, p.8. De regering vindt dat sprake dient te zijn van evenwichtige prikkels voor werkgever en werknemer.

21 *Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr.3, p.2-3.*

22 *Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr.4, p.11.*

23 *Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr.3, p.2.*

- De werkgever die in het tweede jaar wel aan re-integratie zou werken, heeft niet de volledige mogelijkheden van de Wet verbetering poortwachter om de eventueel onwillige werknemer tot medewerking te bewegen. De mogelijkheden om sancties te treffen tegen de werknemer liggen dan namelijk bij het UWV.
- Die sanctiemogelijkheid is des te belangrijker omdat de werkgever per (uiteindelijk) 1 januari 2004 verantwoordelijk wordt voor de re-integratie bij een andere werkgever, als in het eigen bedrijf geen mogelijkheden (meer) zijn.²⁴

Opmerkelijk is dat zowel PvdA, GL als VVD bij de behandeling van het wetsvoorstel WIA hebben geopperd de loondoorbetalingsperiode nog eens met één tot twee jaar te verlengen. Volgens de regering was 52 weken te kort maar zou een periode langer dan 104 weken niet nodig zijn. Niet alleen zijn er grenzen aan de duur van de verantwoordelijkheid van de werkgever, het zou ook afwijken van de adviezen van de Commissie Donner en de SER.²⁵

De concrete maatregelen van Wulbz II komen neer op het volgende:

- Het tijdvak van loondoorbetaling bij arbeidsongeschiktheid wegens ziekte wordt verlengd van 52 naar 104 weken.²⁶
- In het tweede ziektejaar is de werkgever niet langer verplicht ten minste het wettelijk minimumloon te betalen, maar mag hij -voor werknemers die het minimumloon verdienen- volstaan met betaling van 70% daarvan.
- Artikel 7:629 lid 12 BW bepaalt dat als de werknemer passende arbeid verricht, de arbeidsovereenkomst onverkort in stand blijft, zelfs als de werknemer bijvoorbeeld in het kader van 'tweede spoor' een arbeidsovereenkomst sluit met een nieuwe werkgever.²⁷
- Bij een vordering rond het treffen van maatregelen of het verstrekken van aanwijzingen die redelijkerwijs nodig zijn om de eigen of andere passende arbeid te verrichten, moet een deskundigenverklaring van het UWV worden overgelegd (artikel 7:658b BW).²⁸
- Het opzegverbod tijdens ziekte blijft ook na twee jaar van kracht gedurende de tijd van de loonsanctie (artikel 7:670 lid 10 BW).
- De duur van de ZW-uitkering wordt verlengd van één naar twee jaar met de mogelijkheid van verhaal op de werkgever of sanctie op de werknemer, als (bij het

24 *Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr.3, p.9-11 'Daardoor is de verwachting dat werkgevers ook gedurende het tweede ziektejaar hun verantwoordelijkheid nemen, omdat zij financieel verantwoordelijk blijven voor hun zieke werknemer. Dit is ook de argumentatie die de SER vooropstelt bij de keuze voor een verlenging van de loondoorbetalingsperiode (zie p. 109 van het SER-advies).'*

25 *Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr.12, p.6-7. De regering voegde daaraan toe: de verlenging naar 104 weken '...had twee redenen. Ofwel zieke werknemers volgen dan nog een traject richting werk ofwel verdere reïntegratieactiviteiten werden niet ondernomen omdat de WAO in zicht was. Door de verlenging naar 104 weken zal dit zich, naar de huidige kennis, niet tot nauwelijks meer voordoen.'*

26 De Wet verbetering poortwachter gaat ook in het tweede ziektejaar gelden.

27 Onverlet de mogelijkheid een wijziging van de arbeidsovereenkomst overeen te komen, *Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr.3, p.35-36.*

28 Voor het overige wordt aangesloten bij de deskundigenverklaring als bedoeld in art. 7:629a BW, *Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr.3, p.37.*

einde van de arbeidsovereenkomst in de eerste twee jaar van ziekte) blijkt dat onvoldoende werk is gemaakt van re-integratie.²⁹

- Diverse re-integratiesubsidies rond scholing, training, begeleiding en tweede spoor vervallen.

De wet is per 1 januari 2004 van kracht geworden.³⁰

6.1.4 Commentaar totstandkoming Wulbz II

Er is een aantal kritische noten te kraken over de verlenging van loondoorbetaling bij ziekte naar twee jaar. Ik heb vier kanttekeningen.

Ten eerste de onderbouwing van de maatregel. De regering stelt voorop dat die past bij de eerste twee uitgangspunten, namelijk dat de verantwoordelijkheid voor re-integratie bij werkgever en werknemer ligt die zich beiden moeten inspannen om de werknemer zo snel mogelijk het werk te laten hervatten. Dat standpunt klopt volgens mij wel, maar is nauwelijks een reden om de loondoorbetalingsperiode *uit te breiden*. Immers, één jaar loondoorbetaling past ook bij die uitgangspunten. Dat de aandacht tegen het einde van de wachttijd verschuift naar de WAO-aanvraag is inherent aan het systeem, waarin zo'n aanvraag drie maanden van tevoren bij het UWV moet liggen. Maar dat dit moment te vroeg zou liggen omdat veel zieke werknemers dan nog *'een traject richting werk volgen'* wordt niet onderbouwd. Al helemaal onbegrijpelijk is de opmerking dat er *'nagenoeg automatisch'* een instroom in de WAO zou volgen. Juist met de Wet verbetering poortwachter is een toets op re-integratie-inspanningen ingevoerd en de mogelijkheid een loonsanctie op te leggen. Van een nagenoeg automatische instroom is juist geen sprake meer.

Dat brengt mij bij de tweede kanttekening. De RvS stelde vast dat de regering niet motiveerde waarom een evaluatie van de Wet verbetering poortwachter niet kon worden afgewacht. De regering had gewezen op het internationaal onverantwoord hoge niveau van arbeidsongeschiktheidsvolume, de demografische vooruitzichten op lange termijn en omdat Commissie Donner II en de SER dit adviseerden.³¹ *'Tijdens de verlengde loondoorbetalingperiode worden werkgevers en werknemers nog verder gestimuleerd tot reïntegratie, hetgeen leidt tot meer werkhervatting'*, aldus de regering.³² In de loop van de behandeling van het wetsvoorstel gaf de regering er wel blijk van te zien dat de Wet verbetering poortwachter effect had.³³ Daar werd meteen relativerend aan toegevoegd dat veranderingen in verzuimcijfers en WAO-instroom niet

29 Art. 35 en 39a ZW, Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr.3, p.39-40.

30 Stb. 2003, 555.

31 Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr.6, p.4.

32 Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr.3, p.27-28.

33 *'(D)e regering wil...voort...bouwen op hetgeen op dit punt al is bereikt.'*, Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr.3, p.16; *'De eerste effecten van deze wet zijn gunstig'*, Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr.3, p.27-28; *'na de succesvol gebleken Wet verbetering poortwachter'*, Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr.6, p.2; *'de positieve resultaten van de Wet verbetering poortwachter'*, Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr.6, p.4; *'De regering verwacht dat de Wet verbetering poortwachter en de arboconvenanten een dalend effect op het verzuim zullen blijven hebben.'*, Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr.6, p.20.

eenduidig zijn toe te schrijven aan één oorzaak.³⁴ Mede daarom bleef zij vasthouden aan het 'versterken van de prikkel' zonder dat duidelijk was of dat echt wel nodig was. Zeker het argument van de demografische ontwikkeling is niet zo sterk, juist omdat het een langetermijneffect betreft. Bezien of Poortwachter al afdoende invloed zou hebben, was volgens mij geen bezwaar geweest. Het invoeren van weer een nieuwe wet terwijl de vorige net anderhalf jaar daarvoor pas in werking was getreden, maakt dat de Wulbz II past in het beeld van over elkaar heen tuimelende wetgeving om koste wat kost het WAO-volume aan te pakken.³⁵

Ten derde de motivering om een termijn van twee jaar te kiezen. Op zichzelf lijkt het niet onlogisch dat de termijn van ontslagbescherming tijdens ziekte en de loon-doorbetaling tijdens ziekte gelijk worden getrokken. Maar er is wel reden om kritisch te kijken naar waar de termijn van twee jaar vandaan komt. Het opzegverbod bij ziekte is in 1953 ingevoerd. De Stichting van de Arbeid wilde daarvoor geen limitering in tijd, maar de Minister besloot in zijn wetsvoorstel een termijn van één jaar aan te houden. Tijdens de parlementaire behandeling werd gewezen op de genezingsduur van tuberculose. Dat was aanleiding om het wetsvoorstel te wijzigen en de termijn op twee jaar te stellen omdat:

*'...met name in geval van tuberculose het niet zelden voorkomt dat eerst in het tweede jaar van ziekte genezing intreedt. Een ontslag zal juist in dergelijke gevallen psychisch voor de zieke arbeider moeilijk te verwerken zijn.'*³⁶

De Minister moest die wijziging naar twee jaar in de Tweede Kamer verdedigen:

*'Ik geef toe, dat in de enkele gevallen, waarin de ziekte langer dan 2 jaar duurt, het weleens moeilijkheden kan opleveren, meestal van psychologische aard, voor de arbeider, wanneer hij na twee jaar ziekte zou worden ontslagen. Dat was ook de reden, waarom ik de termijn van 1 op 2 jaar heb gesteld omdat gevallen, waarin de arbeider t.b.c.-lijder is, betrekkelijk veel voorkomen en dit een ziekte is, waarbij het moment van genezing herhaalde malen ligt tussen 1 en 2 jaar. Daarom achtte ik het redelijk, de termijn van één jaar uit te breiden tot twee jaar. ...Er is hier gisteren meermalen gesproken over de moeilijkheden welke zich...speciaal voor de kleine werkgever, kunnen voordoen. Het zal in dit geval inderdaad voor de kleine werkgever het moeilijkst zijn...Die verschillende aspecten tegen elkaar afwegend, vond ik het wel gewenst om de termijn uit te breiden van één tot twee jaar.'*³⁷

Bij mijn weten is sindsdien de termijn van het opzegverbod bij ziekte van twee jaar nooit meer bediscussieerd, hoewel de aanleiding daarvoor niet langer relevant is. Met het verdwijnen van tbc uit Nederland is dat in elk geval geen reden meer voor een opzegverbod van twee jaar, laat staan om daar ook de verlengde loon-doorbetalingsperiode bij ziekte op te baseren. In elk geval is de relativering van de duur van het

³⁴ 'De oorzaak van de daling van het verzuim is een complex aan factoren, waaronder de Wet verbetering poortwachter, de economische ontwikkelingen, aankondigingseffecten en arboconvenanten', Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr.6, p.20, ook Kamerstukken I 2002/03, 28 629, nr.A.

³⁵ Zie het vorige hoofdstuk, met name § 5.16 tot en met 5.22.

³⁶ Kamerstukken II 1952/53, 881, nr.11.

³⁷ Handelingen II 1952/53, 19 februari 1953, p.2349.

opzegverbod reden om niet automatisch een gelijke periode voor de loondoorbetaling te kiezen. Het argument, dat de termijn van twee jaar ook aansluit bij de duur van de verantwoordelijkheid voor re-integratie en de wederzijdse aanspraken op werkhervatting, klopt evenmin.³⁸ De werkgeversverantwoordelijkheid loopt door ook na twee jaar namelijk zolang de arbeidsovereenkomst bestaat, wat de regering overigens zelf eveneens noemt. Hetzelfde geldt voor de wederzijdse aanspraken op werkhervatting.³⁹ Er kan worden toegegeven dat de werkgever in de meeste gevallen na twee jaar de arbeidsovereenkomst zal willen beëindigen, zodat feitelijk de duur van de re-integratie en de duur van de arbeidsovereenkomst samenlopen. Toch is zeker niet denkbeeldig dat de arbeidsovereenkomst blijft voortbestaan na twee jaar ziekte:

- partijen willen niet beëindigen want de arbeidsongeschiktheid zal binnen afzienbare termijn voorbij zijn;⁴⁰
- de werkgever wil niet beëindigen want hij vreest na opzegging een vordering uit hoofde van kennelijk onredelijk ontslag;⁴¹
- de werkgever mag niet beëindigen want een ontslagvergunning wordt geweigerd, bijvoorbeeld omdat niet genoeg is gedaan aan re-integratie of omdat herstel binnen zes maanden te verwachten is;
- er is sprake van een gedeeltelijke werkhervatting in passende arbeid.⁴²

De argumenten voor de tweejaarstermijn overtuigen naar mijn mening niet. Voeg daaraan toe de überhaupt wankelende basis voor enige loondoorbetaling bij ziekte (zie § 5.4) en de slotsom is dat een loondoorbetalingsplicht bij ziekte gedurende twee jaar mager gemotiveerd is.

De vierde kanttekening betreft de gekozen manier van aansporing. De Minister erkent dat financiële prikkels misschien niet de beste weg zijn, maar kiest er toch voor.⁴³ Om te beginnen de prikkel voor de werkgever. In de wetsgeschiedenis blijkt van kritische vragen over het verzekeren van het loondoorbetalingsrisico. De logische vraag was hoe zeer de werkgever wordt geprikkeld als hij de rekening toch bij een verzekeraar kan neerleggen. De regering voerde aan dat een evaluatie van de verzuimmaatregelen uit de jaren negentig gedragsreacties liet zien bij werkgevers. Zij deden méér aan verzuimduurreductie, ongeacht of zij wel of niet verzekerd waren. Ongeveer 80% van de bedrijven zou een verzekering hebben afgesloten, waarbij het meestal ging om

38 Vb. Ktr. Amsterdam 21 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:780.

39 Met dien verstande dat na het tweede jaar geen aanspraak meer bestaat op re-integratiebegeleiding naar het tweede spoor, art. 7:658a lid 1 BW.

40 Dus de situatie van het vrijwillig voortzetten van de loondoorbetaling.

41 Bijvoorbeeld omdat niet genoeg is gedaan aan de re-integratie, ondanks dat het UWV geen loonsanctie oplegt en een ontslagvergunning is afgegeven, dan wel omdat de arbeidsongeschiktheid samenhangt met de werkzaamheden. Vanaf 1 juli 2015 zou de werkgever misschien liever niet willen beëindigen omdat hij dan de transitievergoeding verschuldigd is.

42 Zie de discussie over passende arbeid die bedongen arbeid is geworden in § 6.7.9.

43 '(I)k (weet) uit andere ervaringen dat de theorie dat werkgevers alleen maar gevoelig zijn voor financiële prikkels, te dogmatisch is. Er zijn namelijk werkgevers die zo'n hekel aan dit soort problemen hebben dat zij er graag wat geld voor over hebben om ervan af te zijn. Soms hebben zij werknemers die zij gewoon niet meer willen zien. Er spelen dus ook andere motieven dan financiële een rol.', Kamerstukken I 2003/04, 29 231, nr.A.

bedrijven tot 50 werknemers. Hun prikkel zou moeten zitten in een hogere verzekeringspremie, voor een jaar langer verzekeren. Omdat tegelijk een lagere (gedifferentieerde) WAO-premie hoefde te worden betaald, erkende de regering dat die prikkel wordt gedempt. De prikkel werd echter ook van de verzekeraars zelf verwacht, omdat zij zouden aandringen op re-integratie om de schadelast te beheersen. Bij een hoog verzuimpercentage zouden zij niet zo gauw de premies verhogen, want dat zou volgens de regering afbreuk doen aan hun concurrentiepositie.⁴⁴ TNO Arbeid-onderzoek uit 2006 bevestigde de verwachting dat verzekeraars zich actiever zouden gaan opstellen. Er zijn door hen vaker interventies ingezet en er is meer geld aan uit gegeven. De conclusie was echter ook dat dit per interventie heeft geleid tot lagere slagingspercentages en besparingen. Het verleggen van de prikkel van de werkgever via verzekering naar de verzekeraar, in de verwachting dat langs deze indirecte weg verzuim toch zou dalen, blijkt niet altijd even effectief.⁴⁵

Dan is er ook nog de prikkel voor de werknemer, gericht op een vermindering van inkomen. In § 1.1.3 heb ik er al op gewezen dat werknemers niet erg ontvankelijk lijken voor financiële prikkels, omdat het al dan niet aan re-integratie werken samenhangt met andere factoren: met name de (ervaren) gezondheidstoestand en het welbevinden. Of de prikkel de werknemer dus daadwerkelijk stimuleert om sneller te hervatten, is maar de vraag. Niettemin geloofde de regering in de twee nieuwe 'instrumenten' namelijk geen aanvullingen boven 70% én geen recht op ten minste het minimumloon in het tweede jaar. Op kritische vragen daarover in de parlementaire behandeling bleef ze overtuigende antwoorden schuldig. De vraag is onder meer gesteld waarom bovenwettelijke aanvullingen in het tweede jaar zouden moeten worden tegengegaan. Een andere benadering is namelijk dat die prikkel net zo goed al in het eerste jaar kan worden gegeven: waarom die bovenwettelijke aanvullingen niet meteen al ontmoedigen? Volgens de regering is dat in het eerste jaar nog niet nodig want er zijn al andere, niet-financiële prikkels (zoals het opstellen van een probleemanalyse en een plan van aanpak en het meewerken aan re-integratieactiviteiten).⁴⁶ Ik vind dat een zwak argument. Als 'niet-financiële' prikkels voldoende zijn voor het eerste jaar, waarom zou dat dan ook niet genoeg zijn voor het tweede jaar? Alleen tijdsverloop van arbeidsongeschiktheid wil immers niet zeggen dat een werknemer zich niet (langer) inspant voor re-integratie. Bovendien staat er bij de probleemanalyse, het plan van aanpak of de medewerking aan de re-integratie een financiële stok achter de deur, omdat niet-naleving leidt tot een loonstop. In de kern wordt de werknemer in het eerste jaar dus al financieel geprikkeld. Als de intentie is om die prikkel te versterken, zoals de regering uitsprekt, dan betekent dat méér doen. Een ingreep in bovenwettelijke aanvullingen in het eerste jaar had daar bij gepast.⁴⁷ Een zelfde vraag werd gesteld over het verval van de minimumloongarantie in het tweede jaar. Waarom zou zo'n maatregel als prikkel niet al in het eerste jaar

44 *Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr.6, p.13-14 en p.28-29.*

45 TNO Arbeid, *Verzekerd van een effectieve prikkel. Een verkennend onderzoek naar het effect van private uitvoering van de WGA*, 30 mei 2006, p.3.

46 *Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr.6, p.13.*

47 Voor zover dat kan in verband met de vrijheid van collectieve onderhandelingen, zie § 10.4.4.

mogelijk zijn? De regering heeft daarop geen antwoord gegeven.⁴⁸ Overigens is de omvang van deze prikkel wel sterk te relativiseren. Uit CBS-gegevens volgt dat in 2012 491.000 werknemers tegen het minimumloon werkten (op een beroepsbevolking van 7,3 miljoen werknemers). Bij een gemiddeld verzuimpercentage van 4% betreft het ongeveer 20.000 werknemers, waarvan maar een beperkt deel langer dan één jaar ziek zal zijn. De terugval naar minder dan het minimumloon prikkelt dus maar een klein deel van de zieke werknemers.

6.1.5 Wat achter de poort ligt: de WIA

Bij de invoering van Wulbz II werd al duidelijk gemaakt dat dit één stap was in een veelomvattender herziening van de WAO-wetgeving. Het sluitstuk van die herziening is de Wet Werk en Inkomen naar Arbeidsvermogen (WIA) geworden.⁴⁹ Net als bij de invoering van 'Poortwachter' en Wulbz II is voortgebouwd op de conclusies van de commissie Donner II en het daaropvolgende SER-advies 2002-5. '*Het belangrijkste doel van de onderhavige wetsvoorstellen is om zoveel mogelijk mensen aan het werk te houden of weer aan het werk te krijgen.*' Daarvoor gaf de regering verschillende redenen. Teveel gedeeltelijk arbeidsgeschikten staan nog aan de kant en meer arbeidsparticipatie vergroot het draagvlak wat weer bijdraagt aan een sterkere economie. Dat is nodig vanwege de vergrijzing van de beroepsbevolking en de groter gebleken kans voor vrouwen om arbeidsongeschikt te raken.⁵⁰ Net als eerder -in oorsprong- de WAO is ook de WIA in hoofdzaak een re-integratiewet. De nadruk op inkomensbescherming die in de WAO was ontstaan, wordt verschoven naar activering van arbeidsgeschiktheid: '*Activerende werking is het uitgangspunt van de Wet WIA.*'⁵¹

De uitgangspunten voor re-integratie worden in de wetsgeschiedenis nog eens herhaald. Voor werknemer, werkgever, arbo-dienst, private verzekeraar en het UWV moet bij de vormgeving van het re-integratiebeleid gelden:

- Optimale aansluiting van de re-integratieactiviteiten tijdens en ná de loondoorbetalingsperiode.
- Optimale inzet van menskracht en middelen: snelle interventie, een actieve betrokkenheid van de gedeeltelijk arbeidsgeschikte en een evenwichtig systeem van rechten en plichten.
- Maatwerk voorop: het re-integratietraject moet aansluiten bij de individuele situatie van de gedeeltelijk arbeidsgeschikte.
- Eenvoud in regelgeving: voldoende ruimte en flexibiliteit voor de uitvoering.

48 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 231, nr.6, p.27.

49 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 034, nr.12, p.112, *Kamerstukken I*, 2005/06, 30 034/30 118, nr.C, p.57. Naast de WIA is er een aparte wet Invoering en financiering WIA (30 118) gekomen, om financiële en technische aspecten van het nieuwe arbeidsongeschiktheidsstelsel te regelen en een reparatiewet, de Aanpassings- en verzamelwet Wet WIA (30 318).

50 *Kamerstukken I* 2005/06, 30 034/30 118, nr.E, p.8-9.

51 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 034, nr.4, p.11.

- Duidelijkheid en zakelijkheid: voornemens en verwachtingen vastleggen in concrete schriftelijke afspraken en het opleggen van sancties als deze afspraken niet worden nagekomen.

De wet is op een aantal vlakken van belang voor re-integratie in de eerste twee jaar van ziekte. Allereerst is de vraag aan de orde gekomen of het risqué social nu nog steeds een uitgangspunt is. Bij de invoering van de WAO in 1967 is daarvoor gekozen. De Raad van State heeft het advies gegeven in de memorie van toelichting expliciet op die vraag in te gaan, omdat hij een (internationale) beschouwing miste. De regering heeft er op gewezen dat Nederland gelet op verschillende internationale verdragen moet voorzien in zowel een dekking van het beroepsrisico als het risqué social. In onze wetgeving wordt daarin geen onderscheid gemaakt, waarmee Nederland het enige land in West Europa is, dat dit onderscheid niet maakt. De regering zag -ondanks toenemende internationalisering- geen aanleiding tot herinvoering van afzonderlijke regelingen voor het risqué professionnel en het risqué social, omdat ons stelsel ondanks het ontbreken daarvan toch in lijn zou zijn met die verdragen.⁵² Het risqué social leidt er toe dat de oorzaak van arbeidsongeschiktheid niet van belang is om toch onder het stelsel te vallen. In het verlengde daarvan werd voorgesteld in de Wet WIA een bepaling op te nemen met de plicht om het ontstaan van arbeidsongeschiktheid of verminderde arbeidsgeschiktheid te voorkomen.⁵³ Door de PvdA werd uitleg gevraagd over de betekenis van die bepaling en daarbij werd een aantal voorbeelden aangehaald, waarin de werknemer door eigen toedoen arbeidsongeschikt werd:

- *'iemand, die in een zwembad duikt op een plek met een bordje 'verboden te duiken' en daarbij een dwarslaesie vanaf de nek oploopt;*
- *iemand, die als deelnemer aan een illegale straatrace, eenzelfde aandoening oploopt bij een auto-ongeluk;*
- *iemand, die eenzelfde aandoening oploopt na een ongeluk op een opgevoerde brommer;*
- *iemand, die off-piste skiet op een plek waar dat niet is toegestaan en aldaar vergelijkbaar letsel oploopt.'*

De vraag is interessant omdat het antwoord duidt hoe wordt gedacht over de eigen verantwoordelijkheid voor het ontstaan van arbeidsongeschiktheid, wat weer zijn weerslag zou kunnen hebben op de regeling voor de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid. De regering antwoordde dat de voorgestelde bepaling de algemene plicht van schadelastbeperkend gedrag bevat. De plicht houdt in dat men -zowel preventief als repressief- voldoende besef van verantwoordelijkheid voor de beperking van de schadelast moet tonen en daarnaar moet handelen. Er is sprake van schending van dat besef bij een voldoende causaal verband tussen de gedraging van de betrokkene en de schadelijke gevolgen. Daarnaast moet de causale bijdrage aan de

⁵² Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr.3, p.88-91.

⁵³ Art. 28 lid 1 WIA: *De verzekerde voorkomt het ontstaan van arbeidsongeschiktheid of verminderde arbeidsgeschiktheid en beperkt het bestaan van arbeidsongeschiktheid of verminderde arbeidsgeschiktheid, voorzover dit redelijkerwijs van hem verwacht mag worden.*

schade, aan de betrokkene kunnen worden toegerekend. De betrokkene dient de plicht na te leven voor zover dit redelijkerwijs van hem kan worden verwacht:

'Als iemand een aandoening oploopt, bijvoorbeeld als deelnemer aan een illegale straatrace of met een opgevoerde brommer, dan moet bekeken worden of het redelijk en billijk is hem deze opgelopen schade (in meer of mindere mate) aan te rekenen. De beantwoording van de vraag wat redelijk is en wat niet, is afhankelijk van de individuele omstandigheden van het geval.'

Persoonlijke omstandigheden zoals competenties, kennis, ervaring, arbeidsverleden en dergelijke kunnen in een individueel geval de grens van de schadebeperkingsplicht verleggen *'maar zij kunnen de betrokkene niet van elke zorg ontheffen.'*⁵⁴

Uitvoeringstechnisch zijn voor re-integratie in veel opzichten de WAO-regels overgenomen, zoals de regels rond de beoordeling van de re-integratie-inspanningen en die rond de loonsanctie.⁵⁵ Bij de allerlaatste technische aanpassingen van de WIA is de systematiek van de loonsanctie gewijzigd. Het tot dan toe geldende stelsel van vaste sancties, afhankelijk van de ernst van de tekortkomingen, werd ingeruild voor een systeem waarin de nadruk meer lag op het reparatoire karakter van de loonsanctie. Onderdeel daarvan was de invoering van de mogelijkheid bekorting van de sanctie te vragen als de inhoudelijke of de administratieve tekortkomingen waren hersteld.⁵⁶ In het nieuwe systeem heeft de Minister een evenwicht proberen te vinden tussen de belangen van werkgever en werknemer en de uitvoerbaarheid door het UWV.

Allereerst moet het UWV in de beschikking waarbij de loonsanctie wordt opgelegd voldoende duidelijk aangeven waaruit de geconstateerde tekortkoming bestaat.⁵⁷ Omdat die beschikking uiterlijk zes weken voor het einde van de wachttijd door het UWV wordt afgegeven, kan de werkgever zo snel mogelijk zijn tekortkomingen gaan herstellen. Overschrijding van die zeswekentermijn door het UWV blijft niet zonder gevolgen. Als de beslissing te laat, maar voor het einde van de (verlengde) wachttijd wordt gegeven dan wordt de periode van de loonsanctie bekort. Als de beslissing meer dan zes weken te laat is, waardoor de beslissing niet voor het einde van de (verlengde) wachttijd is gegeven, wordt geen loonsanctie meer opgelegd. Dit laatste omdat het herstelkarakter van de loonsanctie zich niet zou verdragen met het opleggen van een loonsanctie met terugwerkende kracht.

Zodra de werkgever vervolgens de benodigde inspanningen heeft verricht c.q. de ontbrekende stukken alsnog heeft geleverd, meldt hij dit aan het UWV. Als hij aan de eisen heeft voldaan, eindigt de loonbetalingsplicht niet onmiddellijk. Er moet volgens

54 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 034, nr.12, p.129-130.

55 Resp. art. 34a en 71a WAO.

56 De wijziging is tot stand gekomen na overleg met de zogeheten Stuurgroep verbetering poortwachter. CRvB 22 februari 2006, RSV 2006, 99 (waarin de rechter de minimumtermijnen onverbindend achtte) bevestigde later dat de wetswijziging terecht was, zie verder *Kamerstukken II* 2005/06, 30 318, nr.12.

57 Bij een administratieve tekortkoming zal eerst een termijn worden gegeven om ontbrekende stukken alsnog in te dienen.

de Minister altijd rekening worden gehouden met een zekere uitlooptermijn. Deze uitlooptermijn bedraagt zes weken en is de tijd die nodig is om de WIA-aanvraag te beoordelen. De termijn van zes weken is gelijk aan de periode die op het moment van het opleggen van de loonsanctie nog resteerde tot aan einde van de wachttijd. Is het UWV bij het opleggen van de loonsanctie of bij het beslissen op een bekortingsverzoek te laat, dan wordt de tijd dat later is beslist dan voorgeschreven in mindering gebracht op de uitlooptermijn van zes weken. Volgens de Minister is een groot voordeel van het nieuwe systeem dat de werkgever zelf invloed heeft op de duur van de sanctie. Hierdoor zou een vorm van evenredigheid bestaan tussen de sanctie en het herstelgedrag van de individuele werkgever.⁵⁸

In gesprekken met de sociale partners is door de regering het ongewenste aanvullen van de 104 weken loondoorbetaling tot 100% ter sprake gebracht. De werknemer voelde op die manier geen financiële prikkel en was zelfs beter af dan voor de Wulbz II, toen hij na 52 weken terugviel op ten hoogste 70%. In het Najaarsakkoord 2004 is afgesproken dat de regering de uitkering voor IVA-gerechtigden zou verhogen naar 75% (onder bepaalde voorwaarden) als sociale partners zouden zorgen voor een maximering van de aanvullingen tot 170% over twee jaar.⁵⁹ Sociale partners en de regering hebben zich aan die afspraken gehouden.

Een laatste aspect dat bij de invoering van de WIA aan de orde is gekomen, is het nut of de noodzaak van een quotumplicht. In de af te schaffen Wet REA stond de mogelijkheid zo'n quotumplicht in te voeren, op basis waarvan werkgevers verplicht zouden zijn een bepaald percentage werknemers met beperkingen in dienst te nemen. Er is bij amendement voorgesteld om die mogelijkheid ook op te nemen in de WIA, maar de Minister zag daar niets in: *'De regering acht een dergelijke algemene quotumverplichting geen geschikt en noodzakelijk instrument om toegang tot de arbeidsmarkt voor gedeeltelijk arbeidsgeschikten te bevorderen.'* Het samenstel van specifieke verplichtingen, faciliteiten en prikkels voor werkgevers in diverse wetten zou voldoende moeten zijn; een quotumplicht zou geen extra voordeel bieden. Zo'n plicht zou leiden tot hoge administratieve lasten voor werkgevers en uitvoeringskosten voor toezicht op naleving en handhaving.⁶⁰

De belangrijkste bepalingen van de WIA voor re-integratie:

- De werknemer is na ommekomst van twee maanden desgevraagd verplicht aan de werkgever te melden dat hij de status van 'arbeidsgehandicapte' heeft, zodat de werkgever gebruik kan maken van voorzieningen bij arbeidsongeschiktheid (zoals bijvoorbeeld de no-riskpolis of premiekortingen).⁶¹

58 *Kamerstukken II 2005/06, 30 318, nr.6, p.18-22.*

59 Hofman/Pennings, p.38.

60 *Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr.43, p.7-8.*

61 Art. 38b lid 1 ZW.

- De werkgever die een werknemer in dienst houdt die meer dan 35% arbeidsongeschikt is of een arbeidsongeschikte werknemer (ook al is dat voor minder dan 35%) in dienst neemt, kan een beroep doen op de no-riskpolis en op premiekorting.⁶²
- De Wet REA wordt ingetrokken en verschillende re-integratie-instrumenten worden in andere wetten ondergebracht.
- Voor iemand die volledig én duurzaam arbeidsongeschikt is, hoeven geen re-integratie-inspanningen te worden verricht.
- De werkgever kan een verzoek doen om bekorting van de loonsanctie als hij meent dat de tekortkomingen op grond waarvan de sanctie was opgelegd, zijn hersteld.

De WIA is van kracht geworden per 29 december 2005.⁶³

6.1.6 Commentaar totstandkoming WIA

In de parlementaire behandeling is de vraag gesteld of onze hoge arbeidsongeschiktheidscijfers niet worden veroorzaakt door het handhaven van het risqué social, waarbij de vergelijking werd gemaakt met landen die een risqué professionnel kennen. Onder verwijzing naar cijfers maakte de regering duidelijk dat zo'n verband niet is te leggen. In Nederland had 9% van de personen tussen 20 en 64 jaar een arbeidsongeschiktheidsuitkering. In landen waar een risqué professionnel-regeling geldt, komen verschillende percentages voor. Bijvoorbeeld in Noorwegen is dat iets hoger: 9,2%, in Duitsland een stuk lager: 4,2%.⁶⁴ De Raad van State heeft meer fundamenteel opgeroepen na te denken over het risqué social. Volgens hem tendeert de WIA naar een volksverzekering hoewel er wel werknemersverzekeringsvoorwaarden worden gesteld. De Raad vroeg de regering de ervaringen van afgelopen decennia te benoemen. Dat werd geplaatst tegen de achtergrond van het unieke stelsel dat Nederland in de wereld heeft, terwijl tegelijk sprake is van verdergaande europeanisering: *'Het mogelijke belang van het behoud van zo'n unieke positie wordt niet aangetoond, noch worden de mogelijke bezwaren ervan besproken.'*

De overdenking van de regering is wel mager. Er wordt slechts beweerd dat de WIA een 'gewone' werknemersverzekering is. Voor het overige wordt alleen maar herhaald dat Nederland voldoet aan internationale normen. Het toegezegde antwoord ten principale ontbreekt.⁶⁵ Dat is jammer omdat een principiële beantwoording wel op zijn plek zou zijn nu de verhoudingen en verantwoordelijkheden anders zijn komen liggen dan toen de WAO in 1966 werd ingevoerd. Het fundamenteel overdenken bij de invoering van de WIA zou inzichten hebben kunnen opleveren hoe

62 Wat kort gezegd inhoudt dat de werkgever voor een arbeidsongeschikte werknemer die twee jaar arbeidsongeschiktheid heeft 'vol' gemaakt en een WIA-keuring heeft ondergaan, bij een hernieuwde uitval geen risico loopt twee jaar lang het loon door te betalen. De werknemer heeft dan vanaf de eerste dag recht op een ZW-uitkering. Die uitkering kan in het eerste jaar méér dan 70% zijn als de werkgever verplicht zou zijn méér dan 70% van het loon door te betalen (art. 29b ZW).

63 Stb. 2005, 619.

64 Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr.12, p.17-18.

65 Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr.4, p.23 en 38-39.

tegen de dekking van het arbeidsongeschiktheidsrisico in de eerste twee jaar (immers ook risqué social) wordt aangekeken. Daarbij: een 'echt' gewone werknemersverzekering is de WIA niet omdat het toepassingsbereik breder is dan alleen werknemers.⁶⁶ De inrichting van een systeem waarin werkgever voor zowel professionele als persoonlijke risico's verantwoordelijk is, vraagt om een betere en principiëlere onderbouwing.

Interessant is nog het antwoord van de regering op de vraag over de invloed van de oorzaak van arbeidsongeschiktheid. Het risqué social wordt overeind gehouden, maar kennelijk ziet de regering wel dat de werknemer moet kunnen worden aangesproken op het ontstaan van arbeidsongeschiktheid. In de eerste twee jaar ziektejaren is dat nu geregeld in artikel 7:629 lid 3 aanhef en sub a BW, waardoor alleen bij het opzettelijk veroorzaken van arbeidsongeschiktheid geen recht bestaat op loon. Deze bepaling wordt restrictief uitgelegd.⁶⁷ Het lijkt er op dat het UWV als WIA-uitvoerder na twee jaar arbeidsongeschiktheid eerder kan concluderen tot het toerekenbaar niet voorkomen van het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid dan de werkgever in de eerste twee jaar. Dat kan leiden tot een korting op de WIA-uitkering en zelfs het tijdelijk weigeren daarvan.⁶⁸ Tegelijk roept dat de vraag op waardoor het onderscheid in behandeling tussen de werkgever en het UWV wordt gerechtvaardigd, wetende dat de loondoorbetalingsplicht de 'opvolger' is van werknemersverzekering ZW en de werkgever voor een belangrijk deel is getreden in de rol en taken van het UWV.

Ten slotte is de uitbreiding van de no-riskpolis tot het aannemen van de '35-minner' en het in dienst houden van de '35-plusser' sommige partijen niet ver genoeg gegaan. Er zijn in de Eerste Kamer pogingen gedaan om het in dienst houden van '35-minners' daar ook onder te laten vallen. Volgens de regering is dat niet nodig: 'Voor de bevordering van de reïntegratie in het eigen bedrijf heeft de werkgever een voldoende prikkel ook zonder dat daaraan de no-riskpolis wordt toegevoegd.' Bij het in dienst houden van de '35-minner' is er sprake van 'een in de wet beoogde en ook geslaagde re-integratie in het eigen bedrijf'.⁶⁹ Een latere evaluatie laat zien: 'Van de 35-minners die afkomstig zijn uit een vast dienstverband werkt in 2009 64%. Dit vindt voor het grootste deel bij de eigen werkgever plaats. Zo'n 20% hervat bij een nieuwe werkgever.'⁷⁰ Voor een aanzienlijk deel lijkt de no-riskpolis voor werkhervatting bij de eigen werkgever dus niet nodig. Tegelijk is een flink deel van de 35-minners niet aan de slag. De bestaande prikkels zijn voor deze groep kennelijk niet genoeg: wellicht is te overwegen om, als dan toch een prikkel moet worden gegeven, de no-riskpolis ook voor het behouden van 35-minners open te stellen. Dat er bij het in dienst houden sprake zou zijn van een geslaagde re-integratie lijkt een te grofmazige opmerking. Er zijn namelijk twee varianten van het in dienst houden, te weten hetzij het niet-beëindigen van de arbeidsovereenkomst zonder dat wordt gewerkt hetzij het

66 Art. 9 WIA, hoewel die bredere strekking ook in andere werknemersverzekeringen voorkomt.

67 Zie § 2.7.1.

68 Korten met ten minste 15%, tot volledig weigeren gedurende ten hoogste vier maanden, art. 88 WIA jo. art. 6 lid 4 sub a en art. 2 lid 1 sub c Maatregelenbesluit socialezekerheidswetten.

69 Kamerstukken I 2005/06, 30 034/30118, nr.E, p.10.

70 Kamerstukken I 2010/11, 30 034, nr.P, bijlage, par. 3.

daadwerkelijk re-integreren en laten verrichten van werkzaamheden. In de eerste variant is er geen beoogde en geslaagde re-integratie. In § 6.1.3 heb ik een aantal argumenten genoemd waarom een werkgever toch niet over gaat tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Het in dienst houden gebeurt dan niet uit een re-integratie-gedachte maar vanwege andere motieven.

6.2 Het positieve recht

Op basis van de totstandkomingsgeschiedenis is duidelijk dat bij arbeidsongeschiktheid 'voorkómen' voor 'vergoeden' staat. Als dat niet geheel realiseerbaar is, geldt het adequaat 'bevorderen van re-integratie' om daarmee zoveel mogelijk het 'vergoeden' te beperken: werk boven uitkering dus. In hoofdstuk 2 heb ik re-integratie gedefinieerd als *'het door actieve bevordering (en zonodig herstel of behoud van de mogelijkheid om te werken), met niet-vrijblijvende ondersteuning door of namens de werkgever, bereiken van een zo optimaal mogelijke, duurzame terugkeer van een arbeidsongeschikte werknemer in betaalde arbeid.'* In de volgende paragrafen bespreek ik verschillende onderdelen van het re-integratierecht zoals ik die in § 1.4.3 heb benoemd, te weten achtereenvolgens de controlevoorschriften bij ziekte, de verzuimvoorschriften en de re-integratievoorschriften.

Elk van deze drie voorschriften heeft zijn invloed op re-integratie. De controlevoorschriften hebben betrekking op het hebben van de status van arbeidsongeschikte werknemer of niet. Duidelijkheid over die status is nodig om re-integratie te kunnen starten.⁷¹ De verzuimvoorschriften hebben onder andere invloed op het herstel of het behoud van de mogelijkheid om te werken en de re-integratievoorschriften zien op de actieve bevordering en de bepaling van wat zo optimaal mogelijk en duurzaam is. In de sancties op alle drie de voorschriften zit het niet-vrijblijvende besloten. Uiteraard ligt de nadruk in dit hoofdstuk op de re-integratievoorschriften die de inhoudelijke kern van het positieve re-integratierecht vormen. Wat hier niet wordt behandeld, is de verplichting van de werknemer om niet opzettelijk zijn ziekte te veroorzaken. Dit voorschrift is al aan de orde gekomen in § 2.7.1 en past niet bij een van de andere genoemde voorschriften. Het houdt verband met de loondoorbetalingsplicht bij ziekte en komt opnieuw in hoofdstuk 9 aan de orde.

6.3 Controlevoorschriften

Van der Helm maakt een onderscheid tussen verschillende vormen van controle bij arbeidsongeschiktheid gebaseerd op de wetsgeschiedenis:

1. het vaststellen van het bestaan van arbeidsongeschiktheid,
2. het vaststellen van recht op loon via verzuimbegeleiding door de werkgever zelf, bijvoorbeeld de ziekmelding, de interne registratie en verzuimgesprekken,
3. het vaststellen of de werknemer zich houdt aan verzuim- en re-integratievoorschriften.⁷²

71 Rb. Alkmaar 9 februari 2012, LJN BV3099.

72 I. van der Helm, *De privacybescherming van de zieke werknemer*, (diss.) Kluwer: Deventer, 2009, p.139-140, onder verwijzing naar *Kamerstukken II 1992/93*, 22 898, nr.6, p.14.

Deze onderverdeling biedt geen goede leidraad om controlevoorschriften af te bakenen van verzuim- en re-integratievoorschriften.⁷³ In mijn benadering bestaan er verschillende voorschriften met daarnaast de controle op naleving daarvan. Om te kunnen afbakenen tussen voorschriften ga ik in op wat het begrip 'controlevoorschriften' inhoudt.

6.3.1 Het begrip 'controlevoorschriften'

Onder het begrip 'controlevoorschriften' versta ik die regels die erop gericht zijn om het bestaan van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte vast te stellen.⁷⁴ De grondslag voor het mogen opstellen van controlevoorschriften is te vinden in het algemene directierecht van artikel 7:660 BW wat verduidelijkt en uitgewerkt is in artikel 7:629 lid 6 BW.⁷⁵ Dit laatste artikel omschrijft het begrip: 'de door de werkgever schriftelijk gegeven redelijke voorschriften omtrent het verstrekken van inlichtingen die de werkgever behoeft om het recht op loon vast te stellen'. Dat wijst op een ruimere strekking, omdat het recht op loon bijvoorbeeld ook afhankelijk kan zijn van inlichtingen over het al dan niet opzettelijk veroorzaken van ziekte of het al dan niet belemmeren of vertragen van genezing. Met Van der Helm ben ik van mening dat het in deze bepaling in de kern alleen gaat om inlichtingen over het al dan niet arbeidsongeschikt zijn wegens ziekte.⁷⁶ Een aanwijzing daarvoor vind ik ook in de wetstekst. Door de verwijzing naar lid 1 hebben de controlevoorschriften namelijk betrekking op recht op loon vanwege het al dan niet bestaan van 'ongeschiktheid ten gevolge van ziekte' en niet vanwege het al dan niet van toepassing zijn van lid 3: opzet dan wel belemmering of vertraging van de genezing. Meer of andere inlichtingen, zoals wat de werknemer mankeert of welke behandeling hij gaat volgen, hoeven niet te worden verstrekt want die 'behoeft' de werkgever niet.⁷⁷

Controlevoorschriften zijn van belang bij het vaststellen van het bestaan van arbeidsongeschiktheid ten tijde van de ziekmelding, maar ook bij de vraag of de arbeidsongeschiktheid nog steeds bestaat. Deze voorschriften zijn daarom gedurende de gehele ziekteperiode van belang.

6.3.2 De inhoud van controlevoorschriften

De controlevoorschriften dienen bij voorkeur in overleg met de bedrijfsarts te worden opgesteld. Zij dienen de grondrechten van de werknemer te respecteren.⁷⁸ Controlevoorschriften zijn vaak vastgelegd in een algemeen verzuimreglement of

73 Onder 1 en 3 wordt wel gerefereerd aan voorschriften, maar bij 2 gaat het om het gevolg van het niet-naleven van verzuimvoorschriften (al dan niet recht op loon).

74 Ook zo: A.J.C. Theunissen, 'Ziekte' in *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2013, p.491-548, m.n. p.496.

75 Van der Helm, p.118 met verwijzing naar de wetsgeschiedenis, Hoogendijk, p.109.

76 Zie Van der Helm, p.120-121, die wel wijst op de afwijkende wetsgeschiedenis.

77 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr.3, p.21 en nr. 6, p.34-35, Van der Helm, p.172-173.

78 G.J.J. Heerma van Voss, *Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Asser 7-V*, Kluwer: Deventer 2008, nr.130.

verzuimprotocol dat aan de werknemer wordt uitgereikt.⁷⁹ Daarmee is voldaan aan de wettelijke eis dat de voorschriften 'schriftelijk gegeven' moeten zijn.⁸⁰ Als de werknemer medewerking weigert aan de controle kan hij niet tot medewerking worden gedwongen, maar wel indirect door loonopschorting daartoe worden genoopt. In de controlevoorschriften kan een aantal aspecten zijn geregeld, zoals regels rond de ziekmelding en het beschikbaar zijn voor de arbo-dienst, bijvoorbeeld voor een bezoek aan de bedrijfsarts of om controle thuis mogelijk te maken.

Een ziekteperiode start met een ziekmelding.⁸¹ De voorschriften daarvoor moeten redelijk zijn dus kan wel worden geëist dat de werknemer zich ziek meldt, maar niet dat hij vertelt welke ziekte hij heeft.⁸² De ziekmelding impliceert vaak arbeidsongeschiktheid. Heel precies start arbeidsongeschiktheid vanaf het moment dat de werknemer door ziekte of gebrek niet in staat is de bedongen arbeid uit te voeren. Dat moment kan ook liggen vóór de ziekmelding: de werknemer die ziek is maar toch blijft werken omdat hij er niet aan toe wil geven of omdat een bepaalde opdracht af moet, kan al wel arbeidsongeschikt zijn.⁸³ Qua bewijs ligt dat wel lastig want de werknemer die ondanks ziekte toch heeft gewerkt, roept daardoor het vermoeden in het leven dat hij arbeidsgeschikt was. In de regel zal daarom moeten worden uitgegaan van de datum van ziekmelding als eerste arbeidsongeschiktheidsdatum. Overtreding van de regels rond ziekmelding, door dat bijvoorbeeld te laat, niet bij de juiste persoon of niet op de juiste voorgeschreven manier te doen, leidt zelden (direct) tot procedures.⁸⁴

De controle dient door een arts te worden gedaan.⁸⁵ Wanneer een controle wordt gedaan, is aan de werkgever overgelaten: de inschakeling van de arbo-dienst brengt namelijk kosten met zich mee dus enige speelruimte is op zijn plaats.⁸⁶ Bij re-integratie speelt inschakeling van de bedrijfsarts bij dreigend langdurig verzuim, maar zo'n eis geldt niet bij controlevoorschriften. Ook bij kortdurend verzuim kan meteen worden gecontroleerd. Het eerste contact met de arbo-dienst zal zelden langer dan zes weken op zich laten wachten.

79 Voor een voorbeeld: zie cao Arbeidsomstandigheden apotheken 2011 bijlage 4 of http://www.fnvbondgenoten.nl/site/dossiers/ziekte_en_reintegratie/downloadblokken/21558/Voorbeeld_verzuim_protocol.pdf (geraadpleegd 12 april 2014). Bij 'uitreiken' kan ik mij ook voorstellen dat het via internet/intranet benaderbaar is en op te slaan, om nadien te raadplegen, zie naar analogie art. 7:626 lid 3 BW.

80 Ktr. Amsterdam, 24 januari 1997, *KG* 1997, 111.

81 Verplicht op grond van goed werknemerschap, Hoogendijk, p.109, HR 6 juni 1975, *NJ* 1975, 484.

82 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr.3, p.21.

83 Zie bijv. Rb. Amsterdam 12 april 2013, *LJN* CA2322.

84 Bijv. wel: Ktr. Den Bosch 15 april 2010, *JAR* 2010/155.

85 Met die arts komt geen geneeskundige behandelovereenkomst tot stand, zie art. 7:446 lid 4 BW. De bepalingen van Boek 7 Titel 7 Afdeling 5 BW zijn echter wel van overeenkomstige toepassing, tenzij de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen verzet, art. 7:464 lid 1 BW.

86 Arbo-dienstverlening kan ook intern zijn geregeld, maar dat houdt evengoed het maken van kosten in.

Een werknemer is niet verplicht zijn ziek-zijn te staven met een medische verklaring.⁸⁷ Uit de omstandigheden van het geval vloeit voort wie in een voorkomend geval moet bewijzen of de werknemer op enig moment wel of niet arbeidsongeschikt was.⁸⁸ Dat de bedrijfsarts een werknemer niet arbeidsongeschikt acht en de werknemer daarover geen deskundigenoordeel aanvraagt bij het UWV leidt niet noodzakelijkerwijs tot het leggen van de bewijslast op de werknemer.⁸⁹

Legt de werknemer bijvoorbeeld een huisartsenverklaring rond zijn ziekte over dan kan dat een vermoeden van arbeidsongeschiktheid zijn dat door de werkgever moet worden weerlegd.⁹⁰ Werknemers beroepen zich in de praktijk met regelmaat op een verklaring van een huisarts of een specialist, die iets stelt over de arbeidsongeschiktheid. Bij tegenstrijdige medische oordelen van bedrijfsarts of verzekeringsarts met de huisarts of psychiater weegt het oordeel van de bedrijfsarts of verzekeringsarts in de regel zwaarder. Zij zijn speciaal opgeleid om al of niet geschiktheid voor het verrichten van arbeid te beoordelen.⁹¹ In de rechtspraak is dit wel terug te zien.⁹² De KNMG heeft gedragsregels opgesteld voor niet-bedrijfsartsen: de huisarts of specialist mag alleen feitelijke informatie geven over de aard van de aandoening, het verrichte onderzoek en de behandeling. Hij moet zich onthouden van een waardeoordeel over arbeidsongeschiktheid en dat overlaten aan een objectieve, deskundige en onafhankelijke beoordeling door een ter zake kundige.⁹³ De werkgever zelf heeft geen recht om het al dan niet bestaan van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte te controleren; een bedrijfsarts moet dat vaststellen.⁹⁴ Dat leidt ertoe dat de werknemer beschikbaar moet zijn voor de controle door de arbo-dienst. Soms is voor het vaststellen van (het voortduren van) arbeidsongeschiktheid een medisch onderzoek door de bedrijfsarts nodig. De werknemer mag dat weigeren (artikel 11 Gw, grondrecht op bescherming van lichamelijke integriteit) waarna de bedrijfsarts nog gegevens zou kunnen opvragen bij de behandelende artsen. Ook daarvoor kan de werknemer de benodigde toestemming weigeren (artikel 7:457 BW).

87 Daarvoor is geen wettelijke grondslag, zie Ktr. Lelystad 3 oktober 2001, *JAR* 2001/226.

88 Theunissen, p.500.

89 Hof Leeuwarden 5 juli 2011, *LJN* BR0363.

90 HR 21 december 2007, *JAR* 2008/18. Het gaat om een verklaring over ziekte, *niet* over arbeidsongeschiktheid.

91 De bedrijfsarts is een sociaal geneeskundige, dat als specialisme wordt erkend (art. 14 Wet BIG). Hij heeft een BIG-registratie. Zie ook Ktr. Nijmegen 9 december 2009, *LJN* BK9303. Komt het oordeel van de bedrijfsarts en/of de verzekeringsarts onzorgvuldig tot stand dan kan daaraan niettemin worden voorbijgegaan ten voordele van het oordeel van huisarts en specialist, Ktr. Amsterdam 10 juli 2014, *ECLI:NL:RBAMS:2014:4194*.

92 Ktr. Haarlem 20 december 2006, *ECLI:NL:RBHAA:2006:2006 AZ5326*, Ktr. Nijmegen 9 december 2009, *LJN* BK9303, Hof Den Haag 16 februari 2007, *ECLI:NL:GHSGR:2007:BA1602*, Hof Den Bosch 4 november 2008, *ECLI:NL:GHSHE:2008:BG4267*, Hof Amsterdam 25 maart 2014, *ECLI:NL:GHAMS:2014:975*.

93 Op straffe van tuchtmaatregelen, Heida 2007, p.56-57. Zie ook conclusie A-G Spier bij HR 23 juni 2000, *LJN* AA6295, Code gegevensverkeer en samenwerking bij arbeidsverzuim en reïntegratie, www.knmg.nl.

94 Zie bijv. Ktr. Emmen 27 juni 2001, *JAR* 2001/147 en Ktr. Lelystad 3 oktober 2001, *JAR* 2001/226, zie ook § 6.3.2. Voor de rol van de bedrijfsarts: bij het overhevelen van de loondoorbetaling bij ziekte van de bedrijfsverenigingen naar de werkgever is bepaald dat de beoordeling van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte nog steeds is voorbehouden aan een arts. De grondslag voor het controlerecht van de verzekeringsarts van (nu) het UWV op het bestaan van arbeidsongeschiktheid staat in art. 39 lid 1 ZW, *Kamerstukken II 1992/93*, 22 898, nr.6, p.14.

Bij een tegenstrijdig oordeel over arbeidsongeschiktheid tussen bedrijfsarts en verzekeringsarts ligt de nadruk op het oordeel van de verzekeringsarts. Die is immers de ‘wettelijke adviseur’ van de rechter.⁹⁵ De manier waarop de verzekeringsarts tot zijn oordeel komt (en wanneer) speelt echter wel een rol.⁹⁶ Als de verzekeringsarts de werknemer bijvoorbeeld niet heeft gezien én het bovendien gaat om een oordeel van veel later dan de datum in geschil, kan dat er toe leiden dat het oordeel van de bedrijfsarts zwaarder weegt.⁹⁷

Controlevoorschriften moeten ten slotte redelijk zijn wat impliceert dat zij voor de werknemer niet onnodig belastend mogen zijn. De voorschriften dienen in verhouding te staan tot het daarmee beoogde doel, namelijk het vaststellen of recht bestaat op loon of niet. Zo zal de werkgever kunnen verlangen dat hij voor het verstrekken van inlichtingen op gezette tijden thuis is of dat hij daartoe de werkgever of de door hem ingeschakelde arbo-dienst bezoekt. Niet redelijk is bijvoorbeeld de verplichting dat de zieke werknemer de gehele dag thuis moet blijven om controle aan huis mogelijk te maken of de plicht om elke dag op controle te moeten komen bij de bedrijfsarts.⁹⁸ Ook is denkbaar dat een algemene regel die de werknemer verplicht de bedrijfsarts te bezoeken, niet redelijk is als zo'n bezoek niet kán plaatsvinden als gevolg van de ziekte.⁹⁹ De werknemer moet in zo'n geval wel melden dat hij niet in staat is te komen.¹⁰⁰

6.3.3 Overtreding van controlevoorschriften

Voor de werknemer geldt geen wettelijk gebod om de controlevoorschriften na te leven. Er is slechts een sanctie gesteld op niet-nakoming en uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de regering dat bewust heeft gedaan. Een werknemer kan niet worden gedwongen zich te laten controleren door de bedrijfsarts of aan hem bepaalde medische inlichtingen te verschaffen, maar dat heeft dan wel gevolgen voor de loondoorbetaling.¹⁰¹

De werkgever mag namelijk uitbetaling van het loon opschorten tot het moment dat duidelijkheid bestaat over de vraag of de werknemer arbeidsongeschikt is of niet. Voorwaarde daarvoor is volgens artikel 7:629 lid 6 en lid 7 BW dat de werkgever van het voornemen tot opschorting ‘onverwijld’ kennis geeft aan de werknemer, ‘nadat bij hem het vermoeden van het bestaan’ van een opschortingsgrond ‘is gerezen of

95 A.M.P. Rijkema, *Toegang tot het recht bij ziekte en arbeidsongeschiktheid* (diss.), Kluwer: Deventer 2013, p.42, zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 3 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1614.

96 Bijv. Hof Amsterdam 3 februari 2009, LJN BI6390, Ktr. Utrecht 15 december 2010 LJN BO7491, Ktr. Zwolle 29 april 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BQ3945 en Rijkema, p.46 en p.60-62 met uitgebreide jurisprudentie.

97 Ktr. Bergen op Zoom 23 januari 2013, JAR 2013/57.

98 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr.3, p.21.

99 Zo ook Van der Helm, p.163.

100 Hof Den Bosch 18 februari 2014, JAR 2014/86, rov.4.19.

101 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr.3, p.20-21, Hof Den Bosch 18 december 2002, JAR 2003/37. Dit lijkt mij ook te passen binnen de vrijheid van artsenkeuze en de vrijheid al dan niet een behandeling te ondergaan. Van der Helm meent dat het Hof de bedoeling van de regering niet juist uitlegt, p.119.

redelijkerwijs had behoren te rijzen'.¹⁰² De kennisgeving hoeft niet schriftelijk. De wet zegt niets over hoe snel de werkgever na de kennisgeving daadwerkelijk gebruik moet maken van zijn opschortingsrecht. Goed werkgeverschap dan wel artikel 6:2 lid 1 BW brengt mee dat dit een redelijke termijn zal moeten zijn. De loonopschorting mag niet met terugwerkende kracht.¹⁰³ Stelt de werknemer of constateert de rechter dat niet aan de onverwijldheidseis is voldaan, dan ligt het op de weg van de werkgever om bewijs van het tegendeel naar voren te brengen.¹⁰⁴ Slaagt hij daar niet in dan zal een loonvordering moeten worden toegewezen.¹⁰⁵

Soms heeft een loonopschorting praktisch een beperkt effect.¹⁰⁶ Stel dat zich op de 10^e van een maand een loonopschortingsgrond voordoet. De werknemer merkt van een loonopschorting dan ongeveer twee weken lang niets tot het loon, zoals meestal, in de laatste week van de maand zou worden uitbetaald. Als de loonopschortingsgrond zich net na uitbetaling voordoet, kan het praktisch effect zelfs tot een maand lang uitblijven. De prikkelwerking voor de werknemer zal dus geregeld met een paar dagen tot aan een maand uitgesteld zijn. Bij het alsnog voldoen vóórdat het effect intreedt, ondervindt de werknemer geen nadelige gevolgen van het niet-naleven van de controlevoorschriften.

Als een loonopschorting achteraf onterecht was omdat de werknemer na controle arbeidsongeschikt blijkt te zijn, dan is de werkgever gehouden om het opgeschorte loon na te betalen, maar hij is daarover geen wettelijke verhoging en wettelijke rente verschuldigd.¹⁰⁷ Blijkt de werknemer achteraf inderdaad niet arbeidsongeschikt en de loonopschorting dus terecht, dan moet de loonaanspraak over de verstreken periode worden beoordeeld aan de hand van artikel 7:627 BW (geen arbeid, geen loon) en artikel 7:628 BW (geen arbeid, toch loon, als de reden van niet-werken in redelijkheid voor rekening van de werkgever komt).¹⁰⁸ Een ontslag op staande voet vanwege het niet nakomen van controlevoorschriften komt alleen in beeld als er bijkomende omstandigheden zijn.¹⁰⁹

102 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr.3, p.63, Hof Leeuwarden 23 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY1290, Ktr. Maastricht 6 september 2012 ECLI:NL:RBMAA:2012:BX7553. Birkhoff en Swets lezen de wet anders: volgens hen is nodig dat de werkgever de werknemer van het opleggen van de sanctie onverwijld kennis geeft, A. Birkhoff en A. Swets, 'Wat 'verdient' een zieke, weigerachtige werknemer?' *ArbeidsRecht* 2006/37.

103 Ktr. Amersfoort, 22 juli 2011, *JAR* 2011/229.

104 Ktr. Zwolle 2 juni 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BI9944.

105 Ktr. Alkmaar 12 november 2008, ECLI:NL:RBALK:2008:BG5043, Ktr. Amsterdam 23 juni 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO0125.

106 Hof Leeuwarden 5 juli 2011, *LJN* BR0363 waarin de loonstop wel was aangekondigd maar door de eerder verrichte uitbetaling niet was geëffectueerd.

107 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr.3, p.21, Hof Den Bosch 18 februari 2014, *JAR* 2014/86. Van der Helm betwijfelt of opschorting wel een sanctie is, p.120, noot 60.

108 Na 1 april 2016 te beoordelen aan de hand van art. 7:628 BW (nieuw): recht op loon zonder arbeid, tenzij het niet werken in redelijkheid voor rekening van de werknemer komt.

109 Vanwege Vixia/Gerrits (*JAR* 2004/259) en Albert Heijn/L'Kadi (*JAR* 2005/50).

6.3.4 Tussenconclusie controlevoorschriften

Bij controlevoorschriften zijn er verschillende waarborgen ingebouwd dat de werknemer niet onevenredig wordt geraakt. Allereerst doordat die voorschriften schriftelijk moeten worden gegeven, dus vooraf kenbaar zijn. Daarnaast dat zij redelijk moeten zijn in de zin van niet onnodig belastend én dat de rol van de bedrijfsarts verzekert dat medische privacy niet wordt geschonden. Ten slotte is de maatregel op niet-nakoming niet onomkeerbaar: het opgeschorte loon wordt alsnog uitbetaald als de werknemer zijn verzuim herstelt. Het recht van de werknemer om medische gegevens niet te delen met de bedrijfsarts lijkt vooral op papier te bestaan. De werknemer die dat weigert moet zich een loonopschorting laten welgevalen. Als daardoor het levensonderhoud in het gedrang komt, heeft de werknemer geen echte keus en zal hij onder die druk vaak overstag gaan: *'Erst kommt das Fressen, dann kommt die Moral.'*¹¹⁰ Dat de controle door de bedrijfsarts of een verzekeringsarts zwaar weegt, stelt veilig dat niet ziekte het debat domineert, maar *arbeidsongeschiktheid* wegens ziekte.

De onverwijldheidseis bij de aanzegging is juist als voordeel voor de werknemer bedoeld; hij weet 'zo spoedig mogelijk' of hij loon betaald krijgt of niet.¹¹¹ De onverwijldheidseis lijkt niet in het belang van de werkgever. De werkgever moet de loonopschorting aanzeggen als er redelijkerwijs een vermoeden bestaat dat opschorting aan de orde zou kunnen zijn. Deelt hij het voornemen niet meteen mee dan vervalt de bevoegdheid om later alsnog op te schorten. Een werkgever die bij een vermoeden bijvoorbeeld eerst nader feitenonderzoek wil doen, zou niet meer kunnen opschorten wanneer hij heeft verzuimd zijn voornemen al eerder aan te kondigen en na onderzoek alsnog de grond voor het opschorten vast komt te staan.

6.4 Verzuimvoorschriften

Los van de controle op het bestaan van arbeidsongeschiktheid is er nog een aantal andere voorschriften waarmee de arbeidsongeschikte werknemer rekening moet houden. Deze categorie voorschriften noem ik de verzuimvoorschriften, waaronder niet de voorschriften vallen die zuiver gericht zijn op re-integratie.

6.4.1 Het begrip 'verzuimvoorschriften'

Niet altijd wordt een verschil gemaakt tussen de begrippen 'controlevoorschriften' en 'verzuimvoorschriften'.¹¹² Ik maak wel een onderscheid. Waar controlevoorschriften gericht zijn op het vaststellen of een werknemer arbeidsongeschikt is wegens ziekte, zijn verzuimvoorschriften gericht op het gedrag van de werknemer tijdens arbeidsongeschiktheid, anders dan gedragingen om weer aan het werk te gaan.

110 Bertolt Brecht, *Die Dreigroschenoper*.

111 *Kamerstukken II 1995/96*, 24 439, nr.3, p.63.

112 Bijv. Theunissen acht ze gelijk, p.526.

Denk aan medewerkings- en informatieplichten richting werkgever of arbo-dienst en het genezingsvoorschrift. De grondslag voor het mogen opstellen en moeten naleven van verzuimvoorschriften ligt in artikel 7:629 lid 3 sub b BW, het directierecht van de werkgever (gezagsverhouding) en het goed werknemerschap. Bovendien is de werkgeversplicht uit artikel 3 Arbeidsomstandighedenwet van belang dat verplicht om een beleid te voeren dat ziekteverzuim niet alleen voorkómt, maar ook beperkt. De werkgever heeft instemming van de OR of personeelsvertegenwoordiging nodig voor de inhoud van het ziekteverzuim- en re-integratiebeleid.¹¹³ Hieronder vallen de regels die de werkgever opstelt ter terugdringing van het ziekteverzuim, het verzuimreglement en de re-integratievoorschriften. Ook de keuze van de arbo-dienst is instemmingsplichtig.¹¹⁴

Een werkgever is niet direct verplicht een *verzuim*registratie bij te houden, maar dat is wel indirect af te leiden uit de plicht een arbeidsomstandighedenbeleid te voeren waarmee ziekte moet worden voorkomen of beperkt.¹¹⁵ Daarvoor moet de werkgever namelijk weten hoe hoog het ziekteverzuimpercentage is én of zich dat op bepaalde plaatsen in de organisatie meer of anders voor doet. Daarna is namelijk een gerichte aanpak mogelijk. De werkgever is in het vervolg van een arbeidsongeschiktheids-situatie wel verplicht aantekening te houden van het verloop van de re-integratie (artikel 25 WIA).

6.4.2 De inhoud van de verzuimvoorschriften

Verzuimvoorschriften kunnen naar mijn mening in twee vormen voorkomen:

- a. de medewerkings- en informatieplicht van de werknemer naar de werkgever of naar de arbo-dienst,¹¹⁶
- b. de werknemersplicht om de genezing niet te belemmeren of te vertragen (genezingsvoorschrift).

Medewerkings- en informatieplichten

Als ziekteverzuim zich voordoet dan zijn werkgever én werknemer verplicht dat verzuim zoveel mogelijk te beperken. Zij moeten dus meewerken aan die maatregelen die nodig zijn om eenmaal ontstaan ziekteverzuim te beëindigen.¹¹⁷ Deze plicht kan bijvoorbeeld een rol spelen bij latente arbeidsongeschiktheid. Dat is arbeidsongeschiktheid in een situatie dat als gevolg van werkhervatting wederom uitval wegens ziekte zal plaatsvinden en/of dat werkhervatting tot schade van de gezondheid zal leiden.¹¹⁸ De werkgever en werknemer moeten dan samen de oorzaak wegnemen.

¹¹³ Art. 27 lid 1 sub d en art. 35c lid 3 en 4 WOR, zie ook Kwantes p.124.

¹¹⁴ L.C.J. Sprengers, *T&C Arbeidsrecht*, art. 27 WOR, aant.5; J.M. Fleuren-Van Walsem, 'WULBZ en haar gevolgen', *SMA* 1996/3, p.159-169 stelt dat ook controlevoorschriften instemmingsplichtig zijn.

¹¹⁵ Van der Helm, p.159-160.

¹¹⁶ Vb. bij het afbreken van therapie: Ktr. Zwolle 22 september 2004, *JAR* 2004/231.

¹¹⁷ Anders dan door te voldoen aan re-integratievoorschriften, zie bijvoorbeeld: art. 2.15 Arbeidsomstandighedenbesluit.

¹¹⁸ Zie § 2.6.

Mij is een situatie bekend waarin dit speelde bij psychosociale arbeidsbelasting, te weten seksuele intimidatie op de werkvloer tussen werkneemster en collega's. De werkneemster was latent arbeidsongeschikt: terugkeer naar de werkplek zou haar weer doen uitvallen, met schade aan de gezondheid. De werkgever diende daarom een onafhankelijk onderzoek in te stellen naar de toedracht van de seksuele intimidatie, de werkneemster daarover te informeren en uitvoering te geven aan de onderzoeksconclusies. De werkneemster diende aan dat onderzoek en aan de uitvoering van de conclusies eveneens haar medewerking te verlenen. Artikel 11 laatste volzin en sub f Arbeidsomstandighedenwet verplicht de werknemer in het algemeen om de werkgever en de arbo-dienst bij te staan bij de uitvoering van hun verplichtingen en taken. De belangrijkste zal zijn om gehoor te geven aan een oproep van de arbo-dienst om op het spreekuur te komen. Daarnaast komt er waarschijnlijk weinig afzonderlijke betekenis toe aan de algemene medewerkingsplicht, omdat voor controle en re-integratie-inspanningen en -verplichtingen al specifieke medewerkingsplichten bestaan.

Van een zieke werknemer is naast medewerking ook informatie te eisen. De informatieplichten bestaan desgevraagd; de wet verplicht nergens tot het spontaan informeren van de werkgever. Omdat de informatieplichten geen betrekking hebben op sec het bestaan van arbeidsongeschiktheid noch op re-integratie, zijn het verzuimvoorschriften.¹¹⁹ Het Cbp heeft een aantal vuistregels opgesteld.¹²⁰ Om te beginnen moet de werknemer redelijkerwijs aan de werkgever een inschatting geven van de verwachte duur van de arbeidsongeschiktheid. Die informatie is namelijk van belang voor de werkgever om te beslissen of en zo ja welke tijdelijke maatregelen hij moet gaan treffen.¹²¹ Een afweging kan nog zijn om de inschatting van die vermoedelijke duur over te laten aan een professional en die informatie door de arbo-dienst te laten verstrekken in plaats van rechtstreeks door de werknemer. Aan de andere kant heeft een eerste inschatting van de werknemer direct al waarde, sowieso over de vraag of überhaupt de arbo-dienst voor controle moet worden ingeschakeld. Dat is met name zo als het een inschatting oplevert waardoor de arbo-dienst *niet* nodig is, zoals bij griepklachten.¹²²

Van de medewerker is ten tweede te verlangen dat hij informatie verstrekt aan de arbo-dienst, meer in het bijzonder aan de bedrijfsarts. De bedrijfsarts heeft de taak om

119 Van der Helm, p.177, die dit in mijn ogen onterecht aanmerkt als controlevoorschriften. Bij niet-naleving van deze meldingsplicht kan naar mijn mening niet de maatregel van loonopschorting worden toegepast, zie § 6.4.3.

120 Cbp, *De zieke werknemer en privacy. Regels voor de verwerking van persoonsgegevens van zieke werknemers*, februari 2008, p.8-16. Het Cbp noemt ook het recht van de werkgever om het telefoonnummer van de werknemer te weten, als ook (in beginsel) zijn verpleegadres en de lopende afspraken en werkzaamheden, p.73-74.

121 Van der Helm, p.175-176, Cbp 2008, p.74, zie ook Hof Den Bosch 18 februari 2014, *JAR* 2014/86 (r.o. 4.22) waaruit volgt dat kan worden aangeknoopt bij toepassingsverordening Vo. (EG) nr.987/2009 om uitsluitel over de verwachte duur van arbeidsongeschiktheid te vragen.

122 Dit is samen met verkoudheid de reden van 41% van alle ziekmeldingen (§ 1.2), voor de meeste mensen wel te herkennen en in de regel met een paar dagen weer over.

de werkgever bijstand te verlenen bij begeleiding van zieke werknemers 'teneinde een verantwoorde werkhervatting te bevorderen' (artikel 2.2 Arbeidsomstandighedenregeling). De werknemer moet daarom inlichtingen geven over bijvoorbeeld het gebruik van bepaalde medicijnen. Dat kan immers voor de bedrijfsarts van belang zijn om te bepalen of dit de mogelijkheden beïnvloedt om te reizen van en naar een arts, ziekenhuis of therapie, of misschien de helderheid aantast om verzuimgesprekken te voeren. Ook kan een bepaalde ziekte besmettelijk zijn of kan het werk besmettingsgevaar met zich meebrengen (een slager met HIV, een verpleegkundige met Ebola), waardoor werkhervatting (nog) niet verantwoord zou zijn. De bedrijfsarts mag bepaalde informatie delen met de werkgever, zonder toestemming van de werknemer.¹²³ Of de bedrijfsarts kan eisen dat de werknemer de behandelend arts machtigt tot overleg met de bedrijfsarts is niet uitgemaakt, maar mij lijkt van niet gelet op artikel 7:457 BW.¹²⁴

Ten derde kan aan de medewerker worden gevraagd of de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid is gelegen in de arbeidsomstandigheden of niet.¹²⁵ Dat geeft de werkgever gelegenheid verzuim van anderen te voorkomen en te zorgen voor veilige arbeidsomstandigheden.¹²⁶

Ten vierde is van de werknemer te verlangen mede te delen of er een aansprakelijke partij is, dus of regres mogelijk is.¹²⁷ Het Cbp meent dat de werknemer dat alleen hoeft bij een verkeersongeval, maar niet bij bijvoorbeeld huiselijk geweld of een vechtpartij, omdat in zo'n geval de privacy van de zieke werknemer voorrang zou moeten krijgen.¹²⁸ Zo algemeen zal dat niet zijn te zeggen lijkt mij.

Daarnaast kan ten slotte van belang zijn te horen of de arbeidsongeschiktheid samenhangt met zwangerschap, orgaandonatie of de status van arbeidsgehandicapte.¹²⁹ De werkgever kan in die gevallen de kosten van loondoorbetaling via de zogeheten no-riskpolis van het UWV terugkrijgen. Alleen deze laatste informatieplicht is expliciet in de wet vastgelegd in artikel 38b lid 1 ZW. De andere informatieplichten bestaan indirecter, hetzij via de plicht de arbo-dienst bij te staan (artikel 11 laatste volzin en sub f Arbeidsomstandighedenwet), hetzij via de norm van goed werknemerschap

123 Art. 14 lid 6 Arbeidsomstandighedenwet.

124 Van der Helm, p.197-202 meent van niet, maar in *Kamerstukken II 2000/01, 27 678, nr.5, p.20* antwoordde de Minister op vragen of de medische privacy niet te ver doorgeschoten was: 'Wel kan van de werknemer worden verlangd dat hij de arbo-dienst volledig opening van zaken geeft.'

125 Zie ook art. 5:1 lid 1 Ontslagbesluit waarin die link wordt gelegd voor niet-arbeidsongeschikte werknemers.

126 Cbp 2008, p.78-79 onderscheidt het directe recht van de werkgever om te weten of de arbeidsongeschiktheid voortvloeit uit een arbeidsongeval en het recht van de bedrijfsarts te weten of verzuim op een andere manier werkgerelateerd is. De bedrijfsarts mag die informatie dan in het algemeen delen met de werkgever.

127 Art. 6:107a BW.

128 Cbp 2008, p.79-80.

129 In verband met WAZO-uitkering of het recht op ZW-uitkering (art. 29b ZW) hetgeen in mindering komt op het loon bij ziekte, op grond van art. 7:629 lid 5 BW.

(artikel 7:611 BW). Voor de volledigheid: de werknemer hoeft geen informatie te delen over de voortgang van zijn behandeling en genezing.¹³⁰

Genezingsvoorschrift

De werknemer mag door zijn toedoen de genezing niet belemmeren of vertragen op straffe van verval van zijn recht op loon (artikel 7:629 lid 3 aanhef en sub b BW). In het algemeen betekent dit dat hij alles moet doen wat zijn genezing bevordert en alles moet nalaten wat daaraan in de weg kan staan.¹³¹ Als de re-integratie van een zieke werknemer is vertraagd door wachtlijsten in de gezondheidszorg moet de werkgever het loon doorbetalen.¹³² Dit voorschrift richt zich letterlijk op 'genezing', dus op het beëindigen van ziekte, het beter-worden en niet zozeer op het beëindigen van arbeidsongeschiktheid.¹³³ Uiteraard vloeit uit de beëindiging van de ziekte ook het einde van de arbeidsongeschiktheid vanwege ziekte voort. Toch wordt met de term 'genezing' mijns inziens niet de situatie gedekt van een werknemer met een ongeheelbare ziekte, die mét medicijngebruik of behandeling de symptomen daarvan zou kunnen bestrijden en daarmee (sneller) arbeidsgeschikt zou kunnen worden, maar dat medicijngebruik of die behandeling achterwege laat. Hij belemmert naar de letter zijn 'arbeidsgeschiktheid' en niet zijn genezing. Evenmin wordt de situatie gedekt van een werknemer die mét persoonlijke hulpmiddelen wél zou kunnen werken, maar die nalaat die hulpmiddelen (tijdig) aan te schaffen. Denk aan de beroepschauffeur met verminderd gezichtsvermogen die een bril nodig heeft.¹³⁴ Hij belemmert of vertraagt zijn genezing niet, maar laat wel na arbeidsgeschikt te worden.

Bij dit voorschrift is verder niet de rechtvaardigingsgrond 'zonder deugdelijke grond' opgenomen, waar die wel staat in artikel 7:629 lid 3 sub c, d, e en f BW. Dat zou betekenen dat als een werknemer weigert een gevaarlijke medische ingreep te ondergaan omdat hij het risico op blijvende gezondheidsschade te groot vindt, daarmee de genezing wordt belemmerd of vertraagd en dus geen recht zou bestaan op loon. In het begrip 'belemmeren' zit echter ruimte: het gaat om handelingen die naar algemene medische maatstaven de strekking hebben de genezing te belemmeren én die de werknemer kunnen worden verweten.¹³⁵ Uitgangspunt is namelijk het zelfbeschikkingsrecht van de werknemer en zijn recht op vrije artskeuze, wat volgens de wetsgeschiedenis zijn grenzen heeft in de redelijkheid en goede trouw.¹³⁶ In dit voorbeeld lijkt er van enig verwijt aan de werknemer geen sprake te zijn; in redelijkheid kan zo'n ingreep van de werknemer niet worden gevraagd. Onderzoek leert dat de grens van redelijkheid niet snel wordt bereikt en dat de werknemer veel

130 *Kamerstukken II* 1995/96, 25 892, nr.3, p.113.

131 Klose 2012, p.297.

132 Vanwege het risqué social, *Kamerstukken I* 2001/02, 27 678, nr.37a, p.11.

133 Ik vermoed dat wel beëindigen van arbeidsongeschiktheid bedoeld is, zie ook De Jong, die schrijft dat 'coping' belangrijker is dan genezing, P.R. de Jong, 'Is de WIA een mirakel?' in: G.C. Boot, *De zieke werknemer in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p.10.

134 Ik zou in elk geval geen plicht voor de werkgever willen aannemen om aan zo'n chauffeur een bril te moeten verstrekken die ook voor het dagelijks functioneren noodzakelijk is, zeker niet als de zorgverzekering zo'n bril zou vergoeden.

135 Klose 2012, p.297, *Kamerstukken I* 1995/96, 24 439, nr.134b, p.48.

136 Klose 2012, p.297-298 met verwijzing naar *Kamerstukken*.

beoordelingsvrijheid heeft bij het bepalen of en zo ja welke behandeling hij ondergaat.¹³⁷ Het begrip 'vertragen' wordt verder niet besproken en uit de term zelf is niet direct een verwijtvereiste af te leiden.

De grens van zelfbeschikking ligt in de redelijkheid en de goede trouw, maar onduidelijk is of een werknemer tegen die achtergrond moet meewerken aan bijvoorbeeld wachtlijstbemiddeling of een andere behandeling die sneller tot genezing leidt dan de gekozen behandeling. Van der Helm meent van niet.¹³⁸ De werknemer mag genezing dus niet belemmeren of vertragen, de werkgever mag bevordering van de genezing niet afdwingen. Op basis van artikel 28 lid 2, aanhef en sub c WIA is de werknemer toch tegenover het UWV verplicht '*een naar algemene medische maatstaven adequate behandeling te ondergaan voor zijn ziekte of gebrek*'. Deze plicht geldt in de eerste twee ziektejaren of eventueel langer bij een loonsanctie van het UWV op de werkgever. De bepaling is in de wetsgeschiedenis niet specifiek toegelicht. Het geeft in elk geval duidelijker dan het BW weer wat van de werknemer wordt verwacht, dus een zekere reflexwerking is mogelijk.

6.4.3 Overtreding van de verzuimvoorschriften

Op niet-meewerken van de werknemer of het niet-verstrekken van de gevraagde informatie staat niet direct een sanctie. Een loonstop of loonopschorting is hiervoor wettelijk niet mogelijk gemaakt. Zou een werkgever het goed werknemerschap als basis gebruiken om naar analogie een loonstop op te leggen dan lijkt mij dat te billijken, zeker na een voorafgaande waarschuwing. Een goed werknemer moet ook rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de werkgever en van andere werknemers. Het is de werknemer daarnaast wettelijk niet verboden om de genezing te belemmeren of te vertragen. Er is ook hier slechts een sanctie gesteld op niet-nakoming. Als de werknemer zich bijvoorbeeld onder medische behandeling moet stellen maar hij laat dat na, dan kan hij niet tot die behandeling worden verplicht maar kan hem wel het recht op loondoorbetaling worden ontzegd. Net als bij de controlevoorschriften betekent dit een spanning tussen de juridische vrijheid om te weigeren en de feitelijke (financiële) noodzaak toch een behandeling te ondergaan. De werknemer die vanuit geloofsovertuiging geen bloedtransfusie wil en daarom van een behandeling zou willen afzien, kan daartoe toch gedwongen worden vanwege het ontbreken van inkomen.¹³⁹ Het loon krijgt de werknemer niet gedurende de tijd dat de genezing 'wordt' belemmerd of vertraagd. Als de werknemer één week zou wachten met het inschakelen van medische hulp, waardoor de genezing wordt vertraagd met vier weken, dan vervalt het recht op loondoorbetaling over die vier weken.¹⁴⁰

137 Hoogendijk, p.99-101, zie ook G.A. Diebels, *Reintegratie en de praktijk van de wet*, Sdu Uitgevers: Deventer 2003. Rommelse bespreekt oudere jurisprudentie van de CRvB, met tamelijk strenge eisen rond de medische behandeling onder het ZW-regime, A.F. Rommelse, 'Kan de werknemer worden verplicht een medische behandeling te ondergaan?', *SMA* 1997/1, p.27-53.

138 I. van der Helm, 'Controlevoorschriften in cao's en de privacy van de zieke werknemer', *TRA* 2009/87.

139 Zie ook stelling 3 bij Hoogendijk.

140 Loonstra/Zondag, p.580, Van der Grinten, p.110, Asscher-Vonk 2007, p.128-129. Volgens Ktr. Beetsterzwaag 6 januari 1998, *JAR* 1998/76 hoeft de werknemer niet mee te werken aan onderzoek naar de beste behandeling.

Verder is uit het woord 'wordt' op te maken dat het niet voldoende is dat de genezing *kan* worden belemmerd of vertraagd, maar dat dat ook daadwerkelijk moet gebeuren. Dit zal een medische beoordeling vereisen, waarschijnlijk door de bedrijfsarts. De werknemer hoeft daar niet aan mee te werken, wat voor de werkgever wellicht de deur opent de loonbetaling op te schorten (artikel 7:629 lid 6 BW).¹⁴¹ Ook hier geldt de onverwijldheidseis voor het aanzeggen van het voornemen een loonstop op te leggen waartegen dezelfde bezwaren zijn te noemen als bij de controlevoorschriften.

6.4.4 Tussenconclusie verzuimvoorschriften

Dat medewerkings- en informatieplichten bestaan voor (met name) de werknemer lijkt een normaal tegenwicht tegen de loon- en re-integratieverantwoordelijkheid die de werkgever heeft. De medewerkingsplicht als hier bedoeld, is weliswaar in de Arbowet vastgelegd maar heeft geen directe sanctie.

Bij de informatieplicht is het evenwicht tussen het belang van de werknemer bij medische privacy en het financiële belang van de werkgever bij bepaalde informatie relevant. Als gegevens aan de bedrijfsarts worden verstrekt, lijkt privacy gewaarborgd maar soms heeft de werkgever rechtstreeks recht op informatie. Dat is bijvoorbeeld het geval bij het melden van de verwachte duur of het vermelden of de arbeidsongeschiktheid samenhangt met de arbeidsomstandigheden. De institutionele leer, die er van uitgaat dat de werknemer als deel van een groter geheel soms een stapje terug moet doen ten behoeve van het collectief, lijkt bij dit laatste mee te brengen dat het rekening houden met de belangen van anderen vóór gaat boven het recht niets te hoeven melden over het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid. Slechts voor één informatieplicht, namelijk het mogelijke beroep op de no-riskpolis, is een directe wettelijke grondslag gegeven. Op overtreding van medewerkings- of informatieplichten is geen directe sanctie gesteld.¹⁴²

Het genezingsvoorschrift laat indirect ruimte voor de vrijheid van behandeling en de vrijheid van artskeuze die elke werknemer toekomt. Dat moet in het begrip 'belemmeren' worden 'ingelesen' terwijl onduidelijk is of dat ook geldt voor het begrip 'vertragen'. De begrenzing daarvan in de redelijkheid laat vooralsnog weinig speelruimte zien voor de werkgever om te werknemer te dwingen sneller arbeidsgeschikt te worden. Analoog aan artikel 28 lid 2 sub c WIA zou de medische

141 Ik zeg wellicht, want als niet is bepaald dat de werknemer moet meewerken aan een onderzoek naar het belemmeren of vertragen van zijn genezing, welke bepaling ik in de praktijk niet vaak ben tegengekomen, dan overtreedt hij geen 'voorschriften omtrent het verstrekken van inlichtingen'. De werknemer laat niettemin wel na die bedoelde inlichtingen te verstrekken, waardoor voldoende overeenkomst bestaat met het niet laten controleren op het bestaan van arbeidsongeschiktheid, om dezelfde maatregel, naar analogie, toe te mogen passen. De wettelijke basis kan dan artikel 6:57 lid 1 BW zijn.

142 Art. 27 jo.33 Arbowet geven de Inspectie SZW de mogelijkheid een bestuursrechtelijke boete op te leggen op de werknemer, maar uit de Beleidsregel boeteoplegging arbeidsomstandighedenwetgeving volgt dat dit alleen mogelijk is bij het niet gebruiken van persoonlijke beschermingsmiddelen. Op het niet-verstrekken van de informatie uit artikel 38b ZW is evenmin een sanctie gesteld.

behandelingsplicht van de werknemer kunnen worden verduidelijkt. Eenzelfde spanningsveld als bij controlevoorschriften speelt hier, tussen de wettelijke vrijheid geen behandeling te ondergaan en de financiële drang dat toch te moeten doen.

6.5 Re-integratievoorschriften

De inhoudelijke kern van het re-integratierecht zijn de re-integratievoorschriften.¹⁴³ Onder dit begrip versta ik de voorschriften voor de actieve bevordering en de ondersteuning door of namens de werkgever, gericht op een zo optimaal mogelijke, duurzame terugkeer van een arbeidsongeschikte werknemer in betaalde arbeid.

Deze voorschriften zijn terug te vinden in de artt. 7:629 lid 3 c, d en e, 629a, 658a, 658b en 660a BW, 65 en 25 WIA alsook 32 Wet SUWI. Op basis van deze wetsbepalingen is een aantal lagere regelingen totstandgekomen, waarin de verplichtingen uit de wet zijn uitgewerkt:

- Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar¹⁴⁴
- Regeling beleidsregels beoordelingskader poortwachter¹⁴⁵
- Beleidsregels verlenging loondoorbetaling poortwachter¹⁴⁶
- Regeling beleidsregels vorm- en herkenbaarheidsvereisten re-integratieverslagen¹⁴⁷
- Circulaire 09C002¹⁴⁸
- Werkwijzer 'RIV-toets in de praktijk'¹⁴⁹

In het vervolg van dit hoofdstuk sta ik eerst in § 6.6 stil bij de formele inhoud van de re-integratievoorschriften. In § 6.7 en 6.8 komt de materiële inhoud van re-integratie aan bod, waaronder het Beoordelingskader, de circulaire en de Werkwijzer en de toetsing daarvan door het UWV. In § 6.9 zoom ik in op de belangrijkste maatregel, te weten de loonsanctie en bespreek ik een aantal andere sancties bij overtreding (§ 6.10). In het kort stip ik een aantal internationale aspecten aan voordat de praktijk van de re-integratie wordt besproken: wat hebben verschillende evaluaties opgeleverd? (§ 6.11 en § 6.12). Daarna sluit ik dit hoofdstuk af in § 6.13.

143 § 6.5 tot en met 6.13 zijn een bewerkte versie van mijn bijdrage 'Arbeidsongeschiktheid' in: *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2013, p.549-624.

144 Stb. 2011, 618/619, i.w.tr.: 1 januari 2012, hierna Regeling procesgang.

145 Stcrt. 2006, 224, i.w.tr.: 18 november 2006, hierna Beoordelingskader.

146 Stcrt. 2005, 246, i.w.tr.: 21 december 2005, hierna Beleidsregels loondoorbetaling.

147 Stcrt. 2005, 246, i.w.tr.: 21 december 2005.

148 Circulaire 09C002, 2 maart 2009, hierna circulaire.

149 Werkwijzer 'RIV-toets in de praktijk' 2011, hierna Werkwijzer.

6.6 Formele vereisten aan re-integratie

6.6.1 Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar

De Regeling procesgang is gegrond op artikel 25 lid 2 en 7 WIA waarin aan de Minister de bevoegdheid is toegekend nadere regels te stellen voor het opstellen en evalueren van een plan van aanpak, alsook voor het opstellen van een re-integratieverslag. Per 1 april 2002 trad de 'Regeling procesgang eerste ziektejaar' in werking.¹⁵⁰ Nadat per 1 januari 2004 de loondoorbetalingsverplichting bij arbeidsongeschiktheid van 52 naar 104 weken was verlengd, is de regeling gewijzigd in de 'Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar'.¹⁵¹ Met die wijziging is ingevoerd dat aan het eind van het eerste ziektejaar in elk geval een eerste evaluatie van de re-integratie moet plaatsvinden.¹⁵² De Regeling procesgang houdt verband met de plicht voor de werkgever uit artikel 25 lid 2 WIA om een plan van aanpak op te stellen en te evalueren, alsook op de plicht uit artikel 25 lid 3 WIA om een re-integratieverslag op te stellen.¹⁵³

De Regeling procesgang geeft weer hoe het re-integratietraject (stapsgewijs) dient te lopen. Daarmee wordt beoogd de procesgang in de eerste twee ziektejaren te verbeteren en vroegtijdige initiatieven voor re-integratie te stimuleren. De Regeling procesgang geeft daarvoor een algemeen kader met minimumeisen. Aangegeven wordt welke formele stappen ten minste moeten worden gezet en welke (administratieve) inspanningen ten minste moeten worden verricht door werknemer, werkgever en diens arbo-dienst. Van de gestelde termijnen kan gemotiveerd worden afgeweken. Apart worden de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter besproken (§ 6.7.4). Die Beleidsregels zijn nuttig omdat ze inzicht geven in de manier waarop het UWV de inspanningen van de werkgever en werknemer ná twee jaar beoordeelt. Er gaat daarom een reflexwerking vanuit voor de eerste twee jaar zodat werkgever en werknemer de verplichtingen uit de Regeling procesgang kunnen invullen en concretiseren aan de hand van de Beleidsregels.

Het eerste moment dat re-integratie kan gaan spelen, is na een ziekmelding. Pas vanaf de start van de wachttijd van 104 weken zou een werkgever re-integratie-inspanningen hoeven te treffen.¹⁵⁴ Het is van belang dat de werknemer de ziekmelding zo snel mogelijk aan de werkgever doorgeeft. In de Regeling procesgang is ervan afgezien een precieze dag voor de melding voor te schrijven, om zo aan te kunnen sluiten bij de voorschriften die particuliere verzekeraars op dit punt hanteren.¹⁵⁵

150 Regeling van de Minister van SZW van 25 maart 2002, Stcrt. 2002, 60.

151 Regeling van de Minister van SZW van 26 oktober 2004, Stcrt. 4 november 2004, nr.213, p.19.

152 De gewijzigde regeling trad in werking op 30 december 2004, een jaar na de inwerkingtreding van de Wet verlenging loondoorbetaling bij ziekte. Hiertoe werd besloten om bij werkgevers en werknemers bekendheid aan de eerstejaarsevaluatie te kunnen geven en hen de tijd te gunnen zich hierop voor te bereiden.

153 Pendanten in de WAO zijn art. 71a lid 2 en 3 WAO.

154 Wachttijd als bedoeld in art. 23 lid 2 WIA, zie ook Rb. Alkmaar 9 februari 2012, LjN BV3099 en § 6.3.2.

155 De controlevoorschriften kunnen hiervoor regels stellen. Gebruikelijk is een ziekmelding dezelfde dag, althans de eerste werkdag; de ZW gaat uit van twee dagen.

De werkgever informeert de arbo-dienst binnen een week over de ziekmelding. Het vervolgens documenteren en verantwoorden van de re-integratiestappen in een dossier draagt bij aan een goede onderlinge communicatie en verantwoording tussen werkgever, werknemer en arbo-dienst, maar kan ook bijdragen aan een efficiëntere communicatie met andere private partijen (zoals particuliere verzekeraars en re-integratiebedrijven). Het dossier biedt tevens medische en arbeidskundige informatie voor de beoordeling van een WIA-aanvraag. Alleen datgene hoeft te worden vastgelegd en uitgewisseld wat voor een succesvolle re-integratie, de beoordeling van de re-integratie-inspanningen en de WIA-beoordeling noodzakelijk is.

De re-integratie start met de inschakeling van de bedrijfsarts voor het opstellen van een probleemanalyse en een plan van aanpak. Dat wordt slechts geleverd als de aard en de duur van het verzuim daartoe aanleiding geeft, te weten bij dreigend langdurig ziekteverzuim. Een ziekmelding met griep noopt niet direct tot het in gang zetten van re-integratie. Daarom is ook hier enig uitsluitel van de werknemer over de te verwachten ziekteduur wenselijk. Wat precies onder dreigend langdurig ziekteverzuim moet worden verstaan, wordt niet toegelicht. Uit de Regeling procesgang is af te leiden dat dat in elk geval langer dan zes weken is. Artikel 2 lid 3 Regeling procesgang bepaalt namelijk dat de werkgever onverwijld een oordeel van de bedrijfsarts vraagt, als pas na zes weken blijkt dat het ziekteverzuim langdurig dreigt te zijn. Schijnbaar kortdurend verzuim dat toch zes weken aanhoudt, noopt dus nog niet tot inschakeling van de bedrijfsarts.

Re-integratie is de verantwoordelijkheid van de werkgever en de werknemer. Weliswaar verleent onder meer de arbo-dienst hierbij advies en diensten, maar het uitgangspunt is dat werkgever en werknemer zelf de regie voeren en zelf tijdig de noodzakelijke acties ondernemen, waarbij het initiatief bij de werkgever ligt. In de Regeling procesgang zijn de werkgever en de werknemer de eerst aangesprokene,¹⁵⁶ hoewel de regeling ook de dienstverlening door de arbo-dienst betreft. Op enkele punten wordt namelijk expliciet bepaald welke bijstand bij de verzuimbegeleiding de werkgever van zijn arbo-dienst moet verlangen.¹⁵⁷ Hoe dan ook is de taak van de arbo-dienst ondersteunend en adviserend, waarbij hij zich moet laten leiden door de richtlijnen en protocollen van de Nederlandse Vereniging voor Arbeids- en Bedrijfs-geneeskunde (NVAB).¹⁵⁸

Het verplicht inwinnen van het deskundige oordeel van een gecertificeerde arbo-dienst waarborgt dat bij de re-integratie-inspanningen het evenwicht tussen belasting en belastbaarheid van de werknemer wordt bewaard. Daarnaast zijn werknemer en werkgever vrij om hulp en adviezen van anderen te vragen zoals van re-integratiebedrijven. Overigens betekent het niet dat elke dienstverlener kan worden ingeschakeld.

¹⁵⁶ Zie anders: Rb. Haarlem 21 maart 2005, *USZ* 2005/255 m.nt. Barentsen.

¹⁵⁷ Overigens kan dat ook door bijstand van deskundige eigen werknemers (art. 13 en 14 Arbowet).

¹⁵⁸ R. Heida, 'Adviezen van de bedrijfsarts, hoe komen ze tot stand en wat zijn ze waard?', *Arbeid Integraal* 2007, p.56-57 (Heida 2007).

Het moet gaan om een deskundige als bedoeld in artikel 7:629 en 7:660a BW, te weten een gecertificeerde persoon of instelling dan wel een bedrijfsarts.¹⁵⁹ Kiest een werkgever voor hulp van een niet-gecertificeerde organisatie en weigert de werknemer daarmee samen te werken, dan mag dat niet leiden tot een loonstop.¹⁶⁰ De door de werkgever en de werknemer verrichte re-integratie-inspanningen worden aan het eind van het tweede ziektejaar beoordeeld aan de hand van het Beoordelingskader. Dat de Regeling procesgang is gevolgd betekent niet zonder meer dat de re-integratie-inspanningen adequaat zijn geweest.

6.6.2 Het procesverloop

De kern van het procesverloop is als volgt:

- Als er sprake is van dreigend langdurig ziekteverzuim geeft de arbo-dienst zijn oordeel over het ziektegeval, door het opstellen van een adequate probleem-analyse en (op basis daarvan) een advies inzake herstel en werkhervatting.
- Door werkgever en werknemer wordt vervolgens een plan van aanpak opgesteld dat regelmatig wordt geëvalueerd.
- Dit plan van aanpak wordt bijgesteld als de uitkomsten van deze evaluatie(s) dan wel het advies van de arbo-dienst daartoe aanleiding geven.
- Dat betekent bijvoorbeeld dat een ziekmelding met terugwerkende kracht niet kan worden geaccepteerd. Daarmee zou het systeem zoals beschreven in de Regeling procesgang worden doorkruist.¹⁶¹
- Bij dreigend langdurig verzuim dat snel blijkt, wordt van de arbo-dienst verlangd dat er uiterlijk binnen zes weken na de eerste ziektedag een oordeel aan de werkgever wordt gegeven over het ziektegeval. Voorwaarde hiervoor is dat de werkgever de arbo-dienst inzicht geeft in het verzuim in zijn bedrijf. Dit betekent dat de werkgever aan de arbo-dienst alle ziektegevallen meldt. Ook bij frequent kortdurend verzuim moet de arbo-dienst in staat worden gesteld om hierin een probleemgeval te herkennen. Als de aard van het verzuim daartoe aanleiding geeft (bijvoorbeeld bij psychische klachten), kan de analyse en het advies op een ander moment worden opgesteld.
- Het oordeel van de arbo-dienst wordt niet verlangd bij 'normaal' kortdurend verzuim. Bij (dreigend) langdurig verzuim waarbij vaststaat dat er geen re-integratiemogelijkheden zijn, bijvoorbeeld in geval van een hoge dwarslaesie, kan worden volstaan met een summier oordeel.

¹⁵⁹ Art. 14 en 14a Arbeidsomstandighedenwet, art. 25 lid 5 WIA, art. 2.2 Regeling procesgang.

¹⁶⁰ Ktr. Utrecht 18 juli 2012, *LJN* BX2049.

¹⁶¹ Hof Den Bosch 12 februari 2008, *LJN* BC4967, maar de vraag is of dit juist is, omdat het bestaan van arbeidsongeschiktheid niet per se samenvalt met het moment van de ziekmelding, zie § 6.3.2.

6.6.3 Probleemanalyse en plan van aanpak

Het oordeel van de arbo-dienst over re-integratie bestaat uit twee onderdelen: een deugdelijke probleemanalyse én een advies over de concreet te ondernemen acties ter bespoediging van herstel en werkhervatting. In beginsel bevat de probleemanalyse een *beschrijving* van gegevens die van belang zijn voor herstel, werkhervatting en re-integratie zoals:

- een beschrijving van de aard van de klachten, voor zover mogelijk de diagnose, de behandeling en de prognose;
- de beperkingen;
- andere omstandigheden die van invloed zijn op het functioneren en de re-integratie, zoals privé-, werk- en sociale omstandigheden;
- of er sprake is van een arbeidsconflict;
- de motivatie en
- de kwaliteit van de arbeidsrelatie.

Daarnaast *beoordeelt* de arbo-dienst deze gegevens. Wat is de verwachting ten aanzien van herstel, werkhervatting en re-integratie zonder nadere interventie? Welke problemen staan re-integratie in de weg? Op welk vlak kan interventie re-integratie bevorderen? Moet de werkgever de arbeid aanpassen? De werknemer kan beschikken over de gehele probleemanalyse. De werkgever ontvangt die delen van de probleemanalyse die hij nodig heeft om samen met de werknemer een plan van aanpak op te kunnen stellen. Voor het treffen van de juiste re-integratie-inspanningen is het niet noodzakelijk dat de werkgever beschikt over informatie over de medische aspecten van het verzuim. Wel is noodzakelijk dat de werkgever goed wordt geïnformeerd over de functionele beperkingen en de mogelijkheden die de werknemer nog heeft en wat deze betekenen voor het soort arbeid dat de werknemer nog kan verrichten.

Op basis van de uitkomsten van de probleemanalyse brengt de arbo-dienst een advies uit over de concrete stappen die voor herstel en werkhervatting kunnen worden genomen. Naar aanleiding van dat advies moeten werkgever en werknemer met elkaar overleggen over een gezamenlijk plan van aanpak waarin het perspectief op langere termijn geschetst wordt en de weg waarlangs men verwacht dit te bereiken.¹⁶² De Regeling procesgang stelt dat dat alleen hoeft als er mogelijkheden bestaan om de terugkeer naar arbeid van de werknemer te bevorderen. Bij volledige arbeidsongeschiktheid of als er geen benutbare mogelijkheden bestaan, heeft dat dus weinig zin.¹⁶³ Uiterlijk binnen twee weken na ontvangst van het advies van de arbo-dienst wordt zo'n plan van aanpak opgesteld. Een werknemer is verplicht mee te werken aan het opstellen (of bijstellen of evalueren) van een plan van aanpak (artikel 7:660a BW en artikel 25 lid 6 WIA). Het niet meewerken aan het opstellen van een plan van aanpak kan reden zijn voor de werkgever om de loondoorbetaling te stoppen.¹⁶⁴ Om

162 Art. 25 lid 2 WIA.

163 Regeling procesgang art. 4 lid 1, zie ook: Ktr. Utrecht 20 maart 2012, L/JN BV9586.

164 Ktr. Eindhoven 27 oktober 2009, L/JN BK1320, over het zelfs uit de weg gaan van elk gesprek.

daartoe over te mogen gaan, dient hij wel zelf de Regeling procesgang na te leven en een probleemanalyse te hebben. Die probleemanalyse is immers de grondslag waarop een plan van aanpak wordt vastgesteld.¹⁶⁵ Het niet opstellen van een plan van aanpak door de werkgever omdat hij (achteraf ten onrechte) meende dat de werknemer arbeidsgeschikt was, betekent dat hij de werknemer geen loonstop kon opleggen.¹⁶⁶

Artikel 25 lid 2 WIA¹⁶⁷ verplicht partijen de in het plan van aanpak opgenomen afspraken na te leven. In de wetgeschiedenis wordt het plan van aanpak aangemerkt als een aanvulling op de arbeidsovereenkomst, waarmee kennelijk wordt bedoeld dat de afspraken voor de civiele rechter zijn af te dwingen.¹⁶⁸ Onduidelijk is wat rechtens is als werkgever en werknemer het niet eens worden over het plan van aanpak. Volgens Kantonrechter Heerlen heeft de werknemer zijn verplichtingen niet geschonden als hij een door de werkgever bijgesteld plan van aanpak niet ondertekent, omdat daarin (aantoonbaar) te snel naar externe re-integratie wordt gegrepen.¹⁶⁹ Barentsen meent dat op partijen slechts een inspanningsplicht rust om samen een plan van aanpak op te stellen. De woorden 'in overeenstemming' in artikel 25 lid 2 WIA betekenen volgens hem niet meer dan dat constructief moet worden overlegd.¹⁷⁰ In de toelichting op de Regeling procesgang merkt de Staatssecretaris op dat zowel werknemer als werkgever een second opinion kunnen vragen. De werknemer kan ook zijn visie neerleggen in een apart stuk, hoewel dan moeilijk zal zijn te beoordelen of partijen de 'afspraken' uit het plan van aanpak hebben nageleefd.¹⁷¹

Voor het plan van aanpak gelden geen vormvoorschriften. Het is genoeg als bepaalde stukken naar hun inhoud kunnen worden aangemerkt als plan van aanpak of bijstelling daarvan, ook al worden die stukken niet 'plan van aanpak' genoemd.¹⁷² In het plan van aanpak worden ook afspraken gemaakt over 'casemanagement'. De werkgever wijst een casemanager aan. Het is immers voor alle betrokkenen van belang dat er duidelijke afspraken worden gemaakt over wie het initiatief neemt tot vervolgcacties en -gesprekken. Het ligt voor de hand dat (iemand bij) de werkgever de casemanager is, maar het is ook denkbaar -bijvoorbeeld bij een arbeidsconflict- dat wordt afgesproken dat een externe, deskundige dienstverlener dit doet.¹⁷³ Naast aan de werknemer en de arbo-dienst wordt een afschrift van het plan van aanpak ook verstrekt aan de casemanager. Het plan van aanpak wordt periodiek door de werkgever en de werknemer geëvalueerd. Als de uitkomsten van de periodieke evaluaties dan wel het advies van de arbo-dienst daartoe aanleiding geven, dient het plan van aanpak

165 Ktr. Gouda 10 maart 2005, *Prg.* 2005/106.

166 Ktr. Haarlem 26 juli 2007, *LJN* BA9998.

167 En niet art. 7:658a lid 2 of 660a aanhef en sub b BW.

168 W.L. Roozendaal, 'Arbeidsrechtelijke aspecten van de wet verbetering poortwachter', *SMA* 2002/5, nr.5, p.312 (Roozendaal 2002).

169 Ktr. Heerlen 15 juli 2009, *LJN* BJ3366 en *USZ* 2009/273, met noot Barentsen.

170 B. Barentsen, annotatie onder *USZ* 2009/273.

171 G.C. Boot, 'Wet verbetering poortwachter: nieuwe regels, nieuwe tactiek', *ArbeidsRecht* 2002/2 ad.4.

172 Rb. Oost-Brabant 16 mei 2013, *LJN* CA0905.

173 Bedrijfsartsen hebben kritiek op niet-medische casemanagers, die geregeld de weg naar de bedrijfsarts zouden afsluiten zodat tijdig ingrijpen wordt bemoeilijkt en waar privacy-aspecten spelen, Astri, *Onderzoek naar de positie van de bedrijfsarts*, juni 2011, p.10.

tussentijds te worden bijgesteld. De eventuele bijstellingen worden schriftelijk vastgelegd. De werknemer ontvangt een afschrift van het plan van aanpak en van de bijstellingen hiervan. Als het plan van aanpak gericht is op hervatting in het eigen werk zal bovendien op gezette tijden door werkgever en werknemer expliciet moeten worden beoordeeld of de re-integratie hier nog op gericht moet blijven dan wel dat aangepast werk, ander werk of werk bij een andere werkgever betere kansen biedt. Dit alles vraagt een regelmatig contact tussen werkgever en werknemer. De frequentie van dat contact is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarom is geen minimumfrequentie opgenomen. Een contact van eenmaal in de zes weken tussen de werkgever en zijn zieke werknemer is in zijn algemeenheid voldoende. Naast dit contact tussen werkgever en werknemer heeft de arbo-dienst een eigen verantwoordelijkheid voor het volgen van het verloop van medisch herstel en van de arbeidsongeschiktheid en advisering daarin. Deze verantwoordelijkheid brengt met zich mee dat er regelmatige contacten moeten zijn van de arbo-dienst met de werknemer. Voor dit contact is niet voorzien in een minimumfrequentie, maar een contact van eens in de zes weken is in zijn algemeenheid ook hier voldoende. Uitdrukkelijk is bepaald dat het aantal feitelijk gewerkte uren moet worden vastgelegd. Het ligt voor de hand dat vast te leggen bij elke periodieke evaluatie.

6.6.4 Eerstejaarsevaluatie

Met de verlenging van de loondoorbetalingsverplichting naar twee jaar is de beoordeling van de re-integratie-inspanningen door het UWV met een jaar opgeschoven. Toch werd het wenselijk gevonden om het gebruik, om aan het eind van het eerste ziektejaar samen een moment van evaluatie en bezinning te hebben, te handhaven. Dat was de reden dat een verplichte evaluatie aan het einde van het eerste ziektejaar werd ingevoerd. Het UWV noemt dit het 'opschudmoment'. Hiervoor geldt overigens geen vast tijdstip. Het moment waarop werkgever en werknemer het eerste ziektejaar evalueren, kan dan ook samenvallen met de reguliere periodieke evaluatie. Gelet op de zeswekelijkse frequentie van de reguliere evaluatie die in de praktijk wordt gehanteerd, ligt het wel voor de hand dat de evaluatie van het eerste ziektejaar plaatsvindt tussen de 46e en 52e week.

De verplichte evaluatie is primair een hulpmiddel voor werkgever en werknemer om zelf tijdig bij te sturen. Aan de hand van de volgende voorbeelden kunnen werkgever en werknemer beoordelen of de ingezette activiteiten en het tot dan toe behaalde resultaat al dan niet goed op koers liggen:

- de mate waarin tijdens het eerste ziektejaar wordt gewerkt, vertoont geen progressie en blijft achter bij het oorspronkelijke gestelde doel;
- er is geen plan van aanpak of een plan van aanpak zonder helder re-integratiedoel omdat nog onduidelijk is in welke mate de werknemer (medisch) te belasten is;
- de mate waarin wordt gewerkt of het soort werk dat wordt verricht, wisselt sterk;
- er treedt stagnatie op in medische behandeling of herstel;
- een uitgebracht deskundigenoordeel heeft niet geleid tot overeenstemming over (een bijstelling van) een plan van aanpak;

- periodes van werken worden in het eerste ziektejaar afgewisseld met periodes van uitval;
- er wordt langer dan zes weken gewerkt in arbeid zonder of met heel beperkte loonwaarde (in de praktijk vaak 'op arbeidstherapeutische basis' genoemd);
- in afwachting van hervatting in eigen arbeid wordt er gewerkt in arbeid onder het voor de werknemer mogelijke niveau (opvularbeid) terwijl geen reëel vooruitzicht op die hervatting bestaat;
- de werknemer werkt op een lager niveau of minder uren dan mogelijk is en er bestaat geen reëel vooruitzicht op een functie bij de eigen werkgever die beter overeenstemt met de belastbaarheid.

Als één van deze situaties zich voordoet, meent het UWV dat er voor werkgever en werknemer aanleiding is om zich te beraden over de tot dan toe gevolgde aanpak. Blijkt uit het re-integratieverslag dat de re-integratie is gestagneerd of één van de hierboven beschreven situaties zich heeft voorgedaan, terwijl werkgever en werknemer zonder deugdelijke grond hebben nagelaten om andere initiatieven te ontplooiën, dan betreft het UWV dit in zijn beoordeling na twee jaar.

6.6.5 Deskundigenoordeel

Om zich van een aantal mogelijke discussiepunten te vergewissen, is het mogelijk dat een werkgever of een werknemer aan het UWV een deskundigenoordeel vraagt (ook wel second opinion genoemd).¹⁷⁴ De 'first opinion' moet van de werkgever komen die een beslissing neemt op basis van advies van de bedrijfsarts.¹⁷⁵ Het doel van een deskundigenoordeel is tweeledig: de rechtsbescherming van de werknemer te versterken en efficiënte geschilbeslechting voorkomen of bij de rechter vereenvoudigen.¹⁷⁶ De basis voor het deskundigenoordeel is te vinden in artikel 32 lid 1, 2 en 3 SUWI. In de artikelen 7:629a en 7:658b BW is de 'deskundigenverklaring' geregeld. Het later ingevoerde artikel 7:658b BW is vormgegeven naar het model van artikel 7:629a BW, dat betrekking heeft op de loonvordering bij ziekte. De wetsgeschiedenis verwijst uitdrukkelijk naar (de toelichting op) artikel 7:629a BW, zodat kan worden aangenomen dat het de bedoeling van de wetgever is geweest beide regelingen identiek in te vullen.¹⁷⁷ Beide artikelen moeten in samenhang met artikel 32 SUWI

174 Zie hierover ook Rijkema, p.48-64 en 69-75. De vraag om een deskundigenoordeel kan ook aan een derde worden gesteld op basis van art. 194-200 Rv, zelfs als er al een deskundigenoordeel van het UWV ligt, zie bijv. Rb. Den Bosch 22 februari 2005, ECLI:NL:RBSHE:2005:AU5453. Dat is wel de uitzondering. De bevoegdheid van een ander dan het UWV kan bij CAO worden overeengekomen, art. 7:629a lid 7 BW.

175 R.A. Heida en D.J. Buijs, 'Het deskundigenoordeel '(on)geschiktheid tot werken' kritisch beschouwd', *Sociaal Recht* 2007/80, p.395-396 en 398. Zij wijzen erop dat de *first opinion* overigens niet noodzakelijkerwijs steeds op de beoordeling van de bedrijfsarts hoeft te zijn gebaseerd, met name niet bij een discussie over arbeidsongeschiktheid of niet. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat voorafgaand aan een deskundigenoordeel wél steeds een bedrijfsarts een oordeel moet hebben gegeven, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 678, nr.3.

176 HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2128 onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis.

177 *Kamerstukken II* 1994/95, 24 439, nr.3, p.64-65, E. Verhulp, *T&C Arbeidsrecht*, art. 7:658b BW, aant. 1.

worden gelezen; met het deskundigenoordeel en de deskundigenverklaring wordt hetzelfde bedoeld.¹⁷⁸ Voor de rechtsbescherming van de werknemer is relevant dat in de praktijk grote waarde aan het deskundigenoordeel wordt gehecht.¹⁷⁹

In beginsel zijn vier verschillende deskundigenoordelen mogelijk:¹⁸⁰

- is de werknemer arbeidsongeschikt of niet? (artikel 32 lid 1 SUWI)
- leeft de werknemer de verplichtingen uit artikel 7:660a BW wel na? (lid 2)
- is er passende arbeid die de zieke werknemer kan verrichten? (lid 3 sub a)
- leeft de werkgever de verplichtingen uit artikel 7:658a BW wel na? (lid 3 sub b)

Een discussiepunt moet in één van deze vakjes passen. Zo kan een werkgever bijvoorbeeld vragen of het niet bereiken van overeenstemming over het plan van aanpak is te scharen onder niet-nakoming door de werknemer van de verplichtingen uit artikel 7:660a BW.¹⁸¹ Het vragen van het verkeerde deskundigenoordeel kan vérgaande gevolgen hebben zoals afwijzing van een vordering.¹⁸² Als er verschillende discussiepunten spelen, kan worden geëist verschillende deskundigenoordelen aan te vragen.¹⁸³ Het UWV weigert soms ook een deskundigenoordeel af te geven. Dat gebeurt bijvoorbeeld bij het ontbreken van een 'first opinion', bij het verstrijken van 18 maanden verzuim, omdat er geen geschil zou zijn of omdat de bedrijfsarts geen functionele mogelijkhedenlijst of andere informatie aanlevert. Heida onderbouwt dat de UWV-weigering om in dergelijke gevallen een deskundigenoordeel af te geven vrijwel altijd onterecht is.¹⁸⁴

Een deskundigenoordeel is een momentopname, moet onpartijdig en naar beste weten tot stand komen, waartoe gegevens bij de behandelend artsen kunnen worden opgevraagd zolang de privacy daardoor maar niet onevenredig wordt geschaad.¹⁸⁵ De bedrijfsarts mag wettelijk gezien zonder toestemming van de werknemer gegevens verstrekken aan de verzekeringsarts,¹⁸⁶ maar in minder dan de helft van de gevallen wordt hij benaderd door het UWV. Bij het uitbrengen van het deskundigenoordeel hebben zowel bedrijfsarts als werknemer recht op de medische onderbouwing van dit oordeel.¹⁸⁷ Het UWV vraagt een vergoeding voor de kosten van elk deskundigenoordeel. De werkgever moet € 400,- betalen, de

178 R.A. Heida en D.J. Buijs, 'Het deskundigenoordeel '(on)geschiktheid tot werken' kritisch beschouwd', *Sociaal Recht* 2007/80, p.394.

179 Zie voor een voorbeeld: Hof Den Bosch 12 juni 2012, *LJN* BW8298.

180 Deze vier verschillende oordelen zijn in de loop van de tijd ingevoerd. Het eerste werd bij de Wet TZ in 1992 mogelijk; het handelde over de vraag of iemand arbeidsongeschikt is of niet. De andere oordelen zijn met de Wet verbetering poortwachter in 2002 ingevoerd.

181 P.S. Fluit, 'Regeling procesgang eerste ziektejaar', *Sociaal Recht* 2001, p.354, zie wel: art. 32 lid 2, SUWI, J. Riphagen, *T&C Arbeidsrecht 2004*, art. 71a WAO, aant. 1b.

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

183 Ktr. Gorinchem 16 maart 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BL9438.

184 R.A. Heida, 'Ontwikkelingen in deskundigenoordelen' in: G.C. Boot, *De zieke werknemer in beweging*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2014, p.21-22.

185 Art. 7:629a lid 3 en 4 BW.

186 Art. 54 lid 3 sub c Wet SUWI.

187 Art. 73 lid 4 Wet SUWI en art. 7:448 BW, R.A. Heida en D.J. Buijs, 'Het deskundigenoordeel '(on)geschiktheid tot werken' kritisch beschouwd', *Sociaal Recht* 2007/80, p.395-396.

werknemer € 100,- (2014).¹⁸⁸ Het deskundigenoordeel wordt in beginsel binnen twee weken afgegeven.¹⁸⁹

Veel deskundigenoordelen worden gevraagd door de werknemer, in het overgrote deel van die gevallen over de vraag of hij wel of niet arbeidsongeschikt is.¹⁹⁰ Het is tegenwoordig daarnaast niet ongebruikelijk dat de werkgever tussentijds of tegen het einde van de twee jaar arbeidsongeschiktheid aan het UWV een oordeel vraagt over de eigen re-integratie-inspanningen.¹⁹¹ Uit tabel 1 blijkt dat de helft van de deskundigenoordelen gaat over de re-integratie-inspanningen van de werkgever.

Tabel 1: aantal deskundigenoordelen, uitgesplitst

Deskundigenoordeel	2011	2012
	18.527	20.274
Soort oordeel		
Arbeidsongeschiktheid of niet	4.863	4.721
Passende arbeid	3.272	2.897
Re-integratie-inspanningen werknemer	2.009	2.210
Re-integratie-inspanningen werkgever	8.383	10.446

Bron: UWV-presentatie werkgeverscongres 2013

Als het UWV op enig moment een positief deskundigenoordeel afgeeft dan mag daarna niet alsnog een loonsanctie worden opgelegd, tenzij het UWV aantoonbaar is dat de werkgever in de tussentijd tekort is geschoten.¹⁹² De werkgever mag dus wel afgaan op het deskundigenoordeel van het UWV. Dat geldt in beginsel ook als het UWV een negatief oordeel afgeeft over de re-integratie-inspanningen van de werkgever tot dan toe en daarbij vermeldt hoe de werkgever de tekortkomingen moet herstellen. Als de werkgever die aanwijzingen dan correct heeft opgevolgd, is voor een loonsanctie geen plaats. De CRvB bevestigt dat mag worden afgegaan op een deskundigenoordeel als daarbij door het UWV geen voorbehoud wordt gemaakt. Niettemin wordt gewaarschuwd dat de werkgever wel moet blijven nadenken: *'In reactie op het standpunt van appellant dat een deskundigenoordeel een momentopname is tekent de Raad hierbij aan dat denkbaar is dat zich na een deskundigenoordeel veranderingen voordoen binnen het bedrijf van de werkgever en/of dat de belastbaarheid van de werknemer toeneemt, waardoor andere mogelijkheden dan meegewogen bij de totstandkoming van het deskundigenoordeel in beeld komen. In die situatie kan de werkgever zich*

188 Art. 32a lid 2 SUWI, Besluit kosten aanvraag deskundigenoordeel *Stcrt.* 2005, 37, Beleidsregel kosten aanvraag deskundigenoordeel 2013, *Stcrt.* 2012, 27131.

189 Art. 32a lid 3 SUWI.

190 Stichting De Ombudsman, *Het deskundigenoordeel: vrijwillig maar niet vrijblijvend. Onderzoek naar effecten en verwachtingspatronen*, januari 2011, p.26-27: 72% van de gevraagde deskundigenoordelen zijn op verzoek van de werknemer. Daarvan zijn de belangrijkste categorieën: arbeidsongeschiktheid of niet (72%) en passende arbeid of niet (25%).

191 G. Vonk, 'Kroniek jurisprudentie werknemersverzekeringen en bijstand 2011', *TRA* 2012/1, p.25-26.

192 CRvB 20 juli 2011, *LJN* BR2382, zie G. Vonk, *TRA* 2012/1, p.25-26.

*niet langer onverkort beroepen op het eerder gegeven deskundigenoordeel. De werkgever dient zich dan opnieuw te bezinnen op de mogelijkheden en daarbij ook eerder verworpen alternatieven te herijken. De werkgever dient hier alert op te zijn.*¹⁹³

De aanvraag van een deskundigenoordeel is wel vergeleken met de bestuursrechtelijke bezwaarprocedure die in deze gevallen bestond vóór privatisering van de ZW.¹⁹⁴ Volgens de wetsgeschiedenis zou de regeling rond deskundigenoordelen zelfs 'overeenstemmen' met de Awb-bepalingen rond Ziektewetgeschillen (artikel 8:34 lid 1 en 8:48 Awb).¹⁹⁵ Toch is dat niet het geval, omdat bij een deskundigenoordeel informatie 'kan' worden ingewonnen bij de artsen die bij de oordeelsvorming zijn betrokken (ook behandelend sector), terwijl dat in de Awb verplicht is. Ook is in de Awb de bezwarenclausule verplicht, zodat de werknemer weet dat hij bezwaar kan maken (artikel 3:45 Awb). Een werkgever is echter niet verplicht de werknemer te wijzen op de mogelijkheid van een deskundigenoordeel en het UWV informeert beide partijen pas over de mogelijkheid om een deskundigenoordeel aan te vragen in week 44 van de arbeidsongeschiktheid.¹⁹⁶ De Awb biedt daarmee volgens mij meer waarborgen voor een zorgvuldig proces. Het deskundigenoordeel zelf is niet gericht op rechtsgevolg dus bestuursrechtelijk gezien geen besluit.¹⁹⁷ Het is een advies zodat geen bezwaar of beroep openstaat.¹⁹⁸

De mogelijkheid om een deskundigenoordeel over arbeidsongeschiktheid te vragen, heeft er waarschijnlijk aan bijgedragen dat in vergelijking met de periode vóór invoering van de loondoorbetalingsplicht bij ziekte een stuk minder wordt geprocedeerd over de vraag of iemand arbeidsongeschikt is of niet.¹⁹⁹ Een deskundigenoordeel is desondanks wél verplicht voor een werknemer die een loonvorderingsprocedure wil starten die verband houdt met betwiste arbeidsongeschiktheid, onenigheid over het al dan niet voldoende meewerken aan re-integratie-activiteiten of waarbij nakoming van de re-integratieverplichtingen door de werkgever wordt geëist.²⁰⁰ Het niet-overleggen van een deskundigenoordeel wordt bestraft met het afwijzen van de vordering. Een deskundigenoordeel is niet nodig als de werkgever de arbeidsongeschiktheid of de niet-nakoming niet betwist of het overleggen van een verklaring in redelijkheid niet van de werknemer kan worden gevergd.²⁰¹ Dat laatste is bijvoorbeeld het geval als de werkgever vóór aanvang van de procedure de ziekte van de werknemer steeds heeft

193 CRvB 20 maart 2013, L/JN BZ4852.

194 Rijkema, p.19.

195 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr.3, p.24. Rijkema ziet een parallel bij de proceskostenveroordeling, p.46.

196 Na de ziekmelding in de 42^e week.

197 Rijkema, p.56. Een rechtsgevolg wordt er pas door de Ktr. aan verbonden.

198 P.S. Fluit, 'Het deskundigenoordeel van het UWV (deel 1)', *Sociaal Recht* 2004/50, p.245-247.

199 In elk geval wezen de eerste cijfers daar op; P.E. Minderhoud, I.P.Asscher-Vonk en T. Havinga, 'Procederen inzake weigering loondoorbetaling bij ziekte: een zeer zeldzaam verschijnsel', *SMA* 1999, nr.3, p.145-152, zie ook *Kamerstukken II* 2001/02, 27 678, nr.3, p.11.

200 Zie voor verdere bespreking, ook van uitzonderingen: N. Jansen en M. Opdam, 'Perikelen rond de deskundigenverklaring bij ziekte: lang niet altijd een noodzakelijk middel', *TRA* 2013/35. Over de uitzonderingen ook: R.A. Heida en D.J. Buijs, 'Het deskundigenoordeel '(on)geschiktheid tot werken' kritisch beschouwd', *Sociaal Recht* 2007/80, p.397-398.

201 *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 231, nr.3, p.37.

erkend, maar op dat standpunt hangende het geding terugkomt. De werknemer behoort niet te worden belast met de gevolgen van het feit dat hij door de opstelling van de werkgever op het verkeerde been is gezet.²⁰² Bovendien is uit de wetsgeschiedenis bij artikel 7:629a BW op te maken dat alleen in bodemprocedures een second opinion wordt verlangd.²⁰³ De vraag of de betwisting van de ziekte door de werkgever ook voor het eerst mogelijk is in de procedure, beantwoordt de HR bevestigend (in een geval rond de second opinion uit artikel 7:629a BW):

*'In de parlementaire geschiedenis met betrekking tot deze bepaling...wordt ten aanzien van de eerste uitzondering vermeld dat een deskundigenverklaring achterwege kan blijven als de ziekte van de werknemer in de procedure niet door de werkgever wordt betwist. Bij de tweede uitzondering heeft de wetgever in het bijzonder gedacht aan het geval dat de werkgever vóór de procedure de ziekte van de werknemer steeds heeft erkend, maar op dat standpunt hangende het geding terugkomt en aldus de werknemer op het verkeerde been heeft gezet. Uit het voorgaande valt af te leiden dat een betwisting, die (eerst) wordt gedaan tijdens de procedure, niet tardief is...Voor zover het middel betoogt dat bij een eerst in de procedure gedane betwisting het moment is verstreken waarop de werknemer de deskundigenverklaring had moeten overleggen, verdient opmerking dat dit niet bezwaarlijk is omdat in dat geval de werknemer zich kan beroepen op de tweede uitzonderingsgrond.'*²⁰⁴

Uit de rechtspraak op artikel 7:629a BW blijkt verder dat een deskundigenoordeel in redelijkheid van de werknemer niet kan worden verlangd bij het ontbreken van een 'first opinion' van een bedrijfsarts,²⁰⁵ bij een weigering van het UWV een deskundigenoordeel af te geven terwijl er wel een oordeel van de bezwaarverzekeringsarts lag dat de aangeboden arbeid niet passend was²⁰⁶ of door tijdsverloop en de aard van de arbeidsongeschiktheid.²⁰⁷

De sanctie op het niet-overleggen van een second opinion is de afwijzing van de vordering.²⁰⁸ Fase vraagt zich af of dat niet niet-ontvankelijkheid moet zijn. Ook de rechtspraak komt wel tot die conclusie.²⁰⁹ De HR heeft buiten twijfel gesteld dat het gaat om afwijzing van de vordering.²¹⁰

Rijpkema is kritisch op de processuele positie van het deskundigenoordeel. Zijn eerste bezwaar richt zich op de onbekendheid bij de werknemer dat een deskundigenoordeel mogelijk is en in een procedure zelfs verplicht. Uit onderzoeken blijkt dat de

202 *Kamerstukken II*, 1994/95, 24 439, nr.3, p.65.

203 *Kamerstukken II*, 1994/95, 24 439, nr.3, p.64-65, ook Pres. Rb. Amsterdam 5 december 1996, *JAR* 1997/9, Ktr. Middelburg 7 april 1997, *JAR* 1997/96. Rijpkema wijst op afwijkende uitspraken, waarbij in kort geding toch een deskundigenoordeel nodig werd geacht, p.48, bijvoorbeeld Ktr. Nijmegen 20 juli 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX4261.

204 HR 15 juni 2007, *JAR* 2007/196 *LJN* BA5315, de tweede uitzonderingsgrond is dat een verklaring in redelijkheid niet kan worden gevegd.

205 Ktr. Middelburg 7 april 1997, *JAR* 1997/96, Ktr. Emmen 27 juni 2001, *JAR* 2001/147.

206 HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2128.

207 HR 5 oktober 2001, *NJ* 2001, 633.

208 Ktr. Nijmegen 19 oktober 2007, *LJN* BB6111.

209 Fase, *SMA* 2003, p.3 en Ktr. Apeldoorn 22 september 1998, *PrG* 1999, 5091, Rb Assen 5 maart 2002, *JAR* 2002/130, Ktr. Enschede 3 februari 2004, *PrG* 2004, 6189. Het Hof Leeuwarden laat die vraag in het midden en wijst de vordering op andere gronden grotendeels af, Hof Leeuwarden 27 juli 2010, *LJN* BN2890. Zie Rijpkema, p.71-73.

210 HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2128, r.o.3.3.2.

werknemer die kennis vaak ontbeert.²¹¹ Dat bezwaar wil ik relativeren: veel werkgevers wijzen de werknemer bij het opleggen van een loonstop of loonopschorting uit zichzelf op de mogelijkheid.²¹² Bovendien zal de werknemer vrijwel steeds in een procedure worden bijgestaan door een deskundige zodat kennis over het deskundigenoordeel geen probleem hoeft op te leveren. Niettemin zou het wel verstandiger zijn als het UWV al eerder dan in week 44 beide partijen zou informeren over de mogelijkheid. Het kan helpen om te voorkomen dat re-integratiekansen worden gemist.²¹³ Zijn andere bezwaren zijn fundamentele en die deel ik. Tegen een deskundigenoordeel is niet op te komen, nu het geen besluit betreft. Onzorgvuldigheid in de totstandkoming kan dan voor de ene of de andere partij processuele nadelen opleveren, aangezien de rechter aan het oordeel groot belang toekent.²¹⁴ De totstandkoming is daarnaast ondoorzichtig én er is een spanningsveld tussen de arbeidsrechtelijke regeling van de privacy van de zieke werknemer met de sociaal-zekerheidsrechtelijke regeling daarvan.²¹⁵ Op dat laatste punt ga ik in § 6.6.7 in.

6.6.6 Re-integratieverslag

De werkgever moet aantekening houden van het verloop van de ziekte, het aantal feitelijk gewerkte uren en de re-integratieactiviteiten.²¹⁶ Elke stap in het re-integratieproces dient te worden vastgelegd. Op deze manier wordt een dossier gevormd. In het re-integratieverslag wordt achteraf verantwoording afgelegd over het eerste en tweede ziektejaar. Het verslag is in feite een uittreksel van het dossier en de minimale inhoud daarvan is vastgelegd in artikel 6 lid 1 aanhef en sub a tot en met l Regeling procesgang. Het UWV heeft de Regeling beleidsregels vorm- en herkenbaarheidsvereisten re-integratieverslagen uitgevaardigd in een poging de inhoud van het re-integratieverslag te stroomlijnen. De CRvB heeft vastgesteld dat op grond van de Wet WIA 'geen formulieren zijn voorgeschreven voor de met het re-integratieverslag door de werkgever te overleggen bescheiden'. Dient de werkgever dus losse stukken in dan zijn die acceptabel, als die

211 Zie verwijzingen bij Rijkema, p.49, noot 54 en 55. Het UWV wijst partijen pas na de 42^e-weekmelding van ziekte op de mogelijkheid van een deskundigenoordeel, in het kader van de komende eerstejaarsevaluatie.

212 Dat doen zij onverplicht hoewel Rijkema een plicht daartoe zou willen baseren op goed werkgeverschap (naar analogie van art. 3:45 Awb), bij het nalaten waarvan de werknemer in een procedure geen beroep zou mogen doen op het ontbreken van een deskundigenoordeel, p.50. Dat nuanceer ik voor het geval de werknemer rechtskundig wordt bijgestaan, want daarmee verschuift het risico van niet-overleggen van een deskundigenoordeel in een procedure naar de adviseur, zie ook Hof Den Bosch 15 november 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU5484.

213 Rijkema, p.90-91.

214 Onzorgvuldige totstandkoming kan wel effect hebben bij de waardering door de civiele rechter, in tuchtrechtspraak en is teruggekomen in diverse oordelen van de Nationale Ombudsman, zie R.A. Heida, 'Ontwikkelingen in deskundigenoordelen' in: G.C. Boot, *De zieke werknemer in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p.23-24. CRvB meende in een ambtenarenzaak ook dat voorbij kan worden gegaan aan het deskundigenoordeel als dat niet zorgvuldig tot stand komt, CRvB 12 mei 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM7336.

215 Rijkema, p.48-77.

216 Art. 25 lid 1 WIA en art. 3 Regeling procesgang.

*'de noodzakelijke informatie bevatten op grond waarvan het Uvw in staat was te beoordelen of er voldoende re-integratie inspanningen zijn verricht (en) uit deze rapportages voldoende blijkt welke stappen er in het re-integratieproces zijn gezet en welke afspraken er zijn gemaakt.'*²¹⁷

Het re-integratieverslag moet uiterlijk 15 weken voor het verstrijken van de wachttijd worden opgesteld in overleg met de werknemer, alsook moet een afschrift aan hem worden verstrekt. Het re-integratieverslag moet door de werknemer bij de aanvraag WIA aan het UWV worden verstrekt, uiterlijk 13 weken voor het verstrijken van de wachttijd (artikel 64 lid 3 WIA).²¹⁸ Als de werknemer er buiten zijn schuld om niet in slaagt een re-integratieverslag te bemachtigen dan moet het UWV de aanvraag toch in behandeling nemen en moet het contact zoeken met de werkgever.²¹⁹

Verstrekt de werkgever wel alle administratieve stukken aan de werknemer maar laat die na om ze bij de WIA-aanvraag volledig aan het UWV te verstrekken, dan krijgt de werkgever de kans om die stukken alsnog toe te sturen (artikel 25 lid 8 WIA). Een werkgever die dat niet doet of die de stukken in plaats daarvan (opnieuw) aan de werknemer geeft, is in gebreke. De CRvB meent dat de werkgever in een dergelijk geval verantwoordelijk is en terecht een loonsanctie krijgt, ook al zou hij het re-integratieverslag wel conform de wet aan de werknemer hebben verstrekt.²²⁰ Met betrekking tot het beschikken over het re-integratieverslag is de werknemer afhankelijk van zijn werkgever. Als deze zijn verplichting tot het opstellen en aan de werknemer overleggen van het re-integratieverslag niet nakomt (artikel 25 lid 4 WIA) en dit ook na aandringen van de werknemer niet doet, kan de werknemer het verslag dus ook niet bij zijn aanvraag overleggen. In zo'n geval is het voor de aanvrager redelijkerwijs niet mogelijk om over het verslag te beschikken. Het UWV neemt in dat geval de aanvraag wel in behandeling en verzoekt zelf de werkgever om het re-integratieverslag alsnog te overleggen (artikel 25 lid 8 WIA). Doet de werkgever dit niet dan zal het UWV de werkgever verplichten het loon langer door te betalen (artikel 25 lid 9 WIA). De werkgever wordt geacht om tijdens deze loondoorbetalingsperiode alsnog een re-integratieverslag over te leggen. Als bij de behandeling van de aanvraag blijkt dat het aan de werknemer te wijten is dat het re-integratieverslag niet is ingediend, dan kan het UWV een maatregel opleggen. Dit kan er toe leiden dat de betaling van de uitkering geheel of gedeeltelijk, blijvend of tijdelijk wordt geweigerd.

De verplichte bijstand van de arbo-dienst bij het opmaken van het re-integratieverslag heeft uitsluitend betrekking op het medische deel daarvan. Als er om enige reden langere tijd geen contact met de werknemer is geweest, is het de verantwoordelijkheid van de arbo-dienst om te beoordelen of een nieuw onderzoek noodzakelijk is om de benodigde informatie te kunnen verschaffen. De medische

217 CRvB 18 april 2012, L/JN BW3127.

218 Zo niet dan wordt de aanvraag niet in behandeling genomen, zie bijvoorbeeld CRvB 9 augustus 2006, L/JN AY6221.

219 F.M. Noordam, 'Donner is overbodig: over de samenhang van Donner, SUWI en poortwachter', SMA 2002/3, nr.3, p.164.

220 CRvB 26 januari 2011, L/JN BP2202. De werkgever kan dan overigens op grond van art. 7:629 lid 3 aanhef en sub f BW afzien van loondoorbetaling.

en arbeidskundige gegevens worden door de arbo-dienst zodanig vormgegeven en vastgelegd dat deze door het UWV zoveel mogelijk kunnen worden gebruikt voor de beoordeling van de WIA-aanvraag. In de praktijk zullen de verschillende onderdelen van het dossier niet volledig bij de werkgever zelf berusten.

Het tijdspad van de re-integratie volgt uit de wet en uit de Regeling procesgang. Het ziet er als volgt uit:

- Eerste ziektedag: (artikel 23 lid 2 WIA) werknemer meldt zich ziek.²²¹
- Uiterlijk na zeven dagen: de werkgever meldt de werknemer ziek bij de arbo-dienst (Toelichting bij Regeling procesgang).
- Binnen zes weken na eerste ziektedag: de arbo-dienst stelt een probleemanalyse op. Deze verplichting bestaat alleen als langdurig verzuim dreigt (artikel 2 lid 2 Regeling procesgang).
- Binnen acht weken: de werkgever en werknemer stellen gezamenlijk een plan van aanpak op (artikel 4 lid 1 Regeling procesgang).
- Binnen 42 weken: de werkgever meldt de werknemer ziek bij het UWV (artikel 38 lid 1 ZW).
- Periodieke evaluatie plan van aanpak, eventueel leidend tot bijstelling (artikel 25 lid 2 WIA en artikel 7:658a lid 3 BW).
- Werkgever houdt re-integratiedossier bij (artikel 25 lid 1 WIA).
- Tussen 46e en 52e week: verplichte eerstejaarsevaluatie van het plan van aanpak (artikel 4 lid 2 aanhef en sub b Regeling procesgang).
- Uiterlijk 15 weken voor het verstrijken van de periode van twee jaar: de werkgever stelt in overleg met de werknemer een re-integratieverslag op en verstrekt hiervan een afschrift aan de werknemer (artikel 25 lid 3 WIA).
- Uiterlijk 13 weken voor het verstrijken van de periode van twee jaar: de werknemer vraagt een WIA-uitkering aan bij het UWV met daarbij het re-integratieverslag. Dit is dus binnen 21 maanden na de eerste ziektedag (artikel 64 lid 3 WIA).
- Na twee jaar: in beginsel einde loondoorbetalingsverplichting (artikel 7:629 lid 1 BW) maar geen einde re-integratieverplichting.

Het begrip 'poortwachter' slaat op de rol die het UWV heeft: hij bepaalt door toetsing van het re-integratieverslag of de werknemer door de 'poort' mag naar een (mogelijke) WIA-uitkering.

6.6.7 Privacy en re-integratie

Bij de beoordeling van de medische mogelijkheden voor re-integratie spelen privacy-aspecten een rol.²²² Een eerlijk proces staat tegenover de medische privacy. Een werknemer werkte van 1951 tot 1990 bij Eternit. In 2005 meldde hij zich bij de Franse

²²¹ Bij aanspraak op ziekengeld in de zin van de ZW: uiterlijk de tweede dag van arbeidsongeschiktheid, waarbij de werkgever uiterlijk de vierde dag een melding bij het UWV doet (art. 38a lid 1 en 2 ZW).

²²² Diepgaand hierover: I. van der Helm, *De privacybescherming van de zieke werknemer*, (diss.) Kluwer: Deventer 2009, A.M.P. Rijkema, *Toegang tot het recht bij ziekte en arbeidsongeschiktheid*, (diss.) Kluwer: Deventer 2013, p.64-68. Zie ook § 6.3.6 over informatieverplichtingen.

socializekerheidsinstelling CPAM met de beroepsziekte asbestose (longkanker). Eternit kreeg een vragenlijst van CPAM over de arbeidsomstandigheden op het bedrijf. Op basis van een advies van een arts erkende CPAM vervolgens de beroepsziekte en meldde dat aan Eternit, wat zou leiden tot hogere arbeidsongeschiktheidspremies. Eternit tekende bezwaar en beroep aan, onder meer omdat er geen inzage was gegeven in de onderliggende medische stukken. Het EHRM moest in zijn arrest het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM) afwegen tegen het recht op privacy van de werknemer (artikel 8 EVRM).²²³ Volgens het EHRM is het recht op een eerlijk proces voldoende gewaarborgd als de werkgever aan de rechter kan verzoeken een onafhankelijke deskundige te benoemen, die na een eigen onderzoek de rechter en partijen kan informeren. Dat een rechter kan menen dat hij in een concreet geval voldoende informatie heeft en dan zo'n deskundigenonderzoek dus niet gelast, doet daar niets aan af. Verder is er sprake van een eerlijk proces als de werkgever procedureel over dezelfde gegevens beschikt en dus niet in een beduidend achtergestelde positie verkeert.²²⁴ Dat gold ook hier, omdat het CPAM evenmin de onderliggende medische stukken had, alleen een advies van een arts van een andere socializekerheidsinstantie.

Met de mogelijkheid medische gegevens aan een gemachtigde ter beschikking te stellen, die vervolgens de gegevens vertrouwelijk moet houden, voldoet de Nederlandse socializekerheidswetgeving aan de norm die het EHRM stelt.²²⁵ Arbeidsrechtelijk is er echter nauwelijks iets geregeld.²²⁶ De Wbp geeft weer dat gegevens omtrent de gezondheid van een werknemer en voor een goede uitvoering van wettelijke voorschriften, pensioenregelingen of cao's die voorzien in werknemersaanspraken rond gezondheid door de werkgever mogen worden verwerkt. Specifiek is voor verwerking van gezondheidsgegevens voor re-integratie en verzuimbegeleiding opgenomen dat dit niet moet gebeuren door de werkgever zelf, maar door iemand op wie een geheimhoudingsplicht rust.²²⁷ De meest voor de hand liggende persoon is de bedrijfsarts.²²⁸ De Wbp-bepalingen in vastlegging en gebruik van gezondheidsgegevens voor de werkgever botsen met andere re-integratieverplichtingen van de werkgever. Hij moet bijvoorbeeld aantekening houden over het verloop

223 EHRM 27 maart 2012, nr.20041/10 (Eternit/Frankrijk).

224 EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994/534.

225 Zoals neergelegd in bijvoorbeeld de artt. 103-110 WIA en art. 8:32 lid 2 Awb. Rijkkema meent dat de Nederlandse regeling zelfs teveel rekening houdt met de procespositie van de werkgever, p.20.

226 I. van der Helm, 'De spanning tussen recht op eerlijk proces werkgever en recht op privacy werknemer bij een beslissing over ziekte en arbeidsongeschiktheid', *TRA* 2012/11, p.30-32.

227 Art. 21 lid 2 Wbp. Uiteraard mogen gezondheidsgegevens worden verwerkt als de werknemer uitdrukkelijke toestemming heeft gegeven (art. 23 lid 1 sub a Wbp). De werkgever mag gezondheidsgegevens die hij heeft, daarnaast gebruiken voor de vaststelling, uitoefening of verdediging van een recht in rechte, art. 23 lid 1 sub c Wbp.

228 Ook anderen dan de bedrijfsarts kunnen bij de re-integratie zijn betrokken zoals verzuimconsulenten, re-integratiebedrijven, arboverpleegkundigen en casemanagers. Als die anderen taken uitvoeren die op het deskundigheidsgebied van de bedrijfsarts liggen dan is er sprake van delegatie. Ook niet-medisch geschoolden kunnen gedelegeerde taken uitoefenen. De eindverantwoordelijkheid blijft bij de bedrijfsarts, ook voor de bescherming van de privacy. Een ieder die een gedelegeerde taak uitoefent heeft recht op dat deel van het medische dossier, wat nodig is voor de uitvoering van die taak. I.J. de Laat en R.A. Heida, 'Privacy en de zieke werknemer: de gespannen verhouding tussen theorie en praktijk', *ArbeidsRecht* 2013/57.

van de re-integratie (artikel 25 WIA). De werkgever moet aan de bedrijfsarts verder alle noodzakelijke gegevens verstrekken over het verzuim zodat hij zijn taak bij de begeleiding naar behoren kan vervullen (artikel 2 lid 1 Regeling procesgang). Tegelijk kan de werkgever het loon opschorten als hij van de werknemer niet die inlichtingen krijgt, die nodig zijn om het recht op loon bij arbeidsongeschiktheid vast te stellen (artikel 7:629 lid 6 BW).

Op welke gegevens de werkgever recht heeft, is niet uitgemaakt. Het Cbp heeft wel vuistregels opgesteld waaruit volgt dat de werkgever in feite alleen mag vragen naar de vermoedelijke duur van de ziekte, lopende afspraken die moeten worden verzet, regresmogelijkheden en bepaalde vangnetsituaties.²²⁹ Vragen naar mogelijkheden en beperkingen zijn niet toegestaan omdat dat medisch is gekleurd. De werknemer die zich ziek meldt, hoeft niets te zeggen over aard en oorzaak van de ziekte; de werkgever mag daar ook niet naar vragen. Als de werknemer spontaan de aard en oorzaak meldt, mag de werkgever volgens het Cbp die informatie *alleen* vastleggen als hij daarmee in het kader van de gezondheidsbelangen van de werknemer rekening mee moet houden (zoals bijvoorbeeld epilepsie, suikerziekte, astma).²³⁰

Ik deel de mening van De Laat/Heida dat de strenge uitwerking die het Cbp voorstaat in de praktijk niet werkbaar is. Het kan lastig zijn om de bedrijfsarts de goede informatie te verschaffen om dreigend langdurig ziekteverzuim te signaleren en daar tijdig op in te spelen. Op zijn minst zou de spontaan gemelde verzuimredenen moeten kunnen worden vastgelegd en gedeeld met de bedrijfsarts. Rijkema is ook kritisch omdat voor het socialezekerheidsrecht bestuursrechtelijk wel is nagedacht over evenwicht tussen privacy en een eerlijk proces, maar arbeidsrechtelijk niet.²³¹

6.6.8 Tussenconclusie formele eisen

De re-integratie-activiteiten starten met de ziekmelding. De werkgever is verplicht om de ziekmelding te registreren en bij dreigend langdurig verzuim verdergaande stappen te zetten. Een belangrijk uitgangspunt bij de formele eisen aan re-integratie is dat die eisen er niet toe doen als een bevredigend resultaat is gehaald. De weg naar een bepaalde uitkomst is niet van belang, als de uitkomst maar voldoet. Hoewel dit lijkt op het adagium 'het doel heiligt de middelen' ligt het genuanceerder. De werkgever is immers op voorhand niet verzekerd van het bereiken van een bevredigend resultaat en bij het uitblijven daarvan wordt het al dan niet volgen van de formele stappen toch weer wel beoordeeld.

De probleemanalyse, het plan van aanpak en de evaluaties daarvan, de eerstejaars-evaluatie, het deskundigenoordeel en het aanwijzen van een casemanager zijn allemaal instrumenten die in belangrijke mate kunnen bijdragen aan een deugdelijk, voortvarend en gestructureerd verloop van de re-integratie. Het deskundigenoordeel

229 De Laat en Heida bij hun bespreking van het Cbp-rapport 'De zieke werknemer en privacy', 2008.

230 De Laat en Heida, Cbp-rapport 'De zieke werknemer en privacy', 2008, p.75-76.

231 Rijkema, p.64-68, zie bestuursrechtelijk artt. 103-110 WIA.

neemt daarbij een belangrijke plaats in. Het kan procedures voorkomen of het biedt de rechter meteen een belangrijk houvast bij het beslechten van geschillen. De deskundigenoordeelprocedure voorziet in een daadwerkelijke behoefte, van zowel werkgever als werknemer. Toch zijn er vanuit het oogpunt van transparantie, zorgvuldigheid en rechtsbescherming belangrijke bezwaren verbonden aan de huidige regeling van het deskundigenoordeel. De privacybescherming van de zieke werknemer voldoet sociaalzekerheidsrechtelijk aan de eisen van het EHRM. De omgang met medische informatie is arbeidsrechtelijk echter nauwelijks geregeld. De Wbp geeft een aantal regels, maar de uitleg daarvan door het Cbp is strenger dan de praktijk werkbaar acht.

6.7 Materiële vereisten aan re-integratie

Bij de Wet verbetering poortwachter is een aantal wetsartikelen ingevoerd, waarin de verantwoordelijkheid voor re-integratie nadrukkelijk bij werkgever en werknemer is gelegd.²³² Helemaal nieuw is de plicht voor de werkgever om aan re-integratie van arbeidsongeschikte werknemers te werken niet. Artikel 4 Arbowet bepaalt al sinds 1994 dat de werkgever een beleid moet voeren met betrekking tot het ziekteverzuim van de werknemers, waar re-integratie onder kan worden geschaard.²³³ Artikel 7:658a en 660a BW zijn de kern van de 'Poortwachterverplichtingen'. Deze artikelen zijn van kracht geworden op 1 april 2002 en zijn elk na een amendement ingevoerd.²³⁴ Artikel 7:658a BW is in de wetgeschiedenis genoemd als een codificatie van diverse arresten vanaf 1978, waarin de werkgeversplicht is ontwikkeld om op basis van goed werkgeverschap re-integratiemaatregelen te treffen.²³⁵

6.7.1 Codificatie

Bij de invoering van artikel 7:658a BW is door de wetgever naar voren gebracht dat het zou gaan om een codificatie van een reeks van arresten. Op die stelling is wel kritiek gekomen. Olbers merkt bijvoorbeeld op dat artikel 7:658a BW een strengere maatstaf aanlegt dan is af te leiden uit de jurisprudentie van de HR. De plicht om te zorgen voor re-integratie geldt bijvoorbeeld nu wettelijk ook voor werknemers die zelf (nog) geen aanbod tot aangepaste arbeid hebben gedaan. Bovendien bevat die wettelijke bepaling niet de in de rechtspraak opgenomen uitzondering dat de verplichting voor de werkgever niet geldt als dit redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.²³⁶ De regering was van mening dat in het eerste ziektejaar nog steeds een beroep kon worden gedaan op de jurisprudentie.²³⁷ Artikel 7:658a BW

232 Wet verbetering poortwachter zoals laatstelijk gewijzigd, Stb. 2009, 108, I.w.tr.: 25 maart 2009 Stb. 2009, 135.

233 P.E. van der Poest Clement en A.H.M. Boere (red.), *Handboek Arbowet rechten en verplichtingen toegelicht voor werkgever en werknemer*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p.55, I.P. Asscher-Vonk, 'Reïntegratie' in: *De zieke werknemer*, Deventer: Kluwer, p.150-151.

234 Stb. 2001, 628, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 678, nr.13 en nr.14.

235 *Kamerstukken II* 2000/01, 26 678, nr.13, p.3, zie ook de volgende paragraaf waarin de jurisprudentie van de HR wordt besproken.

236 M.M. Olbers, *Arbeidsovereenkomst* (losbl.), Deventer: Kluwer, aant. 19 bij art. 7:628 BW.

237 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 678, NV II, p.38, zie ook: Noordam 2002, p.162.

bevat daarnaast nova in de zin van de 're-integratie tweede spoor' en de toepassing daarvan op tijdelijk arbeidsongeschikten.²³⁸ Hoewel dus kan worden getwijfeld of eigenlijk echt wel sprake is van alleen maar codificatie, is in elk geval onmiskenbaar dat de rechtspraak van de HR een belangrijke bron is voor de re-integratieverplichtingen van werkgever en werknemer. Een kort overzicht is op zijn plaats.

Een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer, die bereid is de bedongen arbeid te verrichten voor het gedeelte waartoe hij in staat is, heeft recht op een passend gedeelte van zijn loon, maar alleen als van zijn werkgever kan worden gevergd van de aangeboden arbeid gebruik te maken. Of dat van de werkgever gevergd kan worden hangt af van de omstandigheden van het geval, waaronder de inhoud van het aanbod, de aard van de arbeid en de organisatie van het bedrijf.²³⁹

Als een voor de bedongen arbeid blijvend ongeschikte werknemer zich bereid verklaart andere passende arbeid te verrichten, die hij -voor zover doenlijk- heeft gespecificeerd, is de werkgever gehouden die werknemer in staat te stellen om arbeid te verrichten die voor zijn krachten en bekwaamheden is berekend en die hem met het oog op zijn opleiding en arbeidsverleden kan worden opgedragen. Dat wordt anders als op grond van door de werkgever te stellen en zo nodig te bewijzen omstandigheden moet worden geoordeeld dat dit redelijkerwijs van hem niet valt te vergen.²⁴⁰ Een voorbeeld waarin dit vanwege de aard van het werk en de organisatie van het bedrijf niet van de werkgever kon worden gevergd is te vinden in het arrest van de Hoge Raad van 5 februari 1988.²⁴¹ Daarin stelde de werknemer zich beschikbaar voor het alleen in dagdienst verrichten van werk, terwijl de bedongen arbeid ook nachtdiensten met zich meebracht.

Herplaatsing is niet beperkt tot vacatures maar kan ook het creëren van een passende werkplek inhouden. Als de werknemer de geschiktheid mist voor *alle* werkzaamheden waarvoor in het bedrijf van de werkgever eventueel, hetzij binnen een bestaande, hetzij binnen een te creëren functie, plaats zou kunnen zijn, is van de werkgever niet te vergen dat hij aan de werknemer welke arbeid dan ook aanbiedt.²⁴²

Een aanbod tot het vervullen van de door het UWV geduide functies is voldoende. Van bereidheid om passende arbeid te verrichten, is slechts sprake indien de werknemer doet blijken de 'bedongen'/aangeboden arbeid daadwerkelijk te zullen hervatten zodra de werkgever hiertoe de gelegenheid biedt, ook als de werknemer tegen de arbeidsgeschiktverklaring door het UWV beroep heeft ingesteld. De werkgever moet, op grond van zo'n aanbod van de werknemer, een concreet werkaanbod doen.²⁴³

238 Roozendaal 2002, p.308.

239 HR 3 februari 1978, NJ 1978, 248 (Roovers/De Toekomst).

240 HR 8 november 1985, NJ 1986, 309 (Van Haaren/Cehave), zie ook: HR 4 januari 1991, NJ 1991, 270.

241 HR 5 februari 1988, NJ 1988, 950.

242 HR 4 januari 1991 NJ 1991, 270 (Perez/Homburg).

243 HR 17 oktober 1997, JAR 1997/246 (Vendex/Van Roosmalen).

Er bestaat geen plicht voor de werkgever passend werk te zoeken als de werknemer niet aanbiedt dat te doen. Dit is het geval als de werknemer aanbiedt de *bedongen* arbeid te verrichten, terwijl enig tijdig en passend aanbod tot het verrichten van ander werk door hem niet is gedaan. Onder die omstandigheden kan niet worden gezegd dat voor de werkgever in het arrest -die overigens ontkende dat passend werk voorhanden was- de verplichting bestond naar ander passend werk voor de werknemer te zoeken.²⁴⁴

Onder omstandigheden kan van de werkgever worden gevergd dat hij de arbeidsorganisatie of arbeidsverdeling wijzigt of aanpast met het oog op het aanbod van de werknemer. Van belang is daarbij ook of de werkgever aanspraak kan maken op subsidies voor dergelijke wijzigingen of aanpassingen. Van de werkgever kan in het algemeen méér worden gevergd wanneer omstandigheden binnen de werksfeer tot arbeidsongeschiktheid hebben geleid.²⁴⁵

Een geheel arbeidsgeschikt verklaarde werknemer kan, voorafgaande aan de werkhervatting, geen eisen stellen ter zake van aanpassingen in de werkomstandigheden, ook niet als de werknemer het standpunt inneemt dat de door hem verlangde aanpassing verband houdt met de voorschriften van artikel 7:658 BW en artikel 3 Arbowet. De werkgever is niet tot doorbetaling van het loon verplicht zolang de werknemer de daadwerkelijke hervatting van de werkzaamheden afhankelijk stelt van voldoening vóóraf aan zijn wensen. *Nadat* de werknemer zijn werk heeft hervat, kan overleg mogelijk zijn over verdere aanpassingen om de kans op hernieuwde arbeidsongeschiktheid te verminderen.²⁴⁶

Van de werkgever kan in redelijkheid niet worden gevergd de werknemer te ontlasten van de werkzaamheden die hij vanwege zijn beperkingen niet meer kon verrichten door die werkzaamheden aan collega's op te dragen, als de frequentie van de gevallen waarin een beroep op collega's zou moeten worden gedaan zo hoog zou zijn dat dit niet van de collega's en ook niet van de werknemer zou kunnen worden gevergd.²⁴⁷

Óf er passende arbeid is, moet zo spoedig als redelijkerwijs mogelijk is worden onderzocht en daarover moet duidelijkheid worden verschaft aan de werknemer, die zich bereid heeft verklaard ander passend werk te doen. Als de werkgever daarmee in gebreke blijft, heeft hij zonder deugdelijke grond een werknemer niet in staat gesteld passende arbeid te verrichten, ook al zou later blijken dat passende arbeid niet voorhanden is.²⁴⁸

244 HR 9 februari 2001, *JAR* 2001/41 (Huntington/Filtec).

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

246 HR 3 maart 1995, *JAR* 1995/79 (Zwiers/Mestemaker).

247 HR 26 oktober 2001, *JAR* 2001/238 (Bons/Ranzijn), zie voor een toepassing daarvan Ktr. Roermond 26 augustus 2005, *JAR* 2005/228.

248 HR 17 januari 2003, *JAR* 2003/41 (Stal/UWV).

Uit het enkele feit dat aan de werknemer een volledige arbeidsongeschiktheidsuitkering is toegekend, volgt niet dat hij in het geheel niet meer zou kunnen werken, noch dat de werkgever niet gehouden zou zijn om hem passend werk te laten verrichten indien dat voorhanden is. In het licht van de volledige arbeidsongeschiktheid van de werkneemster had mogen worden verlangd dat zij nauwkeurig zou hebben gesteld welke onderdelen van de passende functie zij kon verrichten, waarbij voldoende en met medische argumenten moest worden onderbouwd welke specifieke werkzaamheden zij gelet op haar beperkingen nog zou kunnen verrichten.²⁴⁹

Wanneer een werknemer, die door ziekte blijvend ongeschikt is geworden tot het verrichten van de bedongen arbeid, zich jegens zijn werkgever bereid heeft verklaard andere passende arbeid te verrichten en zijn werkgever hem daartoe zonder deugdelijke grond niet in staat heeft gesteld, heeft de werknemer recht op zijn loon. Dat kan ook een passend gedeelte van het loon zijn te weten voor de door hem aangeboden en voor zijn krachten en bekwaamheden berekende arbeid. Als de werknemer in een dergelijk geval niet concreet aangeeft tot welke andere passende arbeid hij bereid en in staat is, moet er in beginsel van uit worden gegaan dat het gaat om arbeid waarvoor een beloning passend is die strookt met de in het kader van de bepaling van de mate van diens arbeidsongeschiktheid vastgestelde restverdiencapaciteit van de werknemer.²⁵⁰

Mede gelet op wat de werknemer had ondernomen om ander werk te krijgen, had het voor de werkgever voldoende duidelijk moeten zijn dat werknemer bereid was tot elk ander passend werk, ook na herscholing, ook in een andere plaats. Dit geldt zeker als de werkgever een zeer grote organisatie heeft en de werknemer onvoldoende zicht heeft op interne mogelijkheden. Een specifiek aanbod van de werknemer was daarom redelijkerwijs niet nodig en de werkgever had actief moeten zoeken of bemiddelen.²⁵¹

Artikel 7:660a BW legt voor de werknemer vast wat op basis van artikel 7:658a BW gelijkelijk voor de werkgever geldt. Na 1 april 2002 is de inhoud van de artikelen een aantal malen aangepast, met als belangrijkste wijziging het van kracht worden van de laatste volzin van artikel 7:658a lid 1 BW. Na die wijziging per 1 januari 2004 was een werkgever op grond van het BW verplicht om re-integratie bij een andere werkgever te bevorderen als interne mogelijkheden waren uitgeput. Die verplichting zou per 1 januari 2003 al van kracht hebben moeten worden, maar werkgevers zouden dan te weinig tijd hebben gehad zich op deze plicht voor te bereiden. De ingangsdatum werd daarom verschoven naar 1 januari 2004.²⁵² Op basis van artikel 8

249 HR 23 april 2004, *JAR* 2004/116 (De Vreede/SRK).

250 HR 18 maart 2005, *JAR* 2005/99, (Goorhuis/Sons), instemmend met deze benadering M.S.A. Vegter, noot onder *JAR* 2005/81. Hof Den Bosch 23 oktober 2007, *LJN* BC9658 over de plicht restcapaciteit aan te bieden.

251 Hof Den Haag 13 mei 2005, *RAR* 2005, 81 (X/TPG).

252 Besluit van 4 december 2002, *Stb.* 2002, 607.

Wet REA (oud) bestond echter al vanaf 1 januari 2003 de verplichting re-integratie elders te stimuleren voor werknemers die na die datum arbeidsongeschikt zijn geworden.²⁵³

Per 29 december 2005 is naast de WIA ook de Invoeringswet WIA van kracht geworden. In die laatste wet zijn wijzigingen van artikel 7:658a BW doorgevoerd. De wijzigingen vloeiden voort uit de afschaffing van artikel 8 Wet REA, waarbij het de bedoeling was de plichten uit artikel 8 Wet REA over te plaatsen naar het BW. Dat is niet één-op-één gedaan: de REA-plicht om de re-integratiewerkzaamheden uit te besteden, is bijvoorbeeld komen te vervallen. Doet de werkgever dat niettemin toch, dan regelt het vijfde lid de gegevensstroom tussen werkgever/arbo-dienst en het re-integratiebedrijf.²⁵⁴

6.7.2 Geheel of gedeeltelijk, tijdelijk of blijvend

In de re-integratieplicht van artikel 7:658a BW wordt geen onderscheid gemaakt tussen de werknemer die:

- tijdelijk een deel van zijn bedongen arbeid niet kan verrichten of
- blijvend een deel van zijn bedongen arbeid niet kan verrichten of
- tijdelijk de gehele bedongen arbeid niet kan verrichten of
- blijvend de gehele bedongen arbeid niet kan verrichten.²⁵⁵

De werknemer is in elk van de bovengenoemde situaties volledig arbeidsongeschikt in de zin van artikel 7:629 BW, want arbeidsongeschiktheid in de zin van het BW is ondeelbaar. Of werkherhvatting in een andere functie tijdelijk is in het kader van de re-integratie of blijvend als afsluiting van de re-integratie, hangt af van de omstandigheden van het geval.²⁵⁶ De CRvB meent in elk geval dat volledige maar niet duurzame arbeidsongeschiktheid de re-integratie niet in de weg hoeft te staan.²⁵⁷

Verkade meent in het algemeen dat voor een volledig arbeidsongeschikte werknemer (in de zin van de WAO) van de werkgever minder re-integratie-inspanningen kunnen worden verlangd dan bij gedeeltelijk arbeidsongeschikten. Hij meent dat het financiële belang van de volledig arbeidsongeschikte werknemer bij herplaatsing in het algemeen minder groot is dan het financiële belang van de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer.²⁵⁸ Ik betwijfel of die redenering ook opgaat onder de WIA. Het financiële belang bij volledig maar niet duurzaam arbeidsongeschikten is hier evengoed wezenlijk. Hoogendijk vindt dat voor het tijdelijk verrichten van (andere) passende arbeid minder van de werkgever kan worden gevergd dan voor

253 Invoeringswet SUWI, Stb. 2001, 625 jo. art. 7.10 lid 2 Regeling SUWI (Stcrt. 2002, 2) zoals gewijzigd bij Besluit van 29 november 2002 (Stcrt. 2002, 238), CRvB 13 juli 2005, USZ 2005/289, HR 29 april 2005, JAR 2005/137.

254 Kamerstukken II 2004/05, 30 118, nr.3, p.157.

255 Disselkoen, p.30, Roozendaal 2002, p.308. De laatste categorie moet worden onderscheiden van de groep die blijvend geen enkele arbeid kan verrichten (geen benutbare mogelijkheden).

256 Bijvoorbeeld Ktr. Lelystad, 16 november 1998, JAR 1999/4.

257 CRvB 4 mei 2011, L/JN BQ3800.

258 A-G D.W.F. Verkade, conclusie onder HR 23 april 2004, JAR 2004/116 (De Vreede/SRK), onder 4.15.

het blijvend verrichten van andere passende arbeid.²⁵⁹ Mocht de zieke werknemer zelfs na aanpassing van de werkplek of van de organisatie van de werkzaamheden (voorlopig) zijn eigen werk niet kunnen hervatten, dan kan hij in de tussentijd andere passende arbeid verrichten. Roozendaal constateert verschillen in de rechtspositie van de arbeidsongeschikte werknemer die in verband daarmee fulltime een deel van de oude functie verricht en de arbeidsongeschikte werknemer die parttime de volledige oude of een passende andere functie uitvoert.²⁶⁰

Als de werknemer blijvend arbeidsongeschikt is, zou het bij re-integratie eerder voor de hand liggen een nieuwe arbeidsovereenkomst te sluiten dan bij tijdelijke arbeidsongeschiktheid.²⁶¹ Blijvende arbeidsongeschiktheid voor de oorspronkelijke arbeid zonder een nieuwe arbeidsovereenkomst voor andere arbeid leidt ertoe dat na het verrichten van passende arbeid gedurende ten minste vier weken bij nieuw ziekteverzuim géén nieuwe arbeidsongeschiktheidsperiode start én dat geen nieuwe ontslagbeschermingsperiode van twee jaar begint. De passende arbeid is namelijk niet 'zijn arbeid' uit artikel 7:629 lid 10 BW en artikel 7:670 lid 1 BW, zodat de ziekteperiode met het verrichten van de passende arbeid niet is onderbroken.²⁶² Wordt bij blijvende arbeidsongeschiktheid wél een nieuwe arbeidsovereenkomst aangegaan, dan geldt het omgekeerde: de werknemer is niet langer arbeidsongeschikt, bij ziekte kan een nieuw recht op loondoorbetaling gedurende 104 weken ontstaan en bij een nieuwe arbeidsongeschiktheid gaat er nieuwe opzegbescherming gedurende twee jaar gelden.²⁶³ De passende arbeid is namelijk door het sluiten van de nieuwe arbeidsovereenkomst wel 'zijn' (of de 'bedongen') arbeid geworden.²⁶⁴ De stilzwijgende overgang van passende arbeid naar bedongen arbeid wordt wel bepleit, maar de mogelijkheid staat nog niet ondubbelzinnig vast.²⁶⁵ Met de uitspraak van de HR in Kummeling/Oskam²⁶⁶ is daarin iets meer duidelijkheid gekomen. Verderop besteed ik daar aandacht aan (§ 6.7.9).

6.7.3 Volgorde van re-integratie

Westerveld heeft in twee artikelen een algemene inleiding over uitgangspunten bij re-integratie geschreven.²⁶⁷ De kern van de Wet verbetering poortwachter zit in artikel 7:658a BW dat de re-integratieplicht van de werkgever vastlegt. Lid 1 maakt

259 B. Hoogendijk, *De loondoorbetalingsverplichting gedurende het eerste ziektejaar*, (diss.) Gouda: Quint 1999, p.111.

260 Roozendaal 2002, p.314.

261 Roozendaal 2002, p.313.

262 Hof Leeuwarden 22 augustus 2007, *LJN* BB2223. Hetzelfde geldt bij hernieuwde uitval tijdens het verrichten van re-integratiewerkzaamheden, zie voor een ambtenarenzaak Rb. Breda 7 mei 2007, *LJN* BA4830.

263 Disselkoen, p.35.

264 E.H. van Stigt Thans, 'Reactie op het artikel 'Passende arbeid bij een derde anno 2004'', *Sociaal Recht* 2004/9, p.314, Ktr. Leeuwarden 20 maart 2001, *JAR* 2001/149, Ktr. Rotterdam 21 januari 2000, *JAR* 2001/181 en over deze begrippen ook Hof Den Bosch 6 januari 2009, *LJN* BH 0657.

265 C.J. Frikkee, 'Wijziging passende arbeid in de bedongen arbeid', *TRA* 2009/4, p.21-22, annotatie onder Hof Den Bosch 6 januari 2009, *LJN* BH 0657, waarin deze wijziging wel werd aangenomen.

266 HR 30 september 2011, *LJN* BQ8134.

267 M. Westerveld, *TRA* 2009/76 en *TRA* 2011/68.

duidelijk dat het een inspanningsplicht betreft ('bevorderen').²⁶⁸ Niettemin moet de werkgever heel wat doen om aan die inspanningsplicht te voldoen. In het algemeen moet de werkgever zo tijdig mogelijk zodanige maatregelen treffen en aanwijzingen verstrekken (of door zijn arbo-dienst laten verstrekken) als redelijkerwijs nodig, zodat de arbeidsongeschikte werknemer de eigen of andere passende arbeid kan gaan verrichten. De wet geeft in artikel 7:658 a BW een volgorde van re-integratie aan:

- primair gericht op terugkeer in de eigen functie, die eventueel is aangepast;
- als dat niet kan terugkeer in een andere, passende functie binnen het bedrijf, die eventueel is gecreëerd;
- als dat niet kan plaatsing bij een andere werkgever (tweede spoor).

Lange tijd is in de rechtspraak aangenomen dat de werknemer geen recht had op feitelijke tewerkstelling in die eigen of passende arbeid. Er bestond voor hem op grond van artikel 7:628 BW slechts recht op loon voor dát gedeelte van de arbeid waarvoor hij bereid en in staat was die te verrichten. Of de invoering van artikel 7:658a BW daarin verandering heeft gebracht, staat niet vast.²⁶⁹ Mij lijkt dat bij arbeidsongeschiktheid een recht op (weder)tewerkstelling in de eigen of passende arbeid kan worden verdedigd. Dat is te baseren op het apart opnemen van de re-integratieplicht in artikel 7:658a BW en niet in de 'loonartikelen' 7:628 of 629 BW, op de tekst van het artikel én op de ratio achter de Wet verbetering poortwachter (meer succes voor re-integratie en daarmee verhogen arbeidsparticipatie). Als er werk voorhanden is als bedoeld in artikel 7:658a BW dan zou de zieke werknemer de vervulling daarvan kunnen opeisen.

Als vaststaat dat de eigen arbeid niet meer kan worden verricht *en* in het bedrijf van de werkgever geen andere passende arbeid voorhanden is, bevordert de werkgever ten slotte de inschakeling van de werknemer in voor hem passende arbeid in het bedrijf van een andere werkgever (tweede spoor). Van de werkgever wordt deze volgorde van re-integratie-inspanningen verlangd.²⁷⁰ Een te vroeg 'oversteken' naar een volgend re-integratiespoor, zonder dat van het vorige *vaststond* dat het geen mogelijkheid meer inhield, is door de rechter bestraft.²⁷¹ Arbeidsrechtelijk is de volgorde dus strikt.

De CRvB heeft niettemin geoordeeld dat de werkgever tegenover het UWV gehouden kan zijn zowel eerste als tweede spoor *naast elkaar* te bewandelen. Dat is zo in

268 J.H. Kwantes 'Verzuim en reïntegratie' in: J.P. Popma (red.), *Het recht op veilige, gezonde en waardige arbeid*, Gelling Publishing: Nieuwerkerk aan den IJssel 2008, p.124.

269 Roozendaal 2002, p.312 en D.J. Buijs, 'Loonvordering in verband met mislukte reïntegratie', *Sociaal Recht* 2003/20, p.87 menen van niet, anders: V. Disselkoen, 'De zieke werknemer: reïntegratie vanuit de civielrechtelijke invalshoek', *ArbeidsRecht* 2003/40, p.34.

270 *Handelingen II* 21 juni 2001, 90-5706, *Kamerstukken I* 2000/01, 27 678, nr.37a, p.19-20 en 26, Beleidsregels beoordelingskader poortwachter.

271 Ktr. Bergen op Zoom 24 maart 2004, *Prg.* 2004/6218, Ktr. Den Bosch 14 juli 2008, *LJN* BD7625 en Ktr. Utrecht 31 juli 2014, *ECLI:NL:RBMNE:2014:3247*, die het tweede spoor vanaf het tweede ziektejaar aan de orde acht, tenzij eerder duidelijk was dat het eerste spoor tot mislukken gedoemd zou zijn.

bijvoorbeeld het geval dat het nog niet is gekomen tot gedeeltelijke werkhervatting in het eigen werk en er ook geen concreet uitzicht is dat dit op korte termijn zal gebeuren.²⁷² Dit naast elkaar bewandelen zou in overeenstemming zijn met de wil van de wetgever om een zo snel mogelijke en duurzame re-integratie te bewerkstelligen bij de eigen of een andere werkgever. Ook aan artikel 7:658a BW ligt volgens de CRvB de gedachte ten grondslag dat re-integratie bij een andere werkgever moet worden bevorderd als niet te verwachten is dat de werknemer binnen een redelijke termijn het werk bij de eigen werkgever kan hervatten.²⁷³ In elk geval moet het tweede spoor (ook) worden ingezet vanaf de eerstejaarsevaluatie van de re-integratie,²⁷⁴ ook bij een ernstig arbeidsconflict²⁷⁵ en los van uitkomsten van nader medisch onderzoek bij de werknemer.²⁷⁶ De Werkwijzer geeft een ander voorbeeld waarin re-integratie bij de eigen werkgever en een andere werkgever door elkaar lopen: de zoektocht naar ander werk van een lager functieniveau binnen de eigen organisatie is pas toegestaan, als in tweede spoor geen werk voorhanden blijkt op het eigen niveau.²⁷⁷

Of uit de wet inderdaad is af te leiden dat de werkgever meerdere sporen tegelijk moet bewandelen, waag ik te betwijfelen. De tekst is duidelijk en ook in de wetsgeschiedenis zie ik geen duidelijke ondersteuning voor het standpunt van de CRvB. De reikwijdte van de re-integratie wordt hiermee sociaalzekerheidsrechtelijk een stuk opgerekt. Bovendien is het verwarrend dat de Kantonrechter de werkgever kan afrekenen op het *te vroeg* gaan volgen van spoor 2, terwijl het UWV een loonsanctie op kan leggen bij het *te laat* gaan volgen van (ook) spoor 2. Nu de volgorde van re-integratie-inspanningen is besproken, kan worden onderzocht welke regels gelden voor de inspanningen bij elk van de genoemde 'sporen'.

6.7.4 Beoordelingskader voor re-integratie-inspanningen

Het UWV beoordeelt of werkgever en werknemer in redelijkheid hebben kunnen komen tot de re-integratie-inspanningen die zijn verricht.²⁷⁸ Omdat voorheen een breed gedragen normering van de door werkgever en werknemer te leveren re-integratie-inspanningen ontbrak, konden de uitvoeringsinstellingen die niet op een uniforme en transparante wijze toetsen. Daarom heeft het UWV in samenspraak met alle bij 'poortwachter' betrokken organisaties (zoals werkgevers- en werknemersorganisaties) een beoordelingskader voor de re-integratie-inspanningen

272 Hoewel het ook niet uitgesloten is, omdat bijvoorbeeld nog operaties of behandelingen op het programma staan.

273 CRvB 18 november 2009, LjN BK3717; 'Niet te verwachten' is een andere toets dan de term die in art. 7:658a BW is opgenomen: 'vaststaat'.

274 CRvB 11 april 2012, LjN BW2233.

275 CRvB 22 februari 2012, LjN BV6619.

276 CRvB 18 april 2012, LjN BW3130.

277 Werkwijzer RIV-toets 2011, par. 5.2.2, p.21.

278 De Wet verbetering poortwachter is met ingang van 1 april 2002 van kracht geworden. Onderdeel daarvan was de invoering van artikel 34a lid 1 WAO, waarin deze toets staat. Met de invoering van de WIA per 29 december 2005 is voor arbeidsongeschiktheidsgevallen van ná 1 januari 2004 een soortgelijk regime van kracht (artikel 65 WIA).

vastgesteld.²⁷⁹ De wettelijke basis voor de Regeling beleidsregels beoordelingskader poortwachter (Beoordelingskader) ligt in artikel 71a lid 9 jo. lid 10 WAO en artikel 25 lid 9 tot en met 16 WIA. Het Beoordelingskader bevat volgens de toelichting geen nieuw UWV-beleid en ook geen UWV-voorschriften. Het geeft een door alle partijen onderschreven interpretatie en nadere uitwerking van de criteria, waaraan re-integratie-inspanningen moeten worden getoetst. De inhoud is gebaseerd op wettelijke voorschriften, jurisprudentie en algemeen aanvaarde standdaarden en protocollen.²⁸⁰ Het Besluit waarbij het beoordelingskader is vastgesteld, bestaat uit twee artikelen en een bijlage: de materiële bepalingen zijn opgenomen in de bijlage, waarnaar in artikel 1 van het Besluit wordt verwezen. Uit artikel 2 volgt dat het Besluit in werking trad op 8 december 2002.²⁸¹

Concreet geeft het UWV in het Beoordelingskader een opsomming van vragen rond de 'Poortwachterplichten' en medische en arbeidskundige aspecten waarop hij antwoord zal willen krijgen.²⁸² Uiteindelijk leidt de toetsing van de antwoorden tot het oordeel dat met het re-integratietraject een 'bevredigend' of een 'onbevredigend' resultaat is bereikt. Het UWV toetst tegen de achtergrond van het doel van de 'Poortwachterplichten', namelijk om bij ziekte te voorzien in een tijdige en adequate verzuim- en re-integratieaanpak, waardoor het functioneren van de werknemer in de arbeid zo snel en volledig mogelijk wordt hersteld en langdurig verzuim en WIA-instroom wordt voorkomen.

De CRvB heeft vastgesteld dat het UWV met dit Beoordelingskader blijft binnen de grenzen die artikel 25 lid 9 WIA, artikel 7:658a BW en de Regeling procesgang stellen.²⁸³ Het Beoordelingskader is in circulaire 09C002 van 2 maart 2009, uitgewerkt zodat UWV een uniform loonsanctiebeleid hanteert. De circulaire bevat aandachtspunten voor de Landelijke Loonsanctie Commissie die binnen het UWV de consistentie van de verschillende loonsanctiebesluiten bewaakt. De circulaire geldt als een concretisering van het Beoordelingskader, maar is niet openbaar.²⁸⁴ Het niet volgen

279 Andere betrokken organisaties bij de vaststelling van het beoordelingskader zijn: de CG-Raad, arbo-diensten, de beroepsverenigingen van bedrijfsartsen, verzekeringsartsen en arbeidsdeskundigen, de ministeries van SZW, Volksgezondheid, Welzijn en Sport en de particuliere verzekeraars.

280 Concreet gaat het dan om art. 25, 28 en 71a WAO, 25 en 28 WIA, 7:658a en 660a BW, de arresten Roovers/De Toekomst (NJ 1978/248), Van Haaren/Cehave (NJ 1986/309) en Goldsteen/Roeland (NJ 1992/441) en het Schattingsbesluit, met daarbij bijv. de NVAB-richtlijn 'Lage Rugpijn' en de STECR-werkwijzer 'Arbeidsconflicten'.

281 Regeling van 3 december 2002, Stcrt. 2002, 236. Nadien is het beoordelingskader gewijzigd bij besluit van 20 januari 2005 en in werking getreden per 1 maart 2005 (Regeling van 20 januari 2005, Stcrt. 2005, 79). Door de wijziging is aan de bijlage één hoofdstuk toegevoegd dat betrekking heeft op de re-integratie-inspanningen voor werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Het beoordelingskader is herzien vanwege de ervaringen met de vorige beleidsregels, de invoering van de verlenging van loondoorbetaling bij ziekte naar 104 weken per 1 januari 2004 én de invoering van de WIA per 29 december 2005. De herziening is van kracht geworden op 18 november 2006, Stcrt. 2006, 224.

282 Beleidsregels beoordelingskader poortwachter, p.3.

283 CRvB 28 oktober 2009, LjN BK1570 en CRvB 18 november 2009, LjN BK3717. Zie ook *Kamerstukken II* 2004/05, 30 034, nr.3, p.35.

284 CRvB 17 augustus 2011, LjN BR5270.

van de circulaire levert strijd met de wet op.²⁸⁵ Naast de circulaire is er vanaf maart 2011 ook een werkwijzer voor arbeidsdeskundigen en verzekeringsartsen van UWV voor de beoordeling van het re-integratieverslag, de zogeheten 'RIV-toets in de praktijk'. Het is een weergave van 'best practices'. Het doel van de Werkwijzer is zowel concrete beoordelingscriteria als praktische aanwijzingen te bieden aan de verzekeringsarts en de arbeidsdeskundige. Op die manier kan kwaliteit worden verbeterd en uniformiteit worden bevorderd. De juridische status van de Werkwijzer is nog niet getoetst.²⁸⁶

Het UWV buigt zich dus in het kader van de beoordeling van een WIA-aanvraag over de (voor)vraag of werkgever en werknemer 'in redelijkheid hebben kunnen komen tot de re-integratie-inspanningen die zijn verricht'. Volgens de regering is het verrichten van voldoende re-integratie-inspanningen een polisvoorwaarde voor de arbeidsongeschiktheidsverzekering. Werkgever en werknemer moeten er alles aan doen om een beroep op die verzekering te voorkomen.²⁸⁷ De CRvB hanteert een vaste lijn dat de beoordeling van de re-integratie-inspanningen los staat van andere beoordelingen van de arbeidsongeschiktheid. Veelvuldig wordt tegen een loonsanctie aangevoerd dat uit de (uiteindelijke) WIA-beschikking blijkt dat de werknemer inderdaad te grote beperkingen had en dat de werkgever dus niets anders of niets meer kon doen of had kunnen doen aan re-integratie. Volgens de CRvB zegt de uitkomst van een WGA-oordeel niets over het al dan niet hebben verricht van voldoende re-integratie-inspanningen door de werkgever.²⁸⁸ Hetzelfde geldt voor het krijgen van een IVA-uitkering.²⁸⁹ Rb. Amsterdam vond dat ook het oordeel van het UWV omtrent volledige arbeidsongeschiktheid in een ontslagvergunningsprocedure niets zegt over het achterwege kunnen laten van re-integratie-inspanningen, als in de ontslagprocedure werd aangenomen dat er geen duurzaam benutbare mogelijkheden bestonden.²⁹⁰

In het Beoordelingskader verklaart het UWV zelf dat zij dit kader hanteert uit hoofde van haar wettelijke taak om bij een WIA-aanvraag re-integratie-inspanningen te toetsen. Omdat die toets kan leiden tot een bestuursrechtelijke sanctieoplegging, te weten een verlenging van de loondoorbetalingsverplichting of een korting op een WIA-uitkering (of WW), geeft het UWV aan bij de motivering van dergelijke sancties naar het Beoordelingskader te zullen verwijzen. Hoewel het Beoordelingskader vooral van belang is in de relatie tussen UWV en werkgever respectievelijk

285 CRvB 22 februari 2012, LjN BV8096, de circulaire is op zichzelf toegestaan en blijft binnen het kader van de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter.

286 C. van der Krogt, 'Het tweede-spoortraject als struikelblok voor een juiste re-integratie van de zieke werknemer', *ArbeidsRecht* 2013/58. Fluit noemt het 'slechts' een interne instructie maar wijst wel op discrepantie met art.65 WIA en de Beleidsregels, P.S. Fluit, 'De loonsanctie en het tweede spoor' in: G.C. Boot, *De zieke werknemer in beweging*, Sdu Uitgevers: Den Haag, p.38. Zijn standpunt lijkt correct, p.57.

287 Barentsen/Fleuren-van Walsem, p.21.

288 Zie o.m. CRvB 2 november 2011, LjN BU3224, CRvB 18 april 2012, LjN BW3132 en CRvB 9 mei 2012, LjN BW5838.

289 CRvB 14 december 2011, LjN BU7955.

290 Rb. Amsterdam 11 november 2011, LjN BU8675.

werknemer, gaat er een reflexwerking van uit voor de relatie tussen werkgever en werknemer. Concreet volgt uit de Regeling procesgang namelijk dat zij afspraken moeten maken over re-integratie. Bij het maken van die afspraken kan het Beoordelingskader hen een houvast bieden voor wat redelijk is.²⁹¹ Het UWV noemt in de toelichting uitdrukkelijk ook deze functie. De arbeidsrechtelijke re-integratie-inspanningen van werkgever en werknemer en de bestuursrechtelijke verhouding tussen werkgever/werknemer en UWV liggen in elkaars verlengde, waarbij de CRvB van mening is dat de verhouding tussen werkgever en UWV niet wordt beheerst door artikel 7:658a BW maar door (onder andere) artikel 25 WIA.²⁹² Uitgangspunt in arbeidsrechtelijke jurisprudentie is dat werkgever en werknemer van elkaar niet méér kunnen verwachten dan redelijk is. Het UWV toetst eveneens aan de hand van de redelijkheid.

Daarnaast lijkt een rol weggelegd voor het Beoordelingskader bij het vragen van een deskundigenoordeel. Een werkgever of werknemer kan aan het UWV verzoeken een deskundigenoordeel te geven over de vraag of de werkgever ten aanzien van zijn zieke werknemer voldoende en geschikte re-integratie-inspanningen heeft verricht.²⁹³ In de regel wordt zo'n oordeel gevraagd in de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid. Het ligt voor de hand dat het UWV bij het onderzoek in het kader van zo'n deskundigenoordeel teruggrijpt op het Beoordelingskader. Artikel 32 SUWI biedt overigens geen mogelijkheid om een deskundigenoordeel te vragen of de re-integratie-inspanningen van de werknemer *in het algemeen* voldoende en geschikt zijn.²⁹⁴ Zo'n oordeel blijft beperkt tot de vraag of de werknemer artikel 7:660a BW heeft nageleefd.

Vervolgens kan het Beoordelingskader een rol spelen bij ontslagvergunningaanvragen tijdens arbeidsongeschiktheid. Bij een ontslagvergunningaanvraag vanwege het niet-naleven door de werknemer van de verplichtingen uit artikel 7:660a BW, neemt de arbeidsjuridische dienst van het UWV in zijn besluitvorming een advies van het UWV daarover mede in beschouwing (artikel 5:1 lid 4 Ontslagbesluit). Het lijkt vanzelfsprekend dat het UWV dat advies opstelt gebruikmakend van het Beoordelingskader.

6.7.5 Plichten van de werkgever

In het Beoordelingskader geeft het UWV aan dat de 're-integratie-inspanningen' worden getoetst. Daarbij wordt volgens de toelichting bedoeld op elementen zoals die zijn opgenomen in artikel 25 en 28 WIA én artikel 7:658a en 660a BW.²⁹⁵ Op grond van deze artikelen is een onderscheid te maken tussen verplichtingen en inspanningen. In de Beleidsregels verlenging loondoorbetaling poortwachter (Beleidsregels)

291 P.S. Fluit, 'Beoordelingskader re-integratie-inspanningen', *Sociaal Recht* 2003/23, p.93.

292 CRvB 13 juli 2005, *USZ* 2005/289.

293 Art. 32 lid 1, 2 en 3 SUWI.

294 Kritisch daarover: P.S. Fluit, 'Beoordelingskader re-integratie-inspanningen', *Sociaal Recht* 2003/23, p.95.

295 Noordam meent dat het in feite alleen gaat om toetsing van artikel 8 en 9 REA (oud), Noordam 2002, p.164.

wordt een definitie gegeven van 're-integratieverplichtingen': *'de verplichtingen van de werkgever, genoemd in artikel 71a WAO en de in dat artikel bedoelde regelingen.'*²⁹⁶ Onder 're-integratie-inspanningen' worden verstaan: *'maatregelen, voorschriften en aanpassingen als bedoeld in artikel 7: 658a BW'*.²⁹⁷ Noordam is kritisch over de definitie van re-integratie-inspanningen in een beleidsregel. Hij meent dat op die manier een sanctie vanwege het plegen van te weinig re-integratie-inspanningen in strijd komt met de rechtszekerheid.²⁹⁸ Kort en goed komt het onderscheid neer op administratieve re-integratieverplichtingen en inhoudelijke re-integratie-inspanningen. De administratieve verplichtingen zijn hiervoor al besproken (§ 6.6). De inhoudelijke inspanningen worden in de WIA niet toegelicht, maar wel in artikel 7:658a lid 2 BW.

Daarin staat dat van een werkgever zo tijdig mogelijk die 'maatregelen en aanwijzingen' kunnen worden geleverd die 'redelijkerwijs nodig' zijn om re-integratie in eigen of andere passende arbeid te bereiken. Dat wijkt af van de 'redelijke voorschriften' waaraan de werknemer op grond van artikel 7:660a BW gevolg moet geven, maar aannemelijk is dat van een werkgever alleen het redelijke kan worden verlangd.²⁹⁹

Een van de belangrijkste maatregelen in de zin van artikel 7:658a BW is het aanpassen van de arbeidsplaats, dat ook een nog specifiekere wettelijke basis heeft. Op grond van artikel 4 lid 1 Arbeidsomstandighedenwet is de werkgever verplicht de inrichting van de arbeidsplaats, de werkmethode, de bij de arbeid gebruikte arbeidsmiddelen en de arbeidsinhoud aan te passen aan zijn zieke werknemer. De titel van dit artikel luidt 'Aanpassing arbeidsplaats werknemer met structurele functionele beperking' maar de tekst ziet op elke werknemer *'die in verband met ongeschiktheid ten gevolge van ziekte verhinderd is de bedongen arbeid te verrichten'*. Deze plicht is een verbijzondering van de verplichting uit artikel 7:658a BW en kan worden gezien als een *lex specialis*. Artikel 2 Wgb h/cz verplicht daarnaast om voor de werknemer met een (vermeende) handicap of chronische ziekte naar behoefte doeltreffende aanpassingen te verrichten tenzij deze voor de werkgever een onevenredige belasting vormen. Bij de bepaling wat een 'doeltreffende aanpassing' is, wordt onder meer aangesloten bij re-integratiewetgeving en bij jurisprudentie daarover.³⁰⁰

296 Art. 1 sub d Besluit beleidsregels verlenging loondoorbetaling poortwachter, Regeling van 12 maart 2003, Stcrt. 2003, 54. Dit betreft ook art. 25 WIA, te weten lid 1 tot en met 5 en lid 7.

297 Het UWV definieert wel, maar de definities zijn niet zuiver: via art. 71a lid 2 WAO (nu: art. 25 lid 2 WIA) behoort het opstellen en evalueren van een plan van aanpak tot de re-integratieverplichtingen, terwijl dat op grond van art. 7:658a lid 3 BW tegelijkertijd ook hoort tot de re-integratie-inspanningen. CRvB 13 juli 2005, USZ 2005/289 m.nt. B. Barentsen meent bovendien dat de rechtsverhouding tussen UWV en werkgever niet wordt beheerst door art. 7:658a BW, zodat een verwijzing naar dat artikel, om een maatregel op te baseren geen zuivere grondslag oplevert.

298 F.M. Noordam, 'De loonsanctie, beslist niet het mooiste kind van de poortwachter', SMA 2003/10, nr.10, p.441, Rijkema lijkt het daar mee eens.

299 Art. 65 WIA; ik hecht geen doorslaggevende betekenis aan het gebruik van het woord 'aanwijzingen' in art. 7:658a BW en het woord 'voorschriften' in art. 7:660a BW noch aan het gebruik van 'redelijkerwijs nodig' in art. 7:658a BW in plaats van 'redelijk' in art. 7:660a BW, omdat ik meen dat daarmee geen materieel verschil is beoogd. In elk geval is in de wetgeschiedenis het verschil in terminologie niet toegelicht of gemotiveerd.

300 *Kamerstukken II 2001/02, 28 169, nr.3, p.9.*

Van de werkgever kan worden verwacht om functies te 'herverkavelen' om op die manier passend werk aan de werknemer aan te kunnen bieden.³⁰¹ Dat kan betekenen dat de werknemer van bepaalde deeltaken wordt uitgezonderd (aanpassing eigen arbeid) maar ook dat de werkgever bepaalde taken van anderen afzondert en daarvan een nieuwe functie maakt (creëren passende arbeid).³⁰² Het aangeboden werk moet ten minste een behoorlijke loonwaarde hebben om als passend te worden gezien.³⁰³ De werkhervatting moet een structureel karakter hebben; de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt als uitgangspunt genomen. Pas wanneer een aanstelling voor onbepaalde tijd in de eigen organisatie niet mogelijk is, kan bij een andere werkgever een aanstelling van ten minste zes maanden worden geaccepteerd.³⁰⁴ De maatregel of het voorschrift moet re-integratie tot doel hebben. Opvularbeid of losse klusjes kunnen dus niet aan de arbeidsongeschikte werknemer worden opgedragen,³⁰⁵ hoewel denkbaar is dat dit -bij gebreke van structurele alternatieven- tijdelijk wél mag gebeuren om de band met collega's en het ritme van het arbeidsproces in stand te houden. Dit mag echter niet ten koste gaan van de re-integratie-inspanningen gericht op 'echt' werk. Bij de interne opties komt steeds de vervolgvraag aan de orde of in redelijkheid van de werkgever kan worden verlangd de gevonden mogelijkheden ook inderdaad aan te bieden. De werkgever moet daartoe immers vaak zijn bedrijfsvoering aanpassen. Al in het arrest Goldsteen/Roeland bepaalde de HR dat geen andere maatstaf moet worden aangelegd bij de beoordeling van wat van de werkgever kan worden gevergd, als het gaat om het aanbieden van een deel van de bedongen arbeid of van passende, andere arbeid. De Kantonrechter Utrecht vond dat een werkgever het aanbod van de chronisch zieke werknemer om de 'loonvormende arbeid' op vier dagen thuis en één dag op kantoor te mogen blijven doen, moest accepteren ook al was het thuiswerkbeleid inmiddels aangepast.³⁰⁶ Ook bij het aanbieden van tijdelijk werk moet eerst worden aangesloten bij de aard en het niveau van de eigen arbeid, waarbij uiteraard de medische belastbaarheid niet mag worden overschreden. Pas daarna kan eventueel worden gezocht naar tijdelijke passende andere werkzaamheden. Tijdelijk werk mag in dat verband niet belemmerend zijn voor het herstel, sterker nog, het moet daaraan kunnen bijdragen omdat het

301 Conclusie A-G Hammerstein bij HR 18 januari 2013, *LJN* BY2586, ook HR 26 oktober 2001, *JAR* 2001/238 (Bons/Ranzijn), Ktr. Utrecht 12 juni 2012, *JAR* 2012/178.

302 Laagland meent dat collega's dat als goed werknemer moeten accepteren, zeker als de gewijzigde functie blijft binnen de oorspronkelijke functieomschrijving. De collega's zouden volgens haar bij de bedongen arbeid in aangepaste vorm zelfs een eenzijdige functiewijziging hebben te accepteren, F.G. Laagland, 'Passende arbeid na 104 weken: de rekening komt alsnog bij de werkgever terecht' in: G.C. Boot (red.), *De zieke werknemer in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p.30.

303 Werkwijzer RIV-toets 2011, par. 5.2.2, p.21 noemt 70%, maar het Beoordelingskader noemt 65% als ondergrens voor een bevredigende re-integratie.

304 Werkwijzer RIV-toets 2011, par. 5.2.1, p.20-21.

305 Roozendaal 2002, p.310.

306 Ktr. Utrecht 12 juni 2012, *LJN* LH4059.

een maatregel is in de zin van artikel 7:658a lid 1 BW.³⁰⁷ Gedeeltelijke vervulling van de bedongen arbeid gaat vóór, boven passende arbeid in een andere functie.³⁰⁸

Het laten verrichten van werkzaamheden op arbeidstherapeutische basis is ook aan te merken als maatregel.³⁰⁹ Arbeidstherapie wordt gedefinieerd als: 'een kortdurende activiteit als onderdeel van de re-integratie met als doel duidelijkheid te krijgen over de belastbaarheid van de arbeidsongeschikte werknemer om op die manier te komen tot (uitbreiding van) werkhervatting'.³¹⁰ Partijen geven hiermee aan dat de werkzaamheden -nog- niet de bedongen arbeid of passende arbeid betreffen.³¹¹ De arbeidstherapie moet onderdeel zijn van een tevoren vastgelegd terugkeerplan en is niet vrijblijvend.

Arbeidstherapie heeft alleen zin als:

- er onvoldoende duidelijkheid bestaat over de belastbaarheid van de werknemer;
- er, zo mogelijk, wordt aangesloten bij de opleiding, ervaring en competentie van de arbeidsongeschikte werknemer én
- het als re-integratie-instrument voor korte periode wordt ingezet.³¹²

Dat betekent dat deze maatregel eerder als uitzondering dan als regel moet worden gezien, een experimentele fase. Het is geen standaard re-integratiemiddel dat bij iedere arbeidsongeschikte werknemer moet worden toegepast. Arbeidstherapie mag maar maximaal zes weken duren.³¹³

Verder is te denken aan de aanwijzingen van bijvoorbeeld de bedrijfsarts om langzaam het aantal te werken uren op te bouwen. In de wetsgeschiedenis zijn het aanbieden van een cursus, om-, her- of bijscholing, werkplekaanpassing, speciale trainingen of therapieën en mediation in conflictsituaties als voorbeelden van een maatregel of aanwijzing genoemd.³¹⁴ Zo moet de werknemer een door de werkgever aangeboden scholing volgen, op straffe van de loonstop van artikel 7:629 lid 3 aanhef

307 B. Barentsen, 'Voor de poort van de WAO-de wet verbetering poortwachter en de toegang tot de WAO', *SMA* 2003/10, nr.10, p.455-456.

308 Ktr. Harderwijk 22 december 2004, *RAR* 2005, 33. Om in de relatie met het UWV niet in de problemen te komen lijkt het aanhouden van een ondergrens van 65% loonwaarde van die gedeeltelijke vervulling verstandig. Ktr. Zwolle 16 maart 2012, *LJN* BV9893, nam geen recht aan van een werknemer om gedeeltelijk tewerkgesteld te worden in de bedongen arbeid (voor de helft van de overeengekomen arbeidsduur) als verder herstel voor die functie niet meer was te verwachten en de nog aanwezige verdien capaciteit het meest optimaal zou kunnen worden ingezet in passend ander werk.

309 STECR-Werkwijzer Arbeidstherapie 2007, p.18.

310 STECR-Werkwijzer Arbeidstherapie 2007, p.4. Arbeidstherapie is zelf geen werkhervatting; de werknemer ontvangt zijn loon op basis van arbeidsongeschiktheid. Een combinatie van werkhervatting en arbeidstherapie is wel mogelijk.

311 Disselkoen, p.37, Roozendaal 2002, p.310.

312 STECR-Werkwijzer Arbeidstherapie 2007, p.5.

313 Werkwijzer RIV-toets 2011, par. 4.3.2.4, p.18. De STECR-Werkwijzer Arbeidstherapie 2007 hanteert een maximale periode van vier weken, p.17, die slechts bij uitzondering zal worden gehaald, p.22.

314 Zie als voorbeeld CRvB 1 mei 2013, *LJN* BZ8987, waarin de werkgever de vastgelopen re-integratie vlot had moeten trekken door mediation.

en sub d BW.³¹⁵ Hoewel het Beoordelingskader dat niet uitdrukkelijk noemt, zal de scholingsvoorziening van artikel 35 lid 1 WIA ook van belang zijn.³¹⁶

Van de werkgever mag meer worden verlangd naarmate de beperkingen van de werknemer geringer zijn, er minder aanpassingen in het bedrijf nodig zijn en de betreffende functie meer duurzaam is. Als de werkgever ontkent passend ander werk voor handen te hebben en de werknemer laat ná enig tijdig en passend aanbod te doen voor ander werk, dan bestaat voor de werkgever geen verplichting naar ander passend werk te zoeken.³¹⁷ Erkent de werkgever in het algemeen de aanwezigheid van werkzaamheden die passend zijn (te maken), dan wordt aan het aanbod van de werknemer om zulke arbeid te verrichten minder hoge eisen gesteld.³¹⁸ Een goed gespecificeerd voorstel van de werknemer over concrete taken/functies kan de werkgever volgens Van Haaren/Cehave in het algemeen niet gemakkelijk afwijzen.

Naarmate het bedrijf groter is, er meer vacatures zijn en er meer diversiteit in functies is, zijn er eerder andere passende functies beschikbaar, maar zijn ook de mogelijkheden groter tot aanpassing van de eigen functie, bijvoorbeeld door andere taakverdeling of takenruil. De CRvB vindt dat bij re-integratie eerste spoor in een grote organisatie (een concern met 65.000 werknemers) niet alleen moet worden gekeken naar de vestiging waar de werknemer werkte maar naar mogelijkheden in de volle breedte van de organisatie. Voorwaarde is wel dat de werknemer moet kunnen reizen.³¹⁹ Onduidelijk is of er sprake was van één rechtspersoon met meerdere vestigingen of (waarschijnlijker) een bedrijf bestaande uit meerdere rechtspersonen. In dat tweede geval zou zich de merkwaardige situatie voordoen dat de werkgever voor re-integratie eerste spoor ook moet kijken naar mogelijkheden bij een andere formele werkgever als die gelieerd zou zijn. Boot waarschuwt dat het imago van grote bedrijven ('dáár moet toch ergens wel iets te vinden zijn') zich tegen hen kan keren, omdat geen herplaatsing mogelijk kan zijn behalve door het creëren van overbodige functies.³²⁰ Van belang is ook welke mogelijkheden voor werknemers met beperkingen in de branche of sector algemeen gebruikelijk zijn. Het gaat niet alleen om het aanbieden van functies bij andere werkgevers in die branche, maar ook om de praktijk op het gebied van herplaatsing. Eventuele branche- of sectorgewijze afspraken, zoals in een cao of in een arboconvenant over re-integratie, kunnen richtinggevend zijn. De feitelijke mogelijkheden tot aanpassing van productie- en werkmethoden zijn daarnaast per (type) bedrijf verschillend en bepalen mede wat redelijk is. Van belang is ook wat het bedrijf in het verleden al heeft gedaan om arbeidsongeschikten aan het

315 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 678, nr.3, p.28.

316 Artikel 35 lid 1 WIA kent evenwel een voorziening toe aan de werknemer, niet aan de werkgever. Goed werknemerschap kan met zich meebrengen dat, als uit overleg tussen werkgever en werknemer blijkt dat werkherleving kan worden bereikt door scholing, de werknemer verplicht kan zijn van deze voorziening gebruik te maken.

317 HR 9 februari 2001, *JAR* 2001/41 (Huntington/Filtec).

318 HR 17 oktober 1997, *JAR* 1997/246 (Vendex/Van Roosmalen).

319 CRvB 15 augustus 2012, *JAR* 2012/260 m.nt. F.G. Laagland.

320 G.C. Boot, 'De zieke werknemer: de publiekrechtelijke kant', *ArbeidsRecht* 2003/39.

werk te houden of te helpen. Wél is duidelijk dat de werkgever een actieve rol moet spelen bij het zoeken en vinden van aangepast werk. Het enkel attenderen op een vacature of kennis laten maken met een manager is niet genoeg, net zo min als het laten meedraaien in een sollicitatieprocedure voor een openstaande functie. Er wordt niet verwacht dat hij een andere werknemer ont-slaat met het oog op de re-integratie. Als er geen arbeidsplaatsen zijn of geen formatieruimte beschikbaar is, kan herplaatsing niet worden verlangd. Daarbij geldt wel dat het feit dat de werkgever een ander in de functie van de zieke werknemer heeft aangesteld, geen rechtvaardigingsgrond is voor het niet herplaatsen.³²¹

Als de arbeidsongeschiktheid binnen de werksfeer is ontstaan, wordt van de werkgever meer verwacht. In de woorden van de HR: *'Van de werkgever kan in het algemeen meer worden gevergd wanneer omstandigheden binnen de werksfeer tot arbeidsongeschiktheid hebben geleid'*.³²² Fluit vindt dit criterium niet gelukkig omdat het een discussie uitlokt over het al dan niet werkgerelateerd zijn van de arbeidsongeschiktheid. Ook Barentsen is kritisch.³²³ Van der Voet en Zielinski menen dat dit aspect meeweegt bij de vraag in hoeverre tekortschietende re-integratie leidt tot kennelijk onredelijk ontslag.³²⁴ Hoe langer de werknemer in dienst is, des te meer kan van de werkgever worden verlangd. Als de werknemer gemotiveerd meewerkt aan zijn re-integratie en bereid is mee te werken aan een oplossing (zeker in geval van een arbeidsconflict), is dat eveneens een relevante factor. Stokt de re-integratie vanwege een fors verschil van inzicht over de re-integratie, dan zal de werkgever die moeten proberen vlot te trekken bijvoorbeeld door mediation in te zetten.³²⁵

Een organisatie kan wijzigingen ondergaan ten tijde van het re-integratieproces. Die wijzigingen hebben hun invloed op de mogelijkheden terug te keren in de bedongen arbeid of bepaalde nieuwe of andere passende arbeid. Zo kan na een overgang van onderneming de oude functie vervallen en in de nieuwe onderneming niet terugkomen. Niettemin blijft die oude functie dan de bedongen arbeid, zeker als niet vaststaat of een aangeboden andere functie passend is.³²⁶ Wijzigingen als gevolg van een reorganisatie doen niets af aan de re-integratieverplichtingen van de werkgever. Tekortkomingen daarin komen ook bij reorganisatie voor diens rekening.³²⁷ De grens van wat in redelijkheid van de werkgever mag worden verlangd, is in ieder geval bereikt als de re-integratie-inspanningen het productieproces in gevaar zouden kunnen brengen of de bedrijfsvoering in financieel opzicht onevenredig belasten.³²⁸

321 Beleidsregels beoordelingskader poortwachter, p.8.

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

323 P.S. Fluit, 'Beoordelingskader re-integratie-inspanningen', *Sociaal Recht* 2003/23, p.93-94, B. Barentsen, 'Voor de poort van de WAO-de wet verbetering poortwachter en de toegang tot de WAO', *SMA* 2003/10, nr.10, p.458.

324 G.W. van der Voet en V. Zielinski, noot in *JIN* 2012/49 onder HR 10 februari 2012, *LJN* BU5620.

325 CRvB 1 mei 2013, *LJN* BZ8609.

326 Ktr. Emmen 16 juli 2008, *LJN* BE9856.

327 Ktr. Rotterdam 17 december 2008, *LJN* BH0247.

328 Voor een voorbeeld waarin de rechter (op het eerste gezicht vrij gemakkelijk) de extra kosten en inspanningen opvoerde als reden voor een werkgever om geen functie te hoeven creëren, Ktr. Leeuwarden 5 juni 2012, *LJN* BX0259. Uitgebreider over de kosten van re-integratie in § 6.7.11.

6.7.6 Verhouding werkgever en ondersteuners

Het UWV stelt in het Beoordelingskader buiten twijfel dat de werkgever de enig verantwoordelijke blijft voor de re-integratie. Hij kan zich niet 'verschuilen' achter ondersteunende dienstverleners, zoals de arbo-dienst, de casemanager of het re-integratiebedrijf.³²⁹ Na 2009 staat vast dat de werkgever niet af mag gaan op het oordeel van de arbo-dienst.³³⁰ Dat levert een spanningsveld op: aan de ene kant moet de werkgever zich laten bijstaan door een deskundige, juist omdat hij deskundigheid op bijvoorbeeld medisch en arbeidsdeskundig terrein mist, aan de andere kant moet hij die deskundige kritisch blijven volgen en 'net zo lang door vragen' totdat hij overtuigd is van de plausibiliteit van het oordeel van bijvoorbeeld de bedrijfsarts. Het ligt niet voor de hand dat de werkgever in staat is die deskundige kritisch te volgen omdat hij de kennis ontbeert. De werkgever is verantwoordelijk en dat impliceert ook verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de ondersteunende deskundigen. De taak van de arbo-dienst is 'slechts' ondersteunend en adviserend, waarbij hij zich moet laten leiden door de richtlijnen en protocollen van de NVAB.³³¹

Een werkgever doet er daarom verstandig aan niet te lichtvaardig af te gaan op het oordeel van de bedrijfsarts. Op basis van de Beleidsregels beoordelingskader Poortwachter moet de werkgever dóórvragen bij de arbo-dienst.³³² Als de werkgever twijfelt, moet hij ingrijpen.³³³ De bedrijfsarts bleef in een zaak halsstarrig vasthouden aan terugkeer in eigen werk, ondanks de ernstige klachten van de werknemer en de keer op keer gebleken onmogelijkheid van geleidelijke opbouw. Ook speelde mee dat de werkgever zelf al nattigheid voelde want hij had zich sceptisch uitgelaten over de aanpak. Dat sceptisch uitlaten was niet genoeg. Voor de zekerheid doet de werkgever er verstandig aan een deskundigenoordeel aan te vragen om uitsluitel te krijgen of voor deze werknemer genoeg aan re-integratie wordt gedaan. Overigens kan het spiegelbeeld eveneens aan de orde zijn. De werkgever die het advies van de bedrijfsarts niet opvolgt, schiet tekort.³³⁴ Dat ligt anders als de afwijking van het advies van de bedrijfsarts maar marginaal is.³³⁵ Als de werkgever ten slotte het oordeel van de

329 Rb. Haarlem, 21 maart 2005, USZ 2005/255, D.P.O. den Daas, 'De loonsanctie: socialezekerheidsrechtelijk schouwspel voor arbeidsrechtelijk publiek', *ArbeidsRecht* 2006/2, p.15.

330 Voorheen Rb. Assen 2 januari 2008, L/JN BC1755, zie in dezelfde lijn ook HR 18 juni 1999, JAR 1999/148 (oordeel bedrijfsvereniging) en daarover B. Hoogendijk in *ArA* 2001, 1, uitsluitel in: CRvB 18 november 2009, L/JN BK3713 voor bedrijfsarts en CRvB 15 augustus 2012, L/JN BX4606, voor re-integratie-bureau.

331 R. Heida, 'Adviezen van de bedrijfsarts, hoe komen ze tot stand en wat zijn ze waard?' *Arbeid Integraal* 2007, p.56-57.

332 J.J.B. van den Elsaker, 'Re-integratie-inspanningen anno 2012: do's en don'ts', *TRA* 2012/65. Voorbeelden van vragen: heeft de bedrijfsarts informatie ingewonnen bij de curatieve sector of de werknemer zelf onderzocht? (CRvB 23 maart 2011, L/JN BP8924), heeft de bedrijfsarts zich niet in overwegende mate laten leiden door hetgeen de werknemer als zijn mogelijkheden aangaf? (CRvB 29 september 2010, L/JN BN8678), heeft de bedrijfsarts niet te veel afwachtend en klachtcontingent gehandeld, terwijl tijdcontingente benadering aangewezen was? (CRvB 23 november 2011, L/JN BU5534).

333 Rb. Den Haag 17 juni 2009, L/JN BI9909.

334 Rb. Almelo 24 oktober 2008, L/JN BG1660.

335 Rb. Almelo 16 oktober 2008, L/JN BF9982.

arbo-dienst verkeerd interpreteert, moet hij ook rekening houden met een sanctie op het niet-naleven van de re-integratie-eisen.³³⁶

Eventueel is schade uit hoofde van toerekenbare tekortkoming in de nakoming te verhalen op de arbo-dienst.³³⁷ De Rechtbank Utrecht veroordeelde een arbo-dienst tot schadevergoeding nadat diens fout tot een loonsanctie had geleid. Een beroep op een exonerationclausule in de Algemene Voorwaarden van de arbo-dienst werd naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geacht.³³⁸ Een ander voorbeeld, met gelijke uitsluiting van een beroep op exoneration, speelde bij de Rechtbank Midden-Nederland. De arbo-dienst had haar diensten niet zó verleend dat het risico op een loonsanctie zo gering mogelijk was. Overigens kwam in die uitspraken de eigen verantwoordelijkheid van de werkgever niet aan de orde. Die verantwoordelijkheid volgt uit de artikelen 7:658a BW en 25 WIA en kan relevant zijn vanwege artikel 6:101 en 102 BW (eigen schuld en hoofdelijke verbondenheid).³³⁹ Mogelijk dat een uitspraak van Hof Den Haag nog aanknopingspunten biedt voor aansprakelijkheid voor verkeerde adviezen, hoewel het daarin ging om de re-integratie die ter hand was genomen door het UWV en niet een door de werkgever ingeschakelde derde. Er werd gere-integreerd naar een niet-passende, zelfs schadelijke werkplek. Het UWV werd aansprakelijk gehouden voor de daardoor ontstane schade.³⁴⁰ Een aansprakelijkheidstelling van de arbo-dienst moet wel vroegtijdig gebeuren om hem ook de gelegenheid te bieden (mee) verweer te voeren in een bezwaar- en beroepsprocedure tegen een opgelegde loonsanctie.³⁴¹

Of de werkgever mag vertrouwen op het oordeel van het UWV dat de werknemer de eigen bedongen arbeid niet meer kan verrichten (en dus de re-integratieaandacht moet worden verschoven) is onduidelijk. De Hoge Raad heeft kort na elkaar twee arresten gewezen waaruit tegengestelde conclusies kunnen worden getrokken.³⁴² De CRvB heeft bij het zonder voorbehoud afgeven van een deskundigenoordeel door het UWV uitgemaakt dat de werkgever daarop mag vertrouwen, maar wel steeds de vinger aan de pols moet houden.³⁴³

336 Rb. Haarlem 17 februari 2009, *LJN* BH4520.

337 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 814, nr.6, p.20 en CRvB 18 november 2009, *LJN* BK3713. Voorbeeld van een poging daartoe: Rb. Amsterdam, 11 oktober 2000, *JAR* 2000/233 en Hof Amsterdam 1 september 2006, *JAR* 2006/300.

338 Rb. Utrecht 12 november 2008, *JAR* 2009/11.

339 Rb. Midden-Nederland 24 april 2013, *JAR* 2013/153 m.nt. I. Janssen.

340 Uit hoofde van onrechtmatige daad, Hof Den Haag 9 oktober 2012, *LJN* BZ5986.

341 Rb. Utrecht 19 oktober 2011, *JAR* 2011/310.

342 HR 18 juni 1999, *JAR* 1999/148 (wel af mogen gaan op oordeel bedrijfsvereniging), HR 23 juni 2000, *JAR* 2000/163 (niet af mogen gaan op oordeel verzekeringsgeneeskundige van de bedrijfsvereniging). De rechtsgrond van de vordering van de werknemer in elk van die procedures was anders (artikel 7:628 BW en 7:681 BW) maar niet goed is in te zien dat dit een diametraal verschillende uitkomst rechtvaardigt.

343 CRvB 20 maart 2013, *LJN* BZ4852.

6.7.7 Plichten van de werknemer

De werknemer is verplicht in redelijkheid mee te werken met de werkgever maar ook met een door de werkgever aangewezen deskundige, zoals de arbo-dienst of een re-integratiebedrijf. Daarbij houdt de rechter er wel rekening mee als een aandoening die de werknemer arbeidsongeschikt maakt, hem tegelijk belemmert in het plegen van re-integratie-inspanningen. In de regel zal dat als deugdelijke grond worden gezien om (nog) niet (volledig) mee te werken aan re-integratie.³⁴⁴

Kort gezegd bepaalt artikel 7:660a BW dat de werknemer moet *meewerken* aan de verschillende onderdelen van een re-integratieproces. Daaronder valt het gevolg geven aan redelijke voorschriften van de werkgever en het meewerken aan getroffen maatregelen. Dat wil niet zeggen dat de werknemer alleen maar hoeft te volgen wat de werkgever voorstelt. Hij moet zichzelf ook actief opstellen en waar mogelijk zelf ook komen met voorstellen over zijn re-integratie. Als de werkgever niet met voorstellen komt of niet reageert op voorstellen van de werknemer, wordt verwacht dat de werknemer de werkgever daarop aanspreekt en zonodig een deskundigenoordeel vraagt van het UWV. Die actieve opstelling van de werknemer volgt niet uit de wet maar is af te leiden uit de wetsgeschiedenis.³⁴⁵ Er zijn voorbeelden van redelijke voorschriften. Het weigeren van gesprekken, van communicatie met de werkgever en van mediation, hoewel hij medisch daartoe in staat is, kan voor de werknemer leiden tot een terechte loonstop.³⁴⁶ Is de werknemer daar medisch niet toe in staat, dan kan het nalaten op gesprek te komen bij de werkgever hem niet worden tegengeworpen.³⁴⁷ Het contact houden met de werkgever per e-mail via de partner hoeft evenmin in strijd te zijn met artikel 7:660a BW.³⁴⁸ Daarnaast moet de werknemer zijn medewerking verlenen aan het opstellen, evalueren en bijstellen van een plan van aanpak.³⁴⁹ Volgens Kantonrechter Utrecht hoeft dat alleen als uit het oordeel van de bedrijfsarts blijkt dat er re-integratiemogelijkheden zijn.³⁵⁰ Ten slotte moet de werknemer die passende arbeid verrichten waartoe de werkgever hem in de gelegenheid stelt. De opsomming van artikel 7:660a BW komt ook terug in artikel 7:629 lid 3 aanhef en sub c, d en e BW.³⁵¹ Het zonder deugdelijke grond niet meewerken levert daarom een reden op om de doorbetaling van het loon stop te zetten.

De werknemer moet daarbij meewerken aan een werkhervatting die in verhouding staat tot zijn belastbaarheid en die past in het doel zoals dat in het plan van aanpak

344 Voor voorbeelden zie Ktr. Utrecht 6 mei 2010, *JAR* 2010/175 en Ktr. Dordrecht 22 juli 2010, *Prg* 2010/209. Een gegeven ontslag op staande voet na loonstop houdt dan ook geen stand, Hof Den Bosch 9 januari 2007, *JAR* 2007/157 en Hof Den Bosch 9 december 2008, *JIN* 2009/5.

345 *Kamerstukken II* 2001/02, 22 187, nr.122, p.21-22.

346 Ktr. Eindhoven 27 oktober 2009, *LJN* BK1320, Ktr. Haarlem 5 augustus 2010, *LJN* BN4350.

347 Hof Den Haag 17 januari 2012, *LJN* BV1480.

348 Ktr. Utrecht 20 maart 2012, *LJN* BV9586.

349 Ook Ktr. Nijmegen 19 oktober 2007, *LJN* BB6111.

350 Ktr. Utrecht 20 maart 2012, *LJN* BV9586.

351 In art. 7:660a BW moet de werknemer 'gevolg geven aan redelijke voorschriften' en 'meewerken aan getroffen maatregelen'. In art. 7:629a lid 3 onder d BW moet de werknemer 'meewerken' aan zowel redelijke voorschriften als aan getroffen maatregelen. Met de niet-gelijkkluidende tekst zal geen inhoudelijk verschil zijn beoogd.

is omschreven. Een werknemer kan zijn re-integratie overigens niet aan voorwaarden verbinden. Als een werknemer arbeidsgeschikt wordt bevonden voor de functie die hij volgens de arbeidsovereenkomst heeft te vervullen, dan mag de werknemer werkherhating niet afhankelijk stellen van de voorwaarde dat éérst de inhoud van de functie wordt aangepast aan zijn wensen, hoe zeer die wensen ook gestoeld zijn op het voorkomen van arbeidsongeschiktheid en de naleving van de daartoe strekkende artikelen 7:658 BW en 3 Arbowet. Goed werkgeverschap kan wél met zich meebrengen dat ná hervatting door de werknemer in overleg wordt gezocht naar mogelijkheden om de arbeidsomstandigheden zodanig aan te passen dat de kans op nieuwe arbeidsongeschiktheid wordt verminderd.³⁵²

Minder bekend is dat ook de WIA voor de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid re-integratieplichten op de werknemer legt. Daarvoor wordt gewezen op artikel 28 lid 2 WIA, op basis waarvan een werknemer gedurende de eerste 104 weken (en eventueel langer) verplicht is:

- mee te werken aan door zijn werkgever of door een door die werkgever aangewezen deskundige gegeven redelijke voorschriften of getroffen maatregelen die erop gericht zijn om hem in staat te stellen passende arbeid te verrichten;
- voldoende re-integratie-inspanningen te verrichten;
- een naar algemeen medische maatstaven adequate behandeling te ondergaan voor zijn ziekte of gebrek.

De 'redelijke voorschriften of getroffen maatregelen die erop gericht zijn om de belanghebbende in staat te stellen passende arbeid te verrichten' uit artikel 28 lid 2 sub a WIA lijken een samentrekking te zijn van artikel 7:660a aanhef sub a met sub c BW. Daarnaast wordt in lid 2 sub b getoetst op 'het onvoldoende verrichten van re-integratie-inspanningen', zonder dat duidelijk is welke aparte waarde hieraan toekomt naast de zojuist genoemde a-grond. Duidelijk is in elk geval dat met het gebruik van het woord 're-integratie-inspanningen' niet de administratieve re-integratieverplichtingen worden bedoeld. In elk geval is de re-integratieverantwoordelijkheid van de werknemer benadrukt met deze verplichtingen en de mogelijkheid bij overtreding een maatregel op te leggen (artikel 88 en 89 WIA). Het bestaan van dit systeem naast de arbeidsrechtelijke sanctiemogelijkheden in de eerste twee ziektejaren zorgt voor een dubbele stimulans: de werknemer kan én een loonstop krijgen opgelegd én (na WIA-aanvraag) een maatregel op zijn uitkering.³⁵³

De werknemersplichten zijn niet beperkt in tijd zodat kan worden aangenomen dat die gelden zolang de arbeidsovereenkomst duurt. Een grens aan de werknemersplichten ligt daarin dat van hem slechts datgene kan worden gevergd wat gericht is op (her)inschakeling in de eigen of andere passende arbeid. Deelname aan een assessment, training of opleiding voor een niet-passende functie is niet verplicht, ook al heeft de werkgever er een zeker belang bij dat de werknemer dat werk gaat doen.

³⁵² HR 3 maart 1995, JAR 1995/79 (Zwiers/Mestemaker).

³⁵³ Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr.3, p.163.

De voorstellen moeten verder passen bij de mogelijkheden van de werknemer.³⁵⁴ Hof Den Bosch heeft bepaald dat er geen plicht bestaat tot het aanbieden van restcapaciteit voor andere dan de bedongen arbeid als de bedrijfsarts de werknemer volledig arbeidsongeschikt acht en er door de werkgever noch door de arbo-dienst duidelijk is gemaakt wat in het kader van re-integratie (aan passend werk) van de werknemer wordt verwacht.³⁵⁵ Ook een werkhervatting waarbij de arbeidsmogelijkheden *onvoldoende* worden benut, hoeft hij niet te accepteren.³⁵⁶ Zo'n niet-passend aanbod kan voor de werknemer na twee jaar immers een inkomensachteruitgang betekenen.

6.7.8 Passende arbeid

In § 6.7.5 kwam al naar voren dat het aanbieden van passend werk de belangrijkste maatregel is die de werkgever kan treffen in het kader van re-integratie. De werkgever moet zo spoedig mogelijk onderzoeken of in zijn organisatie zulk passend werk voorhanden is en zo nee, aan de werknemer daarover duidelijkheid verschaffen.³⁵⁷ Hij mag niet afwachten tot de werknemer het initiatief neemt. De vraag welke arbeid passend is, is in eerste instantie ter beoordeling van de werkgever, die zijn eigen arbo-dienst kan raadplegen om te beoordelen wat (gegeven de gezondheidssituatie) van een werknemer mag worden gevraagd.³⁵⁸ Als de werkgever twijfelt over de vraag of de arbeid die hij wil aanbieden wel passend is, kan hij hierover een deskundigenoordeel vragen aan het UWV. Ook de werknemer heeft die mogelijkheid. Er is geen sprake van passende arbeid als gewetensbezwaren bestaan tegen het desbetreffende werk.

Er zijn verschillende definities van het begrip 'passende arbeid': op grond van de Ziektewet (ZW), de Werkloosheidswet (WW), de jurisprudentie van de HR en artikel 7:658a lid 4 BW. Ook in artikel 7:629 lid 3 sub c BW wordt verwezen naar het begrip 'passende arbeid'. 'Passende arbeid' in de zin van artikel 7:658a lid 4 BW is het meest concreet. Het omvat:

*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.*³⁵⁹

Deze definitie is echter ontleend aan de WW en niet aan de ZW, waarop veel kritiek is gekomen.³⁶⁰ In de wetsgeschiedenis heeft de Minister er op gewezen dat geen

354 B. Barentsen en J.M. Fleuren-van Walsem, *Wet verbetering poortwachter*, Deventer: Kluwer 2002, p.45-46.

355 Hof Den Bosch 23 oktober 2007, *LJN* BC9658.

356 Zeker niet als hij intern of extern concrete herplaatsingsmogelijkheden kan noemen die beter aansluiten bij zijn arbeidsmogelijkheden én die herplaatsingsmogelijkheden in redelijkheid van de werkgever kunnen worden gevergd.

357 Een voorbeeld daarvan: Ktr. Rotterdam 23 juli 2004, *JAR* 2004/216.

358 *Kamerstukken I* 1995/96, 24 439, nr.134b, p.48.

359 *Kamerstukken I* 2001/02, 27 678, nr.37a, p.19-20. Dit begrip is één-op-één gelijk aan het begrip passende arbeid in art. 30 WIA, *Kamerstukken I* 2005/06, 30 034/30 118, nr.C, p.49.

360 Barentsen/Fleuren-van Walsem, p.36-38, J.M. Fleuren-van Walsem, 'Passende arbeid bij een derde anno 2004', *Sociaal Recht* 2004/18, p.96, W.J.P.M. Fase, 'Het geamendeerde wetsvoorstel verbetering poortwachter, wordt de zieke werknemer er beter van?', *SMA* 2001/10, p.468-469.

verruiming is beoogd van de voorheen bij arbeidsongeschiktheid gebruikte definitie.³⁶¹ Evenmin is het de bedoeling de beoordeling van het WW-begrip 'passende arbeid' hier over te nemen.³⁶² Strikt genomen valt het eigen werk ook onder deze definitie, wat volgens de Minister de bedoeling is:

*'Als de werknemer naar verwachting zijn eigen werk weer kan hervatten zal de invulling van het begrip passende arbeid daarop gericht zijn. Als de terugkeer op de eigen werkplek niet meer tot de reële mogelijkheden behoort, zal een bredere oriëntatie mogelijk zijn.'*³⁶³

Deze opvatting kan systematisch een probleem opleveren. De werknemer die zijn eigen werk, dus de bedongen arbeid weer kan doen, is niet meer arbeidsongeschikt dus eindigt de re-integratie. Bedongen arbeid kán dus geen passende arbeid in de zin van deze definitie zijn. Passende arbeid moet daarom werk zijn dat 'minder' is dan de bedongen arbeid: bijvoorbeeld qua taken, uren of tempo. De Minister lijkt te beseffen dat het werk op de eigen werkplek ook zodanig kan worden aangepast dat het passend wordt. Als een arbeidsongeschikte werknemer bijvoorbeeld op de eigen werkplek zijn volledige eigen werkzaamheden in normaal tempo kan doen, maar slechts voor vier in plaats van acht uur per dag, dan is dat werkhervatting in 'passende arbeid'.³⁶⁴ Ik vind het niettemin verwarrend om in zo'n voorbeeld te spreken van het 'eigen werk' want dat beslaat immers acht uur per dag, wat deze werknemer niet haalt.³⁶⁵ Die verwarring wordt vergroot door de tekst van artikel 7:658a lid 1 BW: '*... Indien vaststaat dat de eigen arbeid niet meer kan worden verricht en in het bedrijf van de werkgever geen andere passende arbeid voorhanden is,...*' (onderstreping md). Door de term '*andere passende arbeid*' lijkt te zijn bedoeld dat de eigen arbeid in deze situatie ook al passende arbeid is, maar dat kan logischerwijs niet. Voeg daar aan toe dat in de praktijk ook de term 'aangepaste arbeid' wordt gebruikt en het beeld wordt er niet helderder op.³⁶⁶ Mijn voorkeur gaat er daarom naar uit om het begrip passende arbeid af te bakenen door het te reserveren voor elke werkhervatting die niet in de bedongen arbeid is.

De definitie van passende arbeid zoals die uit de rechtspraak van de Hoge Raad kan worden afgeleid wijkt ten slotte enigszins af: '*arbeid die voor de krachten en bekwaamheid van de werknemer is berekend en die hem met het oog op zijn opleiding en arbeidsverleden kan worden opgedragen*'.³⁶⁷

361 *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 678, nr.37a, p.26.

362 B. Barentsen, 'Voor de poort van de WAO-de wet verbetering poortwachter en de toegang tot de WAO', *SMA* 2003/10, nr.10, p.455, F.C. Boel, 'Passende arbeid na verbeterde Poortwachter', *Arbeids-Recht* 2002/30. Niettemin is Noordam van mening dat de WW-richtlijn passende arbeid wel aanknopingspunten biedt, Noordam 2002, p.162-163.

363 *Kamerstukken I* 2001/02, 27 678, nr.37a, p.19-20.

364 Zie bijv. Hof Den Bosch 3 augustus 2004, *JAR* 2004/274.

365 Een ander voorbeeld: de werknemer haalt wel acht uur per dag in de werkzaamheden die hij normaal deed, minus bepaalde deeltaken. Die werkzaamheid is dan niet in het 'eigen werk'.

366 Art. 7:670 lid 1 BW heeft het bovendien over ongeschikt zijn wegens ziekte voor 'zijn arbeid'.

367 J.J.M. de Laat, 'Nogmaals; loonvordering na mislukte reïntegratie', *Sociaal Recht* 2003/29, p.126-127.

Als leidraad geldt dat het bij passende arbeid moet gaan om arbeid die in redelijkheid aan de werknemer kan worden opgedragen, gelet op onder meer het arbeidsverleden, de opleiding, de gezondheidstoestand, de afstand tot het werk, het loon en hetgeen waartoe de werknemer nog in staat is.³⁶⁸ Wat in een individueel geval passende arbeid is, wordt aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval beoordeeld. Hoe dichter bijvoorbeeld de inhoud van de aangeboden arbeid aansluit bij het oude werk, hoe meer er sprake is van passende arbeid. Het functie-niveau van de aangeboden arbeid mag daarom in eerste instantie niet veel lager zijn dan dat van de oude functie.³⁶⁹ Het arbeidspatroon moet in redelijke mate aansluiten bij dat van vóór de ziekmelding (bijvoorbeeld niet van dag- naar nacht- of ploegendienst). De reistijd bij de aangeboden arbeid mag geen onredelijke extra belasting vragen. De werksfeer kan mede bepalen of de opgedragen arbeid passend is.³⁷⁰ Het loon mag niet beneden het wettelijk minimumloon of cao-niveau liggen. Tevens wordt wel gesteld dat loon lager dan 70% van het maximum dagloon niet passend is, ook niet als het om tijdelijk werk gaat.³⁷¹ Verder wordt bepleit dat bij een terugval in loon van meer dan 30% niet langer meer gesproken kan worden van passende arbeid, naar analogie van de Richtlijn passende arbeid zoals die voor de WW geldt.³⁷² Het UWV hanteert intern de norm van 70% van het oorspronkelijke loon.³⁷³ Als de werknemer hervat in aangepast werk waarvan het salaris hoger is dan het in artikel 7:629 BW genoemde niveau, is de werkgever verplicht het hogere salaris te betalen.³⁷⁴ Als de blijvend arbeidsongeschikte werknemer niet concreet aangeeft tot welke andere passende arbeid hij bereid en in staat is, moet er in beginsel van worden uitgegaan dat het gaat om arbeid waarvoor een beloning passend is, die strookt met de -in het kader van de bepaling van de mate van diens arbeidsongeschiktheid- vastgestelde restverdien capaciteit van de werknemer.³⁷⁵

Een eenduidig antwoord op de vraag welke arbeid voor welke werknemer op welk moment als passend moet worden beschouwd, is niet op voorhand, los van de omstandigheden, te geven. Zo moet de vraag of een werknemer geacht kan worden in te stemmen met aanvaarding van arbeid die bijvoorbeeld twee opleidingsniveaus lager ligt dan de bedongen arbeid, worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden waarin hij verkeert.³⁷⁶ Naarmate de arbeidsongeschiktheid langer duurt, mag wel een bredere oriëntatie ten aanzien van de te verrichten arbeid worden verwacht: van de werknemer wordt dan verlangd dat hij concessies doet met betrekking tot door hem te verrichten werkzaamheden als re-integratie in de bedongen arbeid niet tot de mogelijkheden behoort.

368 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 231, nr.3, p.20-21.

369 Ktr. Assen 18 september 2006, *LJN* AZ3941.

370 Barentsen/Fleuren-van Walsem, p.34.

371 Noordam 2002, p.163, hetgeen mij in zijn algemeenheid onjuist lijkt.

372 M.J.A.C. Driessen, 'Passende arbeid in het licht van WIA: opdracht aan de wetgever!', *Sociaal Recht* 2005/32.

373 Werkwijzer RIV-toets 2011, par. 5.2.2, p.21, maar in het Beoordelingskader wordt werkhervatting naar ten minste 65% loonwaarde.

374 *Kamerstukken I* 2001/02, 27 678, nr.37c, p.16.

375 HR 18 maart 2005, *JAR* 2005/99 (Goorhuis/Sons), Rozenendaal 2002, p.315.

376 *Kamerstukken I* 2000/01, 27 678, nr.37a, p.26.

Een werkgever hoeft geen concrete passende arbeid aan te bieden als een werknemer -nog voordat zo'n aanbod is gedaan- al heeft meegedeeld geen enkele arbeid te kunnen verrichten.³⁷⁷ De werkgever hoeft evenmin op een aanbod van de werknemer in te gaan als dat in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd. Wat redelijkerwijs van de werkgever kan worden gevergd is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de inhoud van het aanbod van de werknemer, de aard van de arbeid en de organisatie van het bedrijf van de werkgever. A-G Verkade betoogde dat de verplichting tot het aanbieden van passende arbeid aan een werknemer blijft bestaan, ook al is die in het kader van de WAO volledig arbeidsongeschikt verklaard. Wel moet de werknemer in een dergelijk geval meer stellen (en meer concreet) welke werkzaamheden hij kan verrichten.³⁷⁸ Bij werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid bestaat een hogere inspanningsplicht, net als bij een handicap.³⁷⁹ De grens van wat redelijkerwijs kan worden verlangd, is in elk geval bereikt als de re-integratie-inspanningen het productieproces in gevaar zouden brengen of de bedrijfsvoering in financieel opzicht onevenredig belasten.³⁸⁰

De weigering van een werkgever om de werknemer passende arbeid te laten verrichten is in strijd met artikel 7:658a BW. De werknemer behoudt in zo'n geval volledig recht op loon voor de uren waarop hij passend zou hebben gewerkt. Die loondoorbetaling is gegrond op artikel 7:628 BW.³⁸¹ Dat kan zelfs zo zijn na een ontbindingsprocedure waarin aan de werknemer een vergoeding is toegekend. Hof Den Haag oordeelde daarover na terugverwijzing door de Hoge Raad.³⁸² Ook al overwoog de kantonrechter dat de werkgever tekort was geschoten in zijn re-integratieverplichtingen (waarna toekenning van een ontbindingsvergoeding met factor C=1,5 volgde), de werkgever was volgens het Hof toch verplicht het loon door te betalen dat hoort bij de functie die gevonden zou zijn als de werkgever bij de re-integratie beter zijn best zou hebben gedaan.

Afhankelijk van de omstandigheden zou er zelfs na twee jaar arbeidsongeschiktheid en toekenning van een WAO-uitkering een loonbetalingsplicht kunnen worden aangenomen, gegrond op artikel 7:628 en 7:658a BW als de werknemer zich beschikbaar houdt voor passend werk.³⁸³ Ook het niet tijdig aanpassen van de werkplek, waardoor de werknemer eerder zou hebben kunnen hervatten, geeft de werknemer na afloop van de wachttijd recht op loon, te weten ex. artikel 7:628 BW.³⁸⁴ Het verrichten van passende arbeid ná het verstrijken van de loondoorbetalingsperiode bij ziekte geeft

377 Ktr. Zwolle 1 juni 2011, *LJN* BQ7631.

378 HR 23 april 2004, *JAR* 2004/116 (De Vreede/SRK Rechtsbijstand).

379 HR 21 mei 2010, *JAR* 2010/163 (Hoedjes/Volker Wessels) en HR 18 januari 2013, *JAR* 2013/54 (Terra/Dijkema) resp. HvJ EU 11 april 2013, *JAR* 2013/142 m.nt. F.G. Laagland.

380 Zie D.W.F. Verkade, conclusie onder HR 23 april 2004, *JAR* 2004/116 (De Vreede/SRK); HR 18 maart 2005, *JAR* 2005/99 (Goorhuis/Sons).

381 F.G. Laagland, 'Passende arbeid na 104 weken: de rekening komt alsnog bij de werkgever terecht' in: G.C. Boot (red.), *De zieke werknemer in beweging*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2014, p.27-31.

382 Hof Den Haag 13 mei 2005, *RAR* 2005, 81.

383 Ktr. Leeuwarden 8 augustus 2007, *RAR* 2007, 142, Ktr. Groningen 18 januari 2012, *LJN* BW2277.

384 Hof Amsterdam 17 juni 2014, *ECLI:NL:GHAMS:2014:2323*.

de werkgever in elk geval het recht het salaris te verlagen en aldus in overeenstemming te brengen met de loonwaarde van de verrichte arbeid.³⁸⁵ De CRvB gaat er van uit dat er onder omstandigheden een loondoorbetalingsplicht bestaat na afloop van de tweejaarsperiode, zelfs bij het verrichten van werkzaamheden zonder loonwaarde.³⁸⁶

Als de werknemer passende arbeid gaat verrichten, blijft de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst op grond van artikel 7:629 lid 12 BW in stand. De werknemer kan in de eerste twee jaar van ziekte altijd terugvallen op de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst. De periode van twee jaar wordt niet in lid 12 genoemd, maar blijkt uit de wetsgeschiedenis.³⁸⁷ Daarbij geldt dat de werknemer in de periode van twee jaar waarin de werkgever is gehouden (70% van) het loon bij ziekte te betalen, altijd recht behoudt op (ten minste) dat loon. Burger merkt op dat dat onder omstandigheden anders kan zijn.³⁸⁸ Aanpassing of heroverweging van de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst als gevolg van het verrichten van passende arbeid is in principe pas aan de orde na ommekomst van de periode van twee jaar loondoorbetaling.

6.7.9 *Passende of bedongen arbeid?*

Als partijen ná de eerste twee jaar arbeidsongeschiktheid waarin passende arbeid is verricht verder geen actie ondernemen ten aanzien van het aanpassen van de arbeidsovereenkomst, terwijl de werknemer blijft werken in die passende arbeid, dan bevinden partijen zich in een grijs gebied. Hoe moet de arbeid worden gekwalificeerd: als passend of als bedongen? Die kwalificatie is relevant in verband met hernieuwde uitval. Een werknemer die is hervat in passende arbeid na twee jaar ziekte maar die opnieuw uitvalt, heeft geen recht meer op loondoorbetaling. Is de passende arbeid de bedongen arbeid geworden, dan bestaat dat recht wél. Een voorbeeld is het arrest van Hof Den Bosch waarin is bepaald dat werkherhvatting in passend werk voor slechts 18 uur in plaats van de contractuele 36 uur betekende dat de bedongen arbeid niet werd verricht. Een nieuwe ziekmelding leidde niet tot opnieuw loondoorbetaling bij ziekte.³⁸⁹ Als de werkzaamheden na twee jaar nog steeds als 'passend' moeten worden bestempeld (en niet als 'bedongen') dan valt een werknemer tussen wal en schip. Er bestaat namelijk geen recht op loon: zijn twee jaar zijn al 'opgebruikt' en ook op grond van goed werkgeverschap bestaat geen plicht om door te betalen.³⁹⁰ In de regel bestaat evenmin recht op WIA, aangezien de werknemer na twee jaar in staat was in passend werk aan de slag te blijven. Meestal levert

385 Ktr. Amsterdam 18 januari 2002, *JAR* 2002/121.

386 CRvB 27 juni 2007, *USZ* 2007/263, ook CRvB in *USZ* 2002/135.

387 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 231, nr.3, p.21.

388 P.H. Burger, 'Tussen WIA, ZW en loondoorbetaling gevallen: het inkomensgat van de gere-integreerde werknemer die voor minder dan 35% gedeeltelijk arbeidsongeschikt is', *Sociaal Recht* 2007/27, p.114-115.

389 Hof Den Bosch 3 augustus 2004, *JAR* 2004/274, gelijk: Ktr. Deventer 26 augustus 2004, *JAR* 2004/210, zie noot M.S.A. Vegter onder *JAR* 2005/81. Volgens Ktr. Eindhoven betekent het verrichten van arbeid die slechts beperkt afwijkt van de oorspronkelijke arbeid, dat de bedongen arbeid wordt verricht als er door de werkgever verder ook geen concrete actie meer werd ondernomen in het kader van begeleiding bij arbeidsongeschiktheid, Ktr. Eindhoven 2 mei 2011, *LJN* BQ3289.

390 J.M. van Slooten en G.C. Boot, 'Een brug tussen de wal en het schip', *TRA* 2011/1.

dat een 35%-min beoordeling op. Een (volledige) WW-uitkering is niet aan de orde want de werknemer is vanwege zijn arbeidsongeschiktheid in de regel niet of maar gedeeltelijk beschikbaar voor de arbeidsmarkt. Het vangnet van de ZW biedt volgens de CRvB voor deze situaties evenmin een oplossing. Het recht op een ZW-uitkering is limitatief opgesomd en dit geval is niet genoemd.³⁹¹ Mogelijk dat de werknemer dan is aangewezen op een bijstandsuitkering.³⁹²

Gesteld zou kunnen worden dat de wijze waarop partijen feitelijk uitvoering en aldus inhoud hebben gegeven aan de arbeidsovereenkomst ná de eerste twee jaar arbeidsongeschiktheid, bepaalt wat de bedongen arbeid is geworden.³⁹³ Voor zo'n stilzwijgende wijziging van de bedongen arbeid leek lange tijd weinig steun. De Kantonrechter Haarlem oordeelde bijvoorbeeld dat 'voor een wijziging van de bedongen arbeid vereist (is) dat een duidelijke en volledige, onvoorwaardelijke, functiewijziging is overeengekomen'.³⁹⁴ Hof Leeuwarden nam evenmin een stilzwijgende nieuwe arbeidsovereenkomst aan.³⁹⁵ Toch lijkt de stilzwijgende wijziging wel voet aan de grond te hebben gekregen. Het Hof Den Bosch redeneert langs die weg.³⁹⁶ Kantonrechter Utrecht neemt aan dat van een goed werkgever kan worden verlangd op enig moment een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden, toegesneden op de nieuwe werkzaamheden: *'Voorwaarde daarvoor is wel dat gedurende zekere tijd de passende werkzaamheden naar behoren zijn verricht en er geen aanwijzingen zijn voor hernieuwde uitval binnen afzienbare tijd ofwel: dat gesproken kan worden van een geslaagde re-integratie.... Indien deze periode te lang wordt genomen of indien er in het geheel (ten onrechte) geen nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangenomen ziet de werknemer zich ermee geconfronteerd dat bij hernieuwde uitval zijn loon niet wordt doorbetaald. Op enig moment zal echter sprake zijn van een omslagpunt.'* Het omslagpunt hier lag na drie jaar.³⁹⁷ Hof Arnhem nam aan dat een werknemer er na twintig jaar gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de aangepaste arbeid de bedongen arbeid was geworden.³⁹⁸

391 CRvB 28 juli 2010, L/JN BN2808 en BN2809.

392 Zie ook F.G. Laagland, 'Passende arbeid na 104 weken: de rekening komt alsnog bij de werkgever terecht' in: G.C. Boot (red.), *De zieke werknemer in beweging*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2014, p.31-32. Van Slooten wijst in TRA 2013/14 nog op het risico dat het opzegverbod van art. 7:670 BW niet meer geldt, nu de werknemer al langer dan twee jaar 'zijn arbeid' (te verstaan als 'bedongen arbeid') niet uitoefent. Gelet op de Beleidsregels Ontslagtaak UWV (hoofdstuk 28, par. 11) is dat risico in mijn ogen niet zo groot als de werknemer voor een substantieel deel passend werkt. Ik verwacht niet dat het UWV dan een ontslagvergunning afgeeft.

393 Naar analogie van HR 5 april 2002, JAR 2002/100, zie ook F.G. Laagland, 'Passende arbeid na 104 weken: de rekening komt alsnog bij de werkgever terecht' in: G.C. Boot (red.), *De zieke werknemer in beweging*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2014, p.35.

394 Ktr. Haarlem 20 juni 2007, L/JN BA9758, overigens werd hier zo'n functiewijziging op basis van de omstandigheden wel aangenomen, zie verder Ktr. Haarlem 25 februari 2009, L/JN BH5169.

395 Hof Leeuwarden 22 augustus 2007, L/JN BB2223.

396 Hof Den Bosch 6 januari 2009, JAR 2009/54, Hof Amsterdam 21 juli 2009, USZ 2009/345, zie anders: Hof Den Bosch 3 augustus 2004, JAR 2007/274.

397 Ktr. Utrecht 7 december 2009, L/JN BK5511. Andere kantonrechters vinden een periode van jaren echter niet voldoende Ktr. Haarlem 25 februari 2009, L/JN BH5169: 4,5 jaar; Ktr. Enschede 23 februari 2010, L/JN BN2919: 5 jaar; Ktr. Terneuzen 26 januari 2011, L/JN BR1322: 7 jaar.

398 Hof Arnhem 1 juni 2010, L/JN BM5554.

Ook het Hof Amsterdam aanvaardde medio 2010 dat een wijziging van passende arbeid in bedongen arbeid kan worden gebaseerd op gerechtvaardigd vertrouwen van de werknemer: *'Daarvan zal sprake kunnen zijn indien een situatie is ontstaan waarin (de werknemer) gedurende een niet te korte periode arbeid heeft verricht waarvan de aard en de omvang tussen partijen niet ter discussie staat.'*³⁹⁹ Het vertrouwensbeginsel lijkt in deze rechtspraak en literatuur te worden gehanteerd om te toetsen of zo'n omzetting kan worden aangenomen.⁴⁰⁰ Uit een andere uitspraak van Hof Amsterdam wordt wel afgeleid dat de werkgever een informatieplicht heeft.⁴⁰¹ Hij moet duidelijkheid scheppen voor de werknemer: als de werkgever meent dat de bedongen arbeid niet wijzigt of zal wijzigen, moet hij de werknemer daarover informeren. Laat hij dit na dan moeten eventuele negatieve financiële consequenties van de onduidelijkheid over de status van de arbeid voor zijn rekening te komen, ook al is aan hem misschien geen verwijt te maken.⁴⁰² Frikkee probeert een en ander te concretiseren en meent dat bij uitval na twee jaar ziekte, waarbij ten minste zes maanden passende arbeid is verricht, de passende arbeid dient te worden gezien als bedongen arbeid. Die termijn sluit aan bij artikel 44 ZW en is redelijk.⁴⁰³

De HR deed eind 2011 een uitspraak over de problematiek in de zaak Kummeling/Oskam.⁴⁰⁴ De werknemer werkte voor 20% als sloper en voor 80% als timmerman. Hij viel uit vanwege arbeidsongeschiktheid en verrichtte gedurende tien jaar alleen nog maar aangepaste (timmer)werkzaamheden. Vanwege een geschil ontstonden er spanningsklachten bij de werknemer maar de werkgever weigerde het loon bij ziekte door te betalen. De werknemer vorderde betaling op basis van artikel 7:629 lid 1 BW. Het Hof had vastgesteld dat partijen niet waren overeengekomen dat de passende arbeid was veranderd in bedongen arbeid. Bovendien bleek uit de stellingen onvoldoende dat eiser erop had mogen vertrouwen dat de passende arbeid de bedongen arbeid was geworden. Deze twee oordelen van het Hof kwamen in cassatie niet meer aan de orde. De HR heeft zich niet uitdrukkelijk uit kunnen laten over de vraag of het *mogelijk* is dat 'passend' overgaat in 'bedongen' op basis van vertrouwen. In cassatie spitste het geschil zich namelijk meer toe op de door het Hof niet besproken grondslag dat de nu opnieuw zieke werknemer tussen wal en schip viel: geen loon, geen WIA maar ook geen ZW. Gelet op de aanvullende werking van de redelijkheid

399 Hof Amsterdam nevenzittingsplaats Arnhem 29 juni 2010, *JAR* 2010/230. Het betreft dan een stilzwijgende wijziging van de arbeidsovereenkomst via aanbod en aanvaarding (art. 6:217 BW) die besloten ligt in hun gedragingen (art.3:37 lid 1 BW) en waarmee het vertrouwen wordt gewekt dat de wil van partijen is gericht op de overeenkomstige wijziging van de overeenkomst (art. 3:35 BW).

400 Ktr. Amersfoort 8 maart 2011, *LJN* BP7237 met noot E. van Vliet in *JIN* 2011/322, Ktr. Utrecht 14 maart 2011, *LJN* BP7568. Ook Hof Amsterdam 13 januari 2009, *LJN* BH4334 dat meent dat partijen dit uitdrukkelijk of stilzwijgend kunnen overeenkomen, zie ook Ktr. Eindhoven 10 juli 2008, *LJN* BD6908. P. Kruit en E. van Vliet, *ArbeidsRecht* 2011/16, R.J. van der Ham en M. Zaman, *TRA* 2011/13 en F.G. Laagland, 'Passende arbeid na 104 weken: de rekening komt alsnog bij de werkgever terecht' in: G.C. Boot (red.), *De zieke werknemer in beweging*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2014, p.33-35.

401 R.J. van der Ham en M. Zaman, 'Van passende arbeid naar de nieuwe bedongen arbeid: een perpetuum mobile?', *TRA* 2011/13 over Hof Amsterdam 13 januari 2009, *LJN* BH4334.

402 V.zr. Amsterdam 1 februari 2010, *LJN* BM0969.

403 C.J. Frikkee, 'De bedongen arbeid na twee jaar loondoorbetaling', *Sociaal Recht* 2008/65, p.320-322.

404 HR 30 september 2011, *LJN* BQ8134.

en billijkheid en de nadruk van de wetgever op het naar vermogen hervatten van het werk, mag een werknemer niet in de kou blijven staan, betoogde het cassatiemiddel. De HR ziet echter geen taak voor zichzelf weggelegd, gelet op het bewuste evenwicht van de huidige regeling:

'3.7.2 Het wettelijk stelsel houdt op dit punt, kort gezegd, in dat de werkgever in geval van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van de werknemer enerzijds gehouden is gedurende 104 weken het naar tijdruimte vastgestelde loon binnen de grenzen zoals bepaald in art. 7:629 lid 1 te betalen en anderzijds gedurende die periode de re-integratie van zijn werknemer binnen het eigen bedrijf, dan wel in het bedrijf van een andere werkgever, te bevorderen (art. 7:658a BW). Dit stelsel brengt mee dat, indien de werknemer als gevolg van de re-integratie andere (passende) werkzaamheden is gaan verrichten, zonder dat de passende arbeid de bedongen arbeid is geworden en hij na afloop van de periode van 104 weken opnieuw door ziekte uitvalt, de werkgever niet gehouden is (wederom) diens loon door te betalen. Ook art. 6:248 lid 1 brengt dat niet mee, omdat dan de samenhang en het evenwicht tussen de bedoelde verplichtingen van de werkgever verstoord zouden worden. Dat dit stelsel voor de werknemer in bedoeld geval ongunstig kan uitpakken, is ook door de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid onderkend (zie de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 3.11.3 genoemde brief van de minister van 2 februari 2010), maar een maatregel die in een oplossing van het probleem voorziet -zoals een wettelijke regeling (aanpassing van de Ziektewet of het Burgerlijk Wetboek) of het maken van al dan niet collectieve afspraken tussen werkgever(s) en werknemer(s)- is niet getroffen'.

De HR zegt dus niets over *hoe* de passende arbeid bedongen arbeid kan worden. Hij licht wel een tipje van de sluier op rond het vertrouwen als basis van zo'n stilzwijgende wijziging van 'passend' naar 'bedongen'. De HR vindt namelijk dat het 'aantekening verdient' dat in cassatie onbestreden is dat eiser er niet op heeft mogen vertrouwen dat de passende arbeid als bedongen arbeid is gaan gelden⁴⁰⁵ Ik maak daar uit op dat de HR -door deze notie niet af te wijzen maar juist te benoemen- zo'n stilzwijgende wijziging wel mogelijk acht.⁴⁰⁶ Roozendaal⁴⁰⁷ en Van Arkel⁴⁰⁸ bespreken het arrest en bepleiten snel duidelijkheid. Sociale partners hebben gevraagd om wetgeving, maar de wetgever verwijst naar sociale partners.⁴⁰⁹ Intussen lijkt in de lagere rechtspraak van ná Kummeling/Oskam de stilzwijgende wijziging op basis van gerechtvaardigd vertrouwen vaste voet aan de grond te krijgen.⁴¹⁰

405 r.o.3.7.3.

406 Zie ook de noten onder dit arrest van B. Barentsen in *USZ* 2011/294 en van F.G. Laagland in *JAR* 2011/277, anders: G. Vonk in *TRA* 2012/1. Ktr. Utrecht besliste uiteindelijk dat er recht op loon bestond want de werknemer had enige tijd stabiel gefunctioneerd in ander werk, 3 oktober 2012, *JAR* 2012/306.

407 W.L. Roozendaal 'The buck stops here!? Gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer heeft geen recht op loonbetaling bij uitval wegens ziekte na 104 weken', Commentaar AR-2011-0792.

408 R. van Arkel, 'De eeuwig re-integrerende werknemer', *ArbeidsRecht* 2012/18.

409 Brief van de STAR, *Kamerstukken II* 2009/10, 29 544, bijlage bij nr.226; Brief van de Minister SZW, *Kamerstukken II* 2009/10, 29 544, nr.226.

410 Ktr. Utrecht 3 oktober 2012, *USZ* 2013/2, Ktr. Apeldoorn 14 augustus 2013, *JAR* 2013/253, Hof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4342, Hof Arnhem-Leeuwarden 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6681.

Van Slooten vindt de stilzwijgende wijziging dogmatisch niet gewenst.⁴¹¹ Hij pleit daarom voor een andere benadering gebaseerd op artikel 7:611 BW. Daarin zou de werknemer die niet meer terug kan naar de bedongen arbeid, maar de passende arbeid wel permanent kan vervullen, moeten worden geïnformeerd dat hij een wijzigingsvoorstel kan doen en welke consequenties dat heeft. Als de werknemer vervolgens concreet voorstelt van de passende arbeid de bedongen arbeid te maken, zal de werkgever een aanpassing van de arbeidsovereenkomst *moeten* opstellen, met daarin onder andere het nieuwe loon. Bij onenigheid over geschiktheid voor de nieuwe functie of het loon kan UWV of de rechter worden ingeschakeld. Krijgt de werknemer gelijk dan heeft hij in lijn met de re-integratie-arresten Roovers/De Toekomst en Van Haaren/Cehave recht op loon vanaf het moment van zijn wijzigingsvoorstel. Ook kan de rechter van recht verklaren dat de nieuwe functie en arbeidsvoorwaarden tussen partijen gelden.

De CRvB betrok de verschillende civielrechtelijke jurisprudentie en het arrest Kumeling/Oskam in verschillende uitspraken. De vraag of passende arbeid de bedongen arbeid is geworden, komt sociaalzekerheidsrechtelijk aan de orde als de werknemer eerst niet en later wel een WIA-uitkering krijgt toegekend of als zijn uitkering herleeft en loonbetalingen in mindering mogen worden gebracht.⁴¹² Het UWV beoordeelt dan het recht op loon dat zou bestaan als door nieuwe bedongen arbeid een nieuwe periode van twee jaar loondoorbetaling bij ziekte is begonnen. De CRvB meent dat het gegeven dat een werknemer geruime tijd in aangepaste arbeid heeft gewerkt niet leidt tot aanpassing van de bedongen arbeid, als geen sprake is van een stabiele medische toestand. De CRvB hecht waarde aan een medische onderbouwing dat volledig herstel niet meer te verwachten is. Bovendien is van belang of de werknemer zichzelf beschikbaar heeft gesteld voor méér dan de aangepaste arbeid en daartoe medisch in staat was.⁴¹³ In een iets andere situatie oordeelde de CRvB dat de aangepaste arbeid die een werknemer viereneenhalf jaar lang verrichtte niet de bedongen arbeid was geworden. De werknemer bleef de eigen werkzaamheden als senior consultant verrichten, met minder coördinerende taken *'maar overigens niet in gewijzigde vorm of tegen gewijzigde beloning'*. Zo'n *'relatief beperkte aanpassing van de werkzaamheden'* is volgens de CRvB geen wijziging van de bedongen arbeid.⁴¹⁴ Opmerkelijk is dat uit de uitspraak af te leiden lijkt -zij het niet heel duidelijk- dat

411 J. 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. Hij wijst op verschillende arresten rond de eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst, die een verslechtering voor de *werknemer* inhielden. Volgens hem komt aan die rechtspraak enige invloed toe, bij het aannemen dat de arbeidsovereenkomst is gewijzigd ten nadele van de *werkgever*. Ook kunnen de implicaties van een stilzwijgend gewijzigde arbeidsovereenkomst de aanspraak op loon bij ziekte overstijgen: een nieuwe proeftijd is wellicht mogelijk, een concurrentiebeding zou misschien opnieuw moeten worden overeengekomen, de Ragetlieregels kan gaan spelen, de loonwaarde van de nieuwe arbeid moet worden vastgesteld en de werkgever moet voldoen aan zijn informatieplicht uit art. 7:655 lid 3 BW, over de wijziging van de functie of de aard van de arbeid. Hij wijst daarnaast op de onvoorspelbaarheid en de afhankelijkheid van omstandigheden, waarvan partijen zich vaak het belang niet hebben gerealiseerd.

412 Respectievelijk art. 55 en 57 lid 1 aanhef en sub b jo. art. 61 WIA.

413 CRvB 13 januari 2013 *USZ* 2013/65 m.nt. A. Wit.

414 CRvB 19 februari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:880.

de werknemer al die tijd wel een aantal uren per dag minder werkte. Dat lijkt mij een relevante omstandigheid om toch een wijziging naar nieuwe bedongen arbeid te kunnen aannemen. Arbeidsrechtelijk lijkt mij dat zeer verdedigbaar. De CRvB vindt sociaalzekerheidsrechtelijk van niet en sprak dat uit in een andere situatie. De werknemster bleef tien maanden lang hetzelfde werk doen, maar voor 28 uur in plaats van 32 uur per week. De CRvB overwoog dat er geen sprake is van nieuw bedongen arbeid *'vanwege de enkele wijziging in het aantal arbeidsuren in de arbeidsovereenkomst, hoe gering ook'*. Dat de collega's van de werknemster een deel van haar bij de functie horende taken overnamen om haar zo nu en dan te ontzien, is *'een niet ongebruikelijke collegiale werkverhouding binnen de totale uitoefening van de overeengekomen werkzaamheden in haar functie'*. Van belang daarbij was dat haar arbeidsongeschiktheid *'nimmer tot enigerlei wijziging in haar functietaken heeft geleid'*.⁴¹⁵

Kleine feitelijke wijzigingen in de uitoefening van de werkzaamheden (zoals iets minder taken, iets minder uren, een kleine beperking) maken van passende arbeid dus nog geen bedongen arbeid volgens de CRvB. Hij zit kennelijk op het spoor dat daarvan pas sprake is bij afspraken daarover. Re-integratieafspraken over te verrichten (passende) werkzaamheden kunnen volgens de CRvB zowel mondeling als schriftelijk, summier of uitvoerig worden gemaakt. Of een afspraak over wijziging van aard, inhoud of duur van de werkzaamheden is gericht op wijziging van de bedongen arbeid, moet worden uitgelegd aan de hand van het Haviltex-criterium.⁴¹⁶ Bij het uitblijven van afspraken is te pleiten voor het overnemen door de CRvB van de veelal gehanteerde civielrechtelijke norm, namelijk of de werkgever het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat er sprake is van nieuw bedongen arbeid.⁴¹⁷ Het is ongewenst dat sociaalzekerheidsrechtelijk en arbeidsrechtelijk anders tegen het ontstaan van nieuwe bedongen arbeid wordt aangekeken.

415 CRvB 21 mei 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1757, r.o.4.5.1-4.6.1. Arbeidsrechtelijk zou ik menen dat de werknemster niet haar bedongen arbeid verrichtte (minder uren en minder taken) maar wel passende arbeid. Dat deed zij gedurende een niet te korte periode terwijl de aard en de omvang tussen partijen niet ter discussie staat, zodat de passende arbeid bedongen arbeid is geworden.

416 CRvB 21 mei 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1757, r.o. 4.4.3 onder verwijzing naar HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101: *'...ook indien bij de uitleg van een overeenkomst groot gewicht toekomt aan de taalkundige betekenis van de gekozen bewoordingen, (kunnen) de overige omstandigheden van het geval meebrengen dat een andere (dan de taalkundige) betekenis aan de bepalingen van de overeenkomst moeten worden gehecht. Beslissend blijft immers de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepalingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten...Dat is niet anders als sprake is van afspraken over het in situaties als hier aan de orde gaan verrichten van passende werkzaamheden.'*

417 Zo ook Fluit: CRvB 19 februari 2014, USZ 2014/165 m.nt. P. Fluit. Ik ben het overigens niet eens met zijn noot onder CRvB 21 mei 2014, USZ 2014/222 waarin hij op het spoor lijkt te zitten dat de 'Haviltex'-norm waar de CRvB over spreekt ook gaat over de wijze waarop partijen invulling hebben gegeven aan hun overeenkomst. In mijn beleving oordeelde de CRvB in die zaak alleen over de uitleg van (schriftelijke) *afspraken* en niet over of de wijziging van bedongen arbeid op een andere manier tot stand kon komen, bijvoorbeeld via de feitelijke invulling van de overeenkomst of gerechtvaardigd vertrouwen. De uitspraken van de CRvB van 19 februari en 21 mei 2014 betreffen daarmee wezenlijk andere situaties. Of de CRvB meent dat alleen re-integratieafspraken kunnen leiden tot een wijziging van de bedongen arbeid (door in de uitspraak van 21 mei 2014 te verwijzen naar zijn uitspraak van 19 februari 2014 onder overweging *'Mede met het oog op toekomstige gevallen'* (r.o.4.3)), lijkt mij echter ook moeilijk daaruit af te leiden.

6.7.10 Re-integratie tweede spoor

In het wetsontwerp-Drucker voor de nieuwe Wet op de arbeidsovereenkomst uit 1901 stond in artikel 7A:1638d BW dat het loon bij ziekte zou worden vermindert met wat de zieke werknemer in dezelfde tijd elders verdiende. De gedachte dat er tijdens ziekte ergens anders zou worden gewerkt, bestond toen al.⁴¹⁸ In de memorie van toelichting is gemotiveerd waarom deze bepaling niet werd overgenomen in het definitieve wetsvoorstel. Het zou hier in feite gaan om een tijdelijke indienstneming terwijl de eigenlijke dienstbetrekking nog voortduurde. Zo'n tewerkstelling werd alleen bestaanbaar geacht als de werkgever dat goed zou vinden en een wettelijke regeling rond het elders werken tijdens ziekte werd daarom niet nodig gevonden.⁴¹⁹ In 1967 is in de ZW de re-integratie elders indirect terecht gekomen: op de ZW-uitkering kwam in mindering het loon dat een zieke werknemer zou hebben kunnen verdienen door passende werkzaamheden bij een andere werkgever te gaan verrichten.⁴²⁰ Bij de Wet TAV werden meer regels gesteld, onder andere over het maken van (detacherings)afspraken tussen werkgever, werknemer en de andere werkgever en het mogelijk aanbieden van een arbeidsovereenkomst bij de nieuwe werkgever als er geen zicht was op terugkeer naar de oude werkgever.⁴²¹

Vanaf 1 januari 2003 bestaat de *verplichting* voor de werkgever om zorg te dragen voor re-integratie bij een derde.⁴²² Dit wordt ook wel 're-integratie tweede spoor' genoemd. Deze re-integratie komt in verband met de verplichte re-integratievolgorde pas aan de orde als interne mogelijkheden zijn uitgeput. Het startpunt is door de rechter bepaald op het moment dat een arbeidsdeskundige heeft vastgesteld dat de bedongen arbeid of passende interne arbeid niet meer mogelijk zijn.⁴²³ Uit de rechtspraak van de CRvB kan worden opgemaakt dat tweede spoor in elk geval na de eerstejaarsevaluatie zou moeten worden gestart, als het niet tot gedeeltelijke werkhervatting in eigen arbeid is gekomen en ook geen concreet perspectief bestaat dat dit binnen een redelijke termijn zal gebeuren. Het eerste spoor is dan weliswaar niet uitgeput maar ook het tweede spoor is dan verplicht. De start van het tweede spoor moet goed worden gemotiveerd; niet kan worden volstaan met de goedkeuring van de werknemer daarvoor. Vervolgens moet met een bijstelling van het plan van aanpak worden omschreven wat partijen over en weer van elkaar kunnen verwachten.⁴²⁴ In elk geval zal het einddoel van de re-integratie moeten worden aangepast, van werkhervatting bij de eigen werknemer naar werkhervatting bij een andere werkgever.

418 Het ging daarbij niet om twee arbeidsovereenkomsten naast elkaar, bij twee verschillende werkgevers.

419 Bles III, p.448.

420 Art. 30 lid 3 en 5 ZW (oud).

421 *Kamerstukken II* 1991/92, 22 228, nr.9, p.30.

422 Op basis van art. 8 REA (oud), dat is geïncorporeerd in art. 7:658a BW, zie ook HR 29 april 2005, *JAR* 2005/137 en HR 21 mei 2010, *LJN* BL5217.

423 Rb. Haarlem 29 januari 2009, *LJN* BH2871.

424 Werkwijzer RIV-toets 2011, p.33 en 41-42.

Het inzetten van spoor 2 sluit echter het gelijktijdig blijven kijken bij de eigen werkgever niet uit. Dit zou als eerder gezegd in overeenstemming zijn met de wil van de wetgever om een zo snel mogelijke en duurzame re-integratie te bewerkstelligen bij de eigen of een andere werkgever. Ook aan artikel 7:658a BW ligt volgens de CRvB ten grondslag dat re-integratie bij een andere werkgever moet worden bevorderd als niet te verwachten is dat de werknemer binnen een redelijke termijn het werk bij de eigen werkgever kan hervatten.⁴²⁵ Dat betekent naast het geval van het gelijktijdig moeten bewandelen van meerdere sporen, dat het tweede spoor eveneens zou moeten worden ingezet *in* het eerste jaar, als op dat moment duidelijk is dat eerste spoormogelijkheden twijfelachtig zijn. Die twijfel kan ontstaan doordat de werkhervatting in eerste spoor niet structureel is of wanneer in het eigen bedrijf alleen werk van een lager functieniveau kan worden aangeboden. Ook de aard van de beperkingen en de omvang van de organisatie kunnen duidelijk maken dat snel tweede spoor aangewezen is.⁴²⁶ Binnen zes weken nadat dit blijkt moet het tweede spoortraject worden gestart.⁴²⁷ De plicht om (zo) vroegtijdig het tweede spoor in te moeten zetten, namelijk al *bij twijfel* aan het succes van terugkeer in de eigen organisatie, lijkt niet altijd goed te rijmen met artikel 7:658a BW, dat voorrang geeft aan eerste spoor totdat *vaststaat* dat hierin geen mogelijkheden zijn.

Als de werkgever meent dat de werknemer vanwege zijn opleidingsniveau niet geschikt kan worden gemaakt voor werk in zijn eigen bedrijf moet naar het tweede spoor worden gewisseld.⁴²⁸ Zelfs in de situatie dat een werknemer passend werk in de eigen organisatie weigert, moet de werkgever -naast het opleggen van een loonstop- vroegtijdig het tweede spoor starten om de re-integratie te bevorderen en te voorkomen dat hij een loonsanctie krijgt.⁴²⁹ Gevallen waarin een werkgever zich er succesvol op beriep wel op tijd met het tweede spoor te zijn gestart, zijn nauwelijks voorhanden.⁴³⁰ In elk geval moet het tweede spoor (ook) worden ingezet vanaf de eerstejaarsevaluatie van de re-integratie, het zogeheten 'opschudmoment'. Het tweede spoor kan alleen achterwege blijven als binnen een redelijke termijn concreet perspectief bestaat op hervatting in spoor 1.⁴³¹ Voor die redelijke termijn wordt een periode van drie maanden gehanteerd.⁴³² Het tweede spoor moet na de eerstejaarsevaluatie óók bij een ernstig arbeidsconflict worden ingezet.⁴³³ Als de werkgever meent dat er geen vertrouwensbasis meer bestaat voor samenwerking met de zieke

425 CRvB 18 november 2009, *LJN* BK3717, ook CRvB 14 april 2010, *LJN* BM1179 en CRvB 12 januari 2011, *LJN* BP0937, zie *Werkwijzer RIV-toets* 2011, par. 5.3.3, p.25.

426 CRvB 26 januari 2011, *LJN* BP2230, CRvB 23 maart 2011, *LJN* BP8931, CRvB 4 mei 2011, *LJN* BQ3800, CRvB 14 december 2011, *LJN* BU 7955 en CRvB 18 augustus 2010, *LJN* BN5506.

427 *Werkwijzer RIV-toets* 2011, p.25 en p.40.

428 CRvB 31 maart 2010, *LJN* BL9850.

429 CRvB 22 mei 2013, *LJN* CA0747.

430 Van den Elsaker noemt CRvB 28 oktober 2009, *LJN* BK1570, CRvB 22 december 2010, *LJN* BO9042 en CRvB 22 februari 2012, *LJN* BV8096.

431 CRvB 26 januari 2011, *LJN* BP2230 en CRvB 11 april 2012, *LJN* BW2233.

432 Beleidsregels beoordelingskader poortwachter, par. 5, p.7 en *Werkwijzer RIV-toets* 2011, par. 4, p.40.

433 CRvB 22 februari 2012, *LJN* BV6619.

werknemer dan hoeft dat tweede spoor niet te belemmeren: daarin hebben werkgever en werknemer juist geen of weinig contact.⁴³⁴ De zet van spoor 2 is ten slotte verplicht, los van uitkomsten van nader medisch onderzoek bij de werknemer.⁴³⁵

De inspanningen 'tweede spoor' moeten uit meer bestaan dan het aanbieden van een outplacementtraject met een tijdslimiet van zes maanden tot aan de ontbinding van de arbeidsovereenkomst.⁴³⁶ Het zoeken in spoor 2 moet specifiek zijn gericht op structurele passende werkzaamheden bij een andere werkgever.⁴³⁷ Om die reden vallen onder werkherhvatting in spoor 2 geen arbeidstherapeutische werkzaamheden.⁴³⁸ Het alleen maar onder de aandacht brengen van de werknemer bij potentiële werkgevers is niet voldoende.⁴³⁹ Het is evenmin genoeg om vacatures aan te bieden die niet aansluiten bij de functionele mogelijkheden van de werknemer of die slechts gedurende een korte periode beschikbaar zijn.⁴⁴⁰ Ook is het enkele aanmelden bij een re-integratiebedrijf, het daarbij verrichten van een werkplekonderzoek en het ondertekenen van het contract met het re-integratiebedrijf niet voldoende.⁴⁴¹ Het inschakelen van een re-integratiebedrijf is sowieso geen vrijbrief om verder niets meer te doen. De werkgever moet controleren of het tweede spoortraject vordert en periodiek overleggen met re-integratiebedrijf én werknemer. Op de agenda moet dan ook staan of het re-integratiebedrijf en de werknemer zich aan de gemaakte afspraken houden.⁴⁴² De arbeidsongeschikte werknemer die in staat is zelf werk te zoeken, moet door de werkgever worden gefaciliteerd, bijvoorbeeld met een sollicitatietraining of een omscholing. De werkgever moet ook hier de voortgang monitoren en de werknemer aanspreken als die te weinig initiatieven ontplooit. Vraagt de werknemer niet om hulp dan moet de werkgever uit zichzelf ingrijpen.⁴⁴³

De wetgever heeft wél ondubbelzinnig duidelijk gemaakt dat de re-integratieplicht tweede spoor alleen bestaat voor zover de werkgever het loon moet doorbetalen aan de werknemer. Het maakt daarbij niet uit of het om de reguliere of om verlengde loondoorbetaling gaat.⁴⁴⁴ Als de werknemer dus na twee (of drie) jaar bij de WIA-keuring voor 0-35% arbeidsongeschikt wordt geacht en de arbeidsovereenkomst niet wordt beëindigd, is de werkgever gehouden te blijven werken aan re-integratie, maar dan alleen nog maar eerste spoor.

434 Ktr. Amersfoort 16 maart 2012, *LJN* BW0592.

435 CRvB 18 april 2012, *LJN* BW3130.

436 Rb. Maastricht 23 april 2004, zaaknr.153825.

437 CRvB 23 februari 2011, *LJN* BP5702.

438 CRvB 29 september 2010, *LJN* BN8678.

439 CRvB 27 april 2013, *LJN* BZ5762.

440 CRvB 26 mei 2010, *LJN* BM7348.

441 CRvB 26 januari 2011, *LJN* BP2230, zie ook het voeren van een re-integratietraject tweede spoor gedurende een half jaar zonder bevredigend resultaat, wat het CRvB onvoldoende vond, 17 augustus 2011, *LJN* BR5210.

442 Werkwijzer RIV-toets 2011, p.41, Ktr. Utrecht 22 maart 2013, *LJN* BZ6295.

443 Werkwijzer RIV-toets 2011, p.42 en CRvB 12 mei 2010, *LJN* BM4243.

444 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 118, nr.3, p.55 (schema) en p.157 en art. 7:658a lid 1 BW. Onjuist: Ktr. Terneuzen 26 januari 2011, *LJN* BR1322, die stelt dat de re-integratieplicht eindigt als de loondoorbetalingsplicht ophoudt.

De plaatsing bij een derde kan worden vormgegeven via detachering.⁴⁴⁵ De werknemer die in spoor 2 bij een andere werkgever passende arbeid gaat verrichten, behoudt zijn arbeidsovereenkomst bij de eigen werkgever. In de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid blijft hij in dienst en blijft hij aanspraak houden op het loon en de arbeidsvoorwaarden die hem tijdens ziekte toekomen.⁴⁴⁶ Voor de hand ligt dat tussen de werkgever en de tweedespoorwerkgever afspraken worden gemaakt over de loonkosten voor het werk dat door de arbeidsongeschikte werknemer wordt verricht. De vraag is hoe de verhouding tussen arbeidsongeschikte werknemer en tweedespoorwerkgever moet worden geduid. Er komt geen zelfstandige arbeidsovereenkomst tussen hen tot stand; allereerst niet omdat hun wil daarop niet is gericht, maar daarnaast omdat voor de tweedespoorwerkgever geen verplichting bestaat loon te betalen.⁴⁴⁷ Er is geen sprake van een uitzendovereenkomst (artikel 7:690 BW) aangezien de eigen werkgever niet handelt in de uitoefening van beroep of bedrijf bij het ter beschikking stellen van de arbeidsongeschikte werknemer. De tweedespoorwerkgever is daarom geen uitzendinlener, maar zijn positie lijkt daar wel op. Tussen hem en de arbeidsongeschikte werknemer bestaat een feitelijke verhouding waarin niettemin juridische plichten bestaan, zoals bijvoorbeeld uit artikel 7:658 lid 4 BW. De Wolff heeft gewezen op de sociaalzekerheidsrechtelijke gevaren voor de werknemer die (in een andere variant) in het kader van het tweede spoor zijn arbeidsovereenkomst met de eigen werkgever inruilt voor een indiensttreding bij het re-integratiebedrijf.⁴⁴⁸

Blijkt al vroegtijdig dat de plaatsing in tweede spoor een succes is, dan kan in de eerste twee jaar van ziekte worden overwogen met de tweedespoorwerkgever een arbeidsovereenkomst aan te gaan. Het aanvaarden van zo'n arbeidsovereenkomst in het kader van de re-integratie betekent niet dat de arbeidsovereenkomst met de oude werkgever eindigt, ook niet na de periode van twee jaar die aan artikel 7:629 lid 12 BW is gekoppeld. Kantonrechter Heerenveen bevestigde dat aanvaarding van passende arbeid elders geen wijziging van de rechtspositie oplevert.⁴⁴⁹ De oude arbeidsovereenkomst moet nog expliciet worden beëindigd en leidt, bij gebreke daarvan, een slapend bestaan.⁴⁵⁰ De kantonrechter in Zwolle bepaalde dat de oude werkgever af moet wachten of de re-integratie bij de derde succesvol en structureel zou zijn, alvorens de oude arbeidsovereenkomst te beëindigen.⁴⁵¹

445 De Wolff wijdt een aantal beschouwingen aan de aard van de arbeidsrelatie rond re-integratie, D.J.B. de Wolff, 'Arbeid, opleiding of re-integratie: de reikwijdte van artikel 7:610 BW', *ArbeidsRecht* 2012/16.

446 Art. 7:629 lid 12 BW.

447 Art. 7:610 BW stelt dit laatste als constitutieve voorwaarde, zie ook Ktr. Den Bosch 1 maart 2011, *LJN* BP7286.

448 D.J. de Wolff, 'Arbeid, opleiding of re-integratie: de reikwijdte van artikel 7:610 BW', *ArbeidsRecht* 2012/16.

449 Ktr. Heerenveen 23 juni 2009, *LJN* BI9894.

450 G.C. Boot, 'Wet verbetering poortwachter: nieuwe regels, nieuwe tactiek', *ArbeidsRecht* 2002/2, p.11-13 ook D.J.B. de Wolff, 'Arbeidsongeschiktheid en de opzegging van de arbeidsovereenkomst', *Arbeid Integraal* 2002 par. 2.2.

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

Voor een nieuwe werkgever kan het aantrekkelijk zijn met de arbeidsongeschikte werknemer⁴⁵² zelf een arbeidsovereenkomst aan te gaan in verband met een premiekorting op WAO/WIA en WW.⁴⁵³ Een arbeidsgehandicapte werknemer die opnieuw uitvalt vanwege arbeidsongeschiktheid heeft bovendien recht op een ZW-uitkering, die de nieuwe werkgever in mindering kan brengen op zijn loon-doorbetalingsverplichting.⁴⁵⁴ Hij moet er op beducht zijn dat de aangeboden arbeidsovereenkomst wellicht gezien wordt als een voortgezette arbeidsovereenkomst in de zin van artikel 7:668a BW.⁴⁵⁵

Aangezien het werken bij een derde ingrijpend kan zijn voor een zieke werknemer moest daarvoor tot 1 januari 2007 goedkeuring van het UWV worden verkregen (artikel 7:629 lid 3 sub c BW (oud)). Deze goedkeuring had betrekking op medische/ arbeidsdeskundige aspecten. Door een wetswijziging is het goedkeuringsvereiste per 1 januari 2007 vervallen.⁴⁵⁶ De Minister motiveerde dat door te stellen dat er geen algemene plicht bestaat om het UWV bij 'tweede spoor' op voorhand in te schakelen en dat bij twijfel het deskundigenoordeel uitsluitend zou moeten bieden.⁴⁵⁷ Daarmee sloot hij aan bij de taakopvatting zoals het UWV die hanteerde. Het initiatief voor toetsing van de plaatsing bij een derde is daarmee verschoven van de werkgever (altijd UWV-goedkeuring vooraf) naar de werknemer (aanvraag deskundigenoordeel over passendheid tweede spoor).

6.7.11 Kosten van de re-integratie

Omdat de werkgever de plicht heeft zich in te spannen voor re-integratie komen de kosten daarvan in redelijkheid voor zijn rekening. Van de werkgever kan niet worden gevergd dat hij financiële middelen ter beschikking stelt voor re-integratieinspanningen waarvan op voorhand duidelijk is dat ze niet tot het beoogde resultaat van aanzienlijke mate van benutting van de restcapaciteit zullen leiden. Ook uitgaven die in geen verhouding staan tot de kosten van loonbetaling en eventuele premieverhogingen (waarmee de werkgever te maken krijgt als de werknemer een WGA-uitkering krijgt) zijn niet redelijk.

Naarmate de mogelijkheid tot herplaatsing minder financiële belasting voor de bedrijfsvoering met zich brengt, mag deze eerder van de werkgever worden verlangd. Daarbij weegt de mogelijkheid van een bijdrage in de kosten mee, bijvoorbeeld via premiekorting of een subsidie.⁴⁵⁸ De werkgever mag rekening houden met

452 De werknemer moet een structurele functionele beperking hebben of een arbeidsgehandicaptenstatus hebben.

453 Art. 49-50 Wfsv.

454 Art. 29b ZW jo. art. 7:629 lid 1 BW.

455 J.M. Fleuren-Van Walsem, 'Passende arbeid bij een derde anno 2004', *Sociaal Recht* 2004/18, p.99-100, E.H. van Stigt Thans, 'Reactie op het artikel 'Passende arbeid bij een derde anno 2004', *Sociaal Recht* 2004/64, p.314, J.M. Fleuren-Van Walsem, 'Naschrift bij Van Stigt Thans', *Sociaal Recht* 2004/65, p.315.

456 Stb. 2006, 704.

457 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 682, nr.3, p.29.

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

vergoedingen uit sociale zekerheid, zoals bijvoorbeeld de werknemersvoorziening van artikel 35 WIA. Ook vergoedingen die de werknemer uit hoofde van voor hem gesloten verzekeringen kan verkrijgen tellen mee. Met name speelt dit een rol bij behandelingen die voor vergoeding in aanmerking komen op grond van de afgesloten basisziektekostenverzekering en aanvullende verzekeringen.⁴⁵⁹ De werkgeversvoorzieningen van bijvoorbeeld artikel 36 en 37 WIA zijn net zo goed onderdeel van de afweging wat van de werkgever kan worden geveerd. Een voorbeeld waarin het mis ging voor de werkgever is van Kantonrechter Den Bosch. Een werkneemster was 12 jaar in dienst voor 16 uur per week en had een blijvende beperking waardoor zij geen trappen kon lopen. Haar eigen werk kon zij verrichten maar (kennelijk) was het toilet op de eerste verdieping, net als de gezamenlijke kantine. De werkgever weigerde een traplift te installeren, die hem € 10.000,- zou hebben gekost, waarbij hij waarschijnlijk een subsidie van € 4.000,- had kunnen krijgen. Dat was niet onevenredig volgens de kantonrechter; het nalaten betekende dat het gegeven ontslag kennelijk onredelijk was.⁴⁶⁰

Het heeft geen zin om een dure aanpassing aan een machine aan te brengen als het dienstverband binnen korte tijd afloopt: die financiële inspanning kan bovenmatig zijn. Evenmin is het redelijk om van werkgevers de inzet van een re-integratietraject te vergen dat nog doorloopt nadat dienstverband reeds is beëindigd of dat onevenredig duur is.⁴⁶¹ Als een werkgever stelt dat met de re-integratie zodanige kosten verbonden zijn dat die niet van hem kunnen worden geveerd, dan kan dit een deugdelijke grond zijn om verder niets meer aan re-integratie te doen. Uiteraard moet de werkgever dit wel aantonen.⁴⁶² In een zaak bij Rechtbank Utrecht zou de werkgeversinvestering voor re-integratie € 11.500,- zijn, terwijl het verschuldigde loon nog maar € 4.500,- bedroeg. Het UWV had bij de vraag of een 'deugdelijke grond' bestond ten onrechte niet de financiële investering en het nog te betalen loon tegen elkaar afgewogen.⁴⁶³

Het is redelijk als de werkgever een bepaalde zekerheid verlangt voor kosten die hij draagt, zoals de kosten van mediation of de kosten die moeten worden gemaakt om te voldoen aan de Arbeidsomstandighedenwet. Te denken is aan een overeenkomst tot terugbetaling van gemaakte re-integratiekosten als de werknemer binnen drie jaar na het voltooien van de re-integratie uit dienst gaat.⁴⁶⁴

Of verhaal van gemaakte re-integratiekosten op derden op de voet van artikel 6:107a BW mogelijk is en tot welk bedrag, was lange tijd geen uitgemaakte zaak. Regelmatig

459 De werkgever mag niet van de werknemer verlangen dat hij *aanvullende ziektekostenverzekeringen* sluit voor behandelingen die niet zijn opgenomen in de basisverzekering.

460 Ktr. Den Bosch 25 mei 2012, *LJN* BW7246.

461 Bij werknemers die voor onbepaalde tijd in dienst zijn mag een afweging plaatsvinden tussen kosten van re-integratie en bijvoorbeeld de te verwachten opbrengst (in de zin van verbetering van benutting van arbeidsmogelijkheden), de kosten van loondoorbetaling en eventuele premieverhogingen waarmee de werkgever te maken krijgt als de werknemer een WGA-uitkering geniet.

462 CRvB 14 april 2010, *LJN* BM1194.

463 Rb. Utrecht 4 augustus 2008, *LJN* BE9221.

464 Hof Den Bosch 11 mei 2004, *JAR* 2004/165, kritisch daarover M.S.A. Vegter, noot onder *JAR* 2005/81.

is de vraag gerezen of een aansprakelijke derde überhaupt verplicht is om de kosten te vergoeden van de door een (overheids)werkgever of het UWV verplicht gestelde re-integratiemaatregelen. Omdat zij tot het nemen van deze maatregelen wettelijk verplicht zijn, zijn de daarmee gemoeide werkgeverskosten -zo was de gedachte- geen kosten die de werknemer zou hebben gemaakt. Een werkgever of het UWV kan deze kosten dan ook niet verhalen, aldus de redenering, omdat een werknemer geen schade zou hebben geleden. De Hoge Raad heeft echter meerdere malen uitgemaakt dat het feit dat een derde verplicht is om bepaalde maatregelen te nemen, niet afdoet aan de verplichting van de aansprakelijke partij om de kosten daarvan te vergoeden. Het is volgens de Hoge Raad immers primair de aansprakelijke die verplicht is de voor deze maatregelen nodige middelen te verstrekken.⁴⁶⁵ Het is onwenselijk dat een aansprakelijke derde van zijn verplichtingen wordt ontheven door de enkele omstandigheid dat ook een ander, die de schade niet heeft veroorzaakt, verplicht is om maatregelen te nemen. Toch werd in de lagere rechtspraak nog wel eens anders geoordeeld. Daarom is aan artikel 6:107a BW lid 3 toegevoegd, dat hierin duidelijkheid brengt.⁴⁶⁶ De werkgever kan de redelijke kosten van de verplicht door hem genomen re-integratiemaatregelen in alle gevallen verhalen op een aansprakelijke derde. Artikel 6:107a BW lid 3 luidt: *'De in lid 2 bedoelde aansprakelijke is eveneens verplicht tot vergoeding van de door de werkgever gemaakte redelijke kosten ter nakoming van zijn in artikel 658a van Boek 7 bedoelde verplichtingen. De aansprakelijke kan hetzelfde verweer voeren dat hem jegens de gekwetste ten dienste zou hebben gestaan.'*

De bepaling is (naast het uitgangspunt van de HR) ook te rechtvaardigen vanuit de gedachte dat re-integratie tot doel heeft om de werknemer zo snel mogelijk weer aan het werk te laten gaan. Dit is net zo goed in het belang van de aansprakelijke derde want zodoende hoeft deze minder inkomensschade te vergoeden. Dit heeft verder het voordeel dat werkgevers -wetende dat zij deze kosten kunnen verhalen- eerder bereid zijn om zich voor de re-integratie van hun werknemers in te zetten. Het lid 3 ziet niet alleen op de kosten van re-integratiemaatregelen, maar ook op de kosten die de werkgever maakt om ingevolge artikel 7:658a lid 3 van het BW een plan van aanpak op te stellen en te evalueren. Het doet niet ter zake of de re-integratie-inspanningen tot het beoogde resultaat, te weten werkhervatting, hebben geleid. De re-integratieverplichting voor de werkgever is een inspanningsverplichting en geen resultaatsverplichting. Met de woorden 'redelijke kosten' wordt tot uitdrukking gebracht dat de hoogte van de met de maatregelen gemoeide kosten redelijk moeten zijn geweest. Het begrip is bekend uit artikel 6:96 lid 2 BW en kan langs deze lijn worden ingevuld. Anders dan in artikel 6:96 lid 2 sub a BW wordt hiermee overigens niet bedoeld dat de werkgever alleen de kosten kan verhalen van maatregelen die

465 Zie HR 23 april 1976, NJ 1976, 451, HR 23 december 1994, NJ 1996, 349 en HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564.

466 Artikel 6:107a BW lid 3: *'De in lid 2 bedoelde aansprakelijke is eveneens verplicht tot vergoeding van de door de werkgever gemaakte redelijke kosten ter nakoming van zijn in artikel 658a van Boek 7 bedoelde verplichtingen. De aansprakelijke kan hetzelfde verweer voeren dat hem jegens de gekwetste ten dienste zou hebben gestaan.'* Zie Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr.77 voor onderbouwing daarvan.

redelijkerwijs verantwoord waren. Het uitgangspunt is immers dat een werkgever de redelijke kosten kan verhalen van *alle* maatregelen die hij heeft genomen ter uitvoering van de verplichting in artikel 7:658 a BW om de werknemer te re-integreren. De redelijkheidstoets ziet dus niet op de genomen maatregelen, maar uitsluitend op de hoogte van de kosten die met de maatregelen zijn gemoeid.⁴⁶⁷

De tweede zin van artikel 6:107a lid 3 bevat een gelijke bepaling als de artikelen 6:107 lid 2 en 108 lid 3 BW. Het brengt tot uitdrukking dat de aansprakelijke die door een werkgever tot vergoeding wordt aangesproken dezelfde verweren kan voeren die hij jegens de werknemer kan voeren. Te denken valt aan eigen schuld van de werknemer, aan door de werknemer overeengekomen exonerationen of aan verjaring.⁴⁶⁸

6.8 UWV-toetsing van de re-integratie

De plichten van werkgever en werknemer zijn in kaart gebracht waarbij is ingezoomd op een paar bijzonderheden zoals de passende arbeid, de re-integratie tweede spoor en de kosten. Sociaalzekerheidsrechtelijk is het tijd stil te staan bij de vraag hoe het UWV het re-integratieproces toetst. Het UWV beoordeelt aan de hand van het re-integratieverslag dat is gevoegd bij de WIA-aanvraag of er een 'bevredigend' resultaat is bereikt. Zo niet dan wordt onderzocht of steeds zo tijdig mogelijk die maatregelen zijn getroffen en voorschriften zijn gegeven die redelijkerwijs nodig waren om de werknemer in staat te stellen de bedongen of andere passende arbeid te gaan verrichten. Als dat niet zo is, wordt gekeken of daarvoor een deugdelijke grond bestond.

6.8.1 Bevredigend resultaat

De Beleidsregels verlenging loondoorbetaling Poortwachter bepalen in artikel 3 lid 2 dat wordt getoetst aan de Regeling procesgang en het Beoordelingskader. Komt de werkgever niet door die toets dan zal hij in verzuim zijn (artikel 3 lid 3). Is er wel een 'bevredigend' resultaat, dan vindt geen verdere beoordeling meer plaats van de weg waarlangs dat resultaat is bereikt. Het UWV hoeft niet aan het begin bij de arbeidsongeschiktheid te duiden wat concreet van een werkgever wordt verwacht.⁴⁶⁹ Feit blijft dat wel lastig is van tevoren in te schatten of voldoende aan re-integratie is gedaan, ook al meent de CRvB dat de gevraagde re-integratie-inspanningen kenbaar zijn neergelegd in artikel 7:658a BW.⁴⁷⁰ Het gevolgde proces is ondergeschikt aan het resultaat. Of bijvoorbeeld wel of niet binnen zes weken een plan van aanpak is opgesteld, dan wel of de werkgever al dan niet zijn organisatie heeft aangepast om te kunnen herplaatsen, komt niet meer aan de orde. Ook het niet hebben aangewezen

467 *Kamerstukken II* 2005/06 30 034, nr.3, p.8 en 10.

468 Zie voor een voorbeeld van gedeeltelijke toerekening van de schade aan het gedrag van de werknemer Rb. Noord-Holland 4 juni 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:512.

469 CRvB 28 oktober 2009, *LJN* BK1570, lopende het traject misschien wel gelet op Vzr. Rb. Rotterdam 25 juni 2004, *USZ* 2004/254.

470 CRvB 18 november 2009, *LJN* BK3713 r.o. 4.7, kritiek daarop van Fluit in *ArbeidsRecht* 2011/27.

van een casemanager leidt op zichzelf niet tot een sanctie. Bij het bereiken van een 'bevredigend resultaat' is per definitie voldaan aan de wettelijke eis van artikel 65 WIA dat werkgever en werknemer 'in redelijkheid konden komen tot de re-integratie-inspanningen die zijn verricht'.

Wat is 'bevredigend? Als uit het re-integratieverslag blijkt dat een werkhervatting is gerealiseerd die in verhouding staat tot de belastbaarheid van de betreffende werknemer en past in het lange termijnperspectief (het einddoel) zoals dat in het plan van aanpak is beschreven, wordt dit als een bevredigend resultaat aangemerkt. Een voorbeeld waarin dat mis ging, is bij de werkgever die de werknemer voor 12 uur liet werken terwijl hij 32 uur in dienst was. Dat sloot onvoldoende aan bij de functionele mogelijkheden. De urenbeperking waarvan de werkgever uitging, stond namelijk helemaal niet vast.⁴⁷¹ Meer concreet geeft het UWV aan dat er sprake is van een bevredigend resultaat als de werknemer op het einde van de wachttijd structureel is ingeschakeld in arbeid met een loonwaarde van ten minste 65% van het loon vóór de ziekte. Dat is alleen anders als de werknemer er ondanks die inschakeling op heeft gewezen dat er intern of extern concrete mogelijkheden zijn om een hogere loonwaarde te realiseren en de werkgever daarop niet is ingegaan. Het UWV waarschuwt ervoor dat de 65%-norm geen streefcijfer is aan het begin van de re-integratie, maar slechts een criterium achteraf. Als de conclusie is dat het re-integratietraject 'onbevredigend' resultaat heeft opgeleverd, moet het UWV verder onderzoek gaan doen.

6.8.2 Geen benutbare mogelijkheden

Wordt het resultaat niet als 'bevredigend' gekarakteriseerd dan zoomt het UWV in op datgene wat werkgever en werknemer daadwerkelijk hebben ondernomen. Het gevolgde proces wordt dan wél van belang. Eerst wordt gekeken of de werknemer benutbare mogelijkheden heeft in de zin van het Schattingsbesluit Arbeidsongeschiktheidswetten. Is dat niet zo en lijkt het ontbreken van die benutbare mogelijkheden structureel, dan worden van werkgever en werknemer geen verdere re-integratieactiviteiten verwacht.⁴⁷² De bedrijfsarts moet verklaren of zo'n situatie zich voordoet. Geen benutbare mogelijkheden worden aangenomen als:

- de werknemer is opgenomen in een ziekenhuis of een op grond van de Algemene wet bijzondere ziektekosten erkende instelling;
- de werknemer bedlegerig is;
- de werknemer voor het uitvoeren van activiteiten van het dagelijks leven dermate afhankelijk is dat hij lichamelijk niet zelfredzaam is; of
- de werknemer als gevolg van een ernstige psychische stoornis in zijn zelfverzorging, in zijn directe samenlevingsverband alsook in zijn sociale contacten, waaronder zijn werkrelaties, niet of dermate minimaal functioneert dat hij psychisch niet zelfredzaam is als gevolg van een ernstige psychische stoornis.⁴⁷³

471 CRvB 26 januari 2011, LJN BP2226.

472 Met het gebruik van de term 'geen benutbare mogelijkheden' door de CRvB is de link gelegd naar het Schattingsbesluit, CRvB 18 november 2009, LJN BK3713.

473 Art. 2 lid 5 Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten.

De verzekeringsarts toetst achteraf de plausibiliteit van een dergelijke verklaring.⁴⁷⁴ Als het UWV meent dat er wél benutbare mogelijkheden zijn, dient hij zich te baseren op een rapport van een verzekeringsarts.⁴⁷⁵ Het kan tevens voorkomen dat geen IVA-uitkering wordt toegekend, maar een WGA-uitkering naar 80-100%. De werknemer wordt dan wel volledig maar niet duurzaam arbeidsongeschikt geacht. Ook hierbij zou de gedachte kunnen ontstaan dat dus niets aan re-integratie gedaan hoeft te worden. Immers, de werknemer is toch volledig arbeidsongeschikt verklaard? De CRvB wil daar niet aan: de WIA-beoordeling vindt plaats naar andere maatstaven. Daaruit kunnen dus geen conclusies worden getrokken met betrekking tot de vraag of een werkgever voldoende re-integratie-inspanningen heeft verricht.⁴⁷⁶ Soms bestaan aanwijzingen of sterke vermoedens dat een werknemer in aanmerking komt voor een WSW-indicatie. Daarmee zouden dan de re-integratieverplichtingen vervallen. Toch is de CRvB ook hier streng: zolang die WSW-indicatie niet is afgegeven, moet een werkgever de normale re-integratie-inspanningen blijven verrichten.⁴⁷⁷

Het kan vóórkomen dat ten onrechte is aangenomen dat de werknemer geen duurzaam benutbare mogelijkheden meer had. De werkgever en werknemer zullen dan geen re-integratie-inspanningen hebben verricht. Of dat een onbevredigend resultaat oplevert, hangt af van wat daadwerkelijk is ondernomen. Zo moet de werkgever of de arbo-dienst motiveren waarom er geen restcapaciteit is geconstateerd en wordt nagegaan of de werknemer bij die conclusie betrokken is.

6.8.3 Onbevredigend resultaat betekent loonsanctie werkgever

Als de werkgever en werknemer niet kunnen motiveren waarom is nagelaten de in redelijkheid te verwachten re-integratie-inspanningen te leveren, velt het UWV een negatief eindoordeel. Heeft de werknemer het werk helemaal niet hervat terwijl hij wél duurzaam benutbare mogelijkheden heeft, dan is dat in principe een onbevredigend resultaat. Artikel 25 WIA maakt mogelijk dat dan een tijdvak voor verlenging van de loondoorbetaling wordt vastgesteld, gedurende welke verlenging de werkgever normaal gesproken op grond van artikel 7:629 lid 11 BW het loon moet doorbetalen. Dit wordt de *loonsanctie* genoemd. Zo'n sanctie kan niet alleen worden opgelegd bij het uitblijven van een bevredigend resultaat, maar ook als de werkgever de administratieve verplichtingen uit § 6.6 niet goed heeft nageleefd.

474 Opmerkelijk qua toetsmoment is de uitspraak van Rechtbank Arnhem. Die besluit in retrospectief dat *ten tijde van het opleggen van de loonsanctie* re-integratie-inspanningen zinledig waren. Het ging op dat moment nog slechts om een theoretische inzetbaarheid van de werknemer en achteraf beschouwd hoefde de werkgever dus geen inspanningen te plegen, zodat een loonsanctie ten onrechte was opgelegd, Rb. Arnhem 16 september 2008, LjN BF1395.

475 P.S. Fluit, 'De loonsanctie na 104 weken in de praktijk', *ArbeidsRecht* 2011/27, Rb. Den Bosch 28 juli 2010, LjN BN3033.

476 Zie bijvoorbeeld CRvB 29 september 2010, LjN BN8678, CRvB 17 augustus 2011, LjN BR5270 of CRvB 14 december 2011, LjN BU7955.

477 CRvB 24 april 2013, LjN BZ8609, CRvB 27 maart 2013, LjN BZ5776.

In hoofdlijnen komt het stelsel rond de loonsanctie neer op het volgende:

- De werknemer dient uiterlijk 13 weken voor het einde van de wachttijd een WIA-aanvraag in, samen met een compleet re-integratieverslag (artikel 64 lid 3 WIA). Dat re-integratieverslag is door de werkgever in overleg met de werknemer vastgesteld en hem is een kopie daarvan gegeven (artikel 25 lid 3 WIA).
- De werkgever en werknemer kunnen in plaats daarvan gezamenlijk om verlenging van de loondoorbetalingsperiode vragen, in de verwachting dat de werknemer in die vrijwillig verlengde periode wél volledig arbeidsgeschikt wordt (artikel 24 WIA).
- Wordt zo'n verzoek niet gedaan dan beoordeelt het UWV de re-integratie-inspanningen. Bestaat de tekortkoming uit het aanleveren van onvoldoende gegevens door de werknemer voor de beoordeling van de WIA-aanvraag (bijvoorbeeld omdat hij geen compleet re-integratieverslag heeft gekregen van de werkgever) dan wordt de werkgever daar op aan gesproken. Hij krijgt een hersteltermijn van één week om alsnog aan het UWV die gegevens aan te leveren, voordat een loonsanctie wordt opgelegd (artikel 25 lid 8 WIA, Beoordelingskader par.5).
- Had de werknemer wel een compleet re-integratieverslag ontvangen, maar heeft hij niet alles ingeleverd dan krijgt ook hij een termijn voor herstel. De sanctie op niet-nakoming kan zijn het buiten toepassing laten van de aanvraag (artikel 4:5 Awb) of -als het UWV niettemin genoeg informatie heeft- het opleggen van een waarschuwing of maatregel (artikel 88 lid 4 WIA).
- Als bij de poortwachterstoets blijkt dat de werkgever onvoldoende re-integratie-inspanningen heeft verricht of nog steeds onvoldoende gegevens voor de beoordeling van de WIA-aanvraag heeft verstrekt, dan legt het UWV de werkgever een loonsanctie op (artikel 25 lid 9 WIA) en wordt de WIA-aanvraag opgeschort (artikel 64 lid 7 WIA).⁴⁷⁸
- Er wordt geen sanctie opgelegd als de werknemer geen benutbare mogelijkheden meer heeft tot het verrichten van arbeid en geen herstel meer mogelijk is.⁴⁷⁹
- De beoordeling van een WIA-aanvraag die is opgeschort vanwege de loonsanctie wordt door het UWV hervat zes weken '*...voordat het tijdvak als bedoeld in artikel 25, negende lid...van 52 weken is verstreken*'.⁴⁸⁰
- De poortwachterstoets vindt plaats op basis van de re-integratie-inspanningen die zijn verricht tót het moment dat de werknemer zijn WIA-aanvraag indient. Daarbij voegt hij immers het re-integratieverslag. Die WIA-aanvraag wordt gedaan uiterlijk 13 weken voor het einde van de wachttijd. Hoe wordt omgegaan met de inspanningen van de laatste drie maanden van de wachttijd is niet helder. De CRvB lijkt te menen dat het UWV bij de beoordeling of een loonsanctie terecht is ook de inspanningen van de laatste maanden mee moet wegen, als hij daarvan maar 'feiten en rapporten' heeft.⁴⁸¹

478 Dat een werknemer met succes in beroep gaat tegen de opschorting van zijn aanvraag, kan geen gevolgen hebben voor het loonsanctiebesluit. CRvB 14 april 2010, L/JN BM1179.

479 Zie ook: Rb. Almelo, 4 februari 2005, USZ 2005/91 r.o. 8.1.

480 Art. 64 lid 8 sub c WIA.

481 CRvB 31 maart 2010, USZ 2010/115. De Rb. Roermond meent dat die inspanningen moeten worden meegewogen via artikel 25 lid 14 WIA, bij de vraag of de tekortkoming is hersteld, Rb. Roermond 3 december 2009, L/JN BK8711.

- Het UWV toetst intern een voorgenomen loonsanctie door die voor te leggen aan de zogeheten Landelijke Loonsanctiecommissie (LLC). Die adviseert aan de hand van circulaire 09C002 van 2 maart 2009, zodat UWV een uniform loonsanctiebeleid hanteert. De circulaire bevat aandachtspunten voor de LLC en geldt als een concretisering van het Beoordelingskader.⁴⁸²
- In de beschikking waarbij de loonsanctie wordt opgelegd geeft het UWV weer waaruit de geconstateerde tekortkoming bestaat. Tegelijk geeft het UWV in deze beschikking aan dat de loonsanctie doorloopt totdat de werkgever alsnog de benodigde inspanningen heeft verricht c.q. alsnog de benodigde ontbrekende stukken heeft ingediend.⁴⁸³ De loonsanctie bedraagt in beginsel maximaal 52 weken.
- De beschikking wordt uiterlijk zes weken voor einde wachttijd door het UWV afgegeven (artikel 25 lid 10 WIA). De werkgever kan hierdoor zo snel mogelijk zijn tekortkomingen herstellen.
- Wordt een administratieve tekortkoming vastgesteld dan dient de werkgever die te herstellen. Zodra er sprake is van herstel beoordeelt het UWV vervolgens of er ook inhoudelijke tekortkomingen bestaan. Pas als die er niet zijn kan de opgelegde loonsanctie eindigen.⁴⁸⁴ Zijn die er wel dan wordt de loonsanctie op inhoudelijke gronden opgelegd: in dat geval is er geen sprake van een nieuwe loonsanctie maar van een andere grondslag van de bestaande loonsanctie.⁴⁸⁵
- Gedurende de loonsanctie (waarin de WIA-aanvraag is opgeschort) betaalt de werkgever in beginsel het wettelijk voorgeschreven loon door.
- Een verlenging van de loondoorbetalingsperiode betekent echter niet per se dat het loon ook daadwerkelijk moet worden betaald. Het betekent dat de periode is verlengd, waarin artikel 7:629 BW van kracht is (inclusief de gevallen waarin géén recht op loon bestaat).⁴⁸⁶
- Zodra de werkgever de benodigde inspanningen alsnog heeft verricht c.q. de ontbrekende stukken alsnog heeft geleverd, meldt hij dit aan het UWV. In de melding geeft de werkgever aan wat hij heeft gedaan en waarom hij vindt dat de tekortkomingen zijn hersteld.⁴⁸⁷ Dit wordt het bekortingsverzoek genoemd (artikel 25 lid 12 WIA).

482 CRvB 17 augustus 2011, LjN BR5270. Het niet voorleggen aan de LLC levert geen strijd op met de wet. Het niet volgen van de circulaire wél; verder CRvB 31 maart 2010, USZ 2010/115, CRvB 22 februari 2012, LjN BV8096, de circulaire is op zichzelf toegestaan en blijft binnen het kader van de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter.

483 De Rb. Rotterdam had te oordelen over het verweer van een werkgever dat het UWV onduidelijk was over wat van hem werd verlangd met betrekking tot de re-integratieactiviteiten. Dat verweer ging niet op aldus de Rb., Rb. Rotterdam 10 mei 2007, LjN BA5164.

484 CRvB 20 maart 2013 LjN BZ4852.

485 CRvB 22 december 2010, LjN B09013.

486 CRvB 15 augustus 2012, LjN BX6447, CRvB 3 april 2013, LjN BZ6132 (werknemer dient te laat de WIA-aanvraag in, zie art. 7:629 lid 2 sub f BW).

487 Het belang van een formele melding wordt fraai geïllustreerd in Rb. Den Bosch 13 augustus 2008, LjN BE9882.

- De CRvB heeft hierbij aangetekend dat het bij het herstel van tekortkomingen niet gaat om een resultaatsverplichting van de werkgever.⁴⁸⁸
- Gaat de werkgever in bezwaar en beroep tegen de oplegging van de loonsanctie dan moet daarvan een later besluit omtrent zijn verzoek rond bekorting van de loonsanctie worden onderscheiden, waartegen ook bezwaar en beroep openstaat. Die twee procedures (opleggen en bekorting) zijn strikt gescheiden: in een procedure rond het opleggen van een loonsanctie kan geen oordeel worden gegeven over bekorting.⁴⁸⁹
- Het UWV beoordeelt binnen drie weken na ontvangst van het bekortingsverzoek of de werkgever alsnog voldoende heeft gedaan (artikel 25 lid 13 WIA). Zo ja, dan meldt het UWV aan de werkgever en de werknemer wanneer het loonbetalingstijdvak eindigt en wat de ingangsdatum van de WIA-uitkering is (als de werknemer hier aanspraak op heeft).⁴⁹⁰
- Het loonbetalingstijdvak eindigt in een dergelijk geval zes weken ná de vaststelling door het UWV dat de werkgever alsnog heeft voldaan (artikel 25 lid 14 WIA).
- Als de werkgever echter nog steeds onvoldoende inspanningen heeft verricht, dan deelt het UWV dit aan de werkgever mee en blijft de loonsanctie doorlopen.⁴⁹¹
- De einddatum van de loonsanctie schuift op met de periode waarin aan de betrokken werknemster een zwangerschaps- en bevallingsuitkering op basis van de Wet arbeid en zorg is toegekend.⁴⁹²

De loonsanctie wordt in ongeveer één op de acht à tien gevallen opgelegd:

Tabel 2 Aantal loonsancties per jaar⁴⁹³

	Aantal loonsancties	Aantal WIA-aanvragen	%
2011	4.948	48.172	10,27
2012	5.993	47.453	12,63

488 CRvB 18 november 2009, *LJN* BK3717 r.o. 20, de arbeidsdeskundige had betoogd dat het tweede spoor-traject niet was afgerond. Ook af te leiden uit CRvB 14 april 2010, *LJN* BM1194 en CRvB 22 februari 2012, *LJN* BV8096. In *LJN* BZ8612 meent de CRvB dat hoewel het geen resultaatsverplichting betreft, wel kan worden gevraagd een ingezet tweede spoortraject 'af te ronden'. Wanneer daarvan sprake is, wordt echter niet duidelijk.

489 CRvB 23 februari 2011, *LJN* BP5702.

490 Zie voor een situatie waarin de werkgever opnieuw niet had voldaan: Rb. Den Bosch 9 juli 2009, *LJN* BJ2438.

491 Bijvoorbeeld CRvB 26 mei 2010 *LJN* BM5895, *USZ* 2010/227, r.o. 7.7-7.10.

492 CRvB 26 mei 2010, *LJN* BM5895, *USZ* 2010/227, r.o. 8.1-8.2.

493 C. van der Krogt, 'Het tweede-spoortraject als struikelblok voor een juiste re-integratie van de zieke werknemer', *ArbeidsRecht* 2013/58, UWV-presentatie werkgeverscongres 2013, met iets meer inhoudelijke sancties dan administratieve (2011: 51%-49%, 2012: 52,2%-47,8%), Rijkema komt voor 2012 op ongeveer 10%, p.85.

De loonsancties kwamen in 2012 met name voor in de volgende branches:

Tabel 3 Aandeel in het aantal loonsancties naar branche

Branche	Percentage van het totaal aan opgelegde loonsancties
Zorg	23%
Hogere en lagere overheid, onderwijs, nutsbedrijven, defensie	18%
Metaal en technische bedrijfstakken	5%
Reiniging	4%
Detailhandel en ambachten	4%

Bron: UWV-presentatie werkgeverscongres 2013

In de volgende paragraaf wordt dieper ingegaan op de loonsanctie.

6.9 De loonsanctie

De hoofdlijnen van het stelsel rond de loonsanctie zijn in de vorige paragraaf geschetst. Omdat de loonsanctie wordt opgelegd op het snijvlak van sociaalzekerheidsrecht en arbeidsrecht (dus op het snijvlak van bestuursrecht en civiel recht) is het een op onderdelen complex figuur dat uitdieping rechtvaardigt.

6.9.1 De basis van de loonsanctie

De loonsanctie wordt door het UWV opgelegd aan de werkgever en is daarmee een maatregel die berust op hun onderlinge rechtsverhouding. De CRvB heeft uitgemaakt dat die rechtsverhouding wordt beheerst door de betreffende bepalingen in de WAO/WIA, de Wet REA (oud) en de Regeling SUWI en niet door artikel 7:658a BW.⁴⁹⁴ De loonsanctie kan daarom niet worden gegrond op de (civielrechtelijke) overtreding van artikel 7:658a BW, maar op artikel 25 WIA en artikel 8 en 9 REA (oud). Met de invoering van de WIA zijn artikel 8 en 9 REA echter vervallen. De regering vond dat de verantwoordelijkheid van de werkgever afdoende is geregeld in artikel 7:658a BW.⁴⁹⁵ Wat dat betekent voor de grondslag van de loonsanctie is onduidelijk.⁴⁹⁶ Die lijkt met het standpunt van de CRvB alleen te kunnen worden gebaseerd op artikel 25 WIA waarbij artikel 7:658a BW hooguit indirect, via verwijzing in het Beoordelingskader, kan worden betrokken.

494 CRvB 13 juli 2005, USZ 2005/289. Overigens vindt de CRvB het geen bezwaar dat de re-integratie-inspanningen inhoudelijk niet zijn uitgewerkt in de WIA, omdat daarvoor voldoende duidelijkheid in art. 7:658a BW te vinden is, 28 oktober 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK1570. Ook in CRvB 18 november 2009, LJN BK3717 wordt dit artikel meegenomen in de motivering.

495 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 118, nr.3, p.55.

496 B. Barentsen, noot onder CRvB 13 juli 2005, USZ 2005/289.

In de Beleidsregels verlenging loondoorbetaling poortwachter zijn criteria opgenomen op grond waarvan het UWV, bij het niet voldoen aan de re-integratieverplichtingen of het onvoldoende verrichten van re-integratie-inspanningen, het tijdvak van verlenging van de loondoorbetaling vaststelt. Na de Regeling procesgang en het Beoordelingskader zijn de Beleidsregels een logisch sluitstuk. Deze Beleidsregels zijn oorspronkelijk gebaseerd op de invoering van artikel 71a lid 9 WAO, waarin staat dat het UWV een tijdvak vaststelt voor de verlenging van de loondoorbetalingsverplichting. Artikel 25 lid 9 WIA luidt vrijwel overeenkomstig.

Omdat geen AMvB is vastgesteld (lid 10) heeft het UWV deze Beleidsregels uitgevaardigd, kennelijk op grond van artikel 4:81 Awb.⁴⁹⁷ Noordam is zeer kritisch en meent dat het UWV geen normen zou mogen stellen voor sanctietarifiering.⁴⁹⁸ Wetssystematisch houden artikel 71a lid 9 WAO en artikel 25 lid 9 WIA verband met artikel 7:629 lid 11 aanhef sub c en e BW, waaruit volgt dat de werkgever verplicht is om tijdens dat verlengde tijdvak loon door te betalen. Artikel 71a lid 9 WAO en 7:629 lid 11 sub e BW zijn oorspronkelijk onderdeel van de Wet verbetering poortwachter en zijn ingevoerd op 1 april 2002.⁴⁹⁹ Artikel 25 lid 9 WIA en 7:629 lid 11 sub c BW zijn ingevoerd per 29 december 2005 bij de invoering van de WIA.

De loonsanctie is alleen mogelijk bij werknemers die na 15 augustus 2004 arbeidsongeschikt zijn geworden (artikel 123b WIA). In artikel 26 WIA is bepaald dat geen verlenging van de loondoorbetalingsverplichting kan worden opgelegd voor die werknemers waarvoor geen loondoorbetalingsverplichting bestaat maar die ziekengeld ontvangen. Het gaat onder andere om werknemers met een WIA-verleden en met een structurele functionele beperking, werknemers die vanwege orgaan-donatie arbeidsongeschikt zijn en werknemers die arbeidsongeschikt zijn als gevolg van zwangerschap of bevalling.⁵⁰⁰ De werkgever blijft wel verantwoordelijk voor de re-integratie van deze werknemers. Hij moet de verplichtingen uit artikel 25 WIA, zoals het bijhouden van een re-integratiedossier, het opstellen van een re-integratieverslag en het daarbij gebruik maken van deskundige bijstand, gewoon naleven. Uitzondering is het opstellen en evalueren van een plan van aanpak: dat doet het

497 Rb. Almelo 4 februari 2005, *USZ* 2005/91 r.o. 5.4 en 6.

498 Hij wijst op strijd met de rechtszekerheid, Noordam 2003, p.441-442. Ook de Rb. Groningen heeft moeite met het invullen door het UWV van dergelijke essentiële begrippen. Hij meent dat dit een taak van de wetgever is. Rb. Groningen 27 juli 2005, *LJN* AU1025.

499 Art. II en III, Wet van 29 november 2001, *Stb.* 2001, 628, i.w.tr. 1 april 2002, 13 december 2001, *Stb.* 2001, 685.

500 Respectievelijk ex art. 29 lid 2 sub g jo. art. 29b ZW, art. 29 lid 2 sub e ZW en art. 29 lid 2 sub f jo. art. 29a lid 3 en 7 ZW.

UWV. Laat de werkgever re-integratiepogingen na, dan kan het UWV geen ziekengeld op hem verhalen. Uit artikel 39a lid 1 jo. artikel 38 lid 2 ZW volgt namelijk dat verhaal van ziekengeld hier pas mogelijk is als de dienstbetrekking is geëindigd.⁵⁰¹

6.9.2 Aard van de loonsanctie

Voorheen bepaalde de wet dat de periode van de verlengde loondoorbetaling werd afgestemd op 'de aard en de ernst van het verzuim van de werkgever én op de tijd die deze nodig zal hebben om alsnog voldoende re-integratie-inspanningen te leveren'. Zowel aard en duur van het verzuim als de nog nodige termijn zien beide op herstel van het verzuim.⁵⁰² Deze norm van afstemming van de sanctie op de aard en de ernst van het verzuim van de werkgever maar ook op de voor re-integratie nog nodige tijd, was echter innerlijk tegenstrijdig en onpraktisch. Als het bijvoorbeeld nog drie weken zou duren om wél tot voldoende re-integratie-inspanningen te komen, dan zou de loondoorbetaling met drie weken moeten worden verlengd, zelfs als de aard en ernst van het verzuim groot zijn.

Het UWV stelde daarom de Beleidsregels op om helderheid te krijgen. In de toelichting had het UWV opgenomen een minimum van vier maanden te hanteren. Dat bracht een discussie teweeg over het karakter van de verlenging van de loondoorbetalingsverplichting. Ging het om een punitieve sanctie met als oogmerk het bestraffen van de werkgever vanwege het niet voldoen aan zijn verplichtingen? Het minimum van vier maanden leek daarop te wijzen. Of ging het om een reparatoire sanctie waarbij het verlengen om alsnog een positief re-integratieresultaat te behalen voorop stond? De vraag naar de kwalificatie van de loonsanctie is van belang: een punitieve sanctie leidt tot toepassing van de waarborgen uit artikel 6 EVRM en een volle toetsing op het punt van evenredigheid. Een reparatoire sanctie heeft geen verband met artikel 6 EVRM en wordt slechts marginaal getoetst.⁵⁰³ Kronenburg-Willems,⁵⁰⁴ Barentsen en Fleuren-van Walsem⁵⁰⁵ menen dat de sanctie reparatoir is. Ook in de wetsgeschiedenis is daarvan uitgegaan.⁵⁰⁶ Noordam (deels)⁵⁰⁷ en Driessen⁵⁰⁸ gaan uit van het punitieve karakter. In de praktijk werd (en wordt) de maatregel wel als een straf gezien en ervaren gelet op de gebruikte term 'loonsanctie'.

501 *Kamerstukken I 2003/04*, 29 231, nr.C, p.1-2. Deze vangnetters moeten overigens worden onderscheiden van de werknemers van wie de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is afgelopen tijdens hun arbeidsongeschiktheid. Voor deze werknemers is verhaal van ziekengeld wél mogelijk. De re-integratie wordt overgenomen door het UWV op wie een soortgelijke regeling van toepassing is als voor werkgevers, Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar voor vangnetters zonder werkgever, Stcrt. 24 juli 2007, nr.140, p.33.

502 *Kamerstukken II 2001/02*, 27 678, nr.3, p.25.

503 Noordam 2003, p.446.

504 E.J. Kronenburg-Willems, 'Verlenging van de loondoorbetalingsperiode door de UWV', in: *Flexibele arbeidsrelaties* (losbl.), deel C, par. 115.1, Deventer: Kluwer.

505 Barentsen/Fleuren-van Walsem, p.74.

506 *Kamerstukken II 2000/01*, 27 678, nr.3, p.13.

507 Noordam 2003, p.446-447.

508 M.J.A.C. Driessen, 'Loonsanctie vernietigd', *Sociaal Recht* 2004/59, p.288-289.

De lagere rechtspraak heeft al vroeg het reparatoire karakter bevestigd en liet daarom de (punitieve) minimumsanctie van vier maanden herhaaldelijk buiten toepassing.⁵⁰⁹ De CRvB heeft zich tot 2006 niet ondubbelzinnig uitgesproken over het karakter van de loonsanctie.⁵¹⁰ Hij heeft zich op het standpunt gesteld dat met een minimumtermijn van vier maanden onvoldoende rekening wordt gehouden met het (ook) reparatoire karakter van artikel 71a lid 9 WAO. Ook de tekst van de wet zelf bood geen aanknopingspunt voor een minimale sanctie van vier maanden en de Beleidsregels werden op dit punt onrechtmatig geacht. De uitspraak van de CRvB houdt niet meer en niet minder in dan dat het UWV zich niet meer kan baseren op de minimumtermijn van vier maanden; het opleggen van een loonsanctie bleef nog gewoon mogelijk.⁵¹¹ Vóórdat de CRvB tot deze uitspraak kwam, had de wetgever al een wetswijziging aangekondigd. In het nieuwe artikel 25 WIA werd het reparatoire karakter duidelijker omschreven.⁵¹² Van de gewijzigde loonsanctie heeft de CRvB inmiddels bevestigd dat het een reparatoire karakter heeft en geen 'criminal charge' is in de zin van artikel 6 EVRM.⁵¹³ De uitspraak van de CRvB en de wetswijzigingen hebben opvallend genoeg nog niet geleid tot aanpassing van de tekst van de Beleidsregels. In elk geval is duidelijk dat artikel 5 lid 2, 3 en 4 van de Beleidsregels geheel of gedeeltelijk onverbindend zijn.⁵¹⁴

Gegeven het reparatoire karakter plaatste Driessen terecht kanttekeningen bij de zes weken náwerking van de loonsanctie uit artikel 25 lid 14 WIA, dus nadat de werkgever de tekortkomingen heeft hersteld.⁵¹⁵ Bij de invoering van lid 14 betoogde de wetgever: *'Er moet altijd rekening worden gehouden met een zekere uitlooptermijn. Deze uitlooptermijn bedraagt 6 weken en is de tijd die nodig is om de WIA-aanvraag te beoordelen.'*⁵¹⁶ Ik vraag mij hierbij af of de loonsanctie gedurende deze uitlooptermijn van zes weken niet toch een punitief aspect kent. Met de gedachtegang van de wetgever wordt de rekening van het niet voldoen aan de re-integratieverplichtingen en -inspanningen namelijk niet alleen bij de werkgever gelegd voor de tijd dat hij de tekortkoming aan het repareren is, maar ook voor de periode waarin dat herstel al heeft plaatsgevonden en hem geen verwijt meer treft. Er wordt daarvoor geen rechtvaardiging gegeven en het heeft daarom trekken van een bestraffing. Het is

509 Rb. Roermond 11 januari 2005, *USZ* 2005/90, Rb. Almelo 4 februari 2005, *USZ* 2005/91, Rb. Zutphen 29 maart 2005, *USZ* 2005/256, indirect: Rb. Rotterdam 16 augustus 2004, *USZ* 2004/326, anders: Rb. Rotterdam 3 mei 2004, *LJN* AP1583.

510 CRvB 22 februari 2006, *RSV* 2006, 99, zie noot M.J.C.A. Driessen, 'Centrale Raad van Beroep, maar ook de wetgever spreken zich uit over de loonsanctie', *Sociaal Recht* 2006/26.

511 Rb. Haarlem 13 december 2007, *LJN* BC0738. De Rb. haalt overigens in de uitspraak de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter en de Beleidsregels verlenging loondoorbetaling poortwachter door elkaar, zie ook Rb. Haarlem 24 mei 2007, *LJN* BA7518.

512 Net als art. 71a lid 9 WAO: Aanpassings- en verzamelwet WIA, Stb. 2005, 710.

513 CRvB 28 oktober 2009, *USZ* 2009/349.

514 Ondanks de onrechtmatigheid van de standaardsancties en de wijziging van het systeem met de mogelijkheid een bekortingsverzoek te doen blijven de Beleidsregels nog hun waarde houden als illustratie van welke tekortkomingen het UWV voor ogen heeft bij het opleggen van een loonsanctie. De Minister heeft tot op heden geen gebruik gemaakt van zijn bevoegdheid ex art. 25 lid 16 WIA om zelf nadere regels te stellen.

515 M.J.A.C. Driessen, 'Centrale Raad van Beroep, maar ook de wetgever spreken zich uit over de loonsanctie', *Sociaal Recht* 2006/26.

516 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 318, nr.6, p.22.

juist dat de bedoeling van de loonsanctie niet is om de werkgever of anderen te straffen, maar om het verzuim te herstellen. Toch speelt zo'n herstel geen rol meer in deze zes weken. Onduidelijk is waarom de werkgever in een reparatoir stelsel deze rekening zou moeten betalen en niet -bijvoorbeeld- de WIA-uitkering kan worden toegekend per de datum waarop is voldaan aan de re-integratieverplichtingen en -inspanningen.

6.9.3 De bestuursrechtelijke beschikking

De bedoeling van de loonsanctie is dus de werkgever in staat te stellen tekortkomingen te herstellen. De wettelijke regeling bevat geen discretionaire bevoegdheid om geheel of gedeeltelijk af te zien van de loonsanctie. Het UWV moet dus toetsen en daarna beslissen over het al dan niet opleggen van een loonsanctie. Dat doet hij bij een beschikking in de zin van artikel 1:3 lid 2 Awb waartegen bezwaar en beroep open staat. Over de mededeling van het UWV aan de werkgever dat het loonbetalingstijdvak is verlengd, is wel gedacht dat het géén voor bezwaar vatbaar besluit is, maar zuiver van informatieve aard. Dat is volgens de CRvB niet terecht: mede omdat aan het UWV een zekere beoordelingsruimte toekomt, is het een besluit.⁵¹⁷ Op deze benadering is kritiek gekomen, omdat de mededeling van het UWV niet lijkt te voldoen aan de besluitdefinitie van artikel 1:3 Awb: *'een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling'*. Volgens de critici-casters is de loonsanctie een mededeling die geen verandering brengt in de rechtstoestand, maar slechts wettelijke rechten en plichten in herinnering roept en dus geen rechtshandeling vormt.⁵¹⁸ De vraag rijst of dat helemaal terecht is, want er treedt een publiekrechtelijk rechtsgevolg in met het verlengen van het loonbetalingstijdvak, namelijk de opschorting van de WIA-aanvraag van de werknemer (artikel 64 lid 7 WIA). Uit een oordeel van de CRvB volgt echter dat het opschortingsbesluit een separaat besluit is dat los wordt gezien van het loonsanctiebesluit.⁵¹⁹

In afwijking van de Awb bedraagt de beslistermijn voor het UWV 13 weken.⁵²⁰ Het is de bedoeling dat het UWV de beschikking over loondoorbetalingsverlenging uiterlijk zes weken voor de afloop van de wachttijd afgeeft.⁵²¹ Volgt de beschikking na afloop van de wachttijd dan is het UWV te laat. De werknemer is belanghebbende bij de beschikking, omdat zijn recht op loon door het besluit van het UWV wordt geraakt. Hij krijgt een afschrift.

517 CRvB 14 april 2010, LjN BM1194.

518 Rijpkema, p.97-99, die ook wijst op het feit dat een besluit een wettelijk rechtsgevolg activeert (verlenging loondoorbetaling) maar dat dit ook buiten het UWV om kan gebeuren als de werknemer te laat een WIA-aanvraag indient. Zie ook A.M.P. Rijpkema en A. Tollenaar, 'Verlengde loondoorbetaling: een bestuursrechtelijke blik op bijzondere besluiten', TRA 2010/97.

519 CRvB 14 april 2010, LjN BM1179.

520 Art. 111 en 112 WIA.

521 Art. 25 lid 10 WIA.

Geen loonsanctie

Wordt in een tijdige beschikking geen loonsanctie opgelegd omdat de werkgever in de eerste twee jaar voldoende heeft gedaan, dan eindigt daarmee ook de mogelijkheid voor het UWV om sancties op te leggen. Dat is relevant omdat de werkgever verantwoordelijk blijft voor de re-integratie zolang de arbeidsovereenkomst voortduurt.⁵²² In een eventueel vervolgtraject van re-integratie hoeft de werkgever niet meer te vrezen voor een sanctie van het UWV. Het UWV neemt geen afzonderlijk besluit over het niet-opleggen van een loonsanctie. De vraag of in redelijkheid genoeg aan re-integratie is gedaan, is namelijk een voorvraag bij de behandeling van de WIA-aanvraag. De werknemer wordt er in zo'n geval pas bij een beschikking op zijn WIA-aanvraag mee geconfronteerd dat het UWV géén loonsanctie heeft opgelegd. Als hij dat onterecht vindt, staat voor hem echter geen bezwaar of beroep meer open. De CRvB ziet namelijk de beslissing om al dan niet een loonsanctie op te leggen en een besluit op een WIA-aanvraag als twee van elkaar te onderscheiden besluiten. Voor elk apart staat bezwaar en beroep open.⁵²³ De beslissing om geen loonsanctie op te leggen wordt echter niet schriftelijk genomen, noch wordt die anderszins aan de betrokkenen meegedeeld.

Meent de werknemer dus in een situatie dat een loonsanctie moet worden opgelegd dan moet hij daar *zelf* bij het UWV om vragen.⁵²⁴ Dat moet wel met een apart verzoek. Het aanvragen van een WAO/WIA is niet tegelijk aan te merken als een verzoek tot oplegging van een loonsanctie.⁵²⁵ Na een duidelijk verzoek tot het opleggen van een loonsanctie moet er een apart besluit daarover volgen, zelfs als de aanvraag om een loonsanctie pas in de bezwaarfase rond een WIA-aanvraag wordt gedaan.⁵²⁶ Is de werknemer het niet eens met een besluit tot het niet-opleggen van een loonsanctie (of het terugdraaien van een opgelegde loonsanctie na een werkgeversbezwaar) dan staat hem bezwaar of beroep open.⁵²⁷ Het bezwaar moet wel specifiek gericht zijn op het uitblijven van een loonsanctie. Uit het toekennen van een WAO/WIA-uitkering is bijvoorbeeld niets af te leiden over de loonsanctie: die toekenningsbeslissing werd wel eens gezien als een fictieve weigering om een loonsanctie op te leggen, om daarmee bezwaar en beroep tegen het uitblijven van een loonsanctie mogelijk te maken. De CRvB denkt daar anders over. Het besluit om een WAO/WIA-uitkering toe te kennen, is niet tegelijk een besluit om géén loonsanctie op te leggen.⁵²⁸

522 Roozendaal 2002, p.311.

523 CRvB 6 februari 2008 *LJN* BC4502, Rijkema noemt dit bestuursrechtelijk zuiver, p.105.

524 Art. 1:3 lid 3 Awb.

525 CRvB 6 februari 2008 *LJN* BC4502. Ook in de WIA-aanvraag kan expliciet worden gevraagd om het opleggen van een loonsanctie, CRvB 6 februari 2008, *ECLI:NL:CRVB:2008:BC4478*.

526 Rb. Zutphen 29 maart 2005, *USZ* 2005/256, CRvB 20 december 2006, *LJN* AZ4979, AZ4962 en AZ5061 (*USZ* 2007/43), over aanvraag in bezwaarfase bijv. CRvB 6 februari 2008, *LJN* BC4478 en 20 februari 2008, *LJN* BC5404. Van belang is dan nog steeds dat de wachttijd niet inmiddels al verstreken is, omdat het UWV dan geen loonsanctie meer op zou kunnen leggen, zie ook CRvB 9 januari 2013, *LJN* BY8075 en 22 mei 2013, *LJN* CA0763.

527 CRvB 20 december 2006, *LJN* AZ4979, AZ4962 en AZ5061, *USZ* 2007/43, ook Rb. Roermond 11 januari 2005, *USZ* 2005/90.

528 CRvB 6 februari 2008, *LJN* BC4475.

Fluit betwijfelt of de werknemer een procesbelang heeft omdat de termijn waarbinnen het UWV alsnog rechtsgeldig een loonsanctie zou kunnen opleggen, na werknemersbezwaar tegen het niet-opleggen van een loonsanctie normaal gesproken verstreken is. Het beoogde resultaat kan dan niet meer worden bereikt.⁵²⁹ De werknemer kan er door bezwaar en beroep belang bij hebben dat in een ontslagprocedure na twee jaar ziekte niet onherroepelijk vaststaat dat de werkgever (in bestuursrechtelijke zin) al het redelijke aan re-integratie zou hebben gedaan. Het ligt wel op zijn weg om feiten naar voren te brengen die voldoende grond opleveren voor het standpunt dat de werkgever is tekortgeschoten.⁵³⁰ Fluit wijst op uitspraken waaruit volgt dat, ook als een partij in het vooruitzicht van een arbeidsrechtelijke procedure belang heeft bij een rechterlijke uitspraak over de juistheid van het UWV-oordeel, toch moet worden aangenomen dat het rechtstreeks verband met de procedure over de WIA-beslissing ontbreekt.⁵³¹ Vast staat in elk geval dat een ten onrechte niet-opgelegde loonsanctie het UWV wel kan verplichten tot het vergoeden van de schade aan de werknemer. In dat verband blijft de werknemer belang houden bij een beoordeling over het al dan niet opleggen van een loonsanctie. Ik zou menen dat het procesbelang daarmee afdoende gegeven is.

Wel loonsanctie

Komt het UWV tot de conclusie dat de werkgever onvoldoende inspanningen heeft gepleegd om de werknemer weer aan de slag te helpen, dan stelt het UWV in de beschikking het tijdvak vast van de verplichting tot voortzetting van de loondoorbetaling. Hoewel dat de mogelijkheid van maatwerk (en evenredigheid) lijkt te openen, gebeurt dat niet. In de beschikking zelf verlengt het UWV het tijdvak standaard met 52 weken.⁵³² Bij het opleggen van een loonsanctie wordt de aanvraag van de WIA-uitkering opgeschort tot het moment dat het UWV heeft vastgesteld dat de tekortkoming is hersteld.⁵³³ Het slagen van (hoger) beroep tegen handhaving van het opschortingsbesluit heeft geen gevolgen voor het loonsanctiebesluit.⁵³⁴

Vanuit bestuursrechtelijke hoek zijn kanttekeningen geplaatst bij de loonsanctie die zich op het kruispunt van arbeidsrecht en sociaalverzekeringsrecht ophoudt. Die kritiek richt zich onder meer op de omstandigheid dat het UWV niet hoeft te duiden op welke wijze de werkgever zijn tekortkomingen moet opheffen. Op het UWV rust weliswaar de plicht aannemelijk te maken dat onvoldoende is gedaan, maar de motiveringsplicht in de loonsanctiebeschikking gaat volgens de CRvB niet zover dat het UWV de concrete stappen zou moeten formuleren die de werkgever nog moet

529 P.S. Fluit, 'Het procesbelang in WIA-zaken', *TRA* 2013/56.

530 CRvB 12 augustus 2009, *LJN* BJ5425.

531 Fluit bij zijn bespreking van Rb. Alkmaar 5 juli 2012, *LJN* BX1408 en CRvB 22 mei 2012, *LJN* BW6528, *TRA* 2013/56.

532 De CRvB acht dat niet in strijd met evenredigheid, 11 augustus 2010, *LJN* BN3811.

533 Art. 64 lid 7 en 8 sub a WIA. Daarnaast benoemt art. 43 aanhef en sub b WIA het recht op loon als uitsluitingsgrond.

534 CRvB 14 april 2010, *LJN* BM1179.

nemen. De verantwoordelijkheid daarvoor blijft rusten bij de werkgever.⁵³⁵ Een dergelijke lichte motiveringseis is een afwijking van het algemene bestuursrecht. Een besluit moet zorgvuldig worden voorbereid (artikel 3:2 Awb) en deugdelijk worden gemotiveerd (artikel 3:46 Awb). Omdat het hier volgens de CRvB gaat om een reparatoire sanctie (artikel 5:2 lid 1 onder b Awb) moet bij de motivering een omschrijving worden opgenomen van te nemen herstelmaatregelen (artikel 5:24 lid 1 Awb). Die herstelmaatregelen moeten vanwege het rechtszekerheidsbeginsel duidelijk en onvoorwaardelijk zijn omschreven.⁵³⁶ Dat het UWV van de CRvB mag volstaan met algemene termen leidt in sommige gevallen tot strijd met dat vereiste.

Een andere kanttekening is dat de Awb bij een herstelsanctie een begunstigings-termijn kent, om te voorkomen dat het bestuursorgaan bestuursdwang gaat toepassen. Dit is een termijn die wordt gegeven zodat de belanghebbenden zelf voor herstel kunnen zorgen voordat een maatregel wordt toegepast. Bij de loonsanctie komt zo'n begunstigingstermijn alleen naar voren bij een WIA-aanvraag waarbij geen (volledig) re-integratieverslag is gevoegd. Die aanvraag wordt 13 weken voor einde wachttijd ingediend en het UWV stelt een termijn om alsnog aan de administratieve verplichting van een volledig re-integratieverslag te voldoen (artikel 25 lid 8 WIA, één week). Voor de inhoudelijke re-integratie-inspanningen geldt zo'n begunstigings-termijn niet. Dat is praktisch ook wel lastig want het UWV moet uiterlijk zes weken voor einde wachttijd een beschikking afgeven. In het huidige systeem is moeilijk in te passen om de werkgever een termijn te geven voor herstel van de inhoudelijke tekortkomingen binnen de beslistermijn van het UWV.⁵³⁷ Dat heeft wel tot gevolg dat de werkgever die verneemt dat hij tekortgeschoten is geen tijd krijgt voor dat herstel *zonder* daarvan enige nadelige gevolgen te ondervinden.⁵³⁸

Een ander kritiekpunt is dat de bestuursrechtelijk gebruikelijke *ex nunc*-toetsing niet wordt toegepast, zodat geen rekening wordt gehouden met na het primaire besluit gepleegde inspanningen of zelfs opheffing van tekortkomingen.⁵³⁹ Dat is mogelijk en hier wellicht ook begrijpelijk gelet op de specifieke bekortingsprocedure die bedoeld

535 J.J.B. van den Elsaker, 'Re-integratie-inspanningen anno 2012: do's en don'ts', *TRA* 2012/65, P.S. Fluit, 'De loonsanctie na 104 weken in de praktijk', *ArbeidsRecht* 2011/27 en bijv. CRvB 26 mei 2010, *LJN* BM7348.

536 Rijkema, p.99-101 en jurisprudentie in noot 51.

537 Rijkema, p.101-102. Ik zou nog kunnen denken aan een toetsing bij het einde van de wachttijd waarbij wordt bezien of de werkgever de inhoudelijke tekortkomingen die zes weken eerder werden vastgesteld inmiddels heeft verholpen. Zo ja, dan wordt de loonsanctie niet van kracht en vindt een verdere beoordeling van de WIA-aanvraag plaats, zo nee dan geldt het huidige systeem. De vraag is dan wel wie de werknemer betaalt in de periode dat het UWV de 'einde wachttijd'-toets uitvoert en waarin het UWV de WIA-aanvraag verder behandelt. Het ligt voor de hand dat het UWV dat op voorschotbasis doet. Ik begrijp tegelijk dat een periode van zes weken om inhoudelijke tekortkomingen te herstellen kort is.

538 De werkgever hoort immers uiterlijk zes weken voor einde van de wachttijd bij het opleggen van de loonsanctie dat hij inhoudelijk tekort is geschoten. Na herstel van die inhoudelijke tekortkomingen vraagt hij om bekorting van de loonsanctie, waar het UWV binnen drie weken op antwoordt, waarna de loonsanctie zes weken later eindigt. De werkgever moet bij het tijdig opleggen van een loonsanctie dus *op zijn minst* drie weken loon doorbetalen, maar in de praktijk altijd langer omdat met herstel van de inhoudelijke inspanningen ook enige tijd zal zijn gemoeid.

539 CRvB 31 maart 2010, *ECLI:NL:CRVB:2010:BL9850*, Rijkema/Tollenaar, *TRA* 2010/97.

is om later gelegen inspanningen mee te wegen. Toch veronderstelt de invoering van een *ex-tunc*-toetsing, die afwijkt van de bestuursrechtelijke systematiek, een wettelijke grondslag. Die grondslag is door de CRvB 'ingelezen' in het stelsel van de Wet WIA, maar er wordt betwijfeld of dat voldoende is.⁵⁴⁰ Overigens is er geen sprake van een strikte *ex tunc*-toetsing: ook inspanningen die zijn gepleegd ná het primaire besluit maar voor het einde van de wachttijd mogen volgens de CRvB in bezwaar nog worden meegewogen.⁵⁴¹

6.9.4 Te laat afgeven loonsanctiebeschikking

Uiterlijk zes weken voor het verstrijken van de wachttijd geeft het UWV een beschikking over de loonsanctie (artikel 25 lid 10 WIA). Is het UWV te laat en is de wachttijd verstreken zonder loonsanctiebeschikking dan mag die loonsanctie helemaal niet meer worden opgelegd (artikel 25 lid 11 WIA). Vanwege de mogelijkheid van bezwaar en beroep kunnen zich hier procedurele perikelen voordoen. Het UWV had bijvoorbeeld in één geval een administratieve loonsanctie opgelegd. Die werd na gegronde verklaring van het bezwaar van de werkgever herroepen. Vervolgens werden de re-integratie-inspanningen inhoudelijk beoordeeld en onvoldoende bevonden. De opnieuw opgelegde inhoudelijke loonsanctie dateerde echter van ná het verstrijken van de wachttijd. De CRvB vernietigde deze loonsanctie omdat die te laat was opgelegd.⁵⁴²

Artikel 25 lid 14 tweede zin WIA stelt een sanctie op het wel binnen de wachttijd maar te laat afgeven van een beschikking door het UWV. Het tijdvak van loondoorbetalingsverlenging eindigt dan zoveel eerder als de beschikking later is afgegeven. Uit artikel 25 lid 13 en lid 14 WIA zou kunnen worden afgeleid dat dit betekent dat de duur van de loonsanctie sowieso wordt bekort met de tijd dat het UWV te laat is. De CRvB heeft in twee uitspraken duidelijk gemaakt dat de bepaling anders moet worden gelezen. In 2009 werd geoordeeld -onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis- dat aan het te laat beslissen op een bekortingsaanvraag slechts gevolgen worden verbonden voor zover alsnog herstel van de tekortkoming plaatsvindt. In dat geval eindigt het tijdvak van de loonsanctie zoveel eerder als het besluit later is afgegeven dan de beslistermijn van drie weken.⁵⁴³ In 2010 werd deze lijn doorgetrokken naar het te laat afgeven van de loonsanctiebeschikking zelf.⁵⁴⁴ Ook in zo'n geval wordt het tijdvak van de loonsanctie pas bekort als de tekortkoming is hersteld.⁵⁴⁵

Met Fluit ben ik van mening dat de interpretatie van de CRvB geen recht doet aan de tekst van de wet en aan de wetsgeschiedenis. Immers, de wettekst omvat uitdrukkelijk ook het geval dat de beschikking te laat wordt afgegeven, terwijl het UWV in die

540 Rijpkema, p.102-104.

541 CRvB 31 maart 2010, L/JN BL9850, USZ 2010/115.

542 CRvB 10 april 2013 L/JN BM4397 en BZ6885.

543 CRvB 18 november 2009, L/JN BK3717.

544 CRvB 14 april 2010, L/JN BM1179.

545 CRvB 23 maart 2011, L/JN BP9890, bepaalt dat het UWV pas in actie hoeft te komen als de werkgever heeft gemeld dat de tekortkoming is hersteld.

beschikking oordeelt dat de tekortkoming *niet* is hersteld. Ook in dat geval moet de werkgever worden gecompenseerd voor de aan het UWV te wijten vertraging, omdat hij pas later zijn re-integratie heeft kunnen bijsturen en bijgevolg een tweede bekortingsverzoek dus ook pas later kan worden gedaan.⁵⁴⁶ Dat dit systeem tot lastige beoordelingen kan leiden, blijkt uit de uitspraak van Kantonrechter Amersfoort.⁵⁴⁷ De werkgever kreeg een loonsanctie en meldde na drie weken aan UWV dat hij de tekortkomingen had hersteld. Tegelijk bleef hij doorgaan met re-integratie-inspanningen en legde in verband daarmee aan de werknemer een loonstop op, gevolgd door nog twee meldingen aan UWV dat de tekortkomingen waren opgelost. De werknemer startte een loonvorderingsprocedure. Het UWV reageerde te laat of helemaal niet op de werkgeversmeldingen, waardoor de Kantonrechter onder toepassing van artikel 25 lid 14 WIA de gehele periode van te laat beslissen op de loonvorderingsperiode van de werknemer in mindering bracht. De Kantonrechter nam het standpunt van de CRvB niet over dat die periode pas in mindering kon komen als duidelijk was dat de tekortkoming was hersteld.

6.9.5 Diverse tekortkomingen

Volgens het UWV is de werkgever bij de re-integratie in verzuim als hij zijn administratieve verplichtingen niet of niet volledig is nagekomen of onvoldoende re-integratie-inspanningen heeft verricht en hij daarvoor geen deugdelijke grond kan aanvoeren. Het UWV geeft in de Beleidsregels aan dat onder 'deugdelijke grond' wordt verstaan: *'een door de werkgever voor enig handelen of nalaten aangevoerd motief dat zodanig zwaarwegend en gerechtvaardigd is dat het nadelig gevolg van dit handelen of nalaten niet in redelijkheid aan de werkgever kan worden toegerekend'*.⁵⁴⁸ Er is bijvoorbeeld geen sprake van verzuim als de werkgever nalaat bij de werknemer de angst voor een (kijk)operatie weg te nemen.⁵⁴⁹ Niet werd aanvaard dat de medische toestand van de werknemer te complex en onzeker was of juist dat alles wees op duurzame hervatting in spoor 1 wat uiteindelijk niet lukte.⁵⁵⁰ In dat laatste geval wees de CRvB er op dat de werkgever gebruik had kunnen maken van het aanvragen van een deskundigenoordeel rondom de eerstejaarsevaluatie, maar dat had nagelaten. Doet de werkgever dit wel dan kan het UWV-deskundigenoordeel in beginsel worden gevolgd, zeker als dit zonder voorbehoud wordt gegeven.⁵⁵¹

546 Art. 25 lid 14 tweede volzin WIA, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 229, nr.3, p.11 en P.S. Fluit, *ArbeidsRecht* 2011/27, herhaald in P.S. Fluit, 'De loonsanctie en het tweede spoor' in: G.C. Boot, *De zieke werknemer in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p.42. Anders: M.J.A.C. Driessen, 'Nogmaals de loonsanctie', *TRA* 2010/82.

547 Ktr. Amersfoort 22 juli 2011, *JAR* 2011/229.

548 Art. 1 sub f Beleidsregels.

549 Rb. Almelo 4 februari 2005, *USZ* 2005/91. Wellicht is er wel sprake van een tekortkoming van de werknemer op grond van art. 28 lid 2 aanhef en sub c WIA: een naar algemene medische maatstaven adequate behandeling ondergaan voor zijn ziekte of gebrek.

550 CRvB 18 november 2009, *LJN* BK3717 en CRvB 14 april 2010, *USZ* 2010/130.

551 CRvB 20 juli 2011, *LJN* BR2382, maar met de kanttekening van CRvB 20 maart 2013, *LJN* BZ4852.

Het verzuim van de werkgever wordt in de Beleidsregels, in volgorde van toenemende ernst, aangemerkt als beperkte, ernstige, grove of uiterste nalatigheid.⁵⁵² Aan de onderverdeling in een van deze categorieën is geen rechtsgevolg verbonden. Bij het opleggen van de loonsanctie verwijst het UWV ook niet naar een categorie en evenmin worden deze in de praktijk gebruikt. Behalve het definiëren van een aantal begrippen hebben de Beleidsregels weinig praktische waarde anders dan het geven van inzicht in soorten tekortkomingen.

Beperkte nalatigheid

Het verzuim wordt onder meer aangemerkt als beperkte nalatigheid als de werkgever voldoende re-integratie-inspanningen heeft verricht, maar bij niet of onvoldoende meewerken door de werknemer geen deskundigenoordeel heeft gevraagd, geen loonstopzetting heeft toegepast of geen vergelijkbare adequate maatregel heeft getroffen. Het niet vragen van een deskundigenoordeel levert overigens niet steeds een tekortkoming op.⁵⁵³

Het UWV-beleid dat de werkgever een werknemer desnoods moet dwingen tot medewerking aan re-integratie via een loonstop of zelfs ontslag, is niet kennelijk onredelijk.⁵⁵⁴ Kantonrechter Utrecht vindt dat de werkgever weer niet te voortvarend moet optreden, zeker niet als een UWV-deskundigenoordeel is aangevraagd en de uitslag nog niet bekend is.⁵⁵⁵ Het achterwege laten van een loonstop lijkt desondanks voor de werkgever toch risicovol.

Ernstige nalatigheid

Het verzuim wordt onder meer aangemerkt als ernstige nalatigheid als de werkgever:

- de werknemer in de gelegenheid heeft gesteld de bedongen arbeid te hervatten of passende arbeid te gaan verrichten in zijn bedrijf of in het bedrijf van een andere werkgever, maar zodanig dat de aard en omvang van de werkzaamheden niet in redelijke verhouding staan tot de functionele mogelijkheden van de werknemer;
- onvoldoende voorschriften heeft gegeven of maatregelen heeft getroffen om de werknemer in staat te stellen de bedongen arbeid te hervatten;
- onvoldoende voorschriften heeft gegeven of maatregelen heeft getroffen om de werknemer die ook met aanpassingen niet in staat zou zijn geweest de bedongen arbeid te hervatten, in staat te stellen passende arbeid te gaan verrichten in zijn bedrijf;
- onvoldoende voorschriften heeft gegeven of maatregelen heeft getroffen om de werknemer voor wie binnen zijn bedrijf geen passende arbeid voorhanden was, in

552 In de Beleidsregels zijn daarop minimumsancties gesteld van respectievelijk vier, zes, negen en twaalf maanden. Met de uitspraak van de CRvB 22 februari 2006, RSV 2006, 99, dat met de loonsanctie reparatie wordt beoogd en geen bestraffing, zijn deze minimale sancties van tafel.

553 Rb. Zwolle 16 oktober 2009, *LJN* BK6974, in een situatie waarin het eerste spoor zonder deskundigenoordeel werd gestaakt omdat de re-integratiemogelijkheden duidelijk waren en de werkgever en werknemer het eens waren.

554 Rb. Haarlem 2 juli 2010, *LJN* BN1339.

555 Ktr. Utrecht 18 juli 2012, *LJN* BX2049.

- staat te stellen passende arbeid te gaan verrichten in het bedrijf van een andere werkgever;
- geen of nagenoeg geen re-integratie-inspanningen heeft verricht enkel doordat hij te goeder trouw maar ten onrechte heeft aangenomen dat de werknemer geen duurzaam benutbare mogelijkheden had als bedoeld in artikel 2 van het Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten.

De tweede categorie betreft de situatie waarin de werkgever wel concrete voorschriften heeft gegeven en maatregelen heeft genomen, maar onvoldoende, te laat of verkeerd gericht. Het bijvoorbeeld te laat inschakelen van een re-integratiebedrijf wordt de werkgever aangerekend.⁵⁵⁶ Ook is te denken aan het inschakelen van een 'verkeerde' deskundige. Kantonrechter Utrecht meende dat een werknemer niet hoefde mee te werken met een niet-gecertificeerde verzuimbegeleidingsorganisatie.⁵⁵⁷ De kans is groot dat inschakeling van zo'n organisatie als een verkeerd gerichte stap zou worden gezien. Wanneer de werkgever geen re-integratie-inspanningen heeft verricht omdat hij te goeder trouw, maar ten onrechte, heeft aangenomen dat de werknemer uit medisch oogpunt niet herplaatsbaar was, valt dat ook onder de tweede categorie. De werkgever gaat daarbij in de regel af op het oordeel van de bedrijfsarts, maar is en blijft zelf verantwoordelijk.

Grove nalatigheid

Het verzuim wordt onder meer aangemerkt als grove nalatigheid als de werkgever:

- geen of nagenoeg geen voorschriften heeft gegeven of maatregelen heeft getroffen om de werknemer in staat te stellen de bedongen arbeid te hervatten;
- geen of nagenoeg geen voorschriften heeft gegeven of maatregelen heeft getroffen om de werknemer die ook met aanpassingen niet in staat zou zijn geweest de bedongen arbeid te hervatten, in staat te stellen passende arbeid te gaan verrichten in zijn bedrijf;
- geen of nagenoeg geen voorschriften heeft gegeven of maatregelen heeft getroffen om de werknemer voor wie binnen zijn bedrijf geen passende arbeid voorhanden zou zijn geweest, in staat te stellen passende arbeid te gaan verrichten in het bedrijf van een andere werkgever.

De derde categorie heeft betrekking op de situatie waarin de werkgever wel heeft voldaan aan de verplichtingen die genoemd worden in de Regeling procesgang, zoals het opstellen van een probleemanalyse en een plan van aanpak, maar waarin hij verder niets heeft gedaan om de arbeidsmogelijkheden van de werknemer te vergroten, de werkplek of de organisatie van het werk aan te passen of andere feitelijke maatregelen te treffen. De werkgever mag niet afwachten tot het voor de werknemer weer mogelijk is te hervatten in eigen werk, maar moet onderzoeken of hervatting elders (intern of extern) mogelijk was.⁵⁵⁸

556 Rb. Maastricht 3 mei 2010, *LJN* BM2983, CRvB 18 november 2009, *LJN* BK3717.

557 Ktr. Utrecht 18 juli 2012, *LJN* BX2049.

558 Rb. Haarlem 21 maart 2005, *LJN* AT4338.

Uiterste nalatigheid

Het verzuim wordt onder meer aangemerkt als uiterste nalatigheid indien de werkgever:

- ook nadat de hersteltermijn is verstreken, geen re-integratieverslag aan het UWV heeft verstrekt of het re-integratieverslag niet heeft aangevuld;
- blijkens het re-integratieverslag niet of nauwelijks zijn re-integratieverplichtingen is nagekomen en geen of nagenoeg geen re-integratie-inspanningen heeft verricht;
- de werknemer die niet langer ongeschikt was voor de bedongen arbeid niet in de gelegenheid heeft gesteld deze te hervatten;
- de werknemer niet in de gelegenheid heeft gesteld passende arbeid te gaan verrichten die in zijn bedrijf voorhanden was.

Verzuim in de zwaarste categorie betreft het oncontroleerbaar maken of blokkeren van de re-integratie door de wettelijke verplichtingen niet na te komen of niet mee te werken aan werkhervatting of herplaatsing.⁵⁵⁹

Als gezegd: er is geen rechtsgevolg verbonden aan dit onderscheid. Het biedt vooral inzicht in wat het UWV relevante tekortkomingen bij de re-integratie-inspanningen vindt. In de praktijk blijkt een aantal situaties geregeld tot een loonsanctie te leiden. De belangrijkste is het te laat inzetten van spoor 2.⁵⁶⁰

Tabel 4: Top 6 oorzaken van een loonsanctie

1	Het verkeerde gedaan door spoor 2 niet of niet adequaat aan te pakken	25%
2	Niets of onvoldoende gedaan in spoor 1 vanwege bedrijfseconomische redenen of laksheid	20%
3	Het verkeerde aan re-integratie gedaan in spoor 1 door te hervatten voor minder uren dan mogelijk	17%
4	Te laat iets aan re-integratie gedaan door (vanwege laksheid) het niet toepassen van richtlijnen of een periode van onterechte 'geen benutbare mogelijkheden'	12%
5	Het verkeerde aan re-integratie gedaan in spoor 1 door het missen van een concrete herplaatsingskans	11%
6	Onterecht uitgegaan van 'geen benutbare mogelijkheden'	9%

Bron: UWV-presentatie werkgeverscongres 2013

⁵⁵⁹ Overigens is de vraag of de derde situatie (het niet toelaten tot de bedongen arbeid van een arbeidsgeschikte werknemer) wel past in dit overzicht van tekortkomingen. Het recht op loon van de werknemer is in zo'n geval volgens mij gebaseerd op art. 7:628 BW en niet op art. 7:629 BW, zodat een verlenging van dat tijdvak van loondoorbetaling niet aan de orde is.

⁵⁶⁰ Geconstateerd door zowel Fluit als Van den Elsaker. Zie ook C. van der Krogt, 'Het tweede-spoortraject als struikelblok voor een juiste re-integratie van de zieke werknemer', *ArbeidsRecht* 2013/58, die vaststelt dat 25% van de loonsancties is opgelegd vanwege te late start van het tweede spoortraject.

6.9.6 Duur van de loonsanctie

Artikel 25 lid 14 WIA bepaalt dat het tijdvak waarmee de loondoorbetaling wordt verlengd na 52 weken eindigt. Een loonsanctie wordt dus in beginsel opgelegd voor maximaal 52 weken waarbij de werkgever die meent dat hij inmiddels wel heeft voldaan aan zijn verplichtingen om bekorting daarvan kan vragen.⁵⁶¹ Eerdere uitspraken waarin de rechter het UWV verplichtte bij het opleggen van de loonsanctie een evenredigheidstoets toe te passen, waarmee een standaard loonsanctie van 52 weken onterecht zou zijn, werden vernietigd. Volgens de CRvB miskende dat het wettelijk systeem van artikel 25 WIA.⁵⁶² Het UWV hoeft dus geen loonsanctie 'op maat' op te leggen.

In artikel 7:629 lid 11 BW worden verschillende gronden van loondoorbetalingsverlenging genoemd, waarvan die op basis van artikel 25 lid 9 WIA er één is. Er zijn dus ook andere gevallen waarin de loondoorbetalingsperiode kan worden verlengd. Het gaat bijvoorbeeld om een gezamenlijk verzoek van de werkgever en werknemer tot verlenging van de loondoorbetaling (artikel 24 WIA).⁵⁶³

Door de plaatsing van het woord 'en' na artikel 7:629 lid 11 sub c BW is cumulatie van loondoorbetalingsverlengingen mogelijk gemaakt.⁵⁶⁴ Tegelijkertijd vermelden de Beleidsregels onder verwijzing naar artikel 7:629 lid 12 (oud) BW dat de totale periode waarover de werkgever het loon van een zieke werknemer moet doorbetalen, inclusief alle mogelijke verlengingen, niet langer (kan) zijn dan het maximum van artikel 7:629 lid 12 (oud) BW te rekenen vanaf de eerste ziektedag.⁵⁶⁵ Dat lijkt een absolute maximering tot 52 weken. Toch kan de loonsanctie langer duren dan 52 weken omdat de grondslag voor de loonsanctie verschillend kan zijn. Om te zien hoe dat werkt is de wetsgeschiedenis van de Wulbz II van belang. Bij de invoering van die wet is het tot dan toe geldende artikel 7:629 lid 12 BW, met een maximering van de loondoorbetalingsverlenging tot 52 weken, vervallen.⁵⁶⁶ Bij de schrappen van dat artikel is duidelijk geworden dat dit slechts samenhang met het mogelijk maken van een langere *vrijwillige voortzetting*, 'zodat werkgever en werknemer in de toekomst zelf kunnen uitmaken voor welke duur zij de loondoorbetalingsperiode willen verlengen.' Expliciet wordt daar dan aan toegevoegd:

561 Art. 25 lid 9 en lid 12 e.v. WIA.

562 CRvB 11 augustus 2010, L/JN BN 3811, CRvB 22 december 2010, L/JN BO9013.

563 Voorheen gold ook een verlenging vanwege de te late aangifte van de arbeidsongeschiktheid bij het UWV maar sinds die aangifte periode is gesteld op 42 weken is dat geen grond meer. Art. 7:629 lid 11 BW is daarom aangepast (Stb. 2008, 414); onderdeel a is vervallen, net als overigens art. 7:670 lid 10 BW tegelijkertijd is aangepast. Een te late aangifte kan worden bestraft met een boete. Bij de invoering van de Aanpassingswet vierde tranche Awb per 1 juli 2009 is art. 38 lid 3 ZW zoals dat tot dat moment luidde gewijzigd. Na wijziging is alleen nog een boete gesteld op overtreding van art. 38, tweede lid eerste zin ZW. Dit lijkt een omissie van de wetgever nu daarmee op overtreding van art. 38 lid 1 ZW (te late aangifte) geen enkele sanctie meer zou staan.

564 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 231, nr.3, p.36 toen nog na 'sub b': 'Voorgesteld wordt ter verduidelijking hiervan na onderdeel b van artikel 7:629, elfde lid, BW de term «en» in te voegen., *Kamerstukken II* 2005/06, 30 682, nr.3, p.30.

565 Art. 5 lid 5 en 6 lid 4 Beleidsregels verlenging loondoorbetaling poortwachter.

566 Stb. 2003, 555.

'Wel blijft in artikel 71a, negende lid, van de WAO geregeld dat het door het UWV op grond van dat lid vast te stellen tijdvak, waarover de werknemer jegens de werkgever recht op loon heeft in het geval dat die werkgever zonder deugdelijke grond niet aan zijn verplichtingen met betrekking tot de reïntegratie heeft voldaan, maximaal 52 weken bedraagt.'

Naast de cumulatie van het niet-nakomen van de re-integratieplichten in combinatie met de vrijwillige verlenging wordt echter ook cumulatie mogelijk met het te laat aanvragen van een uitkering. Onderdeel van artikel 7: 629 lid 11 BW is namelijk ook de verlenging als gevolg van het te laat aanvragen:

*'Indien van het elfde lid van artikel 7:629 BW zowel onderdeel c van toepassing is (een verlenging van het tijdvak op grond van artikel 71a, negende lid, van de WAO) als een ander onderdeel (onderstreping md) kan de totale verlenging, gelet op het ontbreken van een maximering voor de gecumuleerde verlenging, evenwel meer dan 52 weken bedragen.'*⁵⁶⁷

Dit is ook de gedachtegang bij de overeenkomstige WIA-bepaling.⁵⁶⁸

Zowel bij samenloop van vrijwillige voortzetting en te weinig aan re-integratie hebben gedaan als te laat aanvragen van een uitkering en te weinig aan re-integratie hebben gedaan, is een loonsanctie van méér dan 52 weken mogelijk. De CRvB heeft geoordeeld over een casus waarin dat laatste speelde.⁵⁶⁹ De werknemer had de aanvraag voor een WIA-uitkering 98 dagen te laat ingediend. Uit de wet volgt dan dat de loonbetalingsperiode wordt verlengd met diezelfde termijn.⁵⁷⁰ Vervolgens heeft het UWV de re-integratie-inspanningen inhoudelijk getoetst en geoordeeld dat de werkgever was tekort geschoten. De loondoorbetalingsperiode is daarom aansluitend verlengd met een periode van maximaal 52 weken. De werkgever beriep zich op de maximale termijn voor loondoorbetalingsverlenging van 52 weken maar volgens de CRvB kunnen beide sancties 'naast elkaar bestaan'.⁵⁷¹ Bij cumulatie gaan andere verlengingen pas in na afloop van de verlenging op basis van artikel 25 lid 9 WIA.⁵⁷² In een andere zaak ging het om een verlenging van de loonsanctie vanwege het te laat indienen van de WIA-aanvraag. Op grond van artikel 7:629 lid 3 sub f BW treft dit de werkgever niet omdat hij geen loon hoeft te betalen tijdens dit verlengde tijdvak.⁵⁷³ Tegen zo'n cumulatie zie ik dus weinig bezwaar. De belangrijkste andere grond voor verlenging van het tijdvak is het gezamenlijk verzoek om de WIA-beoordeling uit te stellen. Ook in die situatie zie ik geen bezwaar voor cumulatie, want partijen kiezen zelf voor voortzetting van de loondoorbetaling. Mocht er toch

⁵⁶⁷ Kamerstukken II 2003/04, 29 231, nr.3, p.11 en 35.

⁵⁶⁸ 'De maximale duur van de loonsanctie is 52 weken. De duur van de loonsanctie wordt afgestemd op de termijn die nodig is voor de werkgever om alsnog aan zijn verplichtingen te voldoen. De loonsanctie kan wordentoegepast na afloop van zowel de reguliere wachttijd, als na afloop van het verlengde tijdvak, bedoeld in artikel 3.2, eerste lid, van deze wet.(= vrijwillige voortzetting md)', Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr.3, p.158.

⁵⁶⁹ CRvB 3 april 2013, LJN BZ6132.

⁵⁷⁰ Art. 7:629 lid 11 sub a BW. Dit is overigens een loonsanctie, gegrond op het niet door de werknemer nakomen van art. 64 WIA, zie CRvB 15 augustus 2012, LJN BX6447.

⁵⁷¹ De CRvB verwijst ook naar eerdere uitspraken, LJN BM1194 en BX6447.

⁵⁷² Zie toelichting op artikel 5 Beleidsregels, Regeling van 12 maart 2003, p.6, wat niet juist lijkt.

⁵⁷³ Zie CRvB 15 augustus 2012 LJN BX 6447, herhaald 3 april 2013 LJN BZ6132 en hieronder bij het bespreken van civielrechtelijke effecten.

een WIA-beoordeling volgen waaruit tekortkomingen van de werkgever blijken, dan is een cumulatie van het vrijwillig verlengde tijdvak met de loonsanctie in mijn ogen logisch.

De vraag is of een cumulatie van een inhoudelijke sanctie met een administratieve sanctie mogelijk is. In de situatie dat de werkgever om bekorting van de administratieve loonsanctie verzocht, meende Rechtbank Den Bosch met een beroep op de systematiek van artikel 25 WIA, dat als eenmaal de periode van een loonsanctie op de ene grond is verstreken er niet later nóg een loonsanctie kan worden opgelegd op een andere grond.⁵⁷⁴ Het UWV had namelijk het loontijdvak vanaf oktober 2006 tot februari 2007 verlengd zijnde het moment dat de administratieve tekortkoming was hersteld. In februari 2007 verlengde het UWV het loontijdvak op inhoudelijke gronden voor weer 52 weken, waarmee de duur van de totale loonsanctie op grofweg 66 weken zou uitkomen. De werkgever ging in bezwaar en beroep tegen deze tweede verlenging en kreeg gelijk van de rechter: de inhoudelijke loonsanctie was te laat gegeven.⁵⁷⁵

De CRvB oordeelde echter dat als de werkgever meldde dat inmiddels wel was voldaan aan de administratieve verplichtingen dat niet betekende dat de loonsanctie stopt, als daarna inhoudelijke tekortkomingen werden vastgesteld. Er wordt dan geen nieuwe loonsanctie opgelegd, maar de grondslag van de loonsanctie verandert.⁵⁷⁶ Terecht wordt daarom hier gesteld dat de wet één loonsanctie kent en geen systeem van vervolgsancties of een onderscheid in eerst een administratieve sanctie en daarna een inhoudelijke sanctie. In deze situatie wordt het van kracht worden van de loonsanctie op inhoudelijke gronden gedekt doordat er binnen de wachttijd al tijdig en terecht een loonsanctie op administratieve gronden was opgelegd. Ten aanzien van de maximale duur overwoog de CRvB: *'Deze sanctie duurt maximaal 52 weken, maar kan eerder beëindigd worden als de werkgever aantoont dat hij aan al zijn verplichtingen -administratieve en inhoudelijke- heeft voldaan.'*⁵⁷⁷ Een cumulatie van gronden kan wel, maar in zo'n geval géén cumulatie van tijdvakken: het blijft hier maximaal 52 weken.

Interessant is een uitspraak van Rechtbank Assen uit 2004. De rechter vond dat de wettelijke bepalingen er zich niet tegen verzetten dat de periode van loonsanctie wordt onderbroken, gedurende de tijd dat de werkneemster een zwangerschapsuitkering krijgt (artikel 3:1 Wazo). In zijn noot meent Koolhoven dat er geen mogelijkheid bestaat voor zo'n onderbreking vanwege het reparatoire karakter van de sanctie, zeker niet als het gaat om een sanctie vanwege niet-naleving van een administratieve verplichting zoals het opstellen van een re-integratieverslag.⁵⁷⁸ De CRvB heeft echter ingestemd met de redenering en de wet is inmiddels in die zin aangepast.⁵⁷⁹

574 Rb. Den Bosch 13 augustus 2008, L/JN BE9882.

575 Art. 25 lid 11 WIA.

576 CRvB 12 mei 2010, L/JN BM4397.

577 Zie in gelijke zin Rb. Amsterdam 13 september 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX7635.

578 Rb. Assen 28 december 2004, USZ 2005/117 m.nt. M. Koolhoven.

579 CRvB 26 mei 2010 L/JN BM5895, USZ 2010/227, art. 25 lid 9, laatste twee volzinnen WIA, Stb. 2010, 839.

6.9.7 Bekorting van de loonsanctie

De werkgever die meent dat zijn tekortkomingen zijn hersteld, kan aan het UWV vragen om bekorting van de loonsanctie. Zo'n aanvraag is vormvrij.⁵⁸⁰ Het UWV moet binnen drie weken beslissen op zo'n verzoek. Is het UWV het eens met de werkgever dan eindigt de loonsanctie zes weken ná de datum van de bekortingsbeschikking. Vindt het UWV dat de tekortkomingen niet zijn hersteld dan levert die beschikking aanwijzingen op wat de werkgever nog wel moet doen. De situatie kan zich voordoen dat het UWV meer tijd dan drie weken nodig heeft voor een besluit op het bekortingsverzoek. Al die tijd doet de werkgever niets aan re-integratie want hij meent immers genoeg te hebben gedaan. Komt bijvoorbeeld na vijf weken de beslissing dat de tekortkomingen niet zijn hersteld, dan zijn twee weken méér verstreken, dan in de situatie dat het UWV op tijd zou zijn geweest. Het mogelijk missen van re-integratiekansen in die twee weken blijft voor rekening van de werkgever want die mag vertraging in de besluitvorming van het UWV pas in mindering brengen op het tijdvak van loondoorbetalingsverlenging als de tekortkomingen wél zijn hersteld.⁵⁸¹

Als een werknemer na een loonsanctie deels werkt en zich in het derde ziektejaar ziek meldt, kan het gebeuren dat hij opnieuw geruime tijd uit de roulatie zal zijn. Als die verwachting reëel is rijst de vraag of dat reden vormt voor een bekorting van de loonsanctie. Herstel van tekortkomingen is door de nieuwe ziekmelding pas op termijn mogelijk én de CRvB heeft bepaald dat de loonsanctie geen resultaatsverplichting inhoudt. Uiteindelijk bepaalt immers artikel 65 WIA dat van een werkgever alleen het redelijke kan worden verlangd. Volgens de CRvB is er geen reden de loonsanctie te bekorten als arbeidsdeskundig vaststaat dat de werknemer 'op redelijke termijn mogelijk weer belastbaar is'. Het tijdelijk (dus niet-duurzaam) niet beschikken over arbeidsmogelijkheden behoeft de re-integratie immers niet in de weg te staan omdat de werkgever 'dan de nodige re-integratieactiviteiten' kan ondernemen.⁵⁸² De vraag is of dit niet een te strenge maatstaf is, gelet op het reparatoire karakter van de loonsanctie en de uiteindelijke redelijkheid die aan het voortduren van de loonsanctie ten grondslag moet liggen. Onduidelijk is welke re-integratieactiviteiten de werkgever zou kunnen of moeten ondernemen als de bedrijfsarts heeft geoordeeld dat de werknemer voorlopig volledig arbeidsongeschikt is. Een andere complicatie betreft de hierna te bespreken opzegging na verkregen ontslagvergunning, die na geslaagd werknemersbezwaar tegen de eerdere loonsanctiebekorting, terecht vernietigd blijkt te zijn.⁵⁸³

580 CRvB 18 april 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW3127, Rb. Den Bosch 13 augustus 2008, ECLI:NL:RBSHE:2008:BE9882, Rijkkema pleit voor een standaardformulier van het UWV, p.96.

581 CRvB 14 april 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BM1179, zie ook § 6.9.4 voor het te laat afgeven van de loonsanctiebeschikking.

582 CRvB 4 mei 2011, *LJN* BQ3800.

583 Ktr. Hoorn 22 april 2013, *JAR* 2013/152.

6.9.8 Civielrechtelijke aspecten

De loonsanctie is een bestuursrechtelijke maatregel gesteld op niet-naleving van bestuursrechtelijke verplichtingen, maar wel een die ingrijpt in civielrechtelijke verhoudingen.⁵⁸⁴ Letterlijk wordt in de omschrijving van de loonsanctie in artikel 25 lid 9 WIA een recht aan de werknemer toegekend, hoewel het in de kern om een loonbetalingsverplichting voor de werkgever gaat. Door de loonsanctie wordt namelijk geïntervenieerd in een civielrechtelijke verhouding, waarbij de ene contractspartner (de werknemer) profiteert van de maatregel die van buitenaf op de ander wordt opgelegd, met de kanttekening dat de werknemer ook wordt opgezegd met de executie van de maatregel.⁵⁸⁵ Het opleggen van de loonsanctie door het UWV is een besluit in de zin van de Awb, waartegen bezwaar en beroep openstaat. Maakt de werkgever geen gebruik van die rechtsgang, dan moet de burgerlijke rechter in een geschil tussen werkgever en werknemer uitgaan van de geldigheid van het besluit van het UWV, hoewel het dus een besluit betreft in de verhouding tussen werkgever en UWV.⁵⁸⁶ Ondanks het uitblijven van bezwaar kan de rechter wel enige invloed toekennen aan re-integratiefouten van werkgever of werknemer, bijvoorbeeld bij het bepalen van de hoogte van de wettelijke verhoging bij een loonvordering.⁵⁸⁷ De verhouding van de bestuursrechtelijke maatregel met het civiele recht komt bij verschillende onderwerpen naar boven.

Loonsanctie is niet altijd recht op loon

Allereerst zegt het opleggen van een bestuursrechtelijke loonsanctie niet per se iets over het daadwerkelijk recht hebben op loon. De CRvB heeft in een belangrijke uitspraak de verhouding tussen de verlenging van de loondoorbetalingsverplichting en de civielrechtelijke aanspraak op loon besproken. In die zaak kreeg de werkgever een loonsanctie omdat zijn werknemer de WIA-aanvraag te laat indiende.⁵⁸⁸ De werkgever verweerde zich door te stellen dat hij niet verantwoordelijk was voor het te late handelen van zijn werknemer.

De CRvB oordeelde dat:

'het Uwv bij het vaststellen van de verlenging van de periode van loondoorbetaling vanwege de te late indiening van de WIA-aanvraag, op zich niet de plicht van appellante tot doorbetaling van het loon van

584 W.C.L. van der Grinten, bewerkt door J.W.M. van der Grinten en W.H.A.C.M. Bouwens, *Arbeids-overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p.115.

585 Noordam 2003, p.445-446. De legitimiteit van deze ingreep is betwijfeld, I.P. Asscher-Vonk, *SMA* 2002, nr.6, p.343-345.

586 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 678, nr.3, p.28 en HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 508, kritisch daarover: P.C. Vas Nunes en H. Funke, 'Poortwachter: nieuwe lente of 1-aprilgrap?', *ArbeidsRecht* 2002/39, p.61, J. Riphagen, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p.227.

587 Ktr Zaandam, 2 maart 2006, *USZ* 2006/159 m. nt. Barentsen oordeelde zelf dat de loonsanctiebeslissing onterecht was. De Ktr. wees de loonvordering van de werknemster af zonder dat de werkgever bezwaar had gemaakt. Volgens Hof Amsterdam was dat een miskenning van de formele rechtskracht van het UWV-besluit. Omdat de werknemster ook fouten had gemaakt in de re-integratie werd de gevraagde wettelijke verhoging niet toegewezen, Hof Amsterdam 24 mei 2007, *ECLI:NL:GHAMS:2007:BB3133*.

588 Art. 7:629 lid 11 sub a BW.

haar werknemer in civielrechtelijke zin vaststelt, maar slechts het tijdvak verlengt waarin de regels met betrekking tot de loonbetaling tijdens ziekte op grond van artikel 629 van Boek 7 van het BW tussen werkgever en werknemer gelden.⁵⁸⁹

Concreet betekent dit, dat de loonsanctie terecht is opgelegd, waardoor het recht op loon moet worden beoordeeld aan de hand van artikel 7:629 BW. In dat geval zou er geen recht op loon bestaan vanwege artikel 7:629 lid 3 sub f BW. De loonsanctie betekent dus een verlenging van de periode waarin artikel 7:629 BW van toepassing is inclusief de daarin genoemde situaties waarin géén recht op loon bestaat.⁵⁹⁰ Andersom hoeft het niet zo te zijn dat een werkgever, die van de civiele rechter gelijk krijgt in het opleggen van een loonstop omdat de werknemer te weinig deed aan re-integratie, dus ook bestuursrechtelijk voldoende heeft gedaan. Hof Den Bosch gaf een werkgever gelijk in een loonvorderingszaak rond de niet-meewerkende werknemer, maar de CRvB vond desondanks dat de werkgever was tekortgeschoten in het plegen van re-integratie-inspanningen. De loonsanctie bleef overeind.⁵⁹¹

Hoeveel loon moet worden betaald?

In veel gevallen bepaalt de arbeidsovereenkomst of de cao, dat de werknemer in de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid een aanvulling op de loondoorbetaling krijgt bovenop de wettelijk verplichte 70% van artikel 7:629 lid 1 BW. De vraag is dan of die aanvulling ook moet worden betaald gedurende de verlengde loondoorbetalingsperiode. Disselkoen meent van wel: de sanctie moet niet leiden tot een -relatieve- lastenverlichting.⁵⁹² Ook Boot meent dat volledige doorbetaling strookt met de bedoeling van de Wet verbetering poortwachter.⁵⁹³ Vas Nunes en Funke menen dat de werknemer alleen aanspraak kan maken op meer dan 70% van het (maximum)dagloon als hij zijn vordering kan baseren op artikel 7:628 BW of als er recht bestaat op aanvulling op grond van een WAO-hiaat- en/of WAO-excedentverzekering.⁵⁹⁴ Frikkee meent dat het uitgangspunt 70% moet zijn, maar op basis van goed werkgeverschap niet als de werknemer door de loonsanctie in een slechtere situatie terecht komt dan waarin hij zou hebben verkeerd zonder sanctie.⁵⁹⁵ Kehrer-Bot noemt omstandigheden waaronder het denkbaar is dat een werknemer in het derde ziektejaar wel aanspraak zou moeten hebben op meer dan 70%.⁵⁹⁶ Te denken is bijvoorbeeld aan de situatie waarin de werknemer bij een goede re-integratie passend werk had kunnen verrichten met een hogere loonwaarde. Ook noemt zij (net als Vas Nunes en Funke) de situatie dat de werknemer bij een WIA-toekenning aanspraak zou hebben gehad op uitkering van een WIA-excedentverzekering die door de loonsanctie vooralsnog niet tot uitkering komt. Vegter ten slotte concludeert tot doorbetaling van 70%, waarbij de bodem van het minimumloon net als in het tweede ziektejaar niet

589 CRvB 15 augustus 2012 LjN BX 6447, herhaald 3 april 2013 LjN BZ6132.

590 CRvB 3 april 2013, LjN BZ6132, Rijkema, p.87.

591 CRvB 4 mei 2011, LjN BQ3800.

592 Disselkoen, p.34.

593 G.C. Boot, 'De zieke werknemer: de publiekrechtelijke kant', *ArbeidsRecht* 2003/39, p.29.

594 Vas Nunes/Funke, p.61.

595 C.J. Frikkee, 'Hoogte loondoorbetalingsverplichting bij sanctie' *TRA* 2010/70, p.29-30.

596 C.S. Kehrer-Bot, 'Driemaal is scheepsrecht: de loondoorbetaling in het derde ziektejaar', *TAP* 2010/4, p.145-152.

geldt én de werknemer -met 70% van het loon- ook meer kan krijgen dan de wettelijke maximaanspraak van 70% van het maximum dagloon.⁵⁹⁷

In civielrechtelijke rechtspraak wordt aangenomen dat slechts een plicht tot doorbetaling van 70% bestaat.⁵⁹⁸ Uit uitspraken van de CRvB over de vergoeding die het UWV moet betalen bij onrechtmatige besluiten in verband met de loonsanctie, is af te leiden dat de werknemer niet op méér recht heeft dan 70% van het naar tijdsruimte vastgestelde loon,⁵⁹⁹ met een maximum van 70% van het maximum dagloon.⁶⁰⁰ Vakantiedagen die de werknemer opbouwt tijdens arbeidsongeschiktheid moeten bij einde dienstverband worden uitbetaald tegen 100%.⁶⁰¹ Dat zal ook gelden over dagen die zijn opgebouwd in het derde ziektejaar.

Loonperikelen bij onterecht wel of geen loonsanctie

Als de werkgever in bezwaar of beroep de loonsanctie ongedaan gemaakt krijgt, dan is aan de werknemer onverschuldigd loon betaald. In beginsel kan de werkgever dat onterecht betaald loon terugvorderen van de werknemer.⁶⁰² Terugvorderen kan echter in strijd zijn met goed werkgeverschap, bijvoorbeeld omdat het loon noodzakelijk was voor de dekking van kosten van levensonderhoud.⁶⁰³ Als de werknemer alsnog een WIA-uitkering krijgt, is verrekening, na machtiging door de werknemer, een tweede mogelijkheid. De betaling van de WIA-uitkering loopt daarbij via de werkgever.⁶⁰⁴ Een andere optie zou zijn om op grond van artikel 8:73 Awb in de beroepsprocedure vergoeding van de schade door het UWV te verzoeken, bestaande uit de extra loonkosten die de werkgever heeft moeten maken vanwege de verkeerde UWV-beslissing. Voor de kans van slagen is bepalend dat de werkgever niet op een andere (civielrechtelijke) grond gehouden was het loon over de betreffende periode door te betalen.⁶⁰⁵ Door de herroeping in bezwaar of vernietiging in beroep staat de onrechtmatigheid van het UWV-besluit vast.

597 M.S.A. Vegter, noot onder Hof Arnhem 9 november 2004, *JAR* 2005, 81.

598 Ktr. Amsterdam 31 juli 1998, *JAR* 1998/190, Ktr. Amersfoort 5 augustus 2004, *JAR* 2004/241, Ktr. Den Bosch 18 november 2004, *JAR* 2005/4, Ktr. Wageningen 16 februari 2005, *RAR* 2005, 61, Ktr. Zwolle 23 januari 2013 *LJN* BZ0922: anders: Ktr. Utrecht 13 mei 2009, *LJN* BK9352, *JAR* 2010/10 met kritische noot Frikkee in *TRA* 2010/70.

599 CRvB 27 augustus 2008, *LJN* BE9370 en BE9388, die dat baseert op de samenhang tussen art. 7:629 BW en art. 71a WAO, herhaald op 19 december 2008 *LJN* BG8146 en 28 juli 2010, *ECLI:NL:CRVB:2010:BN2757*. CRvB noemt in die zaken als ondergrens het minimumloon. Uit de uitspraken is niet af te leiden of de eerste ziektegedag dateert van voor 1 januari 2004, toen de loondoorbetaling nog één jaar was, met een minimum van het minimumloon. Pas na 1 januari 2004 is betaling in het tweede ziektejaar van 70% van het wettelijk minimumloon mogelijk geworden.

600 CRvB 4 december 2013, *ECLI:NL:CRVB:2013:2674*.

601 Ktr. Rotterdam 7 maart 2014, *ECLI:NL:RBROT:2014:3470*.

602 Op basis van art. 6:203 BW, zie Ktr. Heerlen 6 maart 2002, *JAR* 2002/91.

603 Ktr. Leeuwarden 30 maart 2001, *JAR* 2001/149, zie ook: Ktr. Delft 13 februari 1997, *Prg.* 1997, 4770, Ktr. Hoorn 18 februari 2002, *JAR* 2002/172.

604 J. Riphagen, *T&C Arbeidsrecht 2004*, p.226: voor WAO-situatie.

605 CRvB 13 juli 2005, *USZ* 2005/289 m.nt. B. Barentsen.

Vaste rechtspraak is geworden dat het UWV bij een terecht verzoek om schadevergoeding het doorbetaalde loon, de vakantietoeslag over dit loon, de werkgeverslasten (inclusief pensioenpremie) en de wettelijke rente moet vergoeden.⁶⁰⁶ De CRvB beperkt vergoeding van het doorbetaalde loon in beginsel wel tot 70%, omdat de werkgever bij een loonsanctie wettelijk niet tot meer verplicht is.⁶⁰⁷ De maximering van de terugbetaling tot 70% van het doorbetaalde loon houdt in dat een verplichte aanvulling tot meer, bijvoorbeeld op basis van een cao-bepaling, voor rekening blijft van de werkgever, ondanks het onrechtmatig handelen van het UWV. Als ook andere schade is geleden dan zal de werkgever het causaal verband met de verkeerde beslissing moeten aantonen en zijn schade moeten beperken conform het burgerlijke schadevergoedingsrecht.⁶⁰⁸ Onder schadebeperking kan ook vallen het zetten van stappen richting de werknemer om onverschuldigd betaald loon terug te vorderen.⁶⁰⁹

De CRvB maakte duidelijk dat ook de werknemer schadevergoeding kan vorderen van het UWV, als het *niet* opleggen van een loonsanctie aan het UWV is toe te rekenen:

*'...Dat betekent echter niet dat de werknemer met lege handen staat. De werknemer kan een verzoek om schadevergoeding indienen bij het UWV. UWV heeft in eerste instantie aanleiding gezien een loonsanctie op te leggen. De enige reden om die beslissing terug te draaien is het feit dat het UWV te laat, namelijk na einde wachttijd, heeft beslist...schade ontstaan als gevolg van het te laat beslissen, (dient) in beginsel voor rekening van UWV...te komen. Gelet hierop kan betrokkene, zo deze aantoonbare schade heeft geleden, zich tot appellant wenden met een verzoek om vergoeding daarvan.'*⁶¹⁰

Voor de berekening van de hoogte van die schadevergoeding wordt rekening gehouden met de tijd die de werkgever nodig zou hebben om het gebrek te herstellen, er van uitgaande dat hij dit herstel zo snel mogelijk zou hebben gemeld én het UWV de loonsanctie dan zou hebben bekort.⁶¹¹ Die termijn is wel lastig in te schatten want elke situatie kent zijn eigen omstandigheden. De CRvB heeft daarom niet onredelijk gevonden dat aan een werknemer een schadevergoeding van tien maandsalarissen werd vergoed, zijnde de door het UWV berekende gemiddelde duur van alle in Nederland opgelegde loonsancties.⁶¹² De werknemer betoogde dat in zijn geval van de werkgever helemaal niets te verwachten was geweest, maar dat leidde niet tot de

606 Rb. Den Bosch 5 november 2007, LjN BB7935, Rb. Maastricht 29 januari 2008, LjN BC4102 en o.a. CRvB 27 augustus 2008, LjN BE9369/9377/9379/9380 en 9389. De dekking voor deze uitgaven kan worden gevonden in het uitsluiten van het recht op uitbetaling van de uitkering voor de periode dat de werknemer onterecht loon doorbetaald heeft gekregen, Rijpkema, p.109-110.

607 CRvB 27 augustus 2008, LjN BE9378, herhaald op 19 december 2008, LjN BG8146 en 28 juli 2010, ECLI:NL:CRVB:2010:BN2757.

608 Rb. Arnhem 13 december 2007, LjN BC0281 en o.a. CRvB 27 augustus 2008, LjN BE9369.

609 CRvB 25 februari 2009, LjN BH6077, waarin van belang was dat de werknemer naast onverschuldigd betaald loon ook een WW-uitkering had ontvangen én het UWV het proceskostenrisico voor de werkgever wilde dragen.

610 CRvB 20 december 2006, LjN AZ4979, AZ4962 en AZ5061, Rb. Haarlem 24 mei 2007, LjN BA7516.

611 CRvB 15 augustus 2012 USZ 2012/250, LjN BX4618.

612 9,7 maandsalarissen, afgerond op tien, CRvB 2 oktober 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1905. In 2012 oordeelde de CRvB (in afwijking van het kennelijke UWV-beleid van één, drie of zes maanden schadevergoeding afhankelijk van administratieve, administratief-inhoudelijke of alleen inhoudelijke tekortkomingen) dat een vergoeding van de gemiddelde duur van de loonsanctie van 9,7 maanden in vergelijkbare gevallen redelijk was, CRvB 15 augustus 2012 ECLI:NL:CRVB:2012:BX4618.

gevorderde schadevergoeding van 12 maanden loon.⁶¹³ Andere schadeposten als verlies van re-integratieondersteuning of zelfs verlies van ontslagbescherming worden niet vergoed door het UWV. De werknemer is voor die schadeposten aangewezen op een kennelijk onredelijk ontslagprocedure als de werkgever de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd.

Voor het vragen van schadevergoeding is wel schade nodig. Een werknemer kreeg door het uitblijven van een loonsanctie een WGA-uitkering die netto gunstiger uitpakte dan de 70% die zij onder een loonsanctie van de werkgever zou kunnen hebben. In een dergelijk geval (net als het geval dat de werknemer geen WGA-uitkering maar als 35-minner een WW-uitkering zou krijgen) is er geen sprake van inkomensverlies, dus geen schade. Het UWV is evenmin gehouden tot vergoeding van de mogelijke toekomstige schade vanwege het eerder intreden van de WGA-uitkering dan bij een loonsanctie het geval zou zijn geweest.⁶¹⁴

Loonsanctie en overgang van onderneming

Een overgang van onderneming betekent dat een opgelegde loonsanctie mee overgaat naar de verkrijger.⁶¹⁵ Hof Den Bosch boog zich over de situatie dat bij een overgang van onderneming werd afgesproken dat de arbeidsongeschikte werknemer bij de vervreemder in dienst zou blijven en pas naar de verkrijger over zou gaan als hij arbeidsgeschikt was. De overgang werd daarop geëffectueerd zonder de arbeidsongeschikte werknemer, voor wie een half jaar later vanwege gebrekkige re-integratie-inspanningen van de vervreemder een loonsanctie werd opgelegd. De vraag was wie het loon moest betalen. Het Hof oordeelde dat op het moment van overgang van onderneming ook de arbeidsongeschikte werknemer over was gegaan ondanks de andersluidende afspraak. Daarmee rustte de plicht om aan re-integratie te werken vanaf dat moment bij de verkrijger en diende hij de gevolgen te dragen van het niet-nakomen van die verplichting. Dat de loonsanctiebeschikking op naam van de vervreemder was gesteld, maakte dat niet anders.⁶¹⁶

Loonsanctie en ontslag

Ten slotte heeft het opleggen van een loonsanctie gevolgen voor de mogelijkheden van ontslag. Om te beginnen wordt het opzegverbod bij ziekte verlengd voor de duur van de loonsanctie (artikel 7:670 lid 10 BW). De bestuursrechtelijke kant van de loonsanctie kan meteen complicaties opleveren. Dat blijkt uit bijvoorbeeld uit de volgende zaak. De loonsanctie verlengde voor een werkgever het opzegverbod. Hij had vervolgens bekorting van de loonsanctie gevraagd en gekregen, waartegen de werknemer bezwaar maakte. Voordat er een beslissing op bezwaar kwam, had de werkgever een ontslagvergunning gekregen en de arbeidsovereenkomst opgezegd. Het bezwaar werd echter gegrond verklaard, zodat de loonsanctie achteraf nog bleek te bestaan evenals het opzegverbod. De werknemer had volgens de rechter de

613 De CRvB laat wel open dat als de werknemer had kunnen bewijzen dat herstel langer geduurd zou hebben, het UWV tot een hogere schadevergoeding gehouden zou kunnen zijn, CRvB 2 oktober 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:1905, r.o.4.2.

614 CRvB 16 april 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:1268.

615 Hof Leeuwarden 28 augustus 2012, JAR 2012/259.

616 Hof Den Bosch 4 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:588.

opzegging daarom terecht vernietigd vanwege strijd met het opzegverbod. Hij had met terugwerkende kracht recht op loon.⁶¹⁷

In ontbindingsprocedures zal een zekere reflexwerking van het verlengde opzegverbod vanwege de loonsanctie voorkomen. De vergewisplicht in ontbindingsprocedures leidt er toe dat de kantonrechter niet aan de loonsanctie voorbij mag gaan. De ontbinding moet worden geweigerd als de grond voor ontbinding verband houdt met de loonsanctie. Het verstrijken van de loonsanctie betekent ten slotte niet automatisch dat daarmee ontslag mogelijk wordt. De rechter blijft toetsen aan mogelijkheden van werkhervatting.⁶¹⁸

6.10 Overige sancties en einde aan de re-integratie

6.10.1 Overige sancties voor de werkgever

Op overtreding van artikel 7:658a BW is geen directe andere sanctie dan verlenging van het loondoorbetalingstijdvak gesteld. De werkgever kan wel worden geconfronteerd met een vordering van de werknemer tot naleving van de re-integratieverplichtingen eventueel op straffe van een dwangsom of een loonvordering voor de tijd dat niet aan de re-integratieplicht werd voldaan.⁶¹⁹

Een werkgever die zijn re-integratieverplichtingen heeft verzaakt of de re-integratie zelfs dwarsboomt, moet rekening houden met een hoge ontbindingsvergoeding.⁶²⁰ Zelfs afwijzing van een ontbindingsverzoek is denkbaar.⁶²¹ De werknemer moet dan wel voortvarend handelen: het uitblijven van re-integratie is de werkgever vier jaar na het verkrijgen van een (niet-gebruikte) ontslagvergunning niet meer aan te rekenen.⁶²² Ook in een vordering ex. artikel 7:611 of artikel 7:681 BW kunnen niet-adequate re-integratie-inspanningen mede de hoogte van een toe te kennen vergoeding bepalen.⁶²³ De HR heeft het ook andersom benadrukt: bij de beoordeling of een ontslag kennelijk onredelijk is, speelt mee dat een werkgever een extra inspanningsplicht heeft om tot

617 Ktr. Hoorn 22 april 2013, *JAR* 2013/152.

618 Ktr. Utrecht 22 maart 2013, *JAR* 2013/115.

619 Bijvoorbeeld Hof Amsterdam 21 april 2005, *JAR* 2005/167, Hof Den Haag 13 mei 2005, *RAR* 2005, 81, Ktr. Rotterdam 15 september 2003, *JAR* 2003/234, Ktr. Rotterdam 4 augustus 2006, *LJN* AY 6120.

620 B. Barentsen, *Arbeidsongeschiktheid. Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie*, (diss.), Kluwer: Deventer 2003, p.35, bijvoorbeeld Ktr. Delft 4 maart 2004, *JAR* 2004/88, Ktr. Nijmegen 6 oktober 2004, *Prg.* 2005, 21, Ktr. Haarlem 3 oktober 2006, *JAR* 2006/253.

621 Ktr. Zwolle 14 juni 2006, *LJN* AX8716, Ktr. Utrecht 13 oktober 2011, *LJN* BT8504 en Ktr. Haarlem 28 maart 2014, *ECLI:NL:RBNHO:2014:7361*, die de oplossing voor de verstoorde arbeidsverhouding zoekt in het inzetten van een tweede spoortraject.

622 Ktr. Zwolle 15 juni 2010, *LJN* BN0592 waarbij de werknemer zelf ook lange tijd stil had gezeten.

623 Bijvoorbeeld Ktr. Brielle 30 september 2003, *JAR* 2003/267, Hof Den Haag 8 april 2005, *JAR* 2005/169 en conclusie A-G De Vries Lentsch-Kostense onder HR 10 juni 2005, *JAR* 2005/174, nr.26-27. Zie ook Ktr. Arnhem 21 oktober 2007, *LJN* BB7741, Ktr. Nijmegen 8 augustus 2008, *LJN* BE9519, Hof Den Haag 14 oktober 2008, BF8122 en BF8136, Hof Arnhem 31 maart 2009, *LJN* BI2177, Ktr. Utrecht 25 februari 2009, *LJN* BH3793, Ktr. Maastricht 15 augustus 2012, *JAR* 2012/251 (met eigen schuld toerekening), Ktr. Zwolle 19 februari 2013, *JAR* 2013/117, Ktr. Hoorn 10 januari 2013, *LJN* BZ6165 en Ktr. Rotterdam 15 februari 2013, *JAR* 2013/134.

herplaatsing te komen van een boventallige werknemer die door lichamelijke beperkingen moeilijk bemiddelbaar is op de arbeidsmarkt. Die plicht bestaat zowel bij interne als bij externe herplaatsing.⁶²⁴

6.10.2 Sancties voor de werknemer

Ook op de werknemer kunnen sancties worden gelegd bij niet-naleving van artikel 7:660a BW. Het gaat dan om het verval van het recht op loon ex artikel 7:629 lid 3 BW, de strafkorting van artikel 88 lid 1 aanhef en sub a WIA en het verval van het opzegverbod van artikel 7:670b lid 3 BW. Het UWV kan zelfs besluiten een WIA-aanvraag niet in behandeling te nemen.⁶²⁵ Ten slotte bouwt een werknemer geen aanspraak op vakantie op als hij artikel 7:660a BW niet naleeft en om die reden een loonstop van kracht is.⁶²⁶

De sanctie van verval van het recht op loon is wel scherp te onderscheiden van de sanctie van de loonopschorting. Hof Leeuwarden rekende een werkgever er op dat hij bij de weigering om passende arbeid te verrichten de sanctie van 'opschorting' van de loondoorbetalingsverplichting had toegepast. Het Hof vond dat er alle reden was voor een beroep op de wettelijke sanctie van het verval van het recht op loon. Maar omdat het loon was 'opgeschort' moest alsnog worden betaald toen de werknemer wél passend werk ging verrichten. Van een werkgever mag immers worden verwacht dat hij zijn woorden zorgvuldig kiest bij een zo ingrijpend middel als een loonmaatregel.⁶²⁷

Of het verval van het recht op loon alleen geldt voor die uren die de werknemer weigert passende arbeid te verrichten of voor alle uren was lang niet zeker. De meningen in rechtspraak en literatuur waren verdeeld.⁶²⁸ Duidelijk is dat de wetgever de sanctie van volledige stopzetting van het loon wilde.⁶²⁹ Ook de tekstuele benadering van artikel 7:629 lid 3 BW van Kantonrechter Amsterdam pleit voor een volledige

624 HR 21 mei 2010, *LJN* BL6075 ('binnen het hem vertrouwde concern') en HR 11 maart 2011, *LJN* BO9624.

625 Art. 4:5 lid 1 Awb, Barentsen/Fleuren-van Walsem, p.67-72, voor de WAO, naar analogie van toepassing op een WIA-aanvraag.

626 Vakantieopbouw vindt alleen plaats als ook recht bestaat op loon, art. 7:634 lid 1 BW of in de uitzonderingsgevallen als beschreven in art. 7:635 BW. Bij de wijziging van de vakantiewetgeving per 1 januari 2012 is de expliciete bepaling, art. 7:635 lid 4, vierde volzin BW (oud) van verval van vakantieopbouw bij niet-naleving van re-integratieverplichtingen verdwenen. Het verval van het recht op opbouw van vakantie moet dus nu indirect worden afgeleid.

627 Hof Leeuwarden 29 maart 2011, *LJN* BQ0686, zie: Hof Den Bosch 21 augustus 2012, *LJN* BX5669. Ook rechters doen het wel fout: bijv. Ktr. Dordrecht 22 juli 2010, *Prg.* 2010, 209.

628 Alleen geweigerde uren: Hof Amsterdam 7 april 2005, *JAR* 2005/111, Hof Amsterdam 5 november 2013, *ECLI:NL:GHAMS:2013:3845*, De Wolff, *ArbeidsRecht* 2006/58; alle uren: Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2013, *ECLI:NL:GHARL:2013:5362*, Hof Den Bosch 23 juli 2013, *ECLI:NL:GHSHE:2013:3341*, Birkhoff/Swets, *ArbeidsRecht* 2006/37, Buijs, *TRA* 2013/83. Fase, *SMA* 2001/10 gaat er van uit dat de wetgever alle uren bedoelde, maar pleit voor geweigerde uren. Zie verder E.M. Bevers, *Opmaat arbeidsrecht* 21 augustus 2013, 2013/140 en Van Luipen/Van Straten, *ArbeidsRecht* 2013/59.

629 *Kamerstukken II* 1995/96, nr.3, p.60, zie ook Ktr. Groningen 3 april 2013, *JIN* 2013/87, m.nt. J.P.M. van Zijl en het hoger beroep daarvan Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2013, *USZ* 2013/320, m.nt. G.C. Boot.

loonstop.⁶³⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden heeft op overtuigende manier beargumenteerd dat de volledige loonstop het uitgangspunt moet zijn op basis van wetshistorische, wetssystematische en tekstuele gronden.⁶³¹ Alleen als een volledige loonstop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, zou een gedeeltelijke loonstop in beeld komen.⁶³² Hof Amsterdam bleef echter anders van mening,⁶³³ wat de Kantonrechter Utrecht ertoe leidde prejudiciële vragen aan de HR te stellen.⁶³⁴ De HR volgde de leer van het Hof Arnhem-Leeuwarden en sprak uit dat het hier om een algeheel verval van de loondoorbetalingsplicht gaat, tenzij dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Van onaanvaardbaarheid is niet meteen sprake als de werknemer een deel van de werktijd niet kan werken.⁶³⁵

Als een loonopschorting achteraf onterecht was omdat de werknemer na controle arbeidsongeschikt bleek te zijn, is de werkgever geen wettelijke verhoging en wettelijke rente verschuldigd over het uit te betalen loon.⁶³⁶ Als een loonstop achteraf onterecht was omdat de werknemer een deugdelijke grond had niet mee te werken aan re-integratie dan is wel wettelijke verhoging en wettelijke rente verschuldigd over het uit te betalen loon.⁶³⁷ Hof Den Bosch matigde de wettelijke verhoging bij een loonvordering van een werknemer na een onterechte loonstop van de werkgever, omdat ook de werknemer steken bij de re-integratie had laten vallen.⁶³⁸

Heeft de werknemer zonder deugdelijke grond voorschriften of maatregelen voor het verrichten van passende arbeid niet nageleefd óf onvoldoende re-integratie-inspanningen gepleegd dan past het UWV een sanctie toe.⁶³⁹ Deze verplichting geldt alleen voor de WGA-gerechtigde. Het Maatregelenbesluit bepaalt dat als de werknemer weigert gevolg te geven aan de genoemde plichten, op de uitkering een korting van 20% gedurende zestien weken wordt toegepast.⁶⁴⁰ Als het gedrag van de werknemer minder verwijtbaar is, bedraagt de maatregel 10% gedurende zestien weken. Hebben *zowel werkgever als werknemer* onvoldoende inspanningen gepleegd, dan is het treffen van een WIA-maatregel niet aan de orde. De loondoorbetalingsperiode

630 Ktr. Amsterdam 3 oktober 2012, *JAR* 2012/280, m.nt. C.S. Kehrer-Bot.

631 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2013, *USZ* 2013/320, m.nt. G.C. Boot.

632 Bijv. Ktr. Leeuwarden 4 februari 2014, *JAR* 2014/75 toetste aan deze norm, m.nt. I. Janssen.

633 Hof Amsterdam 5 november 2013, *ECLI:NL:GHAMS:2013:3845*.

634 Ktr. Utrecht 18 december 2013, *ECLI:NL:RBMNE:2013:7614*, zie voor commentaar op de problematiek en de prejudiciële vragen: L. van den Berg, 'Volledige of gedeeltelijke loonstop bij weigering passende arbeid te verrichten', *AR Updates* annotaties 4 maart 2014.

635 HR 6 juni 2014, *ECLI:NL:HR:2014:1341*, F.M. Dekker, 'Ook voor zieke werknemer geldt: wie niet werkt, zal niet eten!', *Annotaties AR* 2014-0506. B. Barentsen noemt in zijn noot onder *USZ* 2014/220 als voorbeeld het geval dat een werknemer al gedeeltelijk heeft hervat, maar weigert een *extra* dag op te bouwen. Als hij daarna blijft werken in zijn gedeeltelijke hervatting dan is het volledig vervallen van het recht op loon volgens Barentsen onaanvaardbaar.

636 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr.3.

637 D.J. Prins, 'De ziekte komt te post gereden. Maar gaat terug met ezelstreden.', *ArbeidsRecht* 2011/41.

638 Hof Den Bosch 1 mei 2012, *LJN* BW5418.

639 Art. 29 en 30 WIA jo. art. 88 en 90 WIA.

640 Art. 6 jo. Bijlage sub B vierde categorie onder 5, Maatregelenbesluit UWV, 9 augustus 2004.

van de werkgever wordt dan namelijk verlengd zodat een uitsluitingsgrond voor de WIA ontstaat. De werkgever moet daarna door het treffen van een loonsanctie de werknemer prikkelen wél mee te werken aan re-integratie.⁶⁴¹

Een werknemer die niet meewerkt aan het opstellen, evalueren of bijstellen van een plan van aanpak, overtreedt daarmee zowel artikel 7:660a aanhef en sub b BW als artikel 25 lid 2 WIA. Een cumulatie van sancties is dan mogelijk: de loonstop en daarna een strafkorting op de WIA-uitkering. De werknemer kan daarbij in een merkwaardige spagaat terecht komen. Aan de ene kant het afdwingen van de opheffing van een loonstop die wordt voorgelegd aan de civiele rechter, aan de andere kant het bezwaar en beroep tegen de strafkorting die bij de bestuursrechter speelt. Bij de loonvordering moet de werknemer een deskundigenoordeel van het UWV overleggen. Het UWV is tegelijk echter de instantie waartegen in het kader van een strafkorting wordt geprocedeerd.⁶⁴² Op niet-naleving van artikel 7:660a BW is daarnaast zowel de sanctie van de loonstop als het verval van het opzegverbod gesteld. Er lijkt een keuzemogelijkheid te bestaan, maar dat is niet zo. Uit de wetsgeschiedenis bij het verval van het opzegverbod volgt dat die pas speelt als *eerst* tevergeefs het loon is stopgezet.⁶⁴³ Ook het UWV hanteert dit uitgangspunt bij ontslaanvragen vanwege het verwijtbaar niet-meewerken aan re-integratie.⁶⁴⁴ Om te waarborgen dat de werkgever niet te lichtvaardig meent dat artikel 7:660a BW is overtreden, laat het UWV toetsen of van zo'n overtreding sprake is en of een loonstop niet meer in de rede ligt of had gelegen.⁶⁴⁵ Daarbij moet het UWV ook meewegen of de werknemer misschien in de tussentijd tot inkeer is gekomen.

Het is in een ontslagzaak aan de werkgever om te stellen en bij betwisting te bewijzen, dat de werknemer zonder deugdelijke grond weigert mee te werken aan zijn re-integratie. Wat onder 'deugdelijke grond' moet worden verstaan, kan naar analogie worden afgeleid uit artikel 1 Beleidsregels waar staat: *een door de werkgever voor enig handelen of nalaten aangevoerd motief dat zodanig zwaarwegend en gerechtvaardigd is dat het nadelige gevolg van dit handelen of nalaten niet in redelijkheid aan de werkgever kan worden toegerekend*. Weliswaar geldt deze definitie voor werkgevers maar die kan als aanknopingspunt worden gebruikt voor de invulling van het begrip 'deugdelijke grond' uit artikel 7:629 lid 3 sub c BW en/of artikel 7:670b lid 3 BW.⁶⁴⁶ Het Hof Arnhem heeft het begrip 'deugdelijke grond' toegepast maar niet gedefinieerd.⁶⁴⁷

641 CRvB 15 augustus 2012, JAR 2012/260 m.nt. F.G. Laagland, LjN BX4602.

642 E.J. Kronenburg-Willems, 'SUWI en Poortwachter: meer reïntegratie?', *Sociaal Recht* 2003/27, p.118.

643 *Kamerstukken I* 2001/02, 27 678, nr.37a.

644 Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2013 hoofdstuk 26 par. 6.

645 Roozendaal 2002, p.313, anders: Noordam 2002, p.163, zie ook: art. 5:1 lid 4 tweede volzin Ontslagbesluit.

646 Zie over het ontbreken van een deugdelijke grond: HR 17 januari 2003, JAR 2003/41 (Stal/UWV).

647 Hof Arnhem 2 oktober 2007, LjN: BB8998. Voor andere voorbeelden zie Ktr. Utrecht 6 mei 2010, JAR 2010/175 en Ktr. Dordrecht 22 juli 2010, Prg. 2010/209. Een gegeven ontslag op staande voet na loonstop houdt dan geen stand als de niet-naleving wordt veroorzaakt door de ziekte, Hof Den Bosch 9 januari 2007, JAR 2007/157 en Hof Den Bosch 9 december 2008, JIN 2009/5.

Als de werkgever vanwege het weigeren van passende arbeid een ontslagvergunning aanvraagt, dan zal hij aannemelijk moeten maken dat de geweigerde arbeid inderdaad passend is voor de werknemer. Hiertoe zal hij ten minste het oordeel van zijn eigen arbo-dienst moeten overleggen en alle overige gegevens die een ontslag kunnen rechtvaardigen.⁶⁴⁸ Het verlenen van een ontslagvergunning gaat in zo'n geval meteen gepaard met een oordeel dat de werknemer zijn re-integratieplichten heeft verzaakt, waaraan de wet als consequentie het verval van het opzegverbod heeft gekoppeld. Het niet-meewerken aan de evaluatie van een plan van aanpak is van een andere orde dan bijvoorbeeld het weigeren van passende arbeid. Een rechter zou het verval van het opzegverbod daarom moeten toetsen aan eisen van proportionaliteit.⁶⁴⁹ Die ruimte lijkt alleen te bestaan in een kennelijk onredelijk ontslag-procedure. De Rechtbank Arnhem heeft bepaald dat het enkele schenden van artikel 7:660a BW geen dringende reden oplevert. Gedachte daarachter is dat anders het verval van het opzegverbod overbodig zou zijn.⁶⁵⁰ Daarmee haakt de Rechtbank aan bij het Vixia-Gerrits-arrest.⁶⁵¹ Dat arrest gaat over het niet-naleven van controlevoorschriften, wat naar zijn aard een ander soort verplichting is dan het niet-naleven van re-integratievoorschriften. Toch is deze link wel logisch: alleen bijkomende omstandigheden maken gedrag bij arbeidsongeschiktheid (waarop ook een loonmaatregel staat) tot een dringende reden. Verschillende rechters hebben die gedachte bevestigd: het niet naleven van re-integratievoorschriften met bijkomende omstandigheden leidt tot een ontbinding vanwege een dringende reden.⁶⁵²

Dat werkt sociaalzekerheidsrechtelijk ook zo. De CRvB heeft in een aantal WW-zaken vastgesteld dat er geen sprake is van een dringende reden als de werknemer niet hervat in passend werk, noch als hij dat herhaaldelijk weigert. Daarvoor moet de loonstop uitkomst bieden. Komt daarbij echter het weigeren om met de werkgever in gesprek te gaan over de re-integratie dan levert die combinatie wel een dringende reden op.⁶⁵³ Wat ten slotte geldt voor de werkgever in een ontbindingsprocedure geldt omgekeerd ook voor de werknemer. Als hij onvoldoende meewerkt aan re-integratie dan weegt dat mee bij de bepaling van de hoogte van de ontbindingsvergoeding.⁶⁵⁴ Natuurlijk moet het niet-meewerken dan wel voldoende vaststaan.⁶⁵⁵ Het bijvoorbeeld ondanks waarschuwing en een loonstop tot vijf maal toe weigeren passende arbeid te verrichten was grond voor een ontbinding zonder vergoeding.⁶⁵⁶

648 *Kamerstukken I* 2001/02, 27 678, nr.37a, p.20.

649 Noordam 2002, p.163.

650 Rb. Arnhem 13 maart 2009, *LJN* BJ1352.

651 HR 8 oktober 2004, *JAR* 2004/259. In HR 21 december 2012, *JAR* 2013/34 was de schending van gedragsregels bij arbeidsongeschiktheid niet ernstig genoeg voor een ontslag op staande voet.

652 Ktr. Groningen 20 september 2013, *JAR* 2013/254, Ktr. Maastricht 27 februari 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:1841, Ktr. Rotterdam 13 augustus 2014, AR 2014-0716.

653 CRvB 8 juni 2011, *LJN* BQ8169 en CRvB 13 juli 2011, *LJN* BR2242.

654 Bijvoorbeeld Ktr. Utrecht 27 mei 2003, *JAR* 2003/190, Ktr. Enschede 24 juni 2004, *JAR* 2004/173, Ktr. Tilburg 24 juni 2004, *JAR* 2004/179, Ktr. Hilversum 10 juli 2006, *JAR* 2006/232, Ktr. Wageningen 24 oktober 2007, *LJN* BB8995.

655 Ktr. Leeuwarden 2 juni 2009, *LJN* BI6234. In de WWZ moet de werkgever dat aantonen met een deskundigenoordeel.

656 Ktr. Hoorn 6 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:2211.

6.10.3 Einde aan de re-integratie

Vas Nunes en Funke constateren terecht dat maar weinig aandacht is geschonken aan het einde van een re-integratietraject.⁶⁵⁷ De wettelijke re-integratieplicht is niet in duur beperkt. Ook al bestaat geen loondoorbetaling meer, bijvoorbeeld na twee jaar arbeidsongeschiktheid, dan nog blijft de plicht bestaan om de werknemer te re-integreren. Dat volgde uit artikel 8 lid 3 Wet REA (oud) dat (uitdrukkelijk) bepaalde dat de werkgever verantwoordelijk is voor de re-integratie zolang de arbeidsovereenkomst duurt. Uit de toelichting op de Invoeringswet WIA is op te maken dat de regering meent dat de re-integratieverplichting uit artikel 7:658a BW ook geldt zolang de arbeidsovereenkomst duurt.⁶⁵⁸ De re-integratie eindigt dus niet door tijdsverloop.

Dat einde kan concreet aan de orde komen in twee verschillende situaties, namelijk als géén of als wel benutbare mogelijkheden bestaan. In de eerste situatie is de werknemer té arbeidsongeschikt zodat re-integratie-activiteiten verder niet meer worden verwacht. In de regel is dit moment te markeren door het toekennen aan de werknemer van een IVA-uitkering. Als de werknemer een vervroegde IVA-uitkering aanvraagt kan dat vrij snel zijn, te weten na 13 weken arbeidsongeschiktheid. Wil de werknemer dat niet, dan is het re-integratietraject geëindigd doordat werkgever en werknemer er niets meer aan doen. Normaal gesproken wordt het ontbreken van benutbare mogelijkheden gebaseerd op een beoordeling van de bedrijfsarts. Partijen zullen er op basis daarvan vanuit gaan dat niets meer nodig is qua re-integratie, maar het UWV kan bij einde wachttijd oordelen dat het re-integratietraject niet als geëindigd had mogen worden beschouwd. Het eindigen van de re-integratie is in zo'n geval afhankelijk van een oordeel achteraf.

Als de zieke werknemer wel benutbare mogelijkheden heeft wordt de vraag: wanneer is hij gere-integreerd? Als eerste is te denken aan arbeidsongeschiktheid die voorbij gaat. Bij tijdelijke arbeidsongeschiktheid voor de bedongen arbeid is sprake van afronding van de re-integratie als de werknemer is hervat in de oude functie voor de oude arbeidsduur. De CRvB lijkt nog als element aan te houden of er een stabiele medische toestand is.⁶⁵⁹ Als tweede kan bij het sluiten van een nieuwe arbeidsovereenkomst voor andere arbeid eveneens worden aangenomen dat de re-integratie is beëindigd.⁶⁶⁰ In het derde geval kan er sprake zijn van einde aan de re-integratie bij een bevredigend resultaat zodat het UWV geen verdere inspanningen verwacht. Dit moment is aan te wijzen als het UWV de WIA-aanvraag in behandeling gaat nemen.

657 Vas Nunes/Funke, nr.48.

658 Een voorbeeld in Ktr. Amsterdam 21 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:780.

659 CRvB 13 januari 2013, USZ 2013/65 m.nt. A. Wit.

660 Aanwijzing daarvoor is CRvB 19 april 2013 USZ 2013/189, waarin werd vastgesteld dat de werkgever geen belang meer had bij beroep (in een WIA-zaak) aangezien de werknemer werkzaam was geworden in nieuwe bedongen arbeid. De CRvB noemt dat met zoveel woorden 'een succesvolle re-integratie'.

De poortwachertoets op het al dan niet voldoende hebben verricht van re-integratie-activiteiten is dan positief uitgevallen voor de werkgever. Of dat civielrechtelijk overigens betekent dat de re-integratie is afgerond, staat niet vast.

Diffuus is de situatie als geen nieuwe arbeidsovereenkomst wordt overeengekomen, terwijl de werknemer blijvend arbeidsongeschikt is voor de bedongen arbeid en (langdurig) probleemloos andere passende arbeid verricht.⁶⁶¹ Daarmee kan de re-integratie formeel nog niet beëindigd zijn, maar feitelijk wel. Artikel 7:629 lid 12 BW bepaalt zonder restricties dat de arbeidsovereenkomst in dat geval onverkort in stand blijft.⁶⁶² Stel dat een werknemer vanwege te grote beperkingen niet is gereïntegreerd maar de arbeidsovereenkomst ook niet is beëindigd. Als zijn arbeidsgeschiktheid weer toeneemt dan kan re-integratie weer actueel worden. Hetzelfde geldt voor bijvoorbeeld een organisatiewijziging waardoor er misschien ineens wél passende mogelijkheden intern zijn ontstaan. De re-integratie moet weer ter hand worden genomen zodat voor een werkgever pas een zeker einde aan de re-integratie komt met het einde van de arbeidsovereenkomst.

6.11 Een paar internationale vragen

Het Nederlandse re-integratierecht roept een paar internationale vragen op die ik zal aanstippen. Uitgebreide beantwoording gaat dit onderzoek te buiten, maar ik wil die vragen ook niet helemaal onbesproken laten.

De eerste internationale vraag betreft de langdurige discussie tussen Nederland en de ILO of het Nederlandse stelsel van inkomensvoorziening bij arbeidsongeschiktheid wel overeenstemt met ILO-Verdrag nr. 121. In dat verdrag wordt een hoog niveau van inkomensbescherming verplicht gesteld, in elk geval bij arbeidsgerelateerde arbeidsongeschiktheid. Nederland zou dat niet garanderen. Bovendien zouden de re-integratieverplichtingen in de WIA niet stroken met de eisen uit artikel 22 ILO-Verdrag nr. 121. De Nederlandse regering meent dat de aandacht meer gericht moet zijn op activering en niet alleen op inkomensbescherming; het ILO-Verdrag zou in dat opzicht verouderd zijn.⁶⁶³ Driessen meent dat Nederland echter niet voldoet.⁶⁶⁴

Verder speelt het grensoverschrijdend karakter van aanspraken op sociale zekerheid binnen de EU een rol. De tweede internationale vraag is hoe om te gaan met ziekte in een grensoverschrijdende (EU-)situatie, voor wat betreft inkomen, controle en re-integratie. Als een Italiaanse werknemer bijvoorbeeld in dienst is van een Nederlandse werkgever, maar ziek wordt in Italië is niet meteen duidelijk of de werknemer aanspraak kan maken op loondoorbetaling bij ziekte. Op basis van verschillende EU-Verordeningen rond sociale zekerheid wordt namelijk bepaald

661 Zie § 6.7.9.

662 Uit de wetsgeschiedenis volgt dat dat in elk geval in de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid zo is. Ktr. Heerenveen bevestigt dat aanvaarding van passende arbeid elders geen wijziging van de rechtspositie oplevert, 23 juni 2009, *LJN* BI9894.

663 *Kamerstukken II* 2010/11, 29 427, nr.70, p.4.

664 Zie daarover M.J.A.C. Driessen, 'ILO en WIA: haat en liefde?', *TRA* 2011/73, p.25-27.

welk stelsel van toepassing is.⁶⁶⁵ In Nederland is er sprake van wat wel 'privatisering' van de inkomensvoorziening bij ziekte wordt genoemd.⁶⁶⁶ Daaronder wordt verstaan de verschuiving van de verantwoordelijkheid voor de bestaanszekerheid van de overheid naar de private betrokken partijen. Het betreft geen volledige verschuiving want de overheid houdt wel een publiekrechtelijke basisbescherming in stand. Dit systeem wordt aangeduid met de term 'arbeidsrechtelijke sociale zekerheid'.⁶⁶⁷ De belangrijke voorvraag is daarbij of 'arbeidsrechtelijke sociale zekerheid' ook onder het begrip 'sociale zekerheid' in de zin van die verordeningen valt. In het *Paletta I*-arrest oordeelde het HvJ EG van wel.⁶⁶⁸ Dat betekent dat door de toepasselijkheid van de EU-Verordeningen en de daarin opgenomen aanwijssregels ook in het buitenland recht bestaat op loondoorbetaling bij ziekte.

Controle op bestaan en einde van de arbeidsongeschiktheid mag vervolgens gebeuren door een arts ter plaatse.⁶⁶⁹ Hof Den Bosch moest zich buigen over de loonvordering van een in Duitsland woonachtige arbeidsongeschikte werkneemster van wie het loon was opgeschort omdat zij niet mee zou werken aan de controlevoorschriften, zoals een bezoek aan de bedrijfsarts in Nederland. In eerste aanleg was zij niet-ontvankelijk verklaard omdat zij niet het verplichte deskundigenoordeel van artikel 7:629a BW had overgelegd.⁶⁷⁰ In plaats daarvan had zij wel een aantal verklaringen van Duitse artsen en van de *Krankenkasse* in het geding gebracht. Volgens het Hof kon zij niet worden verplicht in Nederland naar de bedrijfsarts te gaan en mocht zij conform de Verordening volstaan met een bezoek aan Duitse artsen en de *Krankenkasse*. Voor behandeling van de vordering waren de Duitse verklaringen afdoende, ook al gaven die minder informatie dan een deskundigenoordeel zou hebben gegeven.⁶⁷¹ Hof Arnhem-Leeuwarden volgt dit oordeel in een Italiaanse situatie en vond van belang dat de werkgever geen vergoeding aanbood van reis- en verblijfkosten die waren verbonden aan de controle bij de bedrijfsarts.⁶⁷²

De volgende stap is om te bekijken of de re-integratieverplichtingen dan ook in het buitenland moeten worden nageleefd. Er is wel aandacht voor re-integratie in EU-verordening 987/2009.⁶⁷³ In artikel 27 lid 4 staat dat de werkgever en/of het bevoegde orgaan de werknemer kan oproepen deel te nemen aan activiteiten om de terugkeer naar het arbeidsproces te bevorderen en te ondersteunen. Bij gebreke van

665 Vo. 883/2004 en 987/2009.

666 Zie ook § 2.7 over de inkomensvoorziening en § 5.17 e.v. over de geschiedenis daarvan.

667 Montebovi, p.172-173.

668 HvJ EG 3 juni 1992, nr.C-45/90, *Jur.* p.1-3423 (*Paletta I*), zie Montebovi, p.176-179.

669 *Paletta I*, waarbij in *Paletta II* wel de mogelijkheid open werd gehouden dat de werkgever bewijst dat er sprake is van misbruik of bedrog door de werknemer, waardoor die laatste geen beroep op bepalingen van gemeenschapsrecht toekomt. HvJ EG, 2 mei 1996, ECLI:NL:XX:1996:ZB6429, m.nt. F. Pennings in AB 1996, 432.

670 Eerder is al geconcludeerd dat dit afwijzing van de vordering had moeten zijn, § 6.6.5, Hof Arnhem-Leeuwarden meent ook dat het niet-ontvankelijkheid moet zijn, Hof Arnhem-Leeuwarden 22 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5831, r.o. 6.1.

671 Hof Den Bosch 18 februari 2014, *JAR* 2014/86.

672 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5831, r.o. 6.6.

673 Art. 27 lid 4 en 87 lid 5 Vo. 987/2009. Montebovi concludeert dat over de grenzen re-integratie een ondergeschoven kindje is en dat de Vo. weinig duidelijk maakt wat concreet geldt, p.181-182.

een aanwijsregel is de Nederlandse wet- en regelgeving van toepassing.⁶⁷⁴ De werknemer moet dus meewerken en mag dat niet zonder deugdelijke grond weigeren. Met het begrip 'deugdelijke grond' zal uitsluitend moeten worden gevonden of de werknemer de re-integratie-activiteiten in het werkland of in het woonland zal moeten verrichten. Mij lijken bijvoorbeeld van belang: de aard en te verwachten duur van de arbeidsongeschiktheid, de medisch verantwoorde mogelijkheid om te reizen, de voorhanden re-integratiemogelijkheden in het woonland, de kosten van dergelijke re-integratiemogelijkheden.

Ook in grensoverschrijdende situaties lijkt het er dus op dat bij verblijf in het buitenland het Nederlandse stelsel moet worden gevolgd, ook al is het systeem in andere EU-lidstaten waarschijnlijk niet 'compatible' met het Nederlandse.

6.12 De praktijk van re-integratie

In dit hoofdstuk is uitgebreid en gedetailleerd beschreven hoe het positieve re-integratierecht er uit ziet. De waardering en de effecten in de dagelijkse praktijk zijn echter ook interessant als aanwijzingen voor toepassing van het toetsingskader. De praktijk van re-integratie bij arbeidsongeschiktheid is onderwerp geweest van verschillend onderzoek. Te wijzen is op de Beleidsdoorlichting SZW (2011), het *Re-integratie Verbeter Onderzoek* (2011) en 'Het WIA-mirakel' (2010).⁶⁷⁵ Daarnaast heeft Van Oortmarssen de praktijk wetenschappelijk in kaart gebracht.⁶⁷⁶ Ik bespreek elk van die onderzoeken.

Beleidsdoorlichting SZW

Het positieve re-integratierecht is herhaald geëvalueerd. Belangrijk daarbij is dat door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in 2011 een beleidsdoorlichting is opgesteld.⁶⁷⁷ In deze beleidsdoorlichting wordt ingegaan op de aanleiding voor het beleid ten aanzien van arbeidsongeschiktheid, de verantwoordelijkheid van overheid en sociale partners, de ingezette instrumenten en de effecten van het beleid. De beleidsdoorlichting beperkt zich niet tot de WIA maar gaat in op het bredere kader aan hervormingen met betrekking tot ziekte en arbeidsongeschiktheid sinds eind jaren negentig en geeft een beeld van de resultaten van het beleid. De inspanningen van de werkgever en bedrijfsarts in het eerste ziektejaar zijn -ten opzichte van de periode vóór Poortwachter- sinds 2002 aanwijsbaar toegenomen. Over de inspanningen van de werknemer zijn geen algemene uitspraken gevonden in de literatuur. Er is een relatie aangetoond tussen de re-integratie-inspanningen en de mate waarin de werknemer het werk heeft hervat. Werknemers hervatten het werk sneller sinds

674 Montebovi, p.182.

675 Ph. De Jong en W. Velema, *Nederland is niet ziek meer. Van WAO-debakel naar WIA-mirakel*, APE/Astri 2010.

676 A.J. van Oortmarssen, *Reïntegratie bij langer durend ziekteverzuim. Een longitudinaal onderzoek naar (inter)acties van werknemer, leidinggevende en bedrijfsarts*, (diss.), Utrecht 2014.

677 Beleidsdoorlichting arbeidsongeschiktheidsbeleid 2011, waarin o.a. opgenomen evaluatierapport WIA, diverse evaluaties Wet verbetering poortwachter, PEMBA, Wulbz II.

Poortwachter, ook al is hun gezondheid niet verbeterd.⁶⁷⁸ Vastgesteld wordt verder dat de daling van de instroom in de arbeidsongeschiktheidsregeling kan worden toegeschreven aan de introductie van premiedifferentiatie (Pemba), de Wet verbetering poortwachter, de Wulbz II, de aanscherping van het Schattingsbesluit en aan de WIA. Welk aandeel de afzonderlijke beleidsmaatregelen hebben geleverd aan het totale effect kan alleen maar bij benadering worden vastgesteld.⁶⁷⁹ In de beleidsdoorlichting wordt geconcludeerd dat het nieuwe arbeidsongeschiktheidsstelsel het langdurig ziekteverzuim vergaand heeft teruggedrongen en daardoor de instroom in de daaropvolgende arbeidsongeschiktheidsregeling substantieel heeft doen dalen. Deze conclusie wordt gedeeld door externe partijen zoals CBS en OECD. De conclusies uit de beleidsdoorlichting zijn getoetst door een onafhankelijk deskundige.⁶⁸⁰ Hij stelt het 'eclatante succes' van het nieuwe arbeidsongeschiktheidsstelsel voorop, waarbij de WIA gezien kan worden als het sluitstuk van een reeks succesvolle maatregelen die in de periode 1998-2005 zijn genomen. Het belangrijkste resultaat van de stelselwijziging is het uitblijven van een waterbedeffect. De 'fenomenale' terugdringing van de instroom in de sociale arbeidsongeschiktheidsverzekering is immers niet gepaard gegaan met een structurele stijging van de werkloosheid.⁶⁸¹ Uit aanvullend onderzoek uit 2014 over de invloed van de conjunctuur op re-integratie en de WIA-instroom is gebleken dat er door de crisis minder werkherkenningskansen bestaan, de re-integratie-inspanningen tijdens de wachttijd niettemin gelijk zijn gebleven en de recent toegenomen WIA-instroom vooral uit vangnetters bestaat.⁶⁸²

Re-integratie Verbeter Onderzoek

In het kader van een *Re-integratie Verbeter Onderzoek* werd in 2011 gerapporteerd over de vraag of het re-integratierecht 'goede wetgeving' vormt in de zin dat het een kenbaar, logisch, niet onnodig complex systeem is, dat geen onrechtmatige elementen bevat en evenwichtig is in toedeling van rechten en plichten.⁶⁸³ De conclusie was dat er een redelijk samenhangend rechtsterrein is ontstaan, hoewel de elementen

678 F.A. Oeijenga, T.J. Veerman en N. van den Berg, *Onderzoek evaluatie wet verbetering poortwachter*, maart 2006, p.9.

679 Een analyse van het effect van de vijf genoemde maatregelen op de instroomkans in de WAO/WIA laat zien dat de instroomkans tussen 1999 en 2009 met 71% is afgenomen. Ongeveer de helft van die daling vindt plaats tussen 2000 en 2004 en hangt samen met de Pemba uit 1998 en de Wet verbetering poortwachter uit 2002. De andere helft van de instroomdaling ontstaat na 2004 en komt voort uit de aanscherping van het Schattingsbesluit uit 2004, de verlenging loondoorbetalingsplicht bij ziekte uit 2004 en de invoering van de WIA, eind 2005.

680 prof. dr. De Jong, bijzonder hoogleraar Economie van de Sociale Zekerheid aan de Universiteit van Amsterdam.

681 Dat is te betwijfelen gelet op de toename van het aandeel van vangnetters in de arbeidsongeschiktheidscijfers, De Jong en Velema, p.10-11 en erkend in de beleidsdoorlichting.

682 C. van der Berg (e.a.), *Veranderingen in de weg naar de WIA. Langdurig zieken van 2012 en 2007 vergeleken*, APE/Astri 2014, p.1-9.

683 M. Westerveld, C.C.A.M. Sol en R. Knegt, *Naar een samenhangend re-integratierecht*, RVO 03/2011, te raadplegen via www.verbeteronderzoek.nl; criteria zoals beschreven in de 'Aanwijzingen voor de regelgeving', circulaire van de minister-president van 18 november 1992, 7^e wijziging, Strct. 2005, 87.

rechtmatigheid en evenwichtigheid een enigszins subjectieve invulling betreffen.⁶⁸⁴ Bij rechtmatigheid is wel betwijfeld of bijvoorbeeld het deskundigenoordeel tijdig genoeg wordt afgegeven en of er geen strijd bestaat met ILO-verdragen.⁶⁸⁵ Bij evenwichtigheid is wel stelling genomen tegen de 104 weken loondoorbetaling en tegen de loonsanctie die de werkgever teveel zouden belasten. Tegelijk is de loonsanctie een 'buitenbeentje' en een 'stiefkindje' genoemd, waarbij op wezenlijke punten niet is voorzien in bestuursrechtelijke waarborgen.⁶⁸⁶

Het WIA-mirakel

Onderzoeksbureaus APE en Astri onderzochten in 2010 gezamenlijk de arbeidsongeschiktheidsinstroom, de relevante factoren daarvoor en de invloed van de Wulbz II en de WIA daarop. De beweringen waren bond: '*Nederland is niet ziek meer*' en '*Van WAO-debacle naar WIA-mirakel*'. Hoe kan dat WIA-mirakel volgens hen worden verklaard? Zowel onder het WAO- als onder het WIA-regime bleken de vijf factoren die bepalend zijn voor de kans op werkhervatting van langdurig zieke (ex-)werknemers dezelfde.

Het gaat om het *aantal gezondheidsklachten* dat een zieke heeft: hoe meer (uiteenlopende) klachten, hoe kleiner de kans op werkhervatting. Dit aspect onttrekt zich goeddeels aan de directe invloed van werknemers, werkgevers en bedrijfsartsen. Daarnaast blijkt ook de *duur van het dienstverband* van invloed: hoe langer een zieke werknemer bij dezelfde werkgever in dienst is geweest, des te groter de kans op werkhervatting. De overige drie factoren die de kans op werkhervatting beslissend kunnen beïnvloeden, zijn wél gevoelig voor een alert en doeltreffend verzuimbeleid. Allereerst betreft het daadwerkelijke *hervattingpogingen* in het eerste ziektejaar. In het eerste jaar richt de werkgever zich op de zieke werknemer met de beste kansen: degenen met het gunstigste ziekteverloop en de beste instelling om te werken aan re-integratie. In het tweede jaar nemen de inspanningen af. In het eerste ziektejaar wordt dus door werkgevers meer moeite gedaan voor de re-integratie van zieken. De financiële prikkel door de verlenging van de wachttijd in het WIA-regime wordt mogelijk al in het eerste ziektejaar gevoeld en werpt zijn licht vooruit naar het tweede jaar.⁶⁸⁷ Ten tweede gaat het om het *aanbieden van aangepast* werk door de werkgever. Een belangrijke methode om zieke werknemers weer in de race te krijgen, is hen langzaam hun werk te laten hervatten. Graduele werkhervatting blijkt in het nieuwe stelsel een effectief en daardoor veel gebruikt middel om werknemers na een langdurige ziekteperiode uiteindelijk weer volledig aan het werk te krijgen. Met dat

684 M. Westerveld, 'Re-integratierecht, plichten, sancties, samenhang – Voor iedereen die straf verdient, straf', *TRA* 2011/68.

685 G.J.J. Heerma van Voss, 'Behoorlijkheid bij het deskundigenoordeel van het UWV', *TRA* 2008/1: door niet tijdigheid komt de toegang tot de rechter in gevaar. M.J.A.C. Driessen, 'ILO en WIA; haat en liefde?', *TRA* 2011/73: de WIA-grens van 35% en het ontbreken van onderscheid tussen 'risque social' en 'risque professionnel' maakt dat de WIA mogelijk in strijd komt met art. 22 ILO-Verdrag nr.121.

686 Rijkema/Tollenaar, *TRA* 201/ 97.

687 Door het meeste werk te maken van de meest kansrijke situaties, De Jong en Velema, p.38. De Jong noemt financiële prikkels wel een voorwaarde voor succes bij privatisering van de ZW, P.R. de Jong, 'Is de WIA een mirakel?' in: G.C. Boot, *De zieke werknemer in beweging*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2014, p.17.

graduele hervatten kan veelal snel na de ziekmelding worden begonnen. Zelfs het perspectief van graduele hervatting werkt al activerend.⁶⁸⁸ Ten slotte zijn *actieve inspanningen* succesvol om, samen met de bedrijfsarts, na te gaan of werken misschien niet toch weer mogelijk is.⁶⁸⁹ Door het WIA-regime kregen de factoren die van beslissende invloed zijn op de kans voor werkhervatting meer belang tijdens het ziekteverzuim. Dat is verreweg de belangrijkste oorzaak geweest van de opzienbarende verbetering van de werkhervatting bij langdurig zieken.⁶⁹⁰

Op de successen rond arbeidsongeschiktheidswet- en regelgeving is wel wat af te dingen. Er is bijvoorbeeld gebleken dat circa 30% van de werknemers en vangnetters die hun werk niet hervatten, geen aanvraag voor de WIA doet. Dit verlaagt de instroom maar verhuult enigszins het probleem.⁶⁹¹ Daarnaast werd geconstateerd dat het feit dat het terugdringen van ziekteverzuim bij de reguliere werknemers voorspoediger verloopt dan bij de vangnetters niet alleen het gevolg is van de financiële prikkels of van de wettelijke verplichtingen.⁶⁹² Dat sluit aan bij onderzoek dat duidelijk maakt dat voor werkgever en werknemer niet zozeer veronderstelde economische motieven relevant zijn, maar dat aspecten zoals gezondheid en attitude met betrekking tot het eigen functioneren en de eigen mogelijkheden veel belangrijker zijn.⁶⁹³ Ander internationaal onderzoek uit oktober 2012 van bureau APE laat bijvoorbeeld zien dat de lengte van de loondoorbetalingsverplichting geen significant effect lijkt te hebben op het ziekteverzuimpercentage of het WIA-instroompercentage.⁶⁹⁴ Het CPB concludeerde in 2014 dat de verplichtingen in Nederland in internationaal opzicht relatief hoog zijn, terwijl de prestaties op het terrein van ziekte en arbeidsongeschiktheid niet bovengemiddeld goed zijn. De oorzaken daarvan zijn nog

688 De Jong en Velema, p.48.

689 De instrumenten en incentives die Van Lierop noemde als potentiële verhogingen van re-integratiesuccessen, zoals scholing en werkgeversvoorzieningen, komen niet terug in dit onderzoek. Mogelijk dat zich de door haar gesignaleerde belemmeringen als administratieve rompslomp of zelfs onbekendheid met de instrumenten (p.9) hebben voorgedaan. Haar constatering dat inspanningen zich specifiek moeten richten op de persoon van de werknemer lijkt bevestigd.

690 De Jong en Velema, p.35-36.

691 De Jong en Velema, p.32. Onder de reguliere werknemers zijn de 'afhakkers' die geen WIA-uitkering aanvragen mensen met relatief gunstiger mogelijkheden om weer aan de slag te komen. Zij hebben een positiever oordeel over hun eigen gezondheid, hebben vaker aan het einde van de wachttijd nog een dienstverband en hebben gunstiger verwachtingen over hun kans op werkhervatting. Ook lijkt het vaak te gaan om werknemers die financieel minder afhankelijk zijn van een uitkering, doordat ze een parttime baan hebben of een partner met een eigen inkomen. Deze personen lijken vaak welbewust af te zien van een WIA-aanvraag en zullen mogelijk later alsnog werk gaan zoeken, als dat beter past bij hun persoonlijke omstandigheden en voorkeuren of als inkomsten uit arbeid om wat voor reden dan ook dringender nodig zijn.

692 De Jong en Velema, p.31-32. De kans om in de WIA terecht te komen werd veel meer beïnvloed door de perceptie van de gezondheidstoestand en de perceptie van de kans op werkhervatting én of men wel of niet al gedeeltelijk aan het werk is. Op p.35-36 lijken zij echter wel het effect van de financiële prikkel te zien.

693 Ter ondersteuning daarvan: ander onderzoek laat zien dat wettelijke voorschriften, financiële prikkels en compensaties voor de werkgever weinig invloed hebben op de kans op re-integratie van personen die al een arbeidsongeschiktheidsuitkering hebben, Van Lierop, p.9-10, zie ook § 1.4.2.

694 Friperon en De Jong, p.17 en 22.

onvoldoende bekend en daarnaast is er weinig bekend over de effectiviteit van specifiek beleid gericht op werkgevers.⁶⁹⁵

Op zijn best is wat mij betreft te stellen dat de cijfers een beeld laten zien van een oorspronkelijk lagere instroom in de WIA en een lager verzuimpercentage dan vóór de invoering van de laatste re-integratiewetgeving, maar in internationaal opzicht zijn deze cijfers niet opmerkelijk. Bovendien staat niet vast of die cijfers komen door de re-integratiewetgeving en -zo ja- wat dan waar verantwoordelijk voor is. De toename van de WIA-instroom sinds een aantal jaren komt op het conto van vangnetters.⁶⁹⁶ Het is waard te onderzoeken of juist de hogere kosten voor arbeidsongeschiktheid van reguliere werknemers hebben geleid tot meer flexibele arbeid en bepaaldetijdcontracten en langs die weg tot verschuiving in de arbeidsongeschiktheidscijfers naar vangnetters.

Onderzoek Van Oortmarssen

Van Oortmarssen heeft explorerend onderzoek naar re-integratiegedrag van de werknemer, de leidinggevende en de bedrijfsarts bij langerdurend ziekteverzuim. Zij onderzocht of de prikkels in de wetgeving op microniveau leiden tot het gedrag dat de wetgever heeft beoogd.⁶⁹⁷ Afgaand op de bedoelingen van de wet is dat vaak niet zo.⁶⁹⁸ Om te beginnen komt dat door het bijzondere karakter van de handelings-situatie. Het onverwachte en abrupte van de ziekmelding, het gebrek aan (medische) informatie, de onderlinge afhankelijkheid van de actoren en de onzekerheid die daarvan het gevolg is, staan op gespannen voet met de door de wetgever verwachte actieve en planmatige aanpak.⁶⁹⁹ Verder zijn actoren niet altijd goed genoeg geïnformeerd over de voorschriften, vinden zij die voorschriften in hun situatie niet altijd relevant⁷⁰⁰ of zijn verschillende reacties op de voorschriften mogelijk.⁷⁰¹

Uit haar studie kan zij niet concluderen of er na de wetwijzigingen sprake is van gedragsverandering (een toename van actief gedrag). Omdat geen voor- en name-tingen zijn gedaan, is niet te zeggen of het actievere gedrag is ontstaan *onder invloed van* de ingezette financiële prikkels en de regulering door gedragsvoorschriften. Het is niet uit te sluiten dat er ook zonder de veranderingen in de institutionele context eenzelfde variatie in re-integratiegedrag te zien zou zijn.⁷⁰² Naast het gewenste re-integratiegedrag is gedrag te zien dat tot het verleden zou moeten behoren: afwachten op wat anderen (medische professionals) doen, wachten tot

695 CPB 2014, p.10 en 14.

696 Van der Berg (e.a.), p.1-9.

697 Van Oortmarssen, p.151 en 163.

698 Van Oortmarssen, p.164.

699 Van Oortmarssen, p.166.

700 Werknemers tenderen er naar ziekteverzuimbeleid als 'iets van het management te beschouwen', gedreven door geld en niet op hen van toepassing. Leidinggevendens zijn vatbaar voor overwegingen als 'het is erg medisch', 'wachten wat de arts zegt' en vinden dat een reden om re-integratievoorschriften op dat moment niet van toepassing te achten, p.167.

701 Van Oortmarssen onderscheidt in hun gedragsreactie vier types werknemers en leidinggevendens: afwachtend, achterblijvend, volgend of vooruitlopend, p.156-157.

702 Van Oortmarssen, p.168.

terugkeer in eigen werk mogelijk is dan wel of zich passende oplossingen aandienen, weinig aandacht voor andere opties dan de terugkeer in eigen functie van de werknemer en beperkte gerichtheid op het duurzame karakter van de werkhervatting. In de praktijk klinken bestaande routines en gedragspatronen nog sterk in het handelen door.

Van Oortmarssen stelt dat de beleidsveranderingen zijn ingezet op basis van de juiste intenties en trekt een aantal conclusies:

- een snelle start van re-integratie-initiatieven is het begin van een patroon van actief handelen en overleg dat zich in de maanden na de ziekmelding doorzet, waarmee het belang van vroegtijdig onderling overleg over re-integratiemogelijkheden wordt onderstreept;
- snelle initiatieven leggen een basis voor verdere acties doordat er meer informatie beschikbaar komt en daarmee de handelingsmogelijkheden toenemen;
- de noodzaak van gezamenlijke verantwoordelijkheid en een planmatige aanpak wordt bevestigd;
- de huidige praktijk rond het plan van aanpak werkt niet: week 8 is te laat en stimuleert daarmee niet de belangrijke snelle en gezamenlijke aanpak. Bovendien wordt het standaardformulier als een bureaucratische invuloefening beschouwd. Het loslaten van de standaardvorm nodigt waarschijnlijk meer uit tot overleg over de consequenties van de ziekmelding voor de werksituatie en tot het maken van afspraken die aansluiten bij inschattingen die werknemer en leidinggevende op dat moment van de situatie maken.⁷⁰³

Haar onderzoek relateert de stelligheid waarmee het succes van alle wettelijke re-integratie-ingrepen wordt opgeëist. Een helder oorzakelijk verband is kennelijk niet te geven.

Effectiviteit tweede spoor

Één aspect van de praktijk wil ik nog apart belichten en dat is de effectiviteit van de tweedespoorverplichting. Eerder is al vastgesteld dat 25% van alle opgelegde loonsancties wordt veroorzaakt door het te laat inzetten van spoor 2. Uit onderzoek blijkt dat werkgevers tweede spoor pas inzetten na de eerstejaarsevaluatie.⁷⁰⁴ Daarnaast blijkt dat de effectiviteit van re-integratie vele malen groter is als de aandacht wordt gericht op terugkeer binnen de eigen organisatie in plaats van het moeten zoeken naar een plaats elders. Als re-integratie tweede spoor een reëel alternatief biedt en daadwerkelijk significant bijdraagt aan een geslaagde re-integratie kan dat een rechtvaardiging zijn voor dit vérgaande middel. De aanpak van het tweede spoor is op drie manieren tot ontwikkeling gekomen namelijk via de bureaucratie, via de markt en via een netwerk.⁷⁰⁵

703 Van Oortmarssen, p.175-176.

704 Ph. de Jong, T. Everhardt en C. Schrijvershof, *Toepassing van de Wet verbetering poortwachter*, APE: Den Haag 2011, p.79, maar ook een eigen steekproef onder 48 werkgevers.

705 J. Svensson, W. Trommel en T. Lantink, 'Reemployment Services in the Netherlands: A Comparative Study of Bureaucratic, Market and Network Forms of Organization', *Public Administration Review*, jrg.68 (2008) nr.3, p.505-515, besproken in: *Overheidsmanagement*, nr.5 mei 2009, p.40-41.

Een voorbeeld van elk van die manieren is onderzocht op effectiviteit. De *bureaucratische* manier betrof een oplossing via onderhandelingen tussen werkgevers en werknemers in landbouwsector waarbij in de cao de tweedespoorplichten waren uitgewerkt. Dit leverde nauwelijks succesvolle re-integratie tweede spoor op. Bij de *marktbenadering* werd het succes van commerciële re-integratiebedrijven bekeken, zowel intern bij TNT-Post als extern bij drie kleinere ondernemingen. Ook hier was er vrijwel geen succes. De motivering van de betrokken organisaties om desondanks het tweede spoor toch via deze weg te (blijven) doen was de toetsing door UWV, die in hun ervaring de inschakeling van een commercieel re-integratiebedrijf vaak voldoende vindt. Bij de *netwerkmanier* ging het ten slotte om een samenwerking op regionaal niveau van 1.600 ondernemingen in het Poortwachterscentrum Noord-Holland-Noord. Deze aanpak leverde het meeste succes op om arbeidsongeschikte werknemers daadwerkelijk te plaatsen bij een andere werkgever tegen de laagste kosten. De conclusie die werd getrokken is dat re-integratie bij een ander bedrijf slechts sporadisch lukt en dat het schaarse succes is behaald met Poortwachtercentra.⁷⁰⁶ Het geringe succes van tweedespoortrajecten heeft geleid tot de oproep de tweedespoorverplichting af te schaffen.⁷⁰⁷

6.13 Afsluitende opmerkingen over re-integratie

Voor de toets van de re-integratieactiviteiten is de grondslag gegeven in artikel 65 WIA: de redelijkheid. Wat daaronder precies wordt verstaan, is vooraf maar moeilijk in te schatten. De nadere invulling daarvan is niet gedaan via wetgeving maar via beleidsregels van het UWV. Die beleidsregels zijn niet statisch maar dynamisch en zouden volgens het UWV berusten op bronnen die steeds verder ontwikkelen.⁷⁰⁸ Dat biedt weinig houvast omdat wat van een werkgever wordt verwacht dus steeds verandert. Bovendien wordt in de beleidsregels veel gebruik gemaakt van open normen als 'redelijk', 'adequaat', 'voldoende', 'zo nodig' en 'indien nodig', wat begrippen zijn die verder bijdragen aan onzekerheid.⁷⁰⁹ Het is daarom logisch dat werkgevers hun toevlucht zoeken tot het aanvragen van deskundigenoordelen. Zij willen zekerheid of zij op de goede weg zitten of op welke manier zij hun aanpak moeten aanpassen. Dat werkgever en werknemer dus een belangrijke begeleidende en corrigerende rol voor het UWV zien (op aanvraag) is begrijpelijk en verdedigbaar. Het doet geen afbreuk aan hun eigen verantwoordelijkheid want die kan goed daarnaast bestaan.

706 Bevestigd door Kwantes, p.129, zie ook Friperon/De Jong en een eigen steekproef onder 48 werkgevers.

707 P.S. Fluit, 'De loonsanctie en het tweede spoor' in: G.C. Boot, *De zieke werknemer in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2014, p.39 en 42-43. Zie ook p.58-59 waar de indruk van het beperkte succes van het tweede spoor wordt bevestigd.

708 Beleidsregels par. 2. Erg dynamisch is het overigens niet want zowel de Beleidsregels (1 september 2005) als het Beoordelingskader (18 november 2006) zijn al enige tijd niet meer aangepast.

709 Rijkema, p.91-92.

Meer fundamenteel is er strijd met de rechtszekerheid vanwege de onvoorspelbaarheid van de toetsing door het UWV. Het normenkader biedt vooraf te weinig handvatten om te weten waaraan moet worden voldaan. Dat kan leiden tot verschil in beoordeling door het UWV. Rijpkema wijst er op dat het UWV niet voor niets een Landelijke Loonsanctiecommissie heeft ingesteld die moet waken over de uniforme toepassing van de beleidsregels. Hoe dat gebeurt, is niet openbaar.⁷¹⁰ Ook Fase en Rechtbank Groningen constateerden eerder al strijd met rechtszekerheid, maar de CRvB wil daar niet aan: het stelsel van artikel 65 WIA, artikel 7:658a BW en artikel 25 lid 9 WIA is volgens hem duidelijk genoeg.⁷¹¹

Een ander rechtszekerheidsaspect is genoemd rond de motivering door het UWV van de loonsanctie. De CRvB stelt daaraan lichte eisen met verwijzing naar de eigen verantwoordelijkheid die werkgever en werknemer hebben bij de vormgeving van de re-integratie. De Awb stelt in het algemeen hogere eisen en vraagt om een duidelijke, onvoorwaardelijke omschrijving van te nemen herstelmaatregelen. Fluit vindt de aanpak van de CRvB te billijken, ook omdat het uitvoeringstechnisch voor het UWV lastig zou zijn in elk individueel geval concrete herstelmaatregelen te benoemen.⁷¹² Ook hier vind ik echter verdedigbaar dat een striktere en duidelijkere motiveringsplicht van het UWV als bestuursorgaan niets afdoet aan de eigen verantwoordelijkheid van werkgever en werknemer. Als het UWV zou adviseren over concrete herstelacties, dan zou het werkgever en werknemer nog steeds vrij staan de re-integratie op een andere manier vorm te geven. Bij het wel volgen van het advies hebben zij meer zekerheid, bij het niet volgen van het advies worden de door hen ingezette eigen herstelacties beoordeeld bij een bekortingsverzoek. Ik zie geen onevenredige verzwaring van de taak van het UWV.⁷¹³

Het opleggen van een loonsanctie kan alleen ambtshalve door het UWV of als de werknemer daarom heeft gevraagd én de wachttijd niet is verstreken. Het ontbreken van een expliciet besluit van het UWV om geen loonsanctie op te leggen, maakt dat de werknemer soms geen mogelijkheden meer heeft om daartegen in bezwaar te komen. De werknemer krijgt daarnaast een schadevergoeding van het UWV bij ondanks aanvraag het ten onrechte niet-opleggen van een loonsanctie, maar die schadevergoeding dekt niet alle schade. Door in het WIA-aanvraagformulier de vraag op te nemen of de werknemer tegelijk een loonsanctie aanvraagt, wordt voorkomen dat hij later achter het net vist. Voor de werkgever maakt het geen verschil of een loonsanctie is opgelegd op basis van een aanvraag van de werknemer of in het kader van de beoordeling door het UWV.⁷¹⁴ Bij het ten onrechte wel opleggen

710 Rijpkema, p.95.

711 CRvB 28 oktober 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK1570.

712 CRvB 28 oktober 2009, USZ 2009/349, m.nt. P.S. Fluit.

713 Het UWV moet bij een bekortingsverzoek toch vaststellen of in een individueel geval voldoende is gedaan; dan zou dit ook eerder al moeten kunnen, zie Rijpkema, p.101.

714 Behalve voor de onderlinge verstandhouding. Een andere oplossing is om niet zo strikt vast te houden aan twee onderscheiden besluiten maar in de beslissing op de WIA-aanvraag ook te laten motiveren waarom geen loonsanctie is opgelegd. De werknemer kan dan bezwaar en beroep aantekenen tegen het besluit, met bijv. motiveringsklachten rond het niet-opleggen van een loonsanctie, zie Rb. Zutphen, 29 maart 2005, USZ 2005/256, m.nt. B. Barentsen.

van een loonsanctie kan de werkgever schadevergoeding vorderen, die door de CRvB is gemaximeerd. Daardoor kan ook de werkgever met schadeposten blijven zitten die zijn veroorzaakt door het onrechtmatig handelen van het UWV. Net als bij de werknemer lijkt dit geen rechtvaardige uitkomst.

Alles overziend blijken de re-integratieplichten van de werkgever v er te reiken. Niet alleen is hij verantwoordelijk voor controle en moet hij het loon doorbetalen, maar de werkgever draagt ook de kosten van ondersteuning, verzuimbegeleiding, training, scholing en aanpassingen van de werkplek. Daarnaast is hij verantwoordelijk voor het aanpassen van de organisatie van de arbeidsplaats, de arbeidsinhoud, de werkmethoden e.d., het creëeren van nieuwe functies om werknemers binnenboord te houden of het zoeken naar een andere werkgever. Het initiatief ligt bij voortdurend bij de werkgever, die dat misschien heeft uitbesteed, maar wel verantwoordelijk blijft. De plichten van de werknemer lijken minder vergaand: het meewerken aan de administratieve verplichtingen en het verrichten van passende arbeid. De rol van het UWV is daarbij beperkt. Naast het op aanvraag en tegen betaling tussentijds geven van deskundigenoordelen behelst die alleen het beoordelen van de re-integratie-inspanningen bij de WIA-aanvraag.

6.14 Afronding

Na de beschrijving van de geschiedenis in hoofdstuk 5 en het huidige re-integratierecht in Nederland in dit hoofdstuk houd ik een zelfde exercitie voor het re-integratierecht in Duitsland. In hoofdstuk 7 komen Duitse achtergronden, definities en systeemkenmerken aan bod; in hoofdstuk 8 het huidige Duitse re-integratierecht.

Duitsland: achtergrond, definities en systeemkenmerken

Onderdeel van het rechtsvergelijkende onderzoek is de beschrijving. In dit hoofdstuk komen de achtergrond van het Duitse sociaal recht, de meest relevante definities en een aantal systeemkenmerken onder de aandacht.

7.1 Inleiding

In Nederland wordt onder het begrip sociaal recht zowel het arbeidsrecht als het socialezekerheidsrecht verstaan.¹ Het begrip 'Sozialrecht' is in Duitsland beperkter en omvat alleen wat wij in Nederland het socialezekerheidsrecht noemen. Op zijn beurt is dat *Sozialrecht* onderverdeeld in *Sozialversicherung*, *Sozialversorgung* en *Sozialhilfe*.² Arbeidsrecht wordt niet tot het *Sozialrecht* gerekend omdat het niet om publieke garanties op bepaalde sociale voorzieningen gaat. Omdat zowel het Duitse arbeidsrecht als het socialezekerheidsrecht van belang zijn voor de rechtspositie en re-integratie van zieke werknemers in Duitsland sta ik bij allebei stil. Allereerst onderzoek ik de bronnen van het sociaal recht om vervolgens een aantal kenmerken te schetsen van het Duitse arbeidsrecht en het Duitse socialezekerheidsrecht. De begrippen werknemer en arbeidsongeschiktheid worden net als voor het Nederlandse recht gedefinieerd. Ik ga daarna dieper in op het inkomen van de zieke werknemer. Na een schets van de hoofdlijnen van Duits ontslagrecht richt ik mij in het bijzonder op bescherming van zieke werknemers tegen ontslag. In hoofdstuk 8 bespreek ik uitgebreid de re-integratie bij zieke werknemers. Voor het gemak spreek ik hierna van het Duitse sociaal recht, waarmee ik beide rechtsgebieden bedoel.

1 W.J.P.M. Fase, 'Oriëntatie op het sociaal recht', p. 1 in: W.J.P.M. Fase (red.), *Inleiding sociaal recht*, Wolters-Noordhoff: Groningen 1987, M.G. Rood, *Introductie in het sociaal recht*, Gouda Quint: Deventer 2000 p. 1-6, A.T.J.M. Jacobs, *Sociaal recht*, Paris: Zutphen 2010, p. 23-24. Ook ambtenarenrecht, collectief arbeidsrecht en pensioenrecht worden wel daartoe gerekend.

2 Ook wel *Sozialversicherung*, *Versorgung* (of *soziale Entschädigung*) en *Fürsorge* genoemd. B. Schulín, *Sozialgesetzbuch*, Beck: München 2009, S. Muckel en M. Ogorek, '*Sozialrecht*', Beck: München 2011, p.15-21 en W. Gitter en J. Schmitt, *Sozialrecht*, Beck: München 2001, p.1-6. Sommige auteurs wijzen op de formele benadering dat tot 'Sozialrecht' alleen dat hoort wat in het *Sozialgesetzbuch* (SGB) is geregeld.

7.2 Bronnen van het Duitse sociaal recht

De (belangrijkste) formele bronnen van Duits sociaal recht zijn niet veel anders dan in Nederland:

1. Internationale verdragen, in het bijzonder Europese verdragen, EU-Verordeningen en -Richtlijnen.
2. *Grundgesetz* (GG). In Duitsland kan het belang van grondrechten niet los worden gezien van de Tweede Wereldoorlog. Verderop beschrijf ik hun invloed uitgebreider.
3. Wetgeving. Bijzonderheid bij wetgeving is dat Duitsland een bondsstaat is, waarbij zowel de Bond als de onderscheiden deelstaten (*Länder*) wetgevende bevoegdheid hebben. Voor het arbeidsrecht en het socialeverzekeringsrecht hebben de *Länder* de bevoegdheid zelf regels te stellen, indien en zover de Bond geen gebruik maakt van zijn 'konkurrierende' wetgevende bevoegdheid.³ In de praktijk van het Duitse sociaal recht heeft met name de Bond gebruik gemaakt van zijn bevoegdheid; arbeidsrechtelijke of sociaalzekerheidsrechtelijke wetgeving van een Land is zeer zeldzaam.⁴
4. Verordeningen. De Bond kan op basis van het GG een machtiging geven aan een Minister of een Landsregering om '*Rechtsverordnungen*' vast te stellen.⁵ Daarvan wordt spaarzaam gebruik gemaakt in het arbeidsrecht. In het socialeverzekeringsrecht gebeurt dat meer; op het gebied van re-integratie van zieke werknemers is een aantal verordeningen van kracht.⁶
5. Cao (*Tarifvertrag*). Het Duitse cao-recht kent in grote lijnen overeenkomsten met het Nederlandse. Een cao is dwingend voor de gebonden werknemer en werkgever, waarbij afwijkingen ten gunste van de werknemer zijn toegestaan. De Minister kan een cao algemeen verbindend verklaren voor alle werkgevers en werknemers die onder de werkingssfeer vallen. De toepasselijkheid kan ook in de arbeidsovereenkomst worden afgesproken.⁷
6. Ondernemingsovereenkomst (*Betriebsvereinbarung*). De ondernemingsraad speelt een belangrijke rol in het Duitse arbeidsrecht, niet in het minst vanwege de praktijk dat overeenkomsten worden gesloten tussen een werkgever en een ondernemingsraad. Zo'n ondernemingsovereenkomst is dwingend, voor zowel werkgever als werknemers. Voorziet een cao echter al in een onderwerp, dan kan de ondernemingsovereenkomst die alleen aanvullen.⁸
7. Arbeidsovereenkomst. De contractsvrijheid voor werkgever en werknemer is wettelijk vastgelegd, maar met de beperking '*soweit nicht zwingende gesetzliche*

3 Art. 72 lid 1 jo. 74 lid 1 aanhef en onder 12 GG.

4 G. Thüsing in: *Arbeitsrecht Kommentar*, M. Henssler, H.J. Willemsen, H. Kalb, Dr. Otto Schmidt: Köln 2010 (HWK/Thüsing), p.1415, Muckel/Ogorek, p.13.

5 Art. 80 lid 1 GG.

6 Bijvoorbeeld de zogenaamde *Budgetverordnung* en de *Kraftfahrzeughilfe-Verordnung*. Er kunnen door de verschillende uitvoeringsinstellingen ook regels worden uitgevaardigd, de zgn. *Satzungen* en *Anordnungen* (§ 372 SGB III en § 34 SGB IV).

7 HWK/Thüsing, p.1415-1416.

8 §77 lid 3 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG).

Vorschriften, Bestimmungen eines anwendbaren Tarifvertrages oder einer Betriebsvereinbarung entgegenstehen'.⁹ Er gelden geen vormvereisten voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst maar een werkgever is wel verplicht aan de werknemer een ondertekende, schriftelijke verklaring te verstrekken van de wezenlijke contractsbepalingen.¹⁰ Het gebruik is eveneens onderdeel van wat contractueel tussen partijen geldt.

8. Jurisprudentie. Met name in het arbeidsrecht is de invloed van rechtspraak groot, onder meer vanwege het veelvuldig gebruik van open normen in de wet, zoals bijvoorbeeld '*sozial ungerechtfertigte Kündigung*' of het bereik van de '*Pflicht zu Schutzmaßnahmen*' van een werkgever.¹¹ Ook is een behoorlijk aantal aspecten in het arbeidsrecht niet wettelijk geregeld zodat wel wordt gezegd dat arbeidsrecht 'rechtserrecht' is.¹² Hoogste rechter in het arbeidsrecht is het *Bundesarbeitsgericht* (BAG); in sociale verzekeringen is dat het *Bundessozialgericht* (BSG). Het *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) toetst wetten van de Bond of een Land aan het GG naar aanleiding van opgeworpen grondwettelijke bezwaren (*Verfassungsbeschwerde*).

7.3 Kenmerken van het Duitse sociaal recht

Om het sociaal recht beter te kunnen begrijpen is het raadzaam om een aantal kenmerken daarvan te beschrijven. Die kenmerken bieden een perspectief voor de waardering van het systeem. Ik pretendeer niet om een nu in een paar pennestreken dé kern van het Duitse sociaal recht te schetsen. Het is er mij vooral om te doen een aantal kenmerken te benoemen die met een Nederlandse bril in het oog springen. Ik bespreek eerst het arbeidsrecht en daarna het socialezekerheidsrecht.

7.3.1 Kenmerken van het Duitse arbeidsrecht

Na de Tweede Wereldoorlog en de vierjarige bezetting door de geallieerden was vanaf 1949 de formele deling van Duitsland in de westelijke Bondsrepubliek Duitsland en de oostelijke DDR een feit. Het huidige Duitse arbeidsrecht is tot ontwikkeling gekomen in de Bondsrepubliek Duitsland en na de eenwording in 1990 werd vrijwel alle Oost-Duitse wetgeving vervangen door de West-Duitse.¹³ De DDR had één *Arbeitsgesetzbuch* maar dat is na 1990 vervallen. Herhaalde pogingen om alsnog tot één arbeidswetboek te komen zijn gestrand, ondanks toezegging daartoe in het Eenwordingsverdrag.¹⁴

9 §105 Gewerbeordnung (GewO).

10 §2 lid 1 Nachweisgesetz (NachwG) ter vervulling van EG-Richtlijn 91/533/EWG.

11 P. Hanau en K. Adomeit, *Arbeitsrecht*, Luchterhand: Neuwied 2007, p.25.

12 R. Richardi, *Arbeitsgesetze*, Beck: München 2011, p.XVIII.

13 Hanau/Adomeit, p.3.

14 Hanau/Adomeit, p.3 en 92. Nog in 2007 werd een -in brede wetenschappelijke kring goed ontvangen- ontwerp *Arbeitsvertragsgesetz* gepresenteerd door Henssler en Preis, dat echter op weerstand bij sociale partners stuitte.

Principieel hoort het arbeidsrecht –met zijn basis in het *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)- tot het civiele recht ofschoon het belangrijke publieke aspecten heeft, bijvoorbeeld als instrument van arbeidsmarktpolitiek, en het vaak dwingende normen oplegt.¹⁵ De basis in het BGB betekent dat arbeidsrecht door algemene civielrechtelijke regels wordt gevormd. Belangrijke principe daarbij zijn de partijautonomie en de contractsvrijheid.¹⁶ In de Duitse praktijk werken werkgevers bijvoorbeeld meestal met modelarbeidsovereenkomsten, zodat de contractsvrijheid niet daadwerkelijk wordt gebruikt. Het gevolg van het gebruik van modellen is dat de regels rond algemene voorwaarden (*allgemeine Geschäftsbedingungen*) van toepassing zijn.¹⁷ Dat betekent dat in een arbeidsovereenkomst bijvoorbeeld niet op voorhand voor bepaalde gevallen afstand mag worden gedaan van het recht op werk. Een ander voorbeeld is dat bepalingen uit een zwarte lijst uit den boze zijn, zoals uitsluiting of beperking van werkgeversaansprakelijkheid bij *‘Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit’*.¹⁸

Wettelijk is vastgelegd dat werkgever en werknemer het tot stand komen, de inhoud en de vorm van een arbeidsovereenkomst vrij kunnen overeenkomen.¹⁹ Arbeidsrecht in Duitsland is tegelijk *Arbeitnehmerschutzrecht*: bescherming van de werknemer speelt een belangrijke rol.²⁰ Dat betekent dat de civielrechtelijke contractsvrijheid in hoge mate is ingeperkt. Die inperking betreft niet alleen materiële bepalingen, maar even zo goed de kwalificatie van een overeenkomst. Ondanks de bedoeling van partijen kan een overeenkomst namelijk toch (objectief) als arbeidsovereenkomst worden aangemerkt, waarmee het onder het bereik of liever de bescherming van het arbeidsrecht valt.²¹ Adomeit noemt het arbeidsrecht daarom *‘ein einziges großes Kontrollsystem gegenüber der Vertragsfreiheit’*.²²

De inperking van de contractsvrijheid kent verschillende vormen door het herkenbare onderscheid in dwingend, driekwartdwingend, semi-dwingend en regelend recht. Bij dwingend recht geldt een verdere verbijzondering: van *eenzijdig* dwingend recht mag niet ten nadele maar wél ten gunste van een werknemer worden afgeweken, zoals bijvoorbeeld een hogere of langere loondoorbetaling bij ziekte.²³ Van *tweezijdig* dwingende bepalingen mag niet ten nadele noch ten voordele van de werknemer

15 Hanau/Adomeit, p.24-25.

16 Specifiek voor werkgever en werknemer in § 105 GewO.

17 U. Preis in *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, R. Müller-Glöge, I. Schmidt, U. Preis, Beck: München 2011, p.1418 (ErfK/Preis), HWK/Gotthardt, p. 1328-1330. De regels van § 305-310 BGB zijn van toepassing als de werkgever een bepaling ten minste drie keer in een arbeidsovereenkomst (heeft) gebruikt. Daarbij moeten arbeidsrechtelijke bijzonderheden overigens wel in acht worden genomen. De bepalingen rond algemene voorwaarden gelden alleen voor de arbeidsovereenkomst, niet voor een CAO of ondernemingsovereenkomst (§ 310 lid 4 BGB).

18 Voor het eerste voorbeeld zie HWK/Thüsing, p.1463; voor het tweede: § 309 BGB.

19 § 105 Gewerbeordnung (GewO), met de beperking dat geen strijd mag ontstaan met dwingende wets- of CAO-bepalingen of bepalingen uit een ondernemingsovereenkomst.

20 ErfK/Preis, p.1385, Hanau/Adomeit, p.12, HWK/Thüsing, p.1370-1372.

21 Voorbeelden zijn de ‘Freie Mitarbeiter’ in de media of advocaat-stagiaires. Vgl. BAG 11 maart 1998, NZA 1998, 705.

22 Hanau/Adomeit, p.22.

23 § 12 EFZG.

worden afgeweken. Hier speelt derdenbescherming of de openbare orde een rol, zoals bijvoorbeeld bij het verbod op nachtarbeid bij vergevorderde zwangerschap.²⁴

Het rechtsgebied heeft zich in de loop van de tijd vooral ontwikkeld buiten het BGB om en wat opvalt is hoe versnipperd het huidige Duitse arbeidsrecht is.²⁵ Oorzaak daarvan wordt gezocht -als gezegd- in het uitblijven van één *Arbeitsgesetzbuch*. Daardoor zijn in afzonderlijke materiewetten (losse) bepalingen opgenomen die arbeidsrechtelijke gevolgen hebben. Bovendien nam het aantal wetten toe.²⁶

De invloed van de Tweede Wereldoorlog is verder onmiskenbaar. Ongelijke machtsposities zoals die van werkgever en werknemer moesten worden gereguleerd met een systeem van 'checks and balances'. Dat heeft twee arbeidsrechtelijke effecten gehad. Allereerst speelt het GG in het arbeidsrecht een belangrijke rol.²⁷ Daarnaast is als tegenwicht voor de werkgever een belangrijke taak weggelegd voor *Mitbestimmung* van de werknemers via de ondernemingsraad (*Betriebsrat*) en via benoeming van een aantal leden van de *Aufsichtsrat* in grotere ondernemingen.²⁸ Beide arbeidsrechtelijke effecten hebben ook belang gehad voor re-integratie van zieke werknemers.

a) Invloed grondrechten

Allereerst de grondrechten als vervat in het GG. Het GG stamt uit 1949, werd door de geallieerden goedgekeurd en is daarna een aantal malen gewijzigd. In de huidige versie is een aantal bepalingen relevant:

- Artikel 2 GG geeft een ieder het recht op '*freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*';
- Artikel 3 lid 3 GG bepaalt dat niemand vanwege zijn *Behinderung* mag worden benadeeld;
- De vrije arbeidskeuze voor werknemers is gewaarborgd (artikel 12 lid 1 GG);
- Voor werkgevers gelden de grondrechten (indien mogelijk) in gelijke mate. Artikel 2 GG wordt wel vertaald in het recht op ontplooiing van ondernemersvrijheid en artikel 12 lid 1 GG in de vrijheid bij de keuze van het aannemen van een werknemer.²⁹

Grondwetsbepalingen zijn opgesteld voor de verhouding tussen overheid en burger. Hun waarde ontlenen zij echter aan de toepassing in '*den banalen Konflikten des täglichen Lebens*'.³⁰ De horizontale werking van grondrechten -dus tussen burgers

24 § 8 lid 1 en lid 3 Mutterschutzgesetz (MuSchG).

25 HWK/*Thüsing*, p.1370-1371; Hanau/Adomeit, p.145.

26 R. Richardi, *Arbeitsgesetze*, Beck-texte in dtv: München 2011, p.XVIII.

27 A.T.J.M. Jacobs, *Inleiding tot het Duitse arbeidsrecht*, Gouda Quint: Arnhem 1993, p.16. ErfK/*Dieterich*, p.2 stelt zelfs dat 'arbeidsrecht' grondrechten een grotere betekenis toekennen dan andere civiele rechtens.

28 De *Aufsichtsrat* houdt toezicht op de directie in ondernemingen vanaf 500 werknemers. Afhankelijk van aard en omvang van de onderneming wordt via de zogeheten *Unternehmensmitbestimmung* een derde tot de helft van de leden van de *Aufsichtsrat* gekozen door de werknemers (zie het *Montanmitbestimmungsgesetz*, het 1976er *Mitbestimmungsgesetz* en het *Drittelbeteiligungsgesetz*).

29 Gebaseerd op art. 19 lid 3 GG, uiteraard behoudens beperkingen in de wet, zoals bijvoorbeeld rond gelijke behandeling. Zie ook: ErfK/*Dieterich*, p.2.

30 ErfK/*Dieterich*, p.2.

onderling- is al vroeg door het BAG aanvaard,³¹ met de tegenwoordige kanttekening dat ze indirect doorwerken, dus via algemene civielrechtelijke of arbeidsrechtelijke regels (*Ausstrahlungswirkung*).³² Dat kan via toepassing van de billijkheid zijn of via de plicht rekening te houden met de rechten en belangen van de andere partij.³³ Grondrechten kunnen verder worden gebruikt als hulp bij het uitleggen van algemene contract- of wetsbepalingen.³⁴ Artikel 1 lid 3 GG verplicht het BAG te onderzoeken of grondrechten in acht zijn genomen.³⁵ Bovendien kunnen uitspraken van het BAG nog weer door het BVerfG aan het GG worden getoetst met het oog op 'Verfassungskonformität'.

b) de *Betriebsrat*

Dan de rol van de medezeggenschap. Elke onderneming met ten minste vijf werknemers moet een '*Betriebsrat*' hebben, die een vérgaande invloed heeft op de bedrijfsvoering. Volgens het Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) moet de *Betriebsrat* bewaken dat de werknemers naar principes van recht en billijkheid worden behandeld en dat de vrije ontplooiing van de persoonlijkheid wordt beschermd en bevorderd.³⁶ Meer in het bijzonder heeft hij tot taak de integratie ('*Eingliederung*') van gehandicapten en andere kwetsbare groepen, zoals werknemers met een medische beperking te bevorderen.³⁷

Concreet betekent het ook dat de *Betriebsrat* bijvoorbeeld moet worden gehoord vóór elk door de werkgever voorgenomen ontslag op straffe van het *unwirksam* zijn van dat ontslag.³⁸ Hij kan zelf het ontslag eisen van een werknemer die op grove wijze en bij herhaling de rust in het bedrijf ernstig heeft verstoord.³⁹ De *Betriebsrat* kan ook tegenhouden dat de werkgever een gezonde persoon in plaats van een gehandicapte wil aannemen, terwijl nog niet is voldaan aan het verplichte quotum aan gehandicapten uit SGB IX.⁴⁰ De kern van dit soort bevoegdheden is dat het doel van medezeggenschap wordt bereikt, dat er onder meer vanuit gaat dat toepassing van grondrechten in de organisatie wordt geborgd.⁴¹

Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat het Duitse arbeidsrecht een afzonderlijk rechtsgebied met eigen normen is, maar vooral sterk is geworteld in het overeenkomstenrecht en integraal onderdeel uit maakt van het civiele recht: '*Nicht die Geltung zivilrechtlicher Grundsätze, sondern im Gegenteil ihre Nichtgeltung muß begründet*

31 BAG 15 januari 1955, AP GG Art. 3 Nr.4.

32 BVerfG 15 januari 1958, E 7, 206, HWK/C.W. Hergenröder, p.2139.

33 Burgerlijkrechtelijke normen als 'billiges Ermessen' van § 315 BGB of 'Rücksichtspflicht' uit § 241 lid 2 BGB of een arbeidsrechtelijke norm als 'sozial ungerechtfertigte Kündigung' uit § 1 lid 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG).

34 HWK/Lembke, p.2106 en 1414-1415.

35 M.A.C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht*, (diss.) 1999, p.155.

36 § 75 BetrVG.

37 § 80 BetrVG, A. Nicolai, aant. 5 bij § 80 BetrVG in: H. Hess (e.a.) (red.), *Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, Luchterhand: München 2003, p.1218.

38 § 102 BetrVG.

39 § 104 BetrVG.

40 BAG 14 november 1989, AiB 1990, p.169; DB 1990, 636.

41 H. Hess, 'Einleitung' in: H. Hess (e.a.) (red.), *Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, Luchterhand: München 2003, p.68.

worden'.⁴² Die *Nichtigeltung* wordt gevonden in specifieke beschermende wetgeving. De partijautonomie en de contractsvrijheid moeten worden uitgeoefend aan de hand van het GG en de wensen van de *Betriebsrat*.⁴³

7.3.2 Kenmerken van het Duitse socialezekerheidsrecht

Het Duitse socialezekerheidsrecht en de naam Bismarck zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. Zijn sociale politiek heeft in de periode 1880 tot 1890 geleid tot de totstandkoming van de eerste socialeverzekeringswetten: het *Unfallversicherungsgesetz* tegen de gevolgen van bedrijfsongevallen, het *Krankenversicherungsgesetz* voor kortdurende arbeidsongeschiktheid en het *Rentenversicherungsgesetz* ter dekking van invaliditeit en ouderdom.⁴⁴

Opmerkelijk is dat Bismarck niet werd gedreven door idealistische motieven en dat diens sociale wetgeving evenmin werd afgedwongen door de arbeidersbewegingen. Zijn belangrijkste drijfveer was zijn eigen angst voor een 'socialistische' revolutie. Al vroeg schreef hij dat fabrieken '*eine Masse von Proletariern*' zouden kweken, '*von schlecht genährten, durch die Unsicherheit ihrer Existenz dem Staate gefährlichen Arbeitern*'.⁴⁵ Bismarck besefte na verloop van tijd dat de manier om de socialistische beweging in hun '*Verirrung Halt zu gebieten*' niet lag in repressie maar in het oog hebben voor arbeidersbelangen.⁴⁶ Bovendien kon sociale wetgeving leiden tot binding van de arbeiders aan de nieuwe Duitse staat, die immers pas in 1870 was ontstaan.⁴⁷ De oorsprong van sociale wetgeving ligt in Duitsland dus meer in een vlucht naar voren dan in een vooruitgangstreven.

Er zijn in de loop van de tijd veel verschillende materiewetten ontstaan: naast de wetten van Bismarck bijvoorbeeld ook een *Kriegsopferversicherung*, *Soldatenopferversicherung*, *Arbeitslosenversicherung*, *Pflegeversicherung*, de *Ausbildungsförderung*, de *Rehabilitation und Teilhabe* en de *Sozialhilfe*.⁴⁸ Het leidde tot een versnipperd en

42 R. Richardi, 'Arbeitsrecht als Teil der sozialen Ordnung' in: R. Richardi en O. Wlotzke (red.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Beck: München 2000, Band 1, p.9 (MünchHandb).

43 MünchHandb/Richardi, p.47.

44 D. Zöllner, 'Ein Jahrhundert Sozialversicherung in Deutschland' in: *Schriftreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht*, band 6a, Duncker en Humblot: Berlin 1981, p.41-44. Dat de schade van bedrijfsongevallen moest worden gedekt werd door werkgevers gezien als 'Teil der Produktionskosten'. Aan het eind van de negentiende eeuw had ongeveer een derde van de werkgevers daarom een verzekering voor die aansprakelijkheid, wat de stap naar een verplichte sociale verzekering vergemakkelijkte, p.34-35.

45 Ook de Parijse communeopstand van maart 1871 en de verheerlijking daarvan door de socialistische voorman August Bebel, alsook de latere revolutionaire retoriek van de socialisten, maakten op Bismarck een grote indruk. Na twee aanslagen op de keizer verbood Bismarck de socialistische partij zelfs, van 1878 tot 1890, Zöllner, p.65-69.

46 Kaiserliche Botschaft van 17 november 1881: '*...die Heilung der sozialen Schäden nicht ausschließlich im wege der Repression...sondern gleichmäßig auf dem der positiven Förderung des Wohles der Arbeiter zu suchen sein werde.*'

47 Zöllner, p.23-25 en 124-126.

48 Schuln 2009, p.XVII-XIX.

soms onoverzichtelijk geheel van sociale wetgeving. Deze versnippering werd vanaf de jaren vijftig als nadeel ervaren ook omdat elke wet zijn eigen instituties en organen meebracht. Het streven naar vernieuwing en het samenbrengen van de wetgeving heeft geleid tot het invoeren van één *Sozialgesetzbuch* (SGB). Het SGB is een aanbouwwet gebleken, waarin de diverse materiewetten in de periode 1976-2005 geleidelijk aan in aparte Boeken zijn opgenomen.⁴⁹ Omdat het SGB over zo'n lange periode is ontstaan, is er van de bedoelde vernieuwing weinig terecht gekomen en is het SGB in de eerste plaats een verzameling van dwingende bepalingen geworden.⁵⁰ Tegenwoordig staan in de twaalf boeken van het SGB zowel de sociale verzekeringen als de *Sozialversorgung* en de *Sozialhilfe* geregeld. Meest relevant voor re-integratie zijn het algemene deel, opgenomen in Boek 1 van het SGB (SGB I), de algemene bepalingen rond sociale verzekering in Boek 4 (SGB IV), de *Krankenversicherung* in Boek 5 (SGB V), de *Rentenversicherung* in Boek 6 (SGB VI), de *Unfallversicherung* in Boek 7 (SGB VII) en *Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen* in Boek 9 (SGB IX).⁵¹

Een paar elementen zijn in de Duitse sociale zekerheid verder van belang.⁵² Het gaat om de invloed van de grondrechten en de uitvoering door zelfbestuur (*Selbstverwaltung*).

a) Invloed grondrechten

Net als in het arbeidsrecht is in het socialezekerheidsrecht de invloed van de grondrechten niet weg te denken.⁵³ Toch is in het GG bewust geen catalogus van sociale grondrechten opgenomen.⁵⁴ In artikel 20 GG staat dat Duitsland een '*sozialer Bundesstaat*' is; dat vormt de juridische grondslag van overheidshandelen op het gebied van sociale zekerheid.⁵⁵ Uit dat begrip volgt volgens het BVerfG namelijk de overheidsplicht '*für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze und damit für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen*'.⁵⁶ Voor de *Länder* is dit uitgangspunt nog benoemd in artikel 28 GG: zij moeten voldoen aan de beginselen van de '*sozialen Rechtsstaat*'. Dit zogeheten *Sozialstaatsprinzip* betekent (onder meer) dat de Staat de opdracht heeft om zorg te dragen voor '*Förderung und Integration*'.⁵⁷ Het verbod van artikel 79 lid 3 GG om het Grundgesetz op dat punt te veranderen (*Ewigkeitsgarantie*) benadrukt de waarde van het *Sozialstaatsprinzip*.

49 Schulin 2009, p.XXI-XXII Verdere uitbreiding is nu niet voorzien.

50 Vgl. § 32 SGB I.

51 Den Uijl wijst op het causaliteitsprincipe als verklaring waarom re-integratie zo verspreid is. Elk risico kent namelijk een aparte regeling met zijn eigen uitvoeringsorgaan. Elke regeling moest dus ook allemaal zelf een soortgelijk instrumentarium bevatten, p.77.

52 Voor de *Krankenversicherung*: J. Wasem, 'III. Gestaltungsprinzipien der gesetzlichen Krankenversicherung aus sozialpolitischer Sicht' in: B. Schulin (red.), *Handbuch des Sozialversicherungsrechts* Band 1, *Krankenversicherungsrecht*, Beck: München 1994, p.100, algemener: Muckel/Ogorek, p.49-60.

53 W. Ost, G. Mohr en M. Estelmann, *Grundzüge des Sozialrechts*, Franz Vahlen: München 1998, p.12-16.

54 Muckel/Ogorek, p.28 benoemt als redenen: het openhouden van sociaaleconomische structuren voor de toekomst, het niet opzadelen van de overheid met mogelijk onbetaalbare aanspraken en geen rechten toekennen die niet zijn na te komen.

55 Schulin 2009, p.XV, Muckel/Ogorek, p.25.

56 BVerfGE 22, 280, 204; 69, 272, 314.

57 BVerfG 18 juni 1975, E 40, 121, 133.

Het *Sozialstaatsprinzip* richt zich in het GG op de wetgever, zodat daaruit voor werkgever en werknemer geen concrete plichten, noch subjectieve rechten zijn af te leiden.⁵⁸ De werking van de concrete grondrechten loopt via SGB I. In artikel 1 lid 1 GG staat bijvoorbeeld de onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid genoemd. De concrete vertaling daarvan in § 1 lid 1 SGB I luidt dat het SGB er aan moet bijdragen 'ein menswürdiges Dasein zu sichern'.⁵⁹ De 'sozialer Bundesstaat' uit artikel 20 GG wordt uitgewerkt in de sociale rechten van § 2 tot en met 10 SGB I. Het gaat dan bijvoorbeeld om een sociaal recht op 'notwendigen Maßnahmen zur Erhaltung, zur Besserung und zur Wiederherstellung der Gesundheit und der Leistungsfähigkeit' of op 'Hilfe die notwendig ist, um...Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit...zu vermeiden, zu überwinden, zu mindern oder eine Verschlimmerung zu verhüten...'.⁶⁰

De grondrechten beïnvloeden het socialezekerheidsrecht verder indirect, via de uitleg van bestaande socialezekerheidsnormen en via de beoordeling van de toepassing van publiekrechtelijke beleidsvrijheid.⁶¹ Het BVerfG heeft op die manier grondrechten als het gelijkheidsbeginsel, de algemene handelingsvrijheid, de bescherming van eigendom en het recht van vrije arbeidskeuze toegepast binnen het socialezekerheidsrecht.⁶²

b) Zelfbestuur

De grondslag voor (de financiering van) de verzekeringen werd door Bismarck gevonden in de 'sittlichen Fundamenten des christlichen Volkslebens'. De uitvoering van al die sociale verzekeringen zou de kracht van de jonge Duitse staat echter te boven gaan, zodat die vanaf het begin werd overgelaten aan zelfbestuur in de vorm van 'korporative Genossenschaften'.⁶³ Door het toestaan van zelfbestuur gekoppeld aan afzonderlijke wetten en regelmatig ook met verschillende geografische bereiken, is een ingewikkelde organisatie van de sociale zekerheid ontstaan. Een (niet-volledige) opsomming laat zien dat uitvoering toebedeeld kan zijn aan een *Ortskrankenkasse*, *Betriebskrankenkasse*, *Innungskrankenkasse*, *landwirtschaftlichen Krankenkasse*, *Pflegekasse*, *Gemeindeunfallversicherungsverband*, de *Bundesagentur für Arbeit* of een *Integrationsamt*. Het koepelbegrip *Leistungsträger* voor de uitvoerder van één of meerdere socialezekerheidsregelingen wordt daarom gebruikt.⁶⁴

58 BVerfGE 52, 283, 298; 82, 60, 80 en 27, 253, 283. Directe aanspraken tegen de overheid bestaan alleen dan wel 'wenn und soweit diese für die Grundrechtsausübung unerlässlich sind', BVerfGE 33, 303, 331f.

59 § 1 lid 1 SGB I.

60 § 5 en § 10 SGB I.

61 Muckel/Ogorek, p.27.

62 Muckel/Ogorek, p.28-43, Gitter, p.30-37, Ost/Mohr/Estelmann, p.13-15.

63 Coöperatieve verenigingen, zie Kaiserliche Botschaft: 'Für diese Fürsorge die rechten Mittel und Wege zu finden, ist eine schwierige, aber auch eine der höchsten Aufgaben jedes Gemeinwesens...(I)n der Form korporativer Genossenschaften unter staatlichen Schutz und staatlichen Förderung (wird)... die Lösung auch von Aufgaben möglich machen, denen die Staatsgewalt allein in gleichem Umfange nicht gewachsen sein würde.'

64 § 12, uitgewerkt in § 18-29 SGB I.

7.3.3 Conclusie over kenmerken

Wat in het oog springt is de belangrijke rol van grondrechten. Waar die in Nederland indirect doorwerken via de norm van goed werkgeverschap en goed werknemerschap, is de invloed in Duitsland 'actiever', met name door de rechterlijke plicht te toetsen aan grondrechten.⁶⁵ Kenmerkend is verder de invloed die wordt toegekend aan het 'maatschappelijk middenveld' namelijk aan partijen zelf (via het zich bewust blijven van en teruggrijpen op de wortels in het overeenkomstenrecht), de *Betriebsrat* en in de uitvoering van de sociale verzekeringen.

7.4 Definities

Nu in het algemeen een aantal kenmerken van het Duitse sociaal recht in beeld is gebracht, zoom ik in op de rechtspositie van de zieke werknemer. Ik begin bij het afbakken van begrippen zoals ik dat ook voor het Nederlandse recht heb gedaan: wat wordt in Duitsland verstaan onder re-integratie, wanneer is iemand in Duitsland werknemer en wat verstaat men daar onder arbeidsongeschiktheid?

7.4.1 Rehabilitation

In Duitsland worden voor re-integratie van zieke werknemers de begrippen *Rehabilitation*, *Teilhabe*, *Wiedereingliederung* en ook wel *Re-Integration* gebruikt. Omdat de wetgever sinds 1974 met de invoering van het zogeheten *Rehabilitations-Angleichungsgesetz* (RehaG) de term *Rehabilitation* gebruikt en ook het opvolgende SGB IX spreekt van '*Rehabilitationsträger*', neem ik die term over. Uit wet, literatuur en internationale normen is vervolgens een definitie van *Rehabilitation* af te leiden.

Onder *Rehabilitation* werd al vroeg verstaan '*alle die Maßnahmen ärztlicher, beruflicher und sozialer Art, mit deren Hilfe (körper)geschädigte Menschen fähig werden, ihr Leben in Beruf, Familie und Gesellschaft aus eigener Kraft zu bewältigen.*'⁶⁶ In verschillende socialeverzekeringswetten is die driedeling in 'medizinische, soziale und berufliche Rehabilitation' nu nog terug te vinden.⁶⁷ De waarde van alle drie vormen van *Rehabilitation* is gelijk en de inspanningen zullen -zoveel mogelijk- tegelijkertijd moeten plaatsvinden.⁶⁸ Niettemin is duidelijk dat de nadruk, ook in de wetgeving, ligt bij de '*medizinische Rehabilitation*'.⁶⁹ Bij het onderzoeken van re-integratie van zieke werknemers gaat het echter vooral om de '*berufliche Rehabilitation*'; de zgn. '*Teilhabe am Arbeitsleben*'.

65 De Wit, p.137 en 155.

66 J. Seiler en L. Sparty, *Rehabilitationseinrichtungen in der Bundesrepublik Deutschland und in West-Berlin*, Kohlhammer: Stuttgart 1960, p.VII.

67 § 5 SGB IX, maar ook § 9 SGB VI.

68 C. Dierkes, 'Vorwort' in: Seiler/Sparty, p.VI.

69 F. Welti, *Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat. Freiheit, Gleichheit und teilhabe behinderter Menschen*, Mohr Siebeck: Tübingen, 2005, p.136 (Welti 2005).

Wet

In § 1 RehaG (oud) stond vermeld wat het doel van *Rehabilitation* was: *‘Die medizinische berufsfördernden und ergänzenden Maßnahmen und Leistungen zur Rehabilitation im Sinne dieses Gesetzes sind darauf auszurichten, körperlich, geistig oder seelisch Behinderte möglichst auf Dauer in Arbeit, Beruf und Gesellschaft einzugliedern.’*

In SGB V is de *Krankenversicherung* opgenomen, die zich met name richt op de *‘medizinische’* en niet zozeer de *‘berufliche Rehabilitation’*. De nadruk ligt vooral op het overwinnen van de gevolgen van de ziekte en het herstel van de gezondheid.⁷⁰ SGB VI regelt de *Rentenversicherung* dat wel een aanwijzing geeft voor een definitie. In § 9 is de aanspraak geregeld op voorzieningen die zijn bedoeld om verminderingen van de arbeidsgeschiktheid van de verzekerde of het voortijdig *‘Ausscheiden aus dem Erwerbsleben zu verhindern oder sie möglichst dauerhaft in das Erwerbsleben wieder einzugliedern.’*

Het doel van de *Unfallversicherung* uit SGB VII is onder andere om na een arbeidsongeval of het ontstaan van een beroepsziekte *‘die Gesundheit und die Leistungsfähigkeit der Versicherten mit allen geeigneten Mittel wiederherzustellen...’*⁷¹

In SGB IX is als doel omschreven om, onafhankelijk van de oorzaak van de *‘Behinderung’*:

- *‘die Behinderung abzuwenden, zu beseitigen, zu mindern, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder ihre Folgen zu mildern’*,
- *‘Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit zu vermeiden, zu überwinden, zu mindern oder eine Verschlimmerung zu verhüten...’* en
- *‘die Teilhabe am Arbeitsleben entsprechend den Neigungen und Fähigkeiten dauerhaft zu sichern’*.⁷²

§ 33 SGB IX geeft nog een iets andere omschrijving: *‘die Erwerbsfähigkeit...entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit zu erhalten, zu verbessern, herzustellen oder wiederherzustellen und ihre Teilhabe am Arbeitsleben möglichst auf Dauer zu sichern.’*

Literatuur

In de literatuur is geen eenduidige definitie van *Rehabilitation* te vinden. Löschau noemt het: *‘Die möglichst umfassende und dauerhafte Teilhabe behinderter oder von Behinderung bedrohter Menschen am Arbeitsleben und am Leben in der Gemeinschaft.’*⁷³ Castendieck verwijst naar een uitspraak van het BSG van 17 oktober 2006: *‘Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben werden erbracht, um die Erwerbsfähigkeit behinderter oder von Behinderung bedrohter Menschen entsprechend ihrer individuelle Leistungsfähigkeit*

70 § 1 SGB V.

71 § 1 aanhef en lid 2 SGB VII.

72 § 4 SGB IX.

73 M. Löschau en A. Marschner, *Das neue Rehabilitations- und Schwerbehindertenrecht. Praxishandbuch zum neu eingeführten Neunten Buch Sozialgesetzbuch (SGB IX)*, Luchterhand: Neuwied 2001, p.2.

zu erhalten, zu verbessern, herzustellen oder wieder herzustellen.⁷⁴ Eichenhofer stelt: 'Rehabilitation bedeutet die Wiederherstellung der Gesundheit und Teilhabe bezeichnet die Einbeziehung behinderter Menschen in das gesellschaftliche, insbesondere das Arbeitsleben.'⁷⁵

De omschrijving van het begrip re-integratie in het Duitse sociaal recht is volgens Welti misschien het best te vangen in de term 'Rehabilitation und Teilhabe am Arbeitsleben'.⁷⁶ Welti vergelijkt *Rehabilitation* met het Nederlandse 'revalidatie'. Door de toevoeging van 'Teilhabe am Arbeitsleben' aan de begripsomschrijving wordt ook het doel van de re-integratie geformuleerd.⁷⁷ Er moet daarbij worden gedacht aan het inzetten van een persoon in zijn sociale mogelijkheden, gericht op deelname aan arbeid.⁷⁸

Internationaal

Duitsland maakt net als Nederland deel uit van de Europese Unie, de Raad van Europa en de Verenigde Naties. Bovendien heeft Duitsland ILO-Verdragen nr. 121 en 130 ondertekend. Dat betekent dat dezelfde internationale normen rond re-integratie van toepassing zijn als die voor Nederland zijn genoemd in § 2.2.

Conclusie

Het Duitse begrip *Rehabilitation* bij zieke werknemers is veel breder dan het Nederlandse re-integratie. Het gaat er van uit dat tegelijkertijd medische, sociale als 'berufliche' inspanningen worden gepleegd om de werknemer weer aan de slag te krijgen. De inspanningen zijn expliciet gericht op een duurzame terugkeer, niet alleen op het werk maar in het maatschappelijk leven als geheel. Een van de moeilijkheden daarbij is dat de zorg bij ziekte vaak volgtijdelijk wordt gezien. Re-integratie is dan de fase ná de medische behandeling maar vóór de duurzame integratie in het werk. De grenzen daartussen zijn meestal niet zo helder.⁷⁹ Een scherpe definitie is daarom lastig te geven.

Het toepassingsbereik lijkt tegelijk beperkter omdat het zich enkel richt op gehandicapten of door een handicap bedreigde mensen. Kort gezegd is iemand gehandicapt: 'wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als 6 Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft beeinträchtigt ist'. Als belemmeringen te verwachten zijn, is iemand met een handicap bedreigd.⁸⁰ Toch is de reikwijdte niet beperkter: het BAG heeft een aantal re-integratieregels voor terugkeer

74 J. Castendieck en G. Hoffmann, *Das Recht der behinderten Menschen*, Nomos: Baden-Baden 2009, p.36, BSG 17 oktober 2006, SozR 4-2600 § 10 Nr. 2.

75 E. Eichenhofer, *Sozialrecht*, Mohr Siebeck: Tübingen, 2012, p.288.

76 Onderstre:ing door mij.

77 Welti 2005, p.127.

78 Welti 2005, p.128-129.

79 Welti 2005, p.160.

80 § 2 SGB IX, *Schwerbehindert* zijn mensen met een arbeidsongeschiktheidspercentage van ten minste 50%, gelijkgestelden aan *Schwerbehinderten* zijn mensen met een arbeidsongeschiktheidspercentage van 30% die zonder gelijkstelling geen arbeidsplaats kunnen verkrijgen of behouden.

naar het werk ruimer van toepassing geacht dan alleen voor gehandicapten.⁸¹ In het vervolg zal ik de term *Rehabilitation* gebruiken als ik re-integratie van zieke werknemers op de werkplek bedoel.

7.4.2 *Werknemersbegrip*

Het Duitse arbeidsrecht kent geen wettelijke definitie van de arbeidsovereenkomst of van het begrip werknemer. Het arbeidsrecht is onderdeel van het burgerlijk recht en in § 611 van het *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) is wel het koepelbegrip *Dienstvertrag* geregeld.⁸² Door een *Dienstvertrag* verplicht de ene partij zich tot het verrichten van diensten en de andere partij tot betaling van de daarvoor afgesproken vergoeding. Onder *Dienstvertrag* vallen zowel het *unabhängige* als het *persönlich abhängige* verrichten van diensten.⁸³ Het *unabhängige* werken wordt wel een '*freier Dienstvertrag*' genoemd. Dat kan allerlei vormen aannemen en laat zich vergelijken met de Nederlandse opdrachtovereenkomst (artikel 7:400 e.v. BW). Het *persönlich abhängige* werken gebeurt op basis van een *Arbeitsverhältnis*.⁸⁴

In het Duitse arbeidsrecht lijkt niet zo zeer het begrip arbeidsovereenkomst relevant maar meer het begrip werknemer. Tot 1990 werd in verschillende wetten⁸⁵ onderscheid gemaakt tussen *Arbeiter* en *Angestellten*, met verschillende rechten en plichten. Het BVerfG vond in dat jaar dat dit onderscheid tussen 'blauwe' en 'witte boorden' zonder verdere rechtvaardiging in strijd kwam met het gelijkheidsbeginsel uit het GG. *Arbeiter* en *Angestellten* moesten gelijk worden behandeld tenzij voor ongelijke behandeling een '*sachlicher Grund*' bestond.⁸⁶ Tegenwoordig heeft het onderscheid daarom nauwelijks nog betekenis en wordt het begrip *Arbeitnehmer* gebruikt. De werknemer wordt onderscheiden van de zelfstandige via de tegenstelling afhankelijk en niet-afhankelijk. De vaststelling van afhankelijkheid is wezenlijk omdat die iemand tot werknemer maakt en daarmee toegang geeft tot arbeidsrechtelijke bescherming.⁸⁷

Of *abhängig* wordt gewerkt, wordt via de omweg van de zelfstandigheidsdefinitie bepaald. In § 84 *Handelsgesetzbuch* (HGB) is opgenomen dat '*selbständig ist, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann.*' A contrario is er sprake van afhankelijkheid en dus werknemerschap bij degene die niet wezenlijk vrij is zijn werk vorm te geven en zijn arbeidstijd te bepalen.⁸⁸ Ook in het

81 In de nader te bespreken uitspraak BAG 12 juli 2007, 2 AZR 716/06.

82 ErfK/*Preis* p.1376-1378, Hanau/Adomeit, p.24-25.

83 In § 631 BGB wordt het *Werkvertrag* geregeld, vergelijkbaar met het Nederlandse aanneming van werk (art. 7:750 e.v. BW).

84 Dat het ene *Dienstverhältnis* het andere uitsluit volgt bijvoorbeeld uit § 621 BGB 'Bei einem *Dienstverhältnis*, das kein *Arbeitsverhältnis* ist...'

85 Zowel arbeidsrechtelijk als sociaalverzekeringsrechtelijk, HWK/*Thüsing* p.1403-1404.

86 Hanau/Adomeit, p.148-149, BVerfG 30 mei 1990, 82, 128 = EzA § 622 BGB Nr. 27 (ID:3K82243).

87 ErfK/*Preis*, p.1383.

88 BAG 15 december 1999, AP HGB § 92 Nr.5.

socialeverzekeringsrecht wordt hierbij aangehaakt. In § 7 SGB IV omschrijft de dienstbetrekking als: *'Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Ahhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.'*⁸⁹

De literatuur gebruikt vaak als definitie van werknemer: *'wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags zur Arbeit im Dienste eines anderen verpflichtet ist.'*⁹⁰ De definitie stamt uit 1928. Belangrijke elementen zijn de privaatrechtelijke overeenkomst, het verrichten van arbeid en daartoe verplicht zijn, in dienst van een ander. De privaatrechtelijke overeenkomst is nodig om de werknemer te onderscheiden van onder meer de arbeidsverhoudingen krachtens publiek recht (ambtenaren, militairen, rechters), meewerkende familieleden of personen die niet vrijwillig werken (bijvoorbeeld gevangenen of asielzoekers).⁹¹ De *Arbeitsverhältnis* is verder een wederkerige overeenkomst waarin de uitruil van arbeid tegen loon centraal staat. De plicht om arbeid te verrichten is noodzakelijk om van werknemerschap te kunnen spreken.⁹² In het verplicht zijn om in dienst van een ander te werken komen de gedachten rond afhankelijkheid (*'Abhängigkeit'*) en gezagsverhouding (*'Weisungsrecht'*) terug. In § 106 Gewerbeordnung (GewO) is het gezagsrecht van de werkgever vastgelegd. De wet stamt uit 1869 en was eerst alleen van kracht voor fabrieksarbeiders en *'technische Angestellte'*. Inmiddels is de wet op alle werknemers van toepassing.⁹³ De uitoefening van het gezagsrecht mag alleen naar billijkheid gebeuren, dus rekening houdend met alle omstandigheden van het geval en na belangenafweging.⁹⁴

Net als in Nederland bij de arbeidsovereenkomst is vervolgens de concrete invulling van het werknemersbegrip zeer casuïstisch. Van belang zijn geacht:⁹⁵

- de mate van gezagsuitoefening;⁹⁶
- de gebondenheid aan een plaats van werken (*örtliche Weisungsgebundenheit*);⁹⁷
- de gebondenheid aan de door de 'werkgever' bepaalde duur en tijdsbestek van werken (*zeitliche Weisungsgebundenheit*);⁹⁸
- de gebondenheid aan inhoudelijke opdrachten (*fachliche Weisungsgebundenheit*);⁹⁹

89 Het afwijkende werknemersbegrip in de belastingwetgeving (§1 Lohnsteuer-Durchführungsverordnung) wordt niet besproken.

90 HWK/Thüsing p.1377-1378, ErfK/Preis p.1383, Jacobs p.50. Het vroegere onderscheid tussen Arbeiter en Angestellter is nagenoeg verdwenen, Hanau/Adomeit, p.148-149.

91 Jacobs, p.50, Hanau/Adomeit, p.142-144. Met een familielid kán overigens wel een Arbeitsverhältnis bestaan.

92 ErfK/Preis, p.1377, HWK/Thüsing p.1381. Thüsing stelt dat de plicht om te werken de werknemer van de aannemer van werk onderscheidt, die alleen gebonden is aan het leveren van een resultaat van zijn werk.

93 Hanau/Adomeit, p.45, voor toepassingsbereik: § 6 lid 2 GewO.

94 BAG 24 april 1996, AP BGG § 611 Direktionsrecht Nr. 48, HWK/Lembke, p.2105-2106 onder verwijzing naar § 315 lid 1 BGB. BAG 21 juli 2009, EzA TVG § 4 Luftfahrt Nr. 18 somt uitgebreid op welke elementen meewegen bij de billijkheid ('billiger Ermessen').

95 Voor overzicht en duiding van de omstandigheden zie ErfK/Preis, p.1389-1392 en HWK/Thüsing, p.1382-1386.

96 BAG 30 november 1994, AP BGG § 611 Abhängigkeit Nr. 74.

97 BAG 13 januari 1983, AP BGG § 611 Abhängigkeit Nr. 42.

98 Bijv. BAG 19 januari 1997, AP BGG § 611 Abhängigkeit Nr. 91.

99 BAG 9 maart 1971, AP BGG § 611 Abhängigkeit Nr. 21.

- de mate waarin hij deel uitmaakt van de organisatie van de ‘werkgever’ (*Eingliederung*);¹⁰⁰
- de plicht de arbeid persoonlijk te verrichten;¹⁰¹
- de gebondenheid aan het plan en de doelen van de ‘werkgever’ (*Fremdnützigkeit*).¹⁰²

Naar aanleiding van al die elementen en de rechtspraak van het BAG wordt een completere moderne definitie van werknemer gegeven door Lembke:

*‘wer auf grund eines Dienstvertrages nach §§611 ff. BGB für einen anderen persönlich abhängige, fremdbestimmte Arbeit leistet, wobei sich die persönliche Abhängigkeit -in Abgrenzung zum selbständigen Dienstleister- aus dem Unterworfensein unter Weisungen hinsichtlich Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung ergibt’.*¹⁰³

Volgens de rechtspraak bepalen uiteindelijk alle omstandigheden van het geval of voldaan wordt aan het werknemersbegrip.¹⁰⁴ Daarbij kan ook een rol zijn weggelegd voor de wil van partijen.¹⁰⁵ De contractsvrijheid¹⁰⁶ geeft partijen de vrijheid hun arbeidsverhouding in te richten zoals zij dat willen, als een *freier Dienstvertrag* of als een *Arbeitsverhältnis*. Daarbij gaat het wezen van de overeenkomst wel voor de schijn. Blijkt in de uitvoering dat er geen sprake is van zelfstandigheid maar van afhankelijkheid dan is niet doorslaggevend wat partijen op papier hebben gezet. Er kan dan in de praktijk zijn voldaan aan het werknemersbegrip waardoor de arbeidsrechtelijke regels gaan gelden.¹⁰⁷

Om sociaalverzekeringsrechtelijk verzekerd te zijn en aanspraken te kunnen doen gelden, moet een zogeheten ‘*Beschäftigungsverhältnis*’ bestaan.¹⁰⁸ Dit begrip loopt grotendeels gelijk met dat van de arbeidsovereenkomst maar kent wel belangrijke afwijkingen. Een werknemer is bijvoorbeeld niet verplicht verzekerd voor *Krankenversicherung* als hij alleen maar een arbeidsovereenkomst heeft. Die verzekering gaat pas in zodra hij daadwerkelijk arbeid verricht en alleen als hij loon ontvangt.¹⁰⁹ Aan de andere kant is een beperking opgenomen voor werknemers boven een bepaalde inkomensgrens: zij zijn niet verplicht verzekerd voor de *Krankenversicherung*.¹¹⁰ Het werknemersbegrip in de sociale zekerheid wijkt dus af.

100 Bijv. BAG 13 augustus 1980, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 37.

101 BAG 13 maart 2008, NZA 2008, 878.

102 BAG 15 maart 1978, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26.

103 HWK/Lembke, p.2090.

104 BVerfG 20 mei 1996, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 82, ErfK/Preis, p.1387.

105 ErfK/Preis, p.1389.

106 §105 GewO.

107 Hanau/Adomeit, p.137-138, ErfK/Preis, p.1378 en 1386.

108 Zie bijvoorbeeld § 5 lid 1 SGB V.

109 Uitgebreider over de sociaalzekerheidsrechtelijke verzekeringsvoorwaarden: Muckel/Ogorek, p.60-77.

110 § 6 lid 1 SGB V.

7.4.3 Arbeidsongeschiktheid

Arbeidsongeschiktheid als begrip is van belang voor het arbeidsrecht. Er is echter ook in Duitsland een verschil tussen de begrippen ziekte en arbeidsongeschiktheid. Ziekte alleen is niet relevant: de ziekte (*Krankheit*) moet de werknemer ook ongeschikt maken voor zijn arbeid (*Arbeitsunfähigkeit*). Zo bestaat er bijvoorbeeld slechts recht op loondoorbetaling bij arbeidsongeschiktheid wegens ziekte.¹¹¹ Ook voor sociaalverzekeringsrechtelijke aanspraken is deze term van belang. Alleen bij arbeidsongeschiktheid wegens ziekte bestaat bijvoorbeeld recht op *Krankengeld*.¹¹² Het is goed om bij beide begrippen stil te staan, die zowel arbeidsrechtelijk als sociaalverzekeringsrechtelijk nauw op elkaar aansluiten.¹¹³

Voor het omschrijven van 'ziekte' volgt het arbeidsrechtelijke begrip het medische aangezien er geen arbeidsrechtelijke definitie bestaat. Het BAG heeft bepaald dat er sprake is van ziekte '*wenn ein regelwidriger physischer oder psychischer Zustand die Notwendigkeit einer Heilbehandlung auslöst*'.¹¹⁴ Volgens het BSG geldt sociaalverzekeringsrechtelijk een vergelijkbare definitie.¹¹⁵ Het gaat dus om een toestand die medische behandeling nodig maakt: niet van belang is of de ziekte te genezen is en of er een effectieve behandeling bestaat. Ook een terminale kankerpatiënt of iemand in coma is ziek. De oorzaak van de ziekte doet er evenmin toe; ook een werknemer die met volleyballen een teen breekt, is ziek. Voor 'arbeidsongeschiktheid' is bij de loondoorbetaling vervolgens nodig of '*ein bestimmtes Leiden die ungestörte Erfüllung der geschuldeten Arbeitsleistung zur Folge hat*'.¹¹⁶ Anders gezegd: als de werknemer de overeengekomen arbeid objectief gezien slechts door ziekte niet kan verrichten of niet zou moeten verrichten, omdat daarmee de genezing wordt belemmerd of vertraagd.¹¹⁷ Sociaalverzekeringsrechtelijk geldt een soortgelijke definitie.¹¹⁸

Arbeidsongeschiktheid wordt voor het recht op loondoorbetaling afgemeten aan '*seiner Arbeitsleistung*'. Dat wordt uitgelegd als arbeidsongeschiktheid voor de prestatie die op basis van de arbeidsovereenkomst concreet is verschuldigd.¹¹⁹ Uiteraard moet rekening worden gehouden met de overeengekomen arbeidsduur. Als de functi omschrijving zo ruim is dat de werkgever aan de werknemer ook andere taken kan

111 § 3 lid 1 EFZG.

112 § 44 lid 1 SGB V.

113 A. Lepke, *Kündigung bei Krankheit*, Erich Schmidt: Berlin 2012, p.65-72.

114 BAG 5 april 1976, 5 AZR 397/75 DB 1976 1386 of bijv. BAG 7 december 2005, AP TVG Tarifverträge: Lufthansa Nr.34 = NZA 2006,880.

115 'Ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand, der die Notwendigkeit einer ärztlichen Behandlung und/oder Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat', Muckel/Ogorek, p.139-140 met verwijzing naar BSG.

116 BAG 28 februari 1990, 2 AZR 401/89, NZA 1990,727.

117 ErfK/Dörner, p.1853, Muckel/Ogorek p.142.

118 'Wer wegen ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand nicht oder nur mit der Gefahr, seinen Zustand zu verschlimmern, seine bisher ausgeübten Erwerbstätigkeit oder sons vertraglich geschuldeten Tätigkeit nachgehen kann.', Muckel/Ogorek, p.142 met verwijzing naar BSG.

119 § 3 lid 1 EFZG, ErfK/Dörner, p.1853, HWK/Schliemann, p.2008.

opdragen, die de werknemer ondanks ziekte wél kan vervullen, dan is hij niet arbeidsongeschikt. 'Seiner Arbeitsleistung' omvat dan ook die andere (op te dragen) werkzaamheden en daarvoor is hij niet door ziekte ongeschikt.¹²⁰

Bij het *Krankengeld* zijn de 'Arbeitsunfähigkeits-Richtlinien' van de zogeheten 'Gemeinsamer Bundesausschuß' relevant. Op grond van socialezekerheidswetgeving heeft dit comité tot taak bindende richtlijnen te formuleren voor o.a. de medische beoordeling van arbeidsongeschiktheid.¹²¹ Hij stelt:

*'Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn der Versicherte auf Grund von Krankheit seine zuletzt vor der Arbeitsunfähigkeit ausgeübte Tätigkeit nicht mehr oder nur unter der Gefahr der Verschlimmerung der Erkrankung ausführen kann...Arbeitsunfähigkeit liegt auch vor, wenn auf Grund eines bestimmten Krankheitszustandes, der für sich allein noch keine Arbeitsunfähigkeit bedingt, absehbar ist, daß aus der Ausübung der Tätigkeit für die Gesundheit oder die Gesundheit abträgliche Folgen erwachsen, die Arbeitsunfähigkeit unmittelbar hervorrufen.'*¹²²

Voor arbeidsongeschiktheid in de zin van SGB V (*Krankenversicherung*) wordt dus aangesloten bij het niet meer kunnen verrichten van de laatste arbeid of die alleen kunnen uitvoeren met het risico op het ontstaan van ziekte of verslechtering daarvan. Het gaat volgens de *AU-Richtlinien* om 'seine zuletzt vor der Arbeitsunfähigkeit ausgeübte Tätigkeit'; het BSG houdt de iets afwijkende omschrijving 'zuletzt...konkret ausgeübte Arbeit' aan.¹²³ De volleyballende werknemster met de gebroken teen is kortom niet arbeidsongeschikt als zij als typiste werkzaam was,¹²⁴ maar weer wel als zij serveerster zou zijn.

Zolang de werknemer nog in dienst is, is het voor de bepaling van arbeidsongeschiktheid bij *Krankengeld* niet van belang dat de werknemer mogelijkerwijs in staat is een andere functie te verrichten. Na ontslag wordt het anders: aan de 'konkret ausgeübte Arbeit' waaruit de werknemer arbeidsongeschikt is geworden, kan niet meer worden getoetst want de arbeidsovereenkomst bestaat niet meer. Voor arbeidsongeschiktheid is dan van belang of de verzekerde vanwege zijn gezondheidstoestand wordt verhinderd een functie uit te oefenen die de laatste functie 'nach Art der Verrichtung und Entlohnung entspricht'. Als zo'n functie in voldoende mate op de arbeidsmarkt voorhanden is en door de verzekerde in redelijkheid te verkrijgen, dan bepaalt die functie arbeidsongeschiktheid of niet in de zin van SGB V (*Krankenversicherung*).¹²⁵

Volgens vaste rechtspraak van het BAG en het BSG bestaat er alleen arbeidsgeschiktheid of arbeidsongeschiktheid.¹²⁶ Bij loondoorbetaling en bij *Krankengeld* doet zich geen gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid voor. De arbeidsongeschikte die (al of nog)

120 ErfK/Dörner, p.1854, HWK/Schliemann, p.2008.

121 HWK/Schliemann, p.2006, § 92 SGB V.

122 AU-Richtlinien § 2 lid 1, eerste en derde volzin.

123 BSG SGB 2001, 133,134, Muckel/Ogorek, p.146-147.

124 LAG Düsseldorf 3 juni 1981, BB1981, p.1219.

125 Muckel/Ogorek p.143-144 met verwijzing naar BSG.

126 BAG 26 juni 1981, 6 AZR 940/78, AP § 616 BGB Nr. 52 en BSGE 47, 47, 50; 57, 163, 166.

gedeeltelijk kan werken, krijgt óf loon naar werken, óf een volledig *Krankengeld*, waarop in mindering komt het loon dat hij ontvangt, als hij gebruik maakt van zijn gedeeltelijke arbeidsgeschiktheid.¹²⁷

'*Arbeitsunfähigkeit*' moet ten slotte van '*Erwerbsunfähigkeit*' worden onderscheiden. Bij '*Erwerbsunfähigkeit*' gaat het om de verminderde arbeidsmogelijkheden in het gehele '*Erwerbsleben*', als gevolg van vermindering van de lichamelijke en geestelijke draagkracht: '*wer...wegen Krankheit oder Behinderung auf absehbare Zeit außerstande ist, unter den üblichen Bedingungen des allgemeinen Arbeitsmarktes...täglich erwerbstätig zu sein*'.¹²⁸ Ik noem dat verdienvermogen. '*Erwerbsunfähigkeit*' in de zin van het SGB VII (*Unfallversicherung*) is wel gedeeltelijk mogelijk: na een half jaar wordt een uitkering toegekend afgestemd op de mate van verdienvermogen.¹²⁹

7.4.4 *Arbeitsunfähige Arbeitnehmer of (Schwer)behinderte?*

De Duitse wetgever heeft de *Rehabilitation* vooral voor '*Behinderte*' en '*Schwerbehinderte*' (of daarmee gelijk te stellen personen) geregeld. SGB IX is bijvoorbeeld grotendeels voor hen bedoeld. De begrippen arbeidsongeschikte werknemer en gehandicapte zijn echter niet gelijk. Niet elke arbeidsongeschikte werknemer is immers een gehandicapte, niet elke gehandicapte is een arbeidsongeschikte werknemer. Het is noodzakelijk om te onderzoeken in welke mate deze begrippen een overlap kennen, omdat daarmee duidelijk wordt hoe relevant regelgeving voor de probleemstelling is, als die is gericht op (*Schwer*)*behinderten*.

§ 2 SGB IX kent vier categorieën mensen met beperkingen. De wet is niet beperkt tot werknemers, maar heeft een breder bereik. De categorieën:

1) '*Behinderte*': daarvan is sprake als de lichamelijke functie, geestelijke capaciteit of psychische gezondheid met hoge waarschijnlijkheid langer dan zes maanden afwijkt van de normale, bij de leeftijd behorende toestand en daardoor de deelname aan het maatschappelijk leven is belemmerd. Niet noodzakelijk is dat de afwijkende toestand zes maanden duurt; voldoende is dat kan worden aangenomen dat die termijn zal worden overschreden.¹³⁰ Ik neem daarbij aan dat het belemmeren om te werken wordt gezien als een belemmering om aan het maatschappelijk leven deel te nemen.

2) personen met een dreigende *Behinderung*: als in bovengenoemde situatie de belemmering van deelname aan het maatschappelijke leven zich nog niet voordoet maar wel te verwachten is, wordt gesproken van personen met een dreigende *Behinderung*.

127 § 49 lid 1 sub 1 SGB V, Muckel/Ogorek p.162.

128 § 56 lid 2 SGB VII (met ten minste 20% verminderd) en § 8 lid 1 SGB II. In de laatste definitie wordt specifiek een norm gesteld van het kunnen werken van minstens drie uur per dag, wat echter nauw verband houdt met het arbeidsvoorzieningskarakter van SGB II. Een rechtstreekse toepassing van die norm bij arbeidsongeschiktheid lijkt mij niet mogelijk.

129 De Unfallrente, die aansluit op het Verletzengeld (§56 SGB VII).

130 BSG 12 april 2000, SozR 3-3870 § 3 nr. 9.

3) 'Schwerbehinderte': onder een *Schwerbehinderte* wordt verstaan een *Behinderte* bij wie een 'Grad der Behinderung' van ten minste 50% bestaat.¹³¹ Het percentage wordt door het *Versorgungsamt* vastgesteld na een aanvraag van de werknemer.¹³² Daarbij wordt beoordeeld in hoeverre de werknemer door de algemeen bekende gevolgen van zijn lichamelijke en geestelijke beperkingen in alle onderdelen van het leven wordt beperkt. De mate van beperking wordt dus niet bepaald aan de hand van de uitgeoefende arbeid of de capaciteiten op de arbeidsplaats. Andersom is het oordeel dat een werknemer arbeidsongeschikt is niet voldoende om aan te nemen dat hij *Schwerbehinderte* is.¹³³ Ten slotte is niet noodzakelijk dat een werknemer er door zijn mate van beperking in inkomen op achter uit gaat. De beperkingen moeten wel ten minste zes maanden bestaan en moeten afwijken van de normale, bij de leeftijd behorende toestand.¹³⁴

Iemand is overigens *Schwerbehinderte* uit kracht van de wet: de vaststelling van een percentage is geen constitutief vereiste maar heeft alleen een declaratoir karakter. Dat kan betekenen dat een werkgever noch een werknemer er weet van hebben dat er formeel sprake is van een *Schwerbehinderte*-status.¹³⁵ De werkgever mag na zes maanden dienstverband aan de werknemer vragen of hij *Schwerbehinderte* is dan wel of hij een aanvraag voor die status heeft gedaan.¹³⁶

4) Gelijkgestelde: de met een *Schwerbehinderte* gelijkgestelde is een *Behinderte* met een *Grad der Behinderung* van 30 tot 50%, die vanwege zijn lichamelijke en geestelijke beperkingen zonder de gelijkstelling geen passende arbeidsplaats kan krijgen of behouden.¹³⁷

De gelijkstelling moet worden aangevraagd en wordt toegekend door de *Bundesagentur für Arbeit*.¹³⁸ De aard en zwaarte van de beperkingen bepalen de beoordeling van het kunnen krijgen of behouden van een passende arbeidsplaats. Het is geen

131 Daarnaast moet de woon- of verblijfplaats of plaats van de werkzaamheden in Duitsland zijn.

132 § 69 lid 1 SGB IX, ErfK/Rolfs, p.2518-2519. De werknemer heeft volgens het BSG zelf het recht aan te duiden welke beperkingen meewegen bij de bepaling van een percentage en welke niet. Het is dus geen algemene alles of niets-beoordeling, maar ter vrije invulling in de aanvraag door de werknemer, R. Minninger, W. Hinterholz en B. Westermann, *Rechte behinderter Menschen. Der Ratgeber für Betroffene, Angehörige und Interessenvertretungen*, Bund-verlag: Frankfurt am Main 2007, p.50.

133 Minninger, p.51.

134 § 30 lid 1 Bundesversorgungsgesetz (BVG).

135 S. Fiebig, Commentaar bij § 85-92 SGB IX, in: S. Fiebig e.a., *Kündigungsschutzrecht. Handkommentar*, Nomos: Baden-Baden 2012, p.1649-1650 (Hako/Fiebig), D. Neumann in: D. Neumann, R. Pahlen en M. Majerski-Pahlen, *Sozialgesetzbuch IX - Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen. Kommentar*, Beck: München 2010, p.22-23 (Neumann/Neumann).

136 BAG 16 februari 2012, AP § 85 SGB IX, Nr.9. Antwoordt de werknemer niet naar waarheid, dan kan hij zich in een ontslagprocedure niet meer beroepen op de bijzondere bescherming van de *Schwerbehinderte*.

137 § 2 lid 3 SGB IX.

138 § 68 lid 2 SGB IX. Een werkgever kan geen bezwaar maken tegen een beslissing op Zo'n werknemers-aanvraag (BSG 22 oktober 1986, AP SchwBG § 3 nr.1, BSG 19 december 2001, AP SchwBG 1986 § 2 nr. 1). De werkgever kan evenmin zelf een aanvraag doen om vast te laten stellen of een werknemer *Schwerbehinderte* of gelijkgestelde is of niet.

voorwaarde dat een concrete arbeidsplaats wordt aangeboden: voldoende is de verbetering van de arbeidsmarktpositie ter mogelijke verkrijging van werk. Voldoende is verder dat het behoud door de gelijkstelling zekerder *kan* worden gemaakt; absolute zekerheid is niet nodig.¹³⁹ Een voorbeeld is een gehandicapte werknemer die in vergelijking met zijn niet-gehandicapte collega's niet meer 'mee kan'. Gelijkstelling kan zijn ongunstige positie verbeteren en daarmee het behoud van zijn arbeidsplaats zekerder kan maken.¹⁴⁰ De bedrijfsarts kan worden betrokken bij de aanvraag bij het *Bundesagentur*, als het de vraag betreft of een verslechtering van de beperkingen is te verwachten. Ook de werkgever mag relevante omstandigheden aanvoeren in de aanvraagprocedure.¹⁴¹ Als de gelijkstelling wordt toegekend, betekent het dat de maatregelen ter bescherming van *Schwerbehinderten*, zoals re-integratie-instrumenten en ontslagbescherming van toepassing worden.¹⁴² Ook telt de gelijkgestelde mee voor het verplichte quotum van *Schwerbehinderten*.

Bij de verschillende categorieën horen andere rechten en verplichtingen rond re-integratie op het werk of in de samenleving. Bovendien worden zij beschermd door een benadelingsverbod.¹⁴³ De relevantie van het (*Schwer*)*behindertenrecht* voor mijn onderzoek blijkt uit het volgende:

1. Een eerste aandachtspunt is dat het SGB IX pas in beeld komt bij *Behinderten*. Dat veronderstelt een verwachte ziekteduur van langer dan zes maanden. *Rehabilitation* lijkt zich dus in Duitsland niet zozeer op kort of veelvuldig ziekteverzuim te richten, maar op te verwachten langdurige arbeidsongeschiktheid wegens ziekte van een werknemer.¹⁴⁴
2. Het criterium bij *Behinderten* is verder dat er belemmeringen moeten bestaan; niet is gegeven hoe groot die belemmeringen op de arbeidsplaats moeten zijn om een zieke werknemer als *Behinderte* aan te merken. In elk geval moet minimaal een mate van beperking in het algemene maatschappelijke leven van 30% bestaan.
3. De combinatie van minimaal zes maanden arbeidsongeschiktheid en belemmeringen van betekenis leidt ertoe dat het begrip '*Behinderte*' méér mensen omvat dan die in het spraakgebruik als een gehandicapte worden gezien. Veel langdurig arbeidsongeschikte werknemers zullen voldoen aan het '*Behinderte*'-begrip.
4. De wet is ook van toepassing op werknemers bij wie langdurige uitval *dreigt*. Bij deze groep staat preventie van daadwerkelijk uitval voorop. Deze categorie past niet in het kader van mijn onderzoek: zij zijn nog niet arbeidsongeschikt wegens ziekte.

139 BVerwG 17 mei 1973, E 42, 189, 195.

140 ErfK/Rolfs, p.2520, BSG 2 maart 2000 E 86, 10, 13.

141 Minninger, p.56-57.

142 Het verschil met *Schwerbehinderten* is gelegen in het ontbreken van recht op vijf extra vakantiedagen van § 125 SGB IX en van vervoersvoorzieningen § 145 e.v SGB IX.

143 § 33c SGB I.

144 § 84 lid 2 SGB IX en BAG 12 juli 2007, 2 AZR 716/06 weerspreken dat deels weer, door duidelijk te maken dat re-integratiemanagement bij alle werknemers moet worden ingezet na zes weken onafgebroken of samengesteld ziekteverzuim.

5. Bij *Schwerbehinderten* bestaat de overeenkomstige eis dat hun situatie ten minste zes maanden duurt en dat er belemmeringen van betekenis in het algemeen maatschappelijk leven bestaan, zij het ten minste 50%. Voor een groep arbeidsongeschikte werknemers zal dit overeenstemmen met hun situatie.
6. Dit geldt te meer voor de groep gelijkgestelden, waarvoor de zes maanden termijn net zo goed van toepassing is. Bij hen wordt bij beperkingen van ten minste 30% gelijktijdig geoordeeld dat behoud van hun baan door die beperkingen in de knel kan komen. Ook deze situatie zal zich geregeld voor doen bij langdurig zieke werknemers.

Omdat de werkingssfeer van het (*Schwer*)*behindertenrecht* dus ruimer is dan op het eerste gezicht lijkt, moet het ook in de beoordeling van re-integratie van zieke werknemers worden meegenomen. In § 8.8.2 bespreek ik de specifieke maatregelen die zijn gesteld voor (*Schwer*)*behinderten*.

7.5 Inkomen bij arbeidsongeschiktheid

Een Duitse werknemer die ziek wordt, is voor zijn inkomen tijdens ziekte aangewezen op een mengsysteem van private en publieke inkomensvoorziening.

7.5.1 Loondoorbetaling

Het Nederlandse beginsel 'geen arbeid, geen loon' geldt ook in Duitsland. De arbeidsovereenkomst wordt gezien als een *Verbrauchsvertrag*. Daarop zijn §§ 275 en 326 BGB van toepassing: de schuldenaar hoeft niet te presteren als dat voor hem onmogelijk is. Als de schuldenaar niet presteert dan vervalt daarmee de aanspraak op de tegenprestatie. Werkt de werknemer niet, dan heeft hij dus volgens de hoofdregel van het civiele recht geen recht op loon. Een uitzondering op die hoofdregel wordt bijvoorbeeld gemaakt in § 615 BGB als de werkgever geen gebruik maakt van de diensten van de werknemer of als het niet werken voor risico van de werkgever komt. Ook bij niet werken door ziekte is wettelijk bepaald, in het *Entgeltfortzahlungsgesetz* (EFZG), dat de werknemer recht op loon houdt:

*'Wird ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, so hat er Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen.'*¹⁴⁵

De achtergrond bij de loondoorbetaling bij ziekte is de beperking van het beroep op de *Krankenkassen*. Om de werkgevers in het algemeen tegemoet te komen, geldt een wachttijd: de arbeidsovereenkomst moet ten minste vier weken hebben geduurd voordat recht ontstaat op loondoorbetaling bij ziekte. Daarbij was de gedachte dat het

¹⁴⁵ § 3 lid 1 EFZG. De aanspraak bestaat zodra de arbeidsovereenkomst vier weken ononderbroken heeft geduurd, § 3 lid 3 EFZG, ErfK/Dörner, p.1858.

te ver zou voeren om van de werkgever al eerder een prestatie bij ziekte te verlangen, terwijl de werknemer nog niet of nauwelijks had gewerkt.¹⁴⁶ Vereisten voor de aanspraak op loondoorbetaling zijn arbeidsongeschiktheid als gevolg van ziekte, waaraan de werknemer geen schuld heeft.¹⁴⁷ Behalve bij arbeidsongeschiktheid wegens ziekte die aan de werknemer te wijten is, doet de oorzaak er voor het recht op loondoorbetaling bij ziekte niet toe.¹⁴⁸ Als niet wordt gewerkt vanwege samenloop van ziekte met een andere oorzaak, zoals een vastgestelde bedrijfsvakantie, dan bestaat geen recht op loondoorbetaling.¹⁴⁹ Loondoorbetaling bij ziekte speelt dus slechts als de werknemer ook aanspraak zou hebben gehad op loon als hij niet ziek zou zijn geweest. De arbeidsongeschiktheid vanwege ziekte moet de uitsluitende en enige oorzaak voor de arbeidsverhinderende zijn.¹⁵⁰ Ten slotte moet de werknemer tijdens ziekte wel 'arbeitswillig' zijn.¹⁵¹

De duur van de loondoorbetaling is zes weken, maar een langere periode kan worden overeengekomen. De hoogte van de loondoorbetaling is 100% van het gemiddelde loon.¹⁵² Dat is wel bijzonder. Het EFZG volgde per 1 juni 1994 het Lohnfortzahlungsgesetz op en bundelde en moderniseerde de regels rond loondoorbetaling bij ziekte. Al per 1 oktober 1996 werd de hoogte van de loondoorbetaling bij ziekte teruggebracht naar 80%. Een 100%-doorbetaling werd een te zware belasting voor werkgevers geacht en werd gezien als een beperking voor economische groei. De wijziging leidde niet tot meer banen maar wel tot sociale onrust. Bij het aantreden van bondskanselier Schröder in de herfst van 1998 werd daarom in volle vaart de verkiezingsbelofte van 'Korrektur' ingelost. Al per 1 januari 1999 werd de loondoorbetaling weer 100%.¹⁵³ Geschat wordt dat de kosten voor werkgevers voor de zes weken doorbetaling jaarlijks € 33 miljard bedragen.¹⁵⁴

Een nieuwe ziekteperiode uit dezelfde oorzaak levert pas een aanspraak op loondoorbetaling op als die intreedt zes maanden na afloop van de vorige. Een samenloop van verschillende ziekteoorzaken in de zeswekenperiode levert geen nieuwe aanspraak op. Een nieuwe ziekteperiode uit een andere oorzaak na afloop van een zeswekenperiode leidt wel meteen tot een nieuwe aanspraak op loondoorbetaling.

146 ErfK/Dörner, p.1851, § 3 lid 3 EFZG.

147 Zie § 7.4.3.

148 ErfK/Dörner, p.1852, HWK/Schliemann, p.2006. Bv. BAG 24 februari 1972, 5 AZR 446/71, BAG 7 november 1975, 5 AZR 459/74, BAG 21 april 1982, 5 AZR 1019/79.

149 BAG 8 maart 1989, EzA §1 LohnFG Nr. 103 (ID:3K302242), BAG 25 februari 2004, EzA Nr. 12 zu § 3 EFZG, 1.2.

150 BAG 1 oktober 1991, 1 AZR 147/91, BAG 8 maart 1989, 5 AZR 116/88.

151 BAG 20 maart 1985, DB 1985, p.2694/BB 1986, p.136.

152 § 4 lid 1 EFZG, met verbijzonderingen in de volgende leden en in § 4a EFZG.

153 D. Hold, 'Einleitung' in: H. Kaiser, H. Dunkl, D. Hold en G. Kleinsorge *entgeltfortzahlungsgesetz*, Otto Schmidt, Köln 2000, p.21-33 (Kaiser/Hold).

154 Eurofound 2004, p.11, volgens Lepke was het in 2007, 2008 en 2009 steeds tussen € 26 en 27 miljard per jaar excl. werkgeverslasten, p.1.

Zolang de werknemer geen medische verklaring heeft verstrekt -waarin een arts verklaart dat de werknemer arbeidsongeschikt is en hoe lang de arbeidsongeschiktheid gaat duren- mag de werkgever de loondoorbetaling weigeren.¹⁵⁵ De loondoorbetaling eindigt als de arbeidsovereenkomst in de zeswekenperiode afloopt of als de werkgever de zieke werknemer ontslaat vanwege een andere reden dan de ziekte. Een ontslag '*aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit*' laat de loondoorbetaling onverlet.¹⁵⁶ De samenloop van ontslag en ziekte bespreek ik verder in § 7.7.

Bijzonderheid is nog de situatie van kleinere werkgevers, met niet meer dan 30 werknemers. Ook voor hen geldt de loondoorbetalingsplicht bij arbeidsongeschiktheid maar zij kunnen bij de *Krankenkasse*, waar de betreffende werknemer is verzekerd, tussen 40 en 80% van het doorbetaalde loon terugvragen.¹⁵⁷ Een werkgever heeft daarvoor ruim vier jaar de tijd.¹⁵⁸ Deze zogeheten '*Aufwendungsausgleich*' is bedoeld als compensatie voor het kleinbedrijf (MKB-kostencompensatie). De middelen hiervoor worden opgebracht door de gezamenlijke kleine werkgevers, die op basis van een verplichte heffing een premie over hun loonsom betalen.¹⁵⁹ De wet regelt gedetailleerd hoe de *Krankenkasse* vast moet stellen welke bedrijven gemiddeld niet meer dan 30 werknemers hebben en dus verplicht mee moeten doen. De wet maakt het mogelijk om een soortgelijke regeling ook voor een bedrijfstak te treffen en die zo toegankelijk te maken voor grotere bedrijven.¹⁶⁰

Er kan sprake zijn van arbeidsongeschiktheid als gevolg van ziekte, waarbij toch geen recht bestaat op loondoorbetaling. Een van de vereisten daarvoor is immers dat de werknemer geen schuld heeft aan zijn arbeidsongeschiktheid. Bij loondoorbetaling geldt in het algemeen dat die schuld bestaat bij een '*groben Verstoß gegen das von einem verständigen Arbeitnehmer in eigenen Interesse zu erwartende Verhalten*'. In de rechtspraak werd onder meer bij deltavliegen, amateurboksen, inline-skating, een zelfmoordpoging en alcoholisme geen schuld van de werknemer aangenomen.¹⁶¹ Expliciet uit de wet blijkt dat daaronder evenmin valt de arbeidsongeschiktheid als gevolg van sterilisatie of abortus.¹⁶² Wanneer de werknemer wél schuld kan hebben aan de arbeidsongeschiktheid is in een aantal uitspraken aan de orde gekomen. Denk aan kickboksen, dronkenschap, orgaandonatie, roken met een hartaandoening of het

155 § 7 lid 1 EFZG. Het niet-overleggen van de medische verklaring moet wel 'schuldhaft' achterwege blijven (BAG 27 augustus 1971, 1 AZR 107/71 en § 7 lid 2 EFZG). Als de werknemer op een andere manier zijn arbeidsongeschiktheid vanwege ziekte kan bewijzen, dan kan een beroep van de werkgever op het wettelijk weigeringsrecht misbruik van recht opleveren (BAG 1 oktober 1997, 5 AZR 726/96).

156 § 8 EFZG.

157 Hoofdregeel is 80%, § 1 en 2 *Aufwendungsausgleichsgesetz* (AAG), de *Krankenkasse* mag het terug te betalen percentage verlagen maar niet minder dan tot 40%, § 9 lid 2 AAG.

158 § 6 AAG.

159 De *Betriebskrankenkasse* bepaalt het percentage: zie bijvoorbeeld DAK. De werkgever betaalt daar 1,5% heffing om 50% terug te krijgen, 1,9% voor 60%, 2,2% voor 70% en 3,9% voor 80%. Bij de AOK betaalt de werkgever 1,8% voor 50% of 2,5% voor 70%.

160 § 14 lid 1 AAG.

161 Hanau/Adomeit p.224-225 en ErfK/Dörner, p.1856-1858.

162 § 3 lid 2 EFZG.

niet dragen van de autogordel.¹⁶³ Ook arbeidsongeschiktheid vanwege te belastende nevenwerkzaamheden zou kunnen worden verweten aan de werknemer.¹⁶⁴

Subatzus wijst op het spanningsveld: elke werknemer heeft namelijk een grondwettelijk recht op ontplooiing van zijn persoonlijkheid. Bepaald gedrag kan onverstandig zijn, gelet op ziekte of arbeidsongeschiktheid, maar daarom nog niet altijd ongeoorloofd. Hij wijst op de roker met ademhalingsproblemen. Voor gezonde mensen is roken al schadelijk, laat staan voor deze werknemer. Roken komt in strijd met het belang van de werkgever op voorkomen van uitval en het strijdt met het belang van de *Krankenkasse* ter voorkoming van behandelingskosten en *Krankengeld*. Toch is roken niet verboden en maatschappelijk nog steeds acceptabel. Het enkele feit dat roken strijdig is met andermans belangen, is volgens hem dus niet voldoende om daaraan arbeidsrechtelijke consequenties rond arbeidsongeschiktheid te verbinden.¹⁶⁵

De werkgever moet bewijzen dat de werknemer schuld heeft aan het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid: hij doet immers een beroep op een uitsluitingsgrond. Ook moet de werkgever het causaal verband bewijzen. De loondoorbetaling vervalt immers alleen als en voor zover de '*krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit Folge des schuldhaften Verhaltens ist.*'¹⁶⁶ Omdat de werkgever vaak geen precieze kennis heeft van de feiten is hij op medewerking van de werknemer aangewezen. Werkt de werknemer niet mee aan de bewijslevering door de werkgever dan geldt een rechtsvermoeden: de arbeidsongeschiktheid wordt geacht door schuld van de werknemer te zijn ontstaan.¹⁶⁷ Bij een geschil tussen werkgever en werknemer over het al dan niet bestaan van recht op loon zal de werkgever niet betalen. In dat geval neemt de *Krankenkasse* de loonbetaling aan de werknemer over, met een gelijktijdig verhaalsrecht op de werkgever.¹⁶⁸

7.5.2 *Krankengeld*

Als geen recht bestaat op loondoorbetaling bij ziekte kan een werknemer aanspraak maken op *Krankengeld*. Dat kan spelen hetzij in de wachttijd van de eerste vier weken, hetzij na ommekomst van de zes weken loondoorbetaling, maar ook als de werkgever in die zes weken geen loon hoeft door te betalen, bijvoorbeeld omdat de werknemer schuld heeft aan zijn arbeidsongeschiktheid. De aanspraak op *Krankengeld* is gebaseerd op Boek V van het *Sozialgesetzbuch* (SGB V *Gesetzliche Krankenversicherung*). Daaraan zijn voorwaarden verbonden. De werknemer moet wettelijk verzekerd zijn en er moet sprake zijn van arbeidsongeschiktheid als gevolg van ziekte.¹⁶⁹ De verzekerde

163 Hanau/Adomeit p.224-225 en ErfK/Dörner, p.1856-1858, BAG 11 november 1987, 5 AZR 497/86.

164 ErfK/Dörner, p.1851.

165 V. Subatzus, *Das Fehlverhalten des Arbeitnehmers bei Arbeitsunfähigkeit* (diss.), Verlag dr. Kovac: Hamburg 2007.

166 BAG 21 april 1982, 5 AZR 1019/79.

167 ErfK/Dörner, p.1858.

168 § 49 jo. 115 lid 1 SGB X.

169 § 44 lid 1 en 3 SGB V. Werknemers die boven de loongrens uitkomen (2012: € 50.850,- bruto per jaar) zijn niet verzekerd onder SGB V en zijn aangewezen op een private ziekteverzekering § 6 SGB V.

werknemer wordt lid van een *Krankenkasse* naar zijn keus: er zijn verschillende soorten zoals bedrijfs- of plaatselijke *Krankenkassen*.¹⁷⁰

De duur van het *Krankengeld* is in beginsel voor onbepaalde tijd, behalve als de arbeidsongeschiktheid voortvloeit uit één oorzaak. In dat geval is de duur beperkt. Die beperking geldt bij ononderbroken arbeidsongeschiktheid tot 78 weken of bij herhaalde arbeidsongeschiktheid tot een totaal van 78 weken in een periode van drie jaar. Op deze manier moet worden voorkomen dat het *Krankengeld* een duuraanspraak wordt in plaats van een 'kurzzeitiger Entgelersatz'.¹⁷¹ De hoogte van het *Krankengeld* bedraagt 70% van het laatst verdiende gemiddelde loon.¹⁷²

Er bestaat wettelijk geen aanspraak op (volledig) *Krankengeld* als de arbeidsongeschiktheid opzettelijk is veroorzaakt of voortvloeit uit een door de verzekerde gepleegd strafbaar feit. Ook arbeidsongeschiktheid als gevolg van een medisch niet-geïndiceerde esthetische operatie of het laten zetten van een tatoeage of piercing leidt op grond van de wet niet tot ziekengeld.¹⁷³ Interessant is het of schuld van de werknemer aan het ontstaan van arbeidsongeschiktheid meespeelt bij het recht op *Krankengeld*. Als gezegd: de 'schuldige' werknemer verliest in sommige gevallen zijn recht op loondoorbetaling. § 52 SGB V stelt echter 'opzet' verplicht om het recht op *Krankengeld* aan te tasten. Een schadelijke levensstijl met gevaarlijke sporten en gebruik van genotsmiddelen valt niet onder dat opzet, dus kan in het algemeen niet leiden tot verlies van *Krankengeld*.¹⁷⁴ Met § 1 SGB V wordt de werknemer wel op de medeverantwoordelijkheid voor zijn eigen gezondheid gewezen, waaraan hij moet bijdragen door een 'gesundheitsbewußte Lebensführung'. Voor het overige geldt net als bij de loondoorbetaling bij ziekte dat de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid er niet toe doet om toch aanspraak op *Krankengeld* te krijgen.¹⁷⁵ De uitsluitingsgronden bij *Krankengeld* zijn daarmee beperkter dan bij de loondoorbetaling. Dat past bij de gedachte van een sociale verzekering als vangnet: als de werkgever geen loon hoeft te betalen omdat de arbeidsongeschiktheid aan de werknemer te wijten is, valt de werknemer terug op de sociale zekerheid, waar hij -ondanks zijn schuld- toch een aanspraak van 70% heeft.

7.5.3 *Rentenversicherung*

De *Rentenversicherung* heeft veel weg van onze oude Invaliditeitswet. Het is geregeld in SGB VI en biedt een voorziening bij zowel ouderdom als bij langdurige arbeidsongeschiktheid. Bij dat laatste is het uitgangspunt 'Reha vor Rente'. Als een werknemer

170 § 173 e.v. en § 4 SGB V, Muckel/Ogorek, p.93-95.

171 § 48 lid 1 SGB V, Muckel/Ogorek, p.160.

172 § 47 SGB V, met jaarlijkse aanpassingen § 50 SGB IX.

173 § 52 SGB V.

174 Muckel/Ogorek, p.129-130.

175 Muckel/Ogorek, p.129 en 141, zie echter voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten § 11 lid 5 SGB V.

door bepaalde maatregelen in het arbeidsproces behouden kan blijven ('*Rehabilitation*'), dan moet daarop worden ingestoken in plaats van op een langdurige arbeidsongeschiktheidsuitkering ('*Rente*'). In de tussentijd krijgt hij dan een overgangsuitkering ('*Übergangsgeld*').¹⁷⁶

Vanaf de start van de verplichte verzekering geldt een wachttijd ('*Mindestversicherungszeit*').¹⁷⁷ Daarna kan aan werknemers die langdurig arbeidsongeschikt zijn een uitkering worden toegekend. Er zijn twee categorieën arbeidsongeschikten:

- werknemers met een gedeeltelijke vermindering van verdienvermogen (*teilweise erwerbsgemindert*): de werknemer die vanwege ziekte of handicap niet binnen afzienbare tijd in staat is, onder gebruikelijke arbeidsmarktvoorwaarden, ten minste zes uur per dag werkzaam te zijn (< 6u per dag in een functie op de arbeidsmarkt). De wachttijd is vijf jaar.
- werknemers met een volledige vermindering van verdienvermogen (*voll erwerbsgemindert*): de werknemer die vanwege ziekte of handicap niet binnen afzienbare tijd in staat is, onder gebruikelijke arbeidsmarktvoorwaarden, ten minste drie uur per dag werkzaam te zijn (< 3u per dag in een functie op de arbeidsmarkt). De wachttijd is twintig jaar.¹⁷⁸

De berekening van de hoogte van de uitkering is bijzonder complex maar hangt grofweg samen met hoeveel premie er is betaald.¹⁷⁹ De uitkering bij een gedeeltelijke vermindering van verdienvermogen is de helft van die bij volledige vermindering. De duur van de uitkering is tot 67 jaar.¹⁸⁰

7.5.4 Unfallversicherung

Een bijzondere situatie bestaat als de arbeidsongeschiktheid wordt veroorzaakt door een arbeidsongeval of beroepsziekte. De werknemer kan in dat geval vanaf dag één aanspraak maken op een uitkering uit hoofde van de wettelijke *Unfallversicherung*, met uitsluiting van loondoorbetaling bij ziekte en het *Krankengeld*.¹⁸¹ De *Unfallversicherung* is geregeld in SGB VII. Deze wet kent drie doelen: preventie van arbeidsongevallen en beroepsziekten staat voorop. Lukt dat niet dan is het doel de gezondheid en '*Leistungsfähigkeit*' van de werknemer met alle geëigende middelen te herstellen en als laatste hem of zijn nabestaanden schadeloos te stellen.¹⁸²

176 § 9 lid 1 tweede volzin SGB VI; de overgangsuitkering is op basis van § 20 SGB VI.

177 § 34 lid 1 jo. § 50 SGB VI.

178 § 33 lid 3 SGB VI.

179 § 63 e.v. SGB VI, Muckel/Ogorek licht dat toe en noemt dit een voorbeeld van het equivalentiebeginsel dat van belang is bij sociale verzekeringen: de betaalde premie bepaalt de hoogte van de tegenprestatie, p.319.

180 Er wordt in de diverse artikelen verwezen naar 'bis zum Erreichen der Regelaltersgrenze', die weer is opgenomen in § 35 SGB VI. In § 235 SGB VI is een opbouwschema van 65 naar 67 jaar opgenomen, zodat voor verschillende geboortejaren de duur van de uitkering verschilt.

181 § 11 lid 5 SGB V, § 46 lid 1 SGB VII.

182 § 1 SGB VII.

De schadeloosstelling kan bestaan uit twee elementen: 'Verletzengeld' en 'Rente'. *Verletzengeld* wordt betaald als de verzekerde door het arbeidsongeval of de beroepsziekte arbeidsongeschikt is¹⁸³ dan wel door een medische behandeling niet 'eine ganztägige Erwerbstätigkeit ausüben' kan. De hoogte is 80% van het laatst verdiende jaarloon. De duur is gekoppeld aan de duur van de arbeidsongeschiktheid, maar is gemaximeerd tot 78 weken als herstel van de arbeidsgeschiktheid niet te verwachten is.¹⁸⁴ Er bestaat aanspraak op een *Rente* bij gezondheidsschade of een beroepsziekte, die langer dan zes maanden leidt tot een verminderde verdien capaciteit 'auf dem gesamten Gebiet des Erwerbslebens' van ten minste 20%.¹⁸⁵ De hoogte van de *Rente* hangt af van de precieze mate van arbeidsongeschiktheid en wordt gesteld op ten hoogste tweederde van een jaarloon. De eerste drie jaar is dit een voorlopige vergoeding, daarna wordt de *Rente* voor onbepaalde tijd vastgesteld.¹⁸⁶

7.5.5 Samenvatting

Samengevat zijn de hoofdlijnen voor het inkomen van zieke Duitse werknemers als volgt. Bij arbeidsongeschiktheid wordt in de eerste zes weken het gemiddelde loon volledig door de werkgever doorbetaald. Werkgevers met niet meer dan dertig werknemers krijgen echter van de *Krankenkasse* tot 80% van die betaling terug. Na de loondoorbetalingsperiode heeft een werknemer gedurende 78 weken recht op *Krankengeld*, ter hoogte van 70% van het gemiddelde laatstverdiende loon. Die uitkering wordt betaald door de *Krankenkasse* waar de werknemer bij aangesloten is. Afhankelijk van de resterende mate van verdienvermogen kan een werknemer daarna in aanmerking komen voor een uitkering voor langdurige arbeidsongeschiktheid of voor een overgangsuitkering, als de verwachting is dat re-integratiemaatregelen nog succes kunnen hebben. Dit systeem is alleen anders bij arbeidsongeschiktheid ten gevolge van een arbeidsongeval of beroepsziekte. Vanaf de eerste dag heeft de werknemer dan recht op een ongevallenuitkering van 80% van het laatstverdiende loon. Na hooguit 78 weken kan die uitkering voor onbepaalde tijd worden voortgezet, maar wordt de hoogte afhankelijk van de mate van beperking.

7.6 Inleiding Duits ontslagrecht

In deze paragraaf schets ik eerst de hoofdlijnen van het ontslagrecht in Duitsland. Ik beperk me tot het individuele ontslagrecht voor zover dat van belang kan zijn voor de arbeidsongeschikte werknemer. Bijzondere categorieën werknemers zoals *Betriebsrat*-leden of zwangeren bespreek ik niet. In de volgende paragraaf wordt het ontslag bij arbeidsongeschiktheid behandeld.

183 Conform de definitie uit BSGE 19, 179, 181; BSGE 26, 288, 290.

184 § 45-47 SGB VII.

185 § 56 lid 1, eerste volzin SGB VII.

186 § 56-62 SGB VII.

7.6.1 Ontslagrecht in grote lijnen

Net als in Nederland is in Duitsland uitdrukkelijk het beginsel van ontslag als laatste middel benoemd. Dit zgn. ultima ratio-principe (ook wel '*Verhältnismäßigkeit*' genoemd) is in 1978 door het BAG aangenomen, met een duidelijke verwijzing naar grondrechtelijke proportionaliteits- en subsidiariteitsgedachten.¹⁸⁷ In het *Kündigungsschutzgesetz* (KSchG) dat de ontslagbescherming regelt, is uitdrukkelijk opgenomen dat de werkgever in ontslagkwesties moet kunnen aantonen dat hij de werknemer niet kon herplaatsen, ook niet na her- of omscholing of met aanpassing van de arbeidsvoorwaarden.¹⁸⁸ Het ontslagrecht wordt in Duitsland primair benaderd vanuit de overeenkomst, gebaseerd op het BGB. Dat kent de arbeidsovereenkomst voor bepaalde (*befristeter*) en onbepaalde (*unbefristeter*) tijd.¹⁸⁹

Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan alleen schriftelijk worden aangegaan. Voor beëindiging hoeft het niet te worden opgezegd want het contract eindigt van rechtswege na het verstrijken van de overeengekomen tijd.¹⁹⁰ Een bepaalde tijd contract kan niet tussentijds worden opgezegd tenzij dat is overeengekomen.¹⁹¹ Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is niet altijd toegestaan; er moet een '*sachlichen Grund*' voor bestaan.¹⁹² Uitzonderingen op die eis bestaan voor de eerste twee jaar (waarbinnen drie verlengingen voor bepaalde tijd mogelijk zijn), voor de eerste vier jaar bij nieuwe ondernemingen (waarbinnen meerdere verlengingen mogelijk zijn) en voor de eerste vijf jaar bij werknemers van 52 jaar en ouder die onmiddellijk voorafgaand aan indiensttreding ten minste vier maanden '*beschäftigungslos*' waren (met wie binnen die duur onbeperkt verlengingen kunnen worden overeengekomen).¹⁹³ Bij een stilzwijgende verlenging ontstaat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tenzij de ander die onverwijld weerspreekt.¹⁹⁴

De beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd verloopt in beginsel via dezelfde systematiek als bij andere duurovereenkomsten. Dat gebeurt eenzijdig via opzegging ('*Kündigung*'), die zowel *ordentlich* als *außerordentlich*¹⁹⁵ kan gebeuren of meezijdig met een nadere overeenkomst ('*Aufhebungsvertrag*'). Voor werknemersopzeggingen is het systeem overzichtelijk, maar voor de werkgever zijn er allerlei beperkingen rond een opzegging of een *Aufhebungsvertrag*, voortvloeiend uit de gedachte van ongelijkheidscompensatie.¹⁹⁶

187 BAG 30 mei 1978, 2 AZR 630/76, bijvoorbeeld herhaald in BAG 26 januari 1995, 2 AZR 649/94.

188 § 1 lid 2, tweede en derde volzin KSchG.

189 § 620 lid 1 BGB. De arbeidsovereenkomst met een eindleeftijd wordt door het BAG gezien als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, BAG 27 november 2002, EzA §620 BGB 2002 nr. 1.

190 § 620 lid 1 BGB en § 15 lid 1 en 4 *Teilzeit- und Befristungsgesetz* (TzBfG). Dat kan een kalendertermijn zijn, maar ook volgen uit de '*Beschaffenheit*' of de '*Zweck der Dienste*' (§ 620 lid 2 BGB en § 15 lid 2 TzBfG).

191 § 15 lid 3 TzBfG.

192 § 14 lid 1 TzBfG, met een opsomming van voorbeelden.

193 § 14 lid 2, 2a en 3 TzBfG. De regeling voor 52-jarigen is tot stand gekomen met in achtname van Europese gelijke behandelingsrechtspraak.

194 § 625 BGB, de voortzetting moet wel gebeuren met *Wissen* door de ander.

195 Ook wel '*fristlose Kündigung*' genoemd.

196 Hanau/Adomeit, p.237.

7.6.2 *Ordentliche Kündigung*

In § 620 lid 2 jo. 622 BGB is de ‘*ordentliche Kündigung*’ geregeld, waarbij de arbeidsovereenkomst eindigt na afloop van de opzegtermijn. De lengte van de opzegtermijn is gekoppeld aan de duur van de arbeidsovereenkomst. Een opzegging moet schriftelijk gebeuren en werkt zodra hij is ontvangen.¹⁹⁷ De dag waartegen kan worden opgezegd is de vijftiende dag of de laatste dag van een kalendermaand. De werkgever moet vóór elke opzegging de *Betriebsrat* horen over het ontslag en de motivering daarvoor.¹⁹⁸ De *Betriebsrat* moet binnen een week zijn gemotiveerde opvatting over de opzegging meedelen. Gaat de werkgever in tegen de opvatting van de *Betriebsrat* en zegt hij niettemin op, dan kan hij onder omstandigheden verplicht zijn de werknemer tewerk te stellen, tot het einde van de rechtsstrijd met die werknemer over de opzegging.¹⁹⁹

Sommige groepen werknemers worden nog aanvullend beschermd. De werkgever heeft voor hun opzegging voorafgaande toestemming nodig, zoals bij *Schwerbehinderten* van het *Integrationsamt*. Zonder die toestemming of die van de *Betriebsrat* is een opzegging nietig.²⁰⁰ Naast het procedurele voorportaal moet de bescherming van de werknemer komen uit het KSchG. Die is van toepassing als de werknemer ten minste zes maanden in dienst is, bij een werkgever met meer dan tien werknemers.²⁰¹

De werkgever moet bewijzen dat één van drie situaties zich voordoet:

- redenen gelegen in het bedrijf (*betriebsbedingte Kündigung*)
- redenen gelegen in de persoon (*personenbedingte Kündigung*)
- redenen gelegen in gedrag (*verhaltensbedingte Kündigung*)

a. Bij de *betriebsbedingte Kündigung* gaat het met name om dringende bedrijfseconomische of -organisatorische redenen. De werkgever moet aantonen dat de arbeidsplaats van de werknemer is vervallen en dat regels voor de selectie van een voor ontslag voor te dragen persoon (*soziale Auswahl!*) juist zijn toegepast.²⁰² Een werknemer die zijn *betriebsbedingte Kündigung* niet aan de rechter voorlegt, heeft na de opzegtermijn een wettelijke aanspraak op een half maandsalaris per dienstjaar, als de werkgever die bij de opzegging aanbiedt.²⁰³ Het niet aanbieden kan dus betekenen dat de werknemer het bedrijfseconomisch ontslag aanvecht.²⁰⁴

197 § 626 en 130 BGB.

198 Een *Betriebsrat* is alleen verplicht in bedrijven met ten minste vijf werknemers (§1 lid 1 BetrVG).

199 § 102 lid 5 BetrVG.

200 Voor *Schwerbehinderten* § 85 SGB IX jo. 134 BGB, in het algemeen § 102 lid 1 BetrVG.

201 De grens van tien werknemers geldt voor werknemers die na 31 december 2003 in dienst zijn getreden, voor werknemers die voor die tijd in dienst waren geldt meer dan vijf werknemers, § 23 BetrVG.

202 Via o.m. een soort afspiegeling, HWK/M. Quecke, p.2585-2586, ErfK/Oetker, p.2123-2141, Hanau/Adomeit, p.250-251.

203 § 1a KSchG, ingevoerd in 2004 om meer rechtszekerheid te bieden en ontslagprocedures te voorkomen.

204 Bij de Vaate signaleert dat de rechtspraktijk deze regel nauwelijks toepast, V. Bij de Vaate, ‘Sociaal Akkoord en hervorming van het ontslagrecht. Lessen uit Duitsland’, *NJB* 2013, p.1629-1630.

b. Bij de *personenbedingte Kündigung* moet worden gedacht aan redenen die zijn gelegen in zijn persoon maar niet in zijn gedrag. Die redenen moeten ertoe leiden dat hij een wezenlijk deel van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst niet kan vervullen, op de wijze die van hem kan worden gevraagd. Het kan gaan om een slechte gezondheid, ontbrekende kennis, kunde of vaardigheden of verlies van geschiktheid (bijvoorbeeld bij intrekking van het rijbewijs).²⁰⁵ Ontslag wegens arbeidsongeschiktheid valt onder deze grond en die grond bespreek ik uitgebreider in § 7.7.

c. Bij *verhaltensbedingte Kündigung* komt aan de orde of de werknemer de verbintenissen uit de overeenkomst toerekenbaar schendt door gedrag waarop hij invloed heeft. Tegelijk moet worden getoetst of er gevaar voor herhaling van die schending bestaat.²⁰⁶ Te denken is aan het regelmatig te laat komen, het dronken op het werk verschijnen of het niet verstrekken van de medische verklaring ten bewijze van ziekte. Deze categorie van mogelijke ontslagen ligt dicht tegen de *außerordentliche Kündigung* (ontslag op staande voet) aan. Het dient onder meer voor de gevallen waarin er geen dringendheid bestaat om per direct afscheid te nemen of om de situatie waarin die dringendheid wel bestond, maar de werkgever niet tijdig genoeg heeft gehandeld en daardoor zijn recht op een *außerordentliche Kündigung* heeft verspeeld.²⁰⁷

De werknemer moet in de regel vóór een *ordentliche Kündigung* eerst een ingebrekestelling hebben gehad ('*Abmahnung*'). Deze plicht geldt voor alle duurverbintenissen (§ 314 lid 2 BGB) en ook hier gaat dat op: door zijn gedrag voldoet de werknemer immers niet aan de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst.²⁰⁸ Het doel van de *Abmahnung* is om aan de werknemer duidelijk te maken dat de werkgever niet langer genoeg neemt met de tekortschietende nakoming. De werknemer wordt daardoor gewaarschuwd dergelijk gedrag achterwege te laten om de toekomst van de arbeidsovereenkomst niet in gevaar te brengen. Het past ook in de ultima ratio gedachte van ontslag als uiterste middel.²⁰⁹

Wil de werkgever daarna overgaan tot opzegging dan dient hij wel eerst alle belangen af te wegen:

*'Eine verhaltensbedingte Kündigung ist auf Grund solcher Tatsachen gerechtfertigt, die einem verständig urteilenden Arbeitgeber bei gewissenhafter Abwägung der beiderseitigen Interessen eine Kündigung als billigenswert und angemessen erscheinen lassen'*²¹⁰

205 HWK/Thies, p.2493, Hanau/Adomeit, p.252.

206 ErfK/Oetker, p.2100-2101.

207 ErfK/Oetker, p.2104.

208 Hanau/Adomeit, p.253, met name hun noot 61.

209 HWK/Thies, p.2492, HWK/Queke, p.2521-2522. Een 'Abmahnung' is niet noodzakelijk bij een zware overtreding van de verplichtingen, waarvan de ontoelaatbaarheid zonder meer kenbaar is en waarvan het duidelijk is dat de werkgever die niet aanvaardt. Dit geldt ook bij een hardnekkig vasthouden aan strijdig gedrag.

210 BAG 22 juli 1982, 2 AZR 30/81.

Een werknemer die het niet eens is met de opzegging kan als gezegd binnen een week de *Betriebsrat* inschakelen voor bemiddeling, maar moet daarnaast binnen drie weken naar het *Arbeitsgericht* stappen.²¹¹ Start de werknemer die gerechtelijke procedure te laat dan is het ontslag geldig ('*wirksam*').²¹² De gronden voor een eis bij het *Arbeitsgericht* zijn dat de opzegging '*sozial ungerechtfertigt*' is óf op een andere grond '*unwirksam*' is. Slaagt de werkgever er niet in te bewijzen dat er sprake is van een *betriebsbedingte, personenbedingte* of *verhaltensbedingte Kündigung* dan is het ontslag volgens § 1 lid 2 KSchG *sozial ungerechtfertigt*.²¹³ Het ontslag kan eveneens worden bestreden met een beroep op § 4 lid 1 KSchG: een ontslag kan '*aus anderen Gründen unwirksam*' zijn. Te denken is bijvoorbeeld aan ontslag vanwege overgang van onderneming of een opzegging door een onbevoegde persoon.²¹⁴

Het *Arbeitsgericht* stelt vast of de opzegging *sozial ungerechtfertigt* of op andere gronden *unwirksam* is. Zo nee, dan is de arbeidsovereenkomst door opzegging geëindigd. Zo ja, dan is de arbeidsovereenkomst in stand gebleven en moet de werkgever het loon nabetalen.²¹⁵ Die nabetaling is verschuldigd omdat de werkgever in schuldeisersverzuim is geraakt.²¹⁶ De werknemer kan in plaats daarvan echter stellen dat van hem voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet langer te verlangen is, net als de werkgever zich erop kan beroepen dat een vruchtbare samenwerking inmiddels niet meer mogelijk is. In beide gevallen kan het *Arbeitsgericht* de arbeidsovereenkomst alsnog '*auflösen*' en moet hij de ontslagdatum én een '*angemessene*' ontslagvergoeding vaststellen.²¹⁷

Die ontslagvergoeding is op grond van § 10 KSchG door de rechter vast te stellen op hooguit twaalf maandsalarissen, met twee uitzonderingen. Voor een werknemer van ten minste 50 jaar met ten minste vijftien dienstjaren is de vergoeding maximaal vijftien maandsalarissen, voor 55-jarigen met ten minste twintig dienstjaren maximaal achttien maandsalarissen.²¹⁸ De vergoeding is ten eerste bedoeld als compensatie voor de materiële en immateriële schade vanwege het ongerechtvaardigd verlies van de baan en heeft ten tweede een sanctiekarakter om werkgevers te weerhouden zonder terechte grond op te zeggen.

211 § 3 en 4 KSchG. Soms wordt de drie weken termijn verlengd § 5 en 6 KSchG.

212 § 7 KSchG.

213 § 1 lid 2 vierde volzin KSchG bepaalt dat de werkgever in elk geval de feiten moet bewijzen waarop hij de opzegging baseert. ErfK/*Oetker*, p.2099, 2104 en 2114-2115 beschrijft de verdere bewijslast van de werkgever.

214 § 613a lid 4 BGB of § 105 jo. 111 BGB, HWK/*Quecke*, p.2622-2623. Ook hier geldt dat de werkgever de feiten moet bewijzen waarop hij de opzegging baseert.

215 Onder aftrek van de uitkeringen die de werknemer ter zake heeft gehad, zijn andere verdiensten én wat hij verdiend zou hebben als hij moedwillig geen passende arbeid heeft aangenomen, § 11 KSchG.

216 § 615 lid 1 BGB, HWK/*Thies*, p.2665.

217 § 9 KSchG. De ontslagdatum die de rechter vaststelt is dan de datum waarop de arbeidsovereenkomst bij een *sozial gerechtfertigte Kündigung* zou zijn geëindigd.

218 § 10 KSchG.

Het *Arbeitsgericht* kan niet boven deze grenzen uitgaan en bepaalt concreet de hoogte van de ontslagvergoeding aan de hand van verschillende omstandigheden, zoals leeftijd, lengte van het dienstverband, kansen op de arbeidsmarkt (dan wel of al een nieuwe baan is gevonden), de gezondheid van de werknemer en de ernst van de verwijtbaarheid van het ontslag. Bij lange dienstverbanden is één maandsalaris per twee dienstjaren niet ongebruikelijk. Onder maandsalaris wordt dan verstaan het bruto maandsalaris inclusief alle reguliere loonbestanddelen (zoals vakantiegeld, tantième, overwerkvergoeding, loon in natura).²¹⁹ Van de berekening van de ontslagvergoeding aan de hand van een formule wordt echter afgezien.²²⁰ Buiten deze wettelijke grondslag (en de regels rond sociaal plannen)²²¹ bestaat geen afdwingbare aanspraak op een ontslagvergoeding. Niettemin proberen veel werknemers die wel te verkrijgen door te gaan procederen om vervolgens bij de rechter een minnelijke regeling ('*Abfindungsvergleich*') te treffen.²²²

Het KSchG geldt niet altijd, bijvoorbeeld niet in de eerste zes maanden van een arbeidsovereenkomst of voor werknemers in kleinere ondernemingen. Bovendien is het KSchG niet van toepassing bij de opzegging van een werknemer in een afgesproken proeftijd. Zo'n proeftijd kan maximaal zes maanden duren, waarbinnen schriftelijk kan worden opgezegd met een opzegtermijn van twee weken.²²³ Let wel, het moet gaan om een overeengekomen proeftijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en die is te onderscheiden van een specifiek contract voor bepaalde tijd, bedoeld om de werknemer te 'beproeven'.²²⁴ Dat het KSchG niet geldt, wil niet zeggen dat die werknemers bij een *ordentliche* opzegging geen ontslagbescherming genieten. Het *Arbeitsgericht* kan hun opzegging toetsen aan bijvoorbeeld het verbod op willekeur en '*sachfremden Motiven*' of strijd met gelijke behandelingsbepalingen. Deze bescherming wordt gebaseerd op de goede trouw uit § 242 BGB met inachtneming van het GG, maar is wel beperkter in te roepen dan die op basis van het KSchG.²²⁵ De werknemer zal bijvoorbeeld niet eenvoudig kunnen bewijzen dat een ontslag misbruik van recht of strijd met de goede zeden oplevert.²²⁶

219 ErfK/Kiel, p.2197-2199, HWK/Thies, p.2551-2553.

220 Hako/Fiebig, p.856-886 bespreekt de ontslagvergoeding uitgebreid.

221 § 112 en 113 BetrVG; zie ook § 1a KSchG dat bij bedrijfsbedingte Kündigungen aan werknemers een half maandsalaris per dienstjaar toekent bij het afzien van een gerechtelijke procedure tegen de opzegging, ook Hanau/Adomeit, p.258.

222 Voor de hoogte daarvan is de norm van een half maandsalaris per dienstjaar evenmin ongebruikelijk. Hanau/Adomeit, p.257-258, W. Berkowsky, 'Vergleich im Kündigungsschutzprozeß' in: Münchener Handbuch Band 2 (MünchHandb/Berkowsky), p.851, zie ook § 1a KSchG voor *betriebsbedingte Kündigungen*. Bij de Vaate wijst er bijv. op dat in 2011 75% van de 176.134 ingediende *Kündigungsschutzklagen* is geëindigd in een schikking, V. Bij de Vaate, 'Sociaal Akkoord en hervorming van het ontslagrecht. Lessen uit Duitsland', *NJB* 2013, p.1628.

223 § 622 lid 3 BGB.

224 § 14 lid 1 onder 5 TzBfG. Zo'n arbeidsovereenkomst is behoudens andersluidende afspraak niet tussentijds op te zeggen.

225 BVerfG 27 januari 1998, AP KSchG 1969 § 23 Nr. 17, BVerfG 21 juni 2006, NZA 2006, 913, BAG 22 mei 2003, 2 AZR 426/02.

226 Hako/Mayer, p.99-101.

Vanwege de mogelijkheid van hoger beroep en dus een lange periode van onzekerheid of de arbeidsovereenkomst wel of niet rechtsgeldig is geëindigd, wordt in veel ontslagzaken een minnelijke regeling getroffen. De wettelijke regeling die in oorsprong het bestaan van de arbeidsovereenkomst probeert te beschermen, heeft geleid tot een 'afkooppraktijk'.²²⁷

7.6.3 *Außerordentliche Kündigung*

Als van een van de partijen niet kan worden verlangd het einde van de arbeidsovereenkomst of een opzegtermijn af te wachten, dan kan *außerordentlich* worden opgezegd. Er geldt geen opzegtermijn, zodat deze onmiddellijke schriftelijke opzegging ook wel 'fristlose Kündigung' wordt genoemd. § 626 BGB geeft deze bevoegdheid als er sprake is van een:

'wichtigem Grund...auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung...nicht zugemutet werden kann.'

Het inhoudelijke criterium uit het KSchG of de opzegging *sozial gerechtfertigt* is, speelt dus geen rol. De *außerordentliche* opzegging moet gebeuren binnen twee weken nadat de betreffende partij op de hoogte komt van de *wichtigen Grund*. De werkgever is wettelijk verplicht aan de werknemer op diens verzoek de reden van het ontslag onverwijld mee te delen. Ook hier geldt dat de werkgever de *Betriebsrat* over het voorgenomen ontslag moet horen en dat besluit tegenover hem moet motiveren. Het niet nakomen van deze plichten of -bij *Schwerbehinderten*- het niet vooraf vragen om toestemming van het *Integrationsamt*, leidt tot nietigheid van het ontslag.

Binnen hooguit drie dagen moet de *Betriebsrat* gemotiveerd ingaan op het voorgenomen ontslag. De werkgever kan vervolgens relatief eenvoudig ingaan tegen de opvatting van de *Betriebsrat*. Bij een *ordentliche Kündigung* leidt het weerspreken van het ontslag door de *Betriebsrat* tot het recht van de werknemer op 'Weiterbeschäftigung' en een voortdurend recht op loondoorbetaling; bij de *außerordentliche Kündigung* echter niet.²²⁸

Het KSchG is inhoudelijk niet van toepassing op een *außerordentliche Kündigung*, maar procesrechtelijk wel. De werknemer moet daarom binnen drie weken een zaak aanhangig maken bij het *Arbeitsgericht* als hij vindt dat een *wichtigen Grund* ontbreekt.²²⁹ De *wichtigen Grund* is een 'zwaardere' grond dan de reden voor een *betriebsbedingte*, *personenbedingte* en *verhaltensbedingte Kündigung*. Een eerdere *Abmahnung* is in de regel noodzakelijk, tenzij daarvan bijvoorbeeld geen resultaat is

227 V. Bij de Vaate, 'Sociaal Akkoord en hervorming van het ontslagrecht. Lessen uit Duitsland', *NJB* 2013, p.1624-1630, m.n. p.1628.

228 Hanau/Adomeit, p.256, ErfK/*Kania*, p.1219, Hako/*Nägele*, p.1522-1523.

229 § 13 lid 1 KSchG. De werknemer moet wel onder het bereik van het KSchG vallen, dus niet werkzaam in het kleinbedrijf én ten minste zes maanden in dienst, MunchHandb/*Berkowsky*, p.870. Zo niet dan geldt de drie weken termijn niet en valt hij onder het algemene civiele procesrecht.

te verwachten.²³⁰ Verder wordt er aan de hand van de omstandigheden van het geval een belangenafweging gemaakt. Daarin wordt de toepasselijke opzegtermijn betrokken om te toetsen of inderdaad niet kon worden gevegd die tijd vol te maken.²³¹ Komt de rechter tot de conclusie dat er geen *wichtige Grund* bestaat dan kan de werkgever de opzegging vervolgens wel omzetten ('*Umdeutung*') in een *ordentliche Kündigung* die wordt beoordeeld naar de criteria die daarvoor gelden.²³² Als een *wichtigen Grund* ontbreekt, maar de rechter stelt vast dat van de werknemer inmiddels niet meer kan worden verlangd de arbeidsovereenkomst te laten voortduren, dan kan op diens verzoek (net als bij een *ordentliche* opzegging) de ontslagdatum en een ontslagvergoeding worden vastgesteld.²³³

7.6.4 *Änderungskündigung*

Een bijzondere vorm van opzegging is de opzegging die is bedoeld om de arbeidsvoorwaarden te wijzigen: de '*Änderungskündigung*'. § 2 KSchG regelt deze opzeggingsvorm. Die bestaat uit twee rechtshandelingen. Als eerste de opzegging, waarvoor aan alle formele en materiële vereisten moet zijn voldaan, als tweede gelijktijdig een '*Änderungsangebot*'. Ook voor dat aanbod gelden formele en materiële vereisten. De werkgever moet het gewijzigde aanbod eerst gemotiveerd aan de *Betriebsrat* hebben voorgelegd.²³⁴ Het gewijzigde aanbod moet concreet genoeg zijn, zodat de werknemer kan weten wat hij aanvaardt en het moet schriftelijk.²³⁵

De werknemer kan bij het aannemen van het aanbod het voorbehoud maken dat de wijzigingen niet *sozial ungerechtfertigt* zijn. De werknemer moet dat voorbehoud in de opzegtermijn melden, maar niet later dan drie weken na ontvangst van de opzegging.²³⁶ Volgens het BAG moet, bij de beoordeling of de gewijzigde arbeidsovereenkomst *sozial ungerechtfertigt* is, een belangenafweging plaatsvinden tussen het gewicht van de redenen voor de wijziging en de mate waarin de werknemer bescherming behoeft.²³⁷ Zo heeft het BAG bijvoorbeeld bij boventaligheid van personeel goed gevonden dat de werkgever meerdere *Änderungskündigungen* uitsprak om de arbeidsduur van de werknemers te verminderen om op die manier individuele ontslagen te voorkomen.²³⁸

Een *Änderungskündigung* zelf kan zowel *ordentlich* als *aufserordentlich* worden gegeven. Het kan in strijd komen met de *ultima ratio* gedachte als de werkgever meteen een gewone *ordentliche* opzegging kiest, waar een *ordentliche Änderungskündigung* ook

230 HWK/B. Sandmann, p.1816-1817 en 1831-1832, ErfK/Müller-Glöge, p.1687-1690.

231 Hanau/Adomeit, p.261.

232 Conform § 140 BGB. Hanau/Adomeit, p.262, HWK/Sandmann, p.1866, MünchHandb/Berkowsky, p.872.

233 § 13 KSchG lid 1.

234 BAG 27 september 2001, EzA § 2 KSchG Nr. 44 (ID: 2K22264).

235 Hako/Pfeiffer, p.548-551.

236 § 2 KSchG.

237 BAG 20 maart 1986, AP § 2 KSchG 1969 Nr. 14.

238 BAG 19 mei 1993, 2 AZR 584/92.

een oplossing zou hebben gegeven.²³⁹ Dat leidt er dan toe dat die gewone *ordentliche* opzegging *sozial ungerechtfertigt* wordt geacht.²⁴⁰

7.6.5 *Aufhebungsvertrag*

Met een *Aufhebungsvertrag* komen beiden partijen het einde van hun arbeidsovereenkomst overeen. Deze beëindiging met wederzijds goedvinden is een overeenkomst die op straffe van nietigheid schriftelijk moet worden overeengekomen.²⁴¹ Voor de geldigheid van het *Aufhebungsvertrag* is nodig dat de wil overeenstemt met de verklaring. Is de wilsverklaring niet serieus bedoeld of niet goed overgebracht, werd gedwaald of werd een partij bedrogen of bedreigd dan kan de betreffende partij (in de regel de werknemer) de wilsverklaring aanvechten of is die verklaring zelfs nietig.²⁴² Zo kan een werknemer, die onder de dreiging van een werkgeversopzegging een *Aufhebungsvertrag* sloot, zijn instemming aanvechten als een verstandige werkgever in dezelfde omstandigheden niet zou hebben opgezegd (en dus de dreiging daarmee onterecht was).²⁴³

Een overeenkomst die in strijd met de goede zeden tot stand is gekomen, is ook nietig, bijvoorbeeld bij misbruik van omstandigheden, uitbuiting van onervarenheid of wilsonbekwaamheid.²⁴⁴ Dat kan leiden tot het weer in dienst moeten nemen van de werknemer.²⁴⁵ Een voorwaardelijk *Aufhebungsvertrag*, bijvoorbeeld bij ziekte of te late terugkeer van vakantie, is niet toelaatbaar omdat daarmee de ontslagbescherming en opzegtermijnen worden omzeild.²⁴⁶ Bij de beëindiging met wederzijds goedvinden is het niet ongebruikelijk afspraken te maken over een ontslagvergoeding. Daarbij wordt vaak gekozen voor een *betriebsbedingte Kündigung* waarmee de werknemer instemt, aangezien dan geen wachttijd van twaalf weken geldt voordat aanspraak kan worden gemaakt op een socialezekerheidsuitkering.²⁴⁷

7.6.6 *Samenvatting Duits ontslagrecht*

Een arbeidsovereenkomst kan voor bepaalde en onbepaalde tijd worden aangegaan. Een bepaaldetijdcontract is alleen in bijzondere gevallen toegestaan en eindigt van rechtswege. Tussentijdse opzegging moet zijn overeengekomen behalve als het uitdienen van de arbeidsovereenkomst van één van de partijen redelijkerwijs niet kan worden gevergd; dan is een opzegging zonder opzegtermijn toegestaan. Een

239 BAG 21 april 2005, 2 AZR 132/04, NZA 2005, 1289.

240 BAG 27 september 1984, 2 AZR 62/83, NZA 1985,455 en met name BAG 21 september 2006, 2 AZR 607/05, DB 2007, 1032.

241 § 623 jo. 125 en 126 BGB. In § 623 BGB staat de term 'Auflösungsvertrag' genoemd die in het spraakgebruik 'Aufhebungsvertrag' wordt genoemd, Erfk/Müller-Glöge, p.1673.

242 § 118-124 en 142 BGB.

243 BAG 5 december 2002, EzA § 123 BGB 2002 Nr. 1.

244 § 138 BGB.

245 BAG 21 februari 2002, EzA § 1 KSchG Wiedereinstellung Nr. 7.

246 Hanau/Adomeit, p.258, bijv. BAG 6 maart 1986, EzA § 620 BGB Bedingung Nr. 6.

247 MünchHandb/Berkowsky, p.850-851 onder verwijzing naar o.m. § 144 SGB III.

arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd kan worden opgezegd door elk van de partijen. Dat kan regulier gebeuren, met inachtneming van de opzegtermijn of zonder opzegtermijn als van één van de partijen het voortduren van de arbeidsovereenkomst tijdens de opzegtermijn redelijkerwijs niet kan worden gevergd. Bij elke opzegging door de werkgever is vooraf overleg met de *Betriebsrat* verplicht. Hij moet daarvoor een reden aanvoeren die in het bedrijf, de persoon of het gedrag ligt, waarbij in de regel eerst een ingebrekestelling verplicht is. De werknemer die het niet eens is met een opzegging van zijn arbeidsovereenkomst kan aan de rechter het verzoek doen de opzegging ongedaan te maken of een ontslagvergoeding toe te kennen. Deze ontslagbescherming voor werknemers geldt niet in alle gevallen, bijvoorbeeld niet in bedrijven tot en met tien werknemers waar lagere ontslageseisen gelden. Ontslag komt alleen aan de orde als andere maatregelen geen soelaas bieden. Één van die andere maatregelen is het wijzigingsontslag. Door een opzegging met een gelijktijdig aanbod voor een gewijzigde arbeidsovereenkomst kan een werkgever ontslag voorkomen, zodat dit alternatief eerst moet worden onderzocht. Ten slotte kan de arbeidsovereenkomst ook schriftelijk met wederzijds goedvinden worden beëindigd.

7.7 Ontslag en arbeidsongeschiktheid

7.7.1 Wilsgebreken en arbeidsongeschiktheid

In tegenstelling tot het Nederlandse ontslagrecht is het Duitse ontslagrecht geen gesloten systeem.²⁴⁸ Algemene civielrechtelijke bepalingen vinden rechtstreeks toepassing bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Een wilsgebrek kan leiden tot vernietiging (*Anfechtung*) van de arbeidsovereenkomst. Zo is vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens *Irrtum* (§ 119 lid 2 BGB) mogelijk als een handicap iemand ongeschikt blijkt te maken voor de overeengekomen arbeid. Het enkele feit dat iemand *Behinderte* is, is voor vernietiging overigens niet genoeg evenmin als het hebben van een arbeidsongeschiktheidspercentage.²⁴⁹

Een vernietiging van de arbeidsovereenkomst wegens *arglistiger Täuschung* (§ 123 BGB) is mogelijk. Voor een werkgeversberoep daarop is nodig dat een verkeerde voorstelling van zaken opzettelijk veroorzaakt, versterkt of in stand gehouden is én de ander het belang van die verkeerde voorstelling vóór het afgeven van de wilsverklaring kende.²⁵⁰ Een vraag naar de *Schwerbehinderten*-status is toegestaan vanwege de aan die hoedanigheid verbonden vérgaande en langdurige consequenties.²⁵¹ Het BAG heeft herhaald uitgesproken dat de werkgever zo'n vraagrecht heeft ongeacht of die

248 Hoewel de geslotenheid van het Nederlandse ontslagstelsel ook barsten vertoont, met bijvoorbeeld de ontslagvergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad, de ontbindende voorwaarde of het einde van een accessoire arbeidsovereenkomst.

249 BAG 23 oktober 1969 AP § 119 Nr. 3, BGB, Hako/*Fiebig*, p.1656-1657, Lepke, p.30-34.

250 *Anfechtung wegen arglistiger Täuschung* §123 BGB, voorwaardelijk opzet is voldoende, Lepke, p.59-60.

251 Hako/*Fiebig*, p.1657. Ook de vraag naar gelijkstelling is toegestaan.

relevant is voor de uit te oefenen functie, ook vanwege de bijzondere werkgeversplichten rond *Schwerbehinderten*.²⁵² Vernietiging bij het opzettelijk onjuist beantwoorden van die vraag is mogelijk. Bij ziekte in brede zin wordt aangenomen dat er bij een vraagrecht wel enig verband moet zijn met het werk.²⁵³

Gevalen waarin een meldingsplicht over ziekte in het algemeen werd aangenomen: een transportmedewerker die werd beperkt door een oude botbreuk, een alcoholische beroepschauffeur, een klerk met peesschedeontsteking, een werknemer met een besmettelijke ziekte.²⁵⁴ Volgens het BAG moet de werknemer zijn ziekte melden als hij er rekening mee moest houden dat hij vanwege een bestaande beperking zijn arbeidsplicht niet zou kunnen vervullen.²⁵⁵ Een spontane mededelingsplicht van een werknemer over *Schwerbehinderteneigenschaft* bestaat soortgelijk: als hij '*erkennen muß*' dat de handicap hem ongeschikt maakt voor de arbeid of hij daarin door de handicap wezenlijk beperkt is.²⁵⁶

7.7.2 Ontslag wegens en tijdens arbeidsongeschiktheid

Is er geen sprake van een wilsgebrek maar van een rechtsgeldige arbeidsovereenkomst dan doen zich bij ontslag en arbeidsongeschiktheid twee situaties voor. Ten eerste het ontslag *tijdens* arbeidsongeschiktheid, ten tweede het ontslag *wegens* arbeidsongeschiktheid. Arbeidsrecht en meer in het bijzonder ontslagrecht is werknemersbeschermingsrecht. Toch is in Duitsland voor beide situaties geen algemeen wettelijk ontslagverbod geformuleerd. Als uitgangspunt geldt dat arbeidsongeschiktheid tot de risicosfeer van de werknemer behoort.²⁵⁷ Zowel tijdens als wegens arbeidsongeschiktheid mag de werkgever daarom in beginsel ontslag geven.²⁵⁸ Daar is een aantal kanttekeningen bij te plaatsen.

Als eerste geldt dat ziekte als zodanig geen ontslaggrond is; het moet om arbeidsongeschiktheid vanwege ziekte gaan, want de ziekte moet immers wel een nadelige invloed op de te verrichten arbeid hebben.²⁵⁹ Ten tweede geldt dat een cao anders kan bepalen en toch een ontslagverbod kan kennen. Er is een aantal cao's dat ontslag tijdens of wegens ziekte tijdelijk of zelfs blijvend verbiedt. Vooral de *außerordentliche Kündigung* wordt wel uitgesloten.²⁶⁰ Ten derde moet een werkgever de *Änderungskündigung* als alternatief voor regulier ontslag eerst serieus onderzoeken. Zo'n wijzigingsontslag komt met name aan de orde als de werkgever de werknemer kan

252 Bijv. BAG 5 oktober 1995, AP § 123 BGB Nr. 40. Er wordt verschillend over gedacht of dit vraagrecht in strijd komt met het (grondwettelijk) verbod op benadeling vanwege handicap, art. 3 lid 3, tweede volzin GG en § 81 SGB IX. Zie Hako/Fiebig, p.1656-1657 met rechtspraak en Lepke, p.47-50 met literatuurverwijzing.

253 BAG 7 juni 1984, AP § 123 BGB Nr. 26, Lepke, p.86.

254 Lepke, p.36-46.

255 BAG 7 juni 1984, NZA 1985,57, Lepke, p.41.

256 BAG 1 augustus 1985 AP § 123 BGB Nr. 30.

257 Hako/Gallner, p.350.

258 Lepke, p.89-90, ErfK/Oetker, p.2085, Hako/Gallner, p.324-325.

259 HWK/Thies, p.2395, ErfK/Oetker, p.2085.

260 Lepke, p.103-105.

herplaatsen op een vrije arbeidsplaats, ook al zou hij voldoende gronden hebben voor een ontslag.²⁶¹ Een voorbeeld is de naaister die vanwege een wolallergie haar eigen werkzaamheden niet meer kon uitoefenen maar via een *Änderungskündigung* wel kon worden herplaatst als keukenhulp.²⁶² Slaat de werkgever deze stap over dan kan een *ordentliche Kündigung* bij de rechter worden bestreden. Ten vierde moet worden bedacht dat de ontslaggrond arbeidsongeschiktheid valt onder de *personenbedingte Kündigung* als bedoeld onder het KSchG. Ook al bestaat er geen wettelijk verbod, dat betekent nog niet dat het ontslag onaantastbaar is. Een werknemer kan immers op basis van het KSchG een *personenbedingte Kündigung* aanvechten vanwege *soziale ungerechtfertigkeit*.²⁶³ Slaagt de werknemer dan volgt daaruit dat het ontslag *unwirksam* is. De werkgever moet het loon doorbetalen vanaf de ontslagdatum en zal de werknemer in beginsel weer aan het werk moeten laten.²⁶⁴ Hoewel er dus formeel geen ontslagverbod bij ziekte bestaat, zal een werkgever voor het geven van ontslag bij arbeidsongeschiktheid wel eerst toetsen of het wellicht *sozial ungerechtfertigt* kan worden geacht. Het ontslag bij arbeidsongeschiktheid kan zowel *ordentlich* als *außerordentlich* gebeuren.

7.7.3 *Ordentliche Kündigung bij arbeidsongeschiktheid*

De meeste ontslagen bij arbeidsongeschiktheid zijn *ordentliche Kündigungen*, omdat zich maar zelden een situatie voordoet dat de werkgever vrijwel ogenblikkelijk de arbeidsovereenkomst moet kunnen beëindigen en het einde van de opzegtermijn niet kan afwachten. Of zo'n ontslag niet alleen wegens maar ook tijdens arbeidsongeschiktheid zou worden gegeven, krijgt geen bijzondere aandacht. Uit § 8 EFZG blijkt dat ontslag tijdens arbeidsongeschiktheid mogelijk is; in de zes weken loondoorbetaling bij ziekte kan de werkgever opzeggen. Zegt hij op wegens ziekte dan moet hij toch de zes weken loondoorbetaling vol maken. Zegt hij op vanwege een andere reden dan eindigt met het ontslag ook de loondoorbetalingsplicht bij ziekte. Het BAG heeft drie criteria ontwikkeld waaraan wordt getoetst of een *ordentliche Kündigung* van een zieke werknemer wegens arbeidsongeschiktheid *sozial ungerechtfertigt* is.²⁶⁵ Het betreft de volgende criteria:

a. Negatieve prognose

Objectief moet te verwachten zijn dat de negatieve invloed van de arbeidsongeschiktheid op de te verrichten arbeid zich in de nabije toekomst zal blijven voordoen of weer zal voordoen. Daarbij stelt het BAG dat tot 24 maanden vooruit moet worden gekeken.²⁶⁶

261 Hako/Pfeiffer, p.580, Lepke, p.181-182.

262 BAG 2 maart 1977, 2 AZR 277/76.

263 Het KSchG moet dan wel van toepassing zijn en dat is niet altijd zo, zie § 7.6.2.

264 Loondoorbetaling op basis van § 615 BGB; werkherhating behoudens het verzoek van de werknemer of de werkgever aan het Arbeitsgericht om toch het ontslag met een vergoeding uit te spreken, ex § 9 KSchG.

265 HWK/Thies, p.2395, Hako/Gallner, p.326, BAG 26 september 1991, 2 AZR 132/91, Erfk/Oetker, p.2089.

266 BAG 29 april 1999, BAGE 91,271.

b. Negatieve invloed op de bedrijfsbelangen

De te verwachten negatieve invloed van de ziekte op de arbeid moet een aanzienlijke verstoring van de bedrijfsbelangen met zich mee brengen, die niet meer met overbruggingsmaatregelen is op te vangen. Bij de negatieve invloed wordt gekeken naar zowel het effect op bedrijfsvoering als financiële aspecten.²⁶⁷

c. Belangenafweging

Met een allesomvattende belangenafweging moet vervolgens worden geoordeeld of die aanzienlijke verstoring leidt tot een zodanige bedrijfsmatige of financiële belasting, dat die -mede gelet op de belangen van de werknemer- in redelijkheid van de werkgever niet meer is te verlangen.²⁶⁸

De eerste twee criteria hebben betrekking op constitutieve voorwaarden om een ontslag vanwege ziekte te kunnen geven. Als aan één van de twee niet is voldaan, is het ontslag sowieso *sozial ungerechtfertigt*. Het derde criterium is een toepassing van de algemene civielrechtelijke plicht om in de overeenkomst rekening te houden met de rechten en de belangen van de ander (§ 241 lid 2 BGB). Heeft de werkgever dat onvoldoende gedaan, dan leidt dat tot een *sozial ungerechtfertigt* ontslag.

Bijzonderheid is een wijziging die zich tijdens de opzegtermijn voordoet waardoor de negatieve prognose niet langer meer opgaat. 'Treu und Glauben' kunnen met zich mee brengen dat de werkgever de zieke werknemer weer aansluitend aan de opzegtermijn in dienst moet nemen. Denk aan een nieuwe medische behandeling die aanslaat waardoor ineens wél herstel binnen afzienbare tijd is te verwachten. Het ontslag zelf kan dan weliswaar *sozial gerechtfertigt* zijn (want voldeed aan de drie criteria) maar de werkgever kan misbruik van recht maken door, gelet op de gewijzigde omstandigheid, een aanbod van de werknemer om na de opzegtermijn weer in dienst te treden ('*Wiedereinstellungsanspruch*') niet aan te nemen.²⁶⁹ Onzeker is of ook een *Wiedereinstellungsanspruch* bestaat bij een wijziging die optreedt ná afloop van de opzegtermijn maar het lijkt van niet.²⁷⁰ De criteria worden tastbaar aan de hand van voorbeelden van ontslag wegens arbeidsongeschiktheid. Zo'n ontslag kent een paar verschijningsvormen; te denken is aan ontslag wegens:

1. veelvuldig kort ziekteverzuim
2. langdurige ziekte
3. blijvende arbeidsongeschiktheid
4. volledige onzekerheid over herstel
5. blijvende verminderde inzetbaarheid

267 Deze stap wordt ook wel in tweeën gedeeld, Hako/Gallner, p.361-367.

268 HWK/Thies, p.2395, Hako/Gallner, p.326.

269 Hako/Gallner, p.349-350 en 454-455 met uitgebreide verwijzing naar jurisprudentie. Voorwaarden zijn bijvoorbeeld dat de werkgever, uitgaande van de geldigheid van het ontslag, niet al voorbereidingen heeft getroffen én dat van hem voortzetting te verlangen is.

270 Hako/Gallner, p.458 en BAG 27 juni 2001, AP § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung, Nr. 10.

Per situatie zal ik aan de hand van de criteria van het BAG onderzoeken wat relevant is voor de beoordeling of een ontslag wegens arbeidsongeschiktheid *sozial ungerecht-fertigt* is of niet.

1. Veelvuldig kort ziekteverzuim

Veelvuldig kort ziekteverzuim in het verleden is op zichzelf geen reden voor ontslag. Vanwege de eis van de negatieve prognose is nodig dat het hoge ziekteverzuim objectief gezien een indicatie is voor een risico op herhaling.²⁷¹ Een werkgever is niet verplicht om vóór het geven van een 'ziekteontslag' te informeren naar de gezondheidstoestand van de werknemer of om te onderzoeken waaraan hij lijdt.²⁷² Een werknemer is op zijn beurt evenmin verplicht mededelingen te doen over zijn gezondheidstoestand. Als de werkgever niet weet waarom zijn werknemer veel (of lang) ziek is, kan hij voor de negatieve prognose niet veel meer doen dan wijzen op het verleden en daaraan de aannames koppelen dat de toekomst niet anders zal zijn.²⁷³ Eenmalige gebeurtenissen als een blindedarmoperatie, arbeidsongeschiktheid als gevolg van een ongeval of het trekken van een tand leiden niet tot een negatieve prognose.²⁷⁴ Het BAG houdt daarbij strikt de hand aan een benadering van geval tot geval en deinst er voor terug om 'starre' normen te stellen voor het tijdsbestek van beoordeling.²⁷⁵ Zo was in één geval veelvuldige ziekte in een tijdsbestek van drie jaar niet genoeg; in een ander geval ging van een periode van 15 maanden wel een 'Indizwirkung' uit.²⁷⁶ Bij 'veelvuldigheid' moet het gaan om regelmatige (qua aantal) en geregelde (qua tussenpozen) ziekmeldingen.²⁷⁷ Ook veel ziekmeldingen van steeds een dag kunnen leiden tot ontslag.²⁷⁸

De negatieve invloed moet aanzienlijk zijn. Die invloed kan bedrijfsmatig bestaan in de verstoring van de bedrijfsvoering, bijvoorbeeld het steeds weer moeten zoeken naar vervanging, verstoorde verhoudingen met collega's die het verzuim moeten opvangen, klagende klanten, vertragingen in de werkzaamheden, maar ook in planningsproblemen. Financieel kan de negatieve invloed liggen in de kosten die een ziekmelding met zich mee brengt. Bij veelvuldig ziekteverzuim kan de werkgever namelijk herhaald met loondoorbetaling gedurende zes weken worden geconfronteerd (§ 3 lid 1 EFZG).²⁷⁹ Bij de financiële verstoring gaat het niet om de negatieve invloed op het bedrijf als geheel, maar op het niveau van de individuele arbeidsovereenkomst.²⁸⁰ De negatieve invloed bestaat niet als van de werkgever overbruggingsmaatregelen te verlangen zijn, zoals het laten overwerken, het aanstellen van een tijdelijke vervanger of het herplaatsen.

271 BAG 23 juni 1983, 2 AZR 15/82, BAG 7 november 2002, 2 AZR 599/01, BAG 23 januari 2014, 2 AZR 582/13.

272 BAG 25 november 1982, AP § 1 KSchG Krankheit Nr. 7, LAG Köln 18 mei 2007, 11 Sa 632/06, BAG 15 augustus 1984, AP § 1 KSchG 1969 Krankheit, Nr. 16.

273 ErfK/Oetker, p.2087, BAG 10 november 2005 AP § 1 KSchG 1969 Krankheit, Nr. 42.

274 Hako/Gallner, p.330-331.

275 BAG 10 november 2005, 2 AZR 44/05.

276 BAG 10 november 2005, 2 AZR 44/05 resp. BAG 19 mei 1993, 2 AZR 598/92.

277 BAG 6 september 1989, 2 AZR 19/89, Hako/Gallner, p.328-329.

278 BAG 23 september 1992, 2 AZR 63/92.

279 ErfK/Oetker, p.2091.

280 BAG 22 mei 1986, RzK I 5 g Nr. 16.

Proportionaliteit en subsidiariteit sluiten ontslag dan uit.²⁸¹ Van een werkgever kan een langere periode van overbrugging worden gevraagd naar mate de werknemer langer in dienst is.²⁸² Een bijzondere maatregel van overbrugging die kan worden geëist, is het herplaatsen op een vrije, passende arbeidsplaats. Dat geldt zelfs als de werkgever (onder gebruikmaking van zijn gezagsrecht) een andere werknemer zou kunnen overplaatsen, om diens functie vrij te maken voor de zieke werknemer.²⁸³ De werkgever hoeft echter geen nieuwe arbeidsplaats te scheppen of een bestaande functie door herverdeling van taken aan te passen.²⁸⁴

In de belangenafweging bij veelvuldig ziekteverzuim neemt de rechter mee of de ziekte werkgerelateerd is, wat het gemiddelde ziekteverzuim van vergelijkbare collega's is, hoe lang de arbeidsovereenkomst al zonder problemen bestaat en wat de leeftijd, de lengte van het dienstverband, de persoonlijke omstandigheden en de positie op de arbeidsmarkt van de werknemer zijn.²⁸⁵ Of de arbeidsongeschiktheid voortvloeit uit een chronische ziekte zal eveneens een rol spelen.

2. Langdurige ziekte

Als de werknemer nog ziek is bij de opzegging én herstel objectief niet binnen afzienbare tijd te verwachten is, dan is de negatieve prognose gegeven.²⁸⁶ Ook hier ligt de nadruk op de nadelen van de werkgever bij voortdurende afwezigheid en niet op de voorbije ziekteperiode met zijn gevolgen. In de regel moet de werkgever wel de loondoorbetalingsperiode van zes weken voor zijn rekening nemen, vóór hij ontslag kan geven vanwege langdurige ziekte.²⁸⁷ Dat is echter geen gegeven: § 8 EFZG bepaalt dat de aanspraak op loondoorbetaling bij ziekte blijft bestaan, ook al wordt de arbeidsovereenkomst '*aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit gekündigt*'. Ontslag is dus eerder mogelijk, bijvoorbeeld als al meteen duidelijk is dat het gaat om arbeidsongeschiktheid die langere tijd gaat duren. Een vaste wachttijd is niet te geven.²⁸⁸

In situaties als deze kan de onzekerheid over de vraag wanneer de werknemer weer arbeidsgeschikt zal zijn,²⁸⁹ betekenen dat de negatieve invloed groot is. De verstoring van de bedrijfsvoering is hier in de regel de belangrijkste grond omdat de kosten van langdurige ziekte in de regel beperkt zijn tot zes weken loondoorbetaling. Alleen als de kosten van een vervanger beduidend hoger uitvallen dan wat de werknemer aan loon zou hebben gekost (denk bijvoorbeeld aan een interim-manager) dan kan dat mede de negatieve invloed bepalen. Oetker meent dat de kosten relevant worden

281 BAG 29 januari 1997, 2 AZR 9/96.

282 BAG 22 februari 1980, AP § 1 KSchG 1969 Krankheit, Nr.6.

283 BAG 22 februari 1980, AP § 1 KSchG 1969 Krankheit, Nr.6.

284 Hako/Gallner, p.337-338 onder verwijzing naar LAG Köln 19 december 1995, LAGE KSchG § 1 Krankheit nr.22.

285 Hako/Gallner, p.338-341, ErfK/Oetker, p.2092-2094.

286 BAG 25 november 1982, 2 AZR 140/81. Herstel moet objectief nog wel mogelijk zijn, anders speelt de situatie van blijvende arbeidsongeschiktheid.

287 ErfK/Oetker, p.2089.

288 ErfK/Oetker, p.2090.

289 En niet zozeer de onzekerheid over de vraag hoe lang de ziekte nog gaat duren of de onzekerheid of hij weer beter zal worden.

als zij meer dan drie maandsalarissen bedragen.²⁹⁰ De negatieve invloed vanwege verstoring van de bedrijfsvoering kan volgens het BAG beperkt zijn, omdat een werkgever een vervanger met een bepaalde tijdcontract van ten hoogste twee jaar zou kunnen aannemen.²⁹¹

De belangenafweging bij langdurige ziekte verloopt gelijk aan de situatie van veelvuldig kort ziekteverzuim.²⁹² Hoewel de negatieve invloed door het aannemen van een vervanger beperkt zou kunnen zijn, kan dat in de belangenafweging uiteindelijk tot een terecht ontslag wegens arbeidsongeschiktheid leiden. De plicht om een vervanger aan te moeten stellen beperkt namelijk de beleidsvrijheid van de ondernemer en zo'n ingrijpen kan zó ver gaan dat dit in redelijkheid van de werkgever niet te verlangen is, bijvoorbeeld bij een langdurige inwerkperiode.²⁹³

3. Blijvende arbeidsongeschiktheid

Blijvende arbeidsongeschiktheid kan reden voor ontslag zijn.²⁹⁴ Het verschil met de langdurige ziekte is daarin gelegen dat bij blijvende arbeidsongeschiktheid duidelijk is dat de werknemer niet meer arbeidsgeschikt zal worden voor de '*geschuldete Arbeitsleistung*'. Als die blijvendheid vaststaat, is daarmee de negatieve prognose een feit. Het kan gaan om een werknemer die blijvend thuis zit, maar ook om een werknemer die weliswaar aangepaste werkzaamheden verricht (zie hierna § 8.6), maar waarvan duidelijk is dat terugkeer in de eigen functie niet meer mogelijk is. Een periode van anderhalf jaar zonder concreet uitzicht op verbetering is met blijvende arbeidsongeschiktheid gelijk te stellen.²⁹⁵

Het BAG heeft daar meteen aan gekoppeld dat dan doorgaans de negatieve invloed ook een gegeven is.²⁹⁶ De verbintenis uit de wederkerige arbeidsovereenkomst tot het verrichten van de bedongen arbeid kan niet meer door de werknemer worden nagekomen en de werkgever moet rekening houden met langdurige of herhaalde uitval, mogelijk ook met daaraan gekoppelde loondoorbetalingslasten. Bij een werknemer die aangepast werk verricht, is als negatieve invloed nog benoemd dat de werkgever niet langer zijn gezagsrecht kan uitoefenen: hij is niet vrij meer te bepalen welk werk wanneer door de werknemer moet worden gedaan.²⁹⁷ Overbruggingsmogelijkheden, meer in het bijzonder door herplaatsing op een vrije arbeidsplaats of het kunnen vrijmaken van een passende plek door overplaatsing van een andere werknemer, blijven echter belangrijke aspecten. Ontslag kan daardoor wellicht niet te geven zijn, vanwege het ontbreken van (voldoende) negatieve invloed. Voor wat

290 ErfK/Oetker, p.2089.

291 BAG 29 april 1999, 2 AZR 431/98 (BAGE 91,271) beperking in duur vanwege § 14 lid 2, eerste volzin TzBfG (zonder *sachlichen Grund*).

292 ErfK/Oetker, p.209.

293 Hako/Gallner, p.344-345.

294 BAG 21 mei 1992, AP § 1 KSchG 1969 Krankheit, Nr. 30, BAG 22 september 2005 AP § 81 SGB IX Nr. 10.

295 BAG 21 mei 1992, AP § 1 KSchG 1969 Krankheit, Nr. 30.

296 BAG 3 december 1998, 2 AZR 773/97.

297 Hako/Gallner, p.345-347.

betreft het kunnen aannemen van een andere werknemer op basis van een bepaalde tijd contract: het BAG heeft uitgemaakt dat van een werkgever bij blijvende arbeidsongeschiktheid van zijn werknemer niet kan worden verlangd de werkzaamheden van die zieke werknemer duurzaam aan een ander op te dragen.²⁹⁸ Dat lijkt logisch omdat een arbeidsovereenkomst een duurovereenkomst is, gericht op persoonlijke arbeidsverrichting door de werknemer.²⁹⁹

De belangenafweging pakt ten slotte maar zelden uit in het voordeel van de werknemer. Er is nauwelijks een situatie te bedenken waarin, ondanks het blijvend niet meer kunnen vervullen van de verbintenis waartoe hij zich verbonden heeft, het ontslag van de werknemer kan worden gedwarsboomd. Als de werknemer blijvend arbeidsongeschikt wordt door een arbeidsongeval ter zake waarvan de werkgever een verwijt treft, zou kunnen worden gesteld dat de werkgever een nieuwe passende arbeidsplaats zou moeten scheppen. Maar de vraag of dit van een werkgever kan worden verlangd, moet al zijn beantwoord in de stap rond de negatieve invloed.³⁰⁰

4. Volledige onzekerheid over herstel

In de voorgaande drie besproken situaties was de status van de arbeidsongeschiktheid steeds duidelijk. Vast stond dat de werknemer vaak ziek was geweest, dat de werknemer ooit weer zou herstellen maar niemand wist wanneer, of dat de werknemer nooit meer zou herstellen. In de praktijk zijn echter veel ziekmeldingen met een bepaalde mate van onzekerheid omgeven als het gaat om herstelprognoses. De bijzondere situatie kan zich voordoen dat volledig onzeker is of en zo ja wanneer, de zieke werknemer weer herstelt. Een voorbeeld is de werknemer die in een coma raakt.

Een negatieve prognose kan dan in feite niet worden gemaakt. In juridische zin wordt deze situatie vanuit het algemene verbintenissenrecht benaderd met de vraag of het hier een blijvende of een tijdelijke onmogelijkheid om na te komen betreft. Bij een blijvende onmogelijkheid zou spelen wat hiervoor bij blijvende arbeidsongeschiktheid is besproken. Bij tijdelijke onmogelijkheid komt de vraag naar boven of het doel van de overeenkomst nog kan worden bereikt én of van de werkgever in redelijkheid kan worden verlangd de overeenkomst voort te zetten totdat de verhindering niet meer bestaat.³⁰¹ De keuze tussen deze twee kan niet worden gemaakt omdat de toekomst onzeker is. Het BAG heeft daarom de blijvende en de tijdelijke onmogelijkheid aan elkaar gelijkgesteld, als herstel überhaupt niet voorzienbaar is of als binnen twee jaar niet met herstel rekening hoeft te worden gehouden.³⁰²

298 BAG 28 februari 1990, 2 AZR 401/89, BAG 21 mei 1992, 2 AZR 399/91.

299 Zie § 7.4.2.

300 Bij veelvuldig kort verzuim is al genoemd dat het scheppen van een nieuwe arbeidsplaats door de werkgever niet verplicht lijkt.

301 Hako/Gallner, p.347-348.

302 Bijv. BAG 21 mei 1992, 2 AZR 399/91, BAG 29 april 1999, 2 AZR 431/98, BAG 18 januari 2007 2 AZR 759/05, ErfK/Oetker, p.2090.

Als een van die twee situaties zich redelijkerwijs voordoet dan mag worden gehandeld net als bij blijvende arbeidsongeschiktheid.³⁰³ Een negatieve invloed is aannemelijk en de belangenafweging zal in het voordeel van de werkgever uitpakken, behoudens mogelijke overbruggingsmaatregelen.³⁰⁴ Een ontslag zal dan *sozial gerechtfertigt* kunnen zijn.

5. Blijvende verminderde inzetbaarheid

Ook de blijvend verminderde inzetbaarheid vanwege ziekte kan een reden zijn voor ontslag.³⁰⁵ Een werknemer kan wetstechnisch gezien niet *gedeeltelijk* arbeidsongeschikt zijn. Toch kan hij praktisch gezien wel in staat zijn een deel van zijn eigen werk te verrichten of zijn volledige eigen werk maar in een langzamer tempo. Zo'n deelprestatie verandert niets aan zijn volledige arbeidsongeschiktheid en de werknemer heeft volgens het BAG geen aanspraak op het mogen verrichten daarvan.³⁰⁶ Vanuit de civielrechtelijke benaderingswijze van de arbeidsovereenkomst is dat wel logisch; § 266 BGB bepaalt dat een schuldenaar niet tot deelprestaties is gerechtigd.

Een negatieve prognose moet kunnen worden afgegeven als duidelijk is dat in de toekomst blijvend aanzienlijke '*Minderleistungen*' zullen worden geleverd. Een voorbeeld is dat de werknemer vanwege ziekte de eigen werkzaamheden alleen nog in een lager tempo zal kunnen doen. Is te verwachten dat de werknemer op termijn weer wel '*Normalleistungen*' kan leveren, zelfs al zou dat tijdstip kort na een in acht te nemen opzegtermijn liggen, dan is er volgens het BAG geen negatieve prognose.³⁰⁷

Of sprake is van negatieve invloed hangt af van de mate van *Minderleistung*. Niet elke mindere prestatie is aanzienlijk genoeg om een ontslag te dragen. Het BAG heeft voldoende negatieve invloed aangenomen als de werknemer nog maar in staat is tweederde van de normale prestatie te verrichten.³⁰⁸ Ook kan de negatieve invloed worden aangenomen als de collega's het niet verrichte werk niet duurzaam kunnen overnemen.³⁰⁹ Interessant is nog de houding van het BAG rond de *Änderungskündigung*. Eerder noemde ik al dat die mogelijkheid eerst moet worden onderzocht voordat naar het uiterste middel van een *personenbedingte Kündigung* wordt gegrepen. Een redelijke *Änderungskündigung* lijkt bijvoorbeeld te zijn het verminderen van het loon naar dat wat hoort bij de verrichte arbeid.³¹⁰ Bij blijvend verminderde inzetbaarheid kan een *ordentliche Kündigung* dus *sozial ungerechtfertigt* worden geoordeeld als de werkgever geen *Änderungskündigung* heeft aangezegd en daarbij het loon aanpast aan de (door ziekte veroorzaakte) mindere prestatie van de werknemer. Ten aanzien van de belangenafweging spelen geen bijzonderheden.

303 Het gaat dan immers om tijdelijke onmogelijkheid, waarbij het van de werkgever in redelijkheid niet meer is te verlangen de arbeidsovereenkomst voort te zetten.

304 Hako/Gallner, p.347-350.

305 BAG 26 september 1991, 2 AZR 132/91.

306 BAG 25 juni 1981, AP § 616 BGB, Nr. 52.

307 BAG 21 februari 2001, 2 AZR 558/99, Hako/Gallner, p.350-351.

308 BAG 26 september 1991, 2 AZR 132/91, zie ook BAG 11 december 2003, 2 AZR 667/02.

309 Hako/Gallner, p.350-352.

310 Voor een *verhaltensbedingte Kündigung*, besproken in BAG 11 december 2003, 2 AZR 667/02, Hako/Gallner, p.352-354.

7.7.4 *Außerordentliche Kündigung bij arbeidsongeschiktheid*

Een zieke werknemer kan op staande voet worden ontslagen. Ik noemde al dat bij de beoordeling van de grond voor een *außerordentliche Kündigung* het KSchG geen rol speelt.³¹¹ De toetsing vindt niet plaats aan de vraag of het ontslag *sozial gerechtfertigt* is, maar of er een *wichtigen Grund* is in de zin van § 626 BGB. De *außerordentliche Kündigung* wegens ziekte is toegestaan als de afloop van de opzegtermijn niet kan worden afgewacht.³¹² De ontwikkelde normen bij de *ordentliche Kündigung* zijn overeenkomstig van belang, hoewel zij zwaarder worden getoetst.³¹³ Met een negatieve prognose moet de te verwachten bedrijfsmatige of financiële negatieve invloed zodanig zijn dat na belangenafweging 'ausnahmsweise' het einde van de opzegtermijn niet kan worden afgewacht.³¹⁴ Als voorbeelden zijn twee oude uitspraken te vinden, waarbij het werken in het ene geval verboden was, omdat de werknemer een besmettelijke ziekte had (tyfus) en in het andere geval al bij de aanstelling duidelijk was dat de werknemer vanwege gezondheidsredenen de overeengekomen arbeid niet zou kunnen verrichten.³¹⁵ Een werknemer die tien jaar lang heel vaak ziek was, kon niet *außerordentlich* worden ontslagen, omdat het aantal en de duur van de ziekmeldingen in de laatste drie jaar duidelijk afnamen. Daarmee bestond er geen negatieve prognose én geen dusdanige negatieve invloed dat een ontslag was aangewezen.³¹⁶

In het algemeen moet er van uit worden gegaan dat ziekte geen *wichtigen Grund* oplevert.³¹⁷ Dat betekent dat eigenlijk met name in situaties dat een *ordentliche Kündigung* niet mogelijk is, bijvoorbeeld bij het ontbreken van een tussentijds opzegbeding in contracten voor bepaalde tijd,³¹⁸ de *außerordentliche Kündigung* aan de orde kan komen.³¹⁹ De *wichtigen Grund* ligt daar in de onmogelijkheid om *ordentlich* op te zeggen. Een andere categorie waarbij de *außerordentliche Kündigung* bij ziekte kan spelen, is bij het niet naleven van bepaalde ziektevoorschriften. Het gaat dan niet om een ontslag wegens ziekte maar vanwege overtreding van met ziekte samenhangende nevenplichten. Die nevenplichten bespreek ik nog uitgebreider in het volgende hoofdstuk, maar het betreft vooral overtreding van controlevoorschriften alsook het niet meewerken aan herstel. Verder kunnen situaties spelen dat de werknemer zich ten onrechte ziek meldt en 'ziek viert'. De werknemer is dan zonder deugdelijke reden afwezig maar ontvangt wel loon. De bewijslast voor de onwettige afwezigheid ligt bij de werkgever. Slaagt hij in het bewijs dan is het bedrog van de

311 § 13 lid 1 KSchG.

312 HWK/Sandmann, p.1810-1811, ErfK/Müller-Glöge, p.1708-1709.

313 BAG 9 september 1992, AP § 626 BGB Krankheit, Nr.3, BAG 23 januari 2014, 2 AZR 582/13, waarin wordt gesteld dat *außerordentliche Kündigung* alleen ana de orde komt bij een 'gravierenden Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung'.

314 BAG 18 oktober 2000, AP § 626 BGB Krankheit, Nr.11.

315 LAG Düsseldorf 20 oktober 1960, BB 1961, 49 en BAG 28 maart 1974, 2 AZR 92/73. Ook in de literatuur worden nauwelijks situaties genoemd Hako/Gieseler, p.1400-1401, ErfK/Müller-Glöge, p.1708-1709.

316 BAG 23 januari 2014, 2 AZR 582/13.

317 Hako/Gieseler, p.1400, HWK/Sandmann, p.1810.

318 § 15 lid 3 TzBfG.

319 ErfK/Müller-Glöge, p.1708-1709, BAG 30 september 2010, BAGE 135, 361.

werknemer een dusdanige aantasting van de vertrouwensrelatie dat het een *wichtigen Grund* oplevert, zelfs zonder voorafgaande *Abmahnung*. Als de werknemer via kunstgrepen een medische verklaring van arbeidsongeschiktheid heeft verkregen (die hij uiterlijk op de vierde dag moet inleveren) dan is het bewijs voor de werkgever bijzonder lastig.

Het BAG is verder streng waar het gaat om het dreigen met een ziekmelding. Als de werknemer bijvoorbeeld vakantie aanvraagt en niet krijgt en er vervolgens mee schermt zich ziek te zullen gaan melden, dan kan dat alleen al een *wichtigen Grund* zijn, ongeacht of hij zich daarna daadwerkelijk ziek meldt. Hij overtreedt namelijk zijn plicht om rekening te houden met de belangen van de werkgever en schendt het vertrouwen van de werkgever '*da er den berechtigten Verdacht aufkommen lässt, er missbrauche notfalls seine Rechte aus den Entgeltfortzahlungsbestimmungen, um einen unberechtigten Vorteil zu erreichen*'.³²⁰

7.7.5 Betrokkenen bij ontslag van arbeidsongeschikte werknemer

Er kunnen verschillende anderen dan de werkgever en de werknemer betrokken zijn bij ontslag van een arbeidsongeschikte werknemer. Het gaat om de *Betriebsrat*, de '*Schwerbehindertenvertretung*' en het '*Integrationsamt*'.

Ten eerste de *Betriebsrat*. Eerder zagen wij al dat de werkgever vóór elk ontslag de *Betriebsrat* moet horen en de motivering moet meedelen, ook over de vraag of *ordentlich* of *außerordentlich* wordt ontslagen.³²¹ Bij arbeidsongeschiktheid speelt een aantal bijzondere regels een rol. Zo moet de motivering niet alleen omvatten om welk van de vijf eerder genoemde verschijningsvormen van ontslag en arbeidsongeschiktheid het gaat, maar ook het aantal en de duur van de verschillende ziekmeldingen, de aard van het ziekteverzuim en de afweging van de economische en bedrijfsmatige belangen. De negatieve prognose en de negatieve invloed zijn dus ook voor de *Betriebsrat* relevant.³²² De werkgever moet bovendien in de regel aandacht schenken aan de vraag waarom herplaatsing op een door de werknemer of de *Betriebsrat* voorgestelde arbeidsplaats niet mogelijk is. Het BAG heeft uitgemaakt dat de financiële last die de loondoorbetaling bij ziekte met zich mee brengt in de afweging rond de negatieve invloed mag worden betrokken. De *Betriebsrat* heeft dan wel recht op inzage in die kosten.³²³

Ten tweede komt een rol toe aan de zogenaamde *Schwerbehindertenvertretung*. In organisaties waar ten minste vijf *Schwerbehinderten* of gelijkgestelden duurzaam werken, moet een *Schwerbehindertenvertretung* worden gekozen, een orgaan dat zich bezig houdt met de belangenbehartiging van *Schwerbehinderten*. Het orgaan hoeft daar niet uit te bestaan; iedereen die ten minste zes maanden in de organisatie werkt,

320 HWK/Sandmann, p.1810 naar aanleiding van BAG 5 november 1992, 2 AZR 147/92.

321 Zie § 7.6.2 en 7.6.3.

322 BAG 24 november 1983, AP Nr.18 zu § 102 BetrVG 1972.

323 BAG 6 september 1989, DB 1990, 431.

is verkiesbaar. Wel zijn alleen de *Schwerbehinderten* en gelijkgestelden kiesgerechtigd.³²⁴ De *Schwerbehindertenvertretung* is geen onderdeel van de *Betriebsrat*, maar een apart orgaan en bestaat uit een vertrouwenspersoon en ten minste één plaatsvervangend lid. De hoofdtaak van de *Schwerbehindertenvertretung* is het bevorderen van de integratie van *Schwerbehinderten* in het bedrijf en het ondersteunen en adviseren daarbij. In de praktijk blijkt dat zij ook vaak de aanjager van re-integratie is.³²⁵ Daarnaast is een taak weggelegd in de ontslagbescherming. Een werkgever die een *Schwerbehinderte* wil ontslaan, moet daarvoor eerst de *Schwerbehindertenvertretung* informeren, hun opvattingen aanhoren en daarna de definitieve beslissing onverwijld aan hen meedelen.³²⁶ Laat de werkgever dat na, dan kan het ontslag desondanks toch rechtsgeldig zijn. Het naleven van de verplichtingen tegenover de *Schwerbehindertenvertretung* is geen constitutieve voorwaarde voor ontslag, evenmin heeft zij een medebeslissingsrecht.³²⁷

Ten slotte nog het *Integrationsamt*. Het *Integrationsamt* is een instantie die zich op Landniveau bezig houdt met de regelingen rond *Rehabilitation* voor zover daarvoor niet andere instanties zijn aangewezen.³²⁸ Het *Integrationsamt* zorgt primair voor begeleiding van re-integratie, die praktisch wordt uitgevoerd door zogeheten '*Integrationsfachdienste*'. Een belangrijke andere taak van het *Integrationsamt* is geregeld in § 85 SGB IX. Het regelt dat een werkgever voorafgaand aan de opzegging van een arbeidsovereenkomst van een *Schwerbehinderte* toestemming van het *Integrationsamt* moet hebben. Die toestemming is nodig voor zowel de *ordentliche* als voor de *außerordentliche Kündigung*.³²⁹ Bij de afloop van een bepaaldetijdcontract, bij een beroep op een wilsgebrek of bij een einde met wederzijds goedvinden is de toestemming niet nodig. Voorwaarde is dat de *schwerbehinderte* werknemer op het tijdstip van ontvangst van de opzegging zes maanden in dienst moet zijn. De status van *Schwerbehinderte* moet bovendien door de werknemer zijn bewezen op het tijdstip van de *Kündigung*. Deze bijzondere ontslagbescherming geldt even goed voor gelijkgestelden.³³⁰ Het *Integrationsamt* moet een beslissing nemen gebaseerd op '*pfllichtgemäßes Ermessen*'.³³¹ het betreft een belangenafweging tussen die van de werkgever enerzijds en die van de *schwerbehinderte* werknemer anderzijds. Alleen die overwegingen zijn van belang die betrekking hebben op de speciale zorgplicht van de overheid voor *Schwerbehinderten*.³³² Het gaat dus om een aanvullende bescherming, bovenop de 'normale' ontslagbescherming die door de rechter wordt getoetst.³³³

324 § 94 SGB IX.

325 Den Uijl, p.480.

326 § 95 lid 2 SGB IX.

327 Neumann/Pahlen, p.426-428. Niet naleving kan wel een boete betekenen voor de werkgever.

328 § 101 e.v. jo. § 6 SGB IX. Zulke andere instanties kunnen zijn de *Bundesagentur für Arbeit* maar ook de *Krankenkassen*.

329 § 88 jo. 91 SGB IX. De beslistermijnen verschillen wel. Bij de *außerordentliche Kündigung* geldt verder nog dat het *Integrationsamt* binnen twee weken moet beslissen, bij gebreke waarvan de toestemming geacht wordt te zijn verleend (§ 91 lid 3). Uitzonderingen op de noodzaak van voorafgaande toestemming zijn opgesomd in § 90 SGB IX.

330 § 68 lid 3 SGB IX, BAG 1 maart 2007, 2 AZR/217/06.

331 § 39 SGB I.

332 BVerwG 20 oktober 1994, 5 B 19/94-RzK IV 8 b nr.8, ErfK/Rolfs, p.2544.

333 Hako/Fiebig, p.1659-1661.

Daarbij spelen de grootte van het bedrijf, het aantal tewerkgestelde *Schwerbehinderten*, de lengte van het dienstverband, de persoonlijke omstandigheden van de werknemer en de arbeidsmarktpositie een rol.³³⁴ Het *Integrationsamt* vraagt om een standpunt van de *Betriebsrat*, van de *Schwerbehindertenvertretung* en van de werknemer zelf voordat hij een beslissing neemt.

Inhoudelijk komt die bescherming er op neer dat het *Integrationsamt* zich bij de beoordeling laat leiden door het doel van SGB IX, te weten nadelen als gevolg van de beperkingen als *Schwerbehinderte* tegen te gaan. De belangen van de werknemer wegen daarom minder zwaar als de voorgenomen ontslaggrond verder af staat van de *Behinderung*.³³⁵ Er wordt niet getoetst aan andere voorwaarden voor ontslag, maar alleen of en in hoeverre, het ontslag door de kwaal wordt veroorzaakt.³³⁶ Uit de rechtspraak is af te leiden dat het *Integrationsamt* een rol toekomt bij de verschillende gronden voor ontslag. Bij de *personenbedingte Kündigung* mag de toestemming, bijv. bij veelvuldig kort verzuim, alleen worden verleend als het jarenlange hoge verzuim de verwachting rechtvaardigt dat een zinvolle tewerkstelling van de werknemer niet meer aan de orde is. Er moet wel worden onderzocht of een passende herplaatsing mogelijk is. Bij een *verhaltensbedingte Kündigung* moet worden bekeken in hoeverre het plichtsverzuim van de werknemer berust op zijn beperkingen. Zelfs als er verband bestaat, hoeft dat trouwens geen belemmering te zijn; toestemming mag worden gegeven als de *Schwerbehinderte* bijvoorbeeld de waardigheid van andere werknemers herhaaldelijk geschonden heeft. Bij een *betriebsbedingte Kündigung* dient het *Integrationsamt* zich neer te leggen bij de beleidsvrijheid van de werkgever om de arbeidsplaats te laten vervallen. Wel moet dan worden gecontroleerd of ruimte bestaat voor een herplaatsing, bijvoorbeeld door redelijke om- of bijscholing.³³⁷

De toestemming moet ook aan het *Integrationsamt* worden verzocht als voor de *Schwerbehinderte* een passende andere arbeidsplaats zeker is gesteld (§ 89 lid 2 SGB IX). Dit doet zich met name voor bij *Änderungskündigungen*. Niettemin heeft de rechter deze bepaling ook toepasbaar geacht als aan de werknemer door de eigen of een andere werkgever een nieuwe arbeidsovereenkomst is toegezegd.³³⁸ Voor wat betreft het passende aanbod moet rekening worden gehouden met de aard van de werkzaamheden, de arbeidsomstandigheden, het loon, de reisafstand en de bijzonderheden van de nieuwe werkomgeving.³³⁹

Zegt de werkgever op zonder voorafgaande toestemming van het *Integrationsamt* dan is de opzegging nietig (§ 134 BGB) en duurt de arbeidsovereenkomst voort. Verkrijgt de werkgever de toestemming dan moet hij daarvan binnen één maand gebruik

334 Minninger, p.115-116.

335 ErfK/Rolfs, p.2543.

336 ErfK/Rolfs, p.2544.

337 ErfK/Rolfs, p.2544. De wet kent beperkingen van de beoordelingsruimte van het *Integrationsamt* zoals bij (tijdelijke) bedrijfsbeëindiging en faillissement, § 89 SGB IX.

338 Althans een voorganger van deze bepaling uit het *Schwerbeschäftigergesetz*, BVerwG 12 januari 1966, AP §18 SchwBeschG, Nr.6.

339 ErfK/Rolfs, p.2545.

maken.³⁴⁰ Voor *Schwerbehinderten* geldt dan een minimale opzegtermijn van vier weken, die niet kan worden bekort.³⁴¹ Tegen het besluit van het *Integrationsamt* is zowel voor werknemer als werkgever bezwaar en beroep mogelijk bij de bestuursrechter, wat echter geen schorsende werking heeft. Krijgt de werknemer op enig moment gelijk en is de toestemming ten onrechte verleend, dan is daardoor ook de opzegging nietig. De werkgever moet het achterstallige loon doorbetalen én de werknemer weer tewerkstellen. De werknemer kan in plaats van in bezwaar en beroep ook naar de civiele rechter en daar de '*sozial ungerechtfertigkeit*' van het ontslag laten vaststellen.

7.8 Conclusie ontslag en arbeidsongeschiktheid

In de Duitse literatuur wordt de rechtspraak rond het ontslag van de zieke werknemer wel een soort '*va banque*'-spel genoemd of een '*Lotteriespiel*'. Het BAG wordt over dit onderwerp wel betiteld als '*eine Art von delphischem Orakel*'. Het ontslagrecht is niet meer berekenbaar, maar wordt bepaald door het toeval of het lot.³⁴² De oorzaak daarvan wordt er in gezocht dat ontslagrecht bij ziekte steeds meer rechtersrecht is. Voeg daar aan toe dat er verschillende rechtsvragen spelen, zoals óf en wanneer ziekte een reden is voor een beëindiging en zo ja of dat dan *ordentlich* of *außerordentlich* is, de rol die het gedrag van de werknemer daarin speelt, met daarnaast technische vragen over het bewijsrecht, de mededelingsplicht, de benodigde toestemming van het *Integrationsamt*, de rol van de *Betriebsrat* én de ontslagvergoeding en er ontstaat een ingewikkelde cocktail.

7.9 Afronding

Het systeem van het Duitse sociaal recht is besproken, waarbij de begrippen re-integratie, arbeidsongeschiktheid en werknemer zijn toegelicht. Bovendien is stilgestaan bij de inkomensvoorziening bij arbeidsongeschiktheid en het ontslag bij arbeidsongeschiktheid. Het laatste onderdeel van de rechtsvergelijkende beschrijving is de bespreking van de achtergronden van het huidige re-integratierecht in Duitsland en het positieve recht.

340 § 88 lid 3 SGB IX, Neumann/Neumann, p.357-358.

341 § 86 SGB IX, zie ook Neumann/Neumann, p.345-347, waaruit volgt dat de waarde van deze minimale opzegtermijn betrekkelijk is.

342 Lepke citeert een aantal opvattingen, p.15-16.

Re-integratie van de zieke werknemer in Duitsland

Ter afsluiting van de beschrijvende fase van dit onderzoek wordt het huidige re-integratierecht in Duitsland besproken. Aan de orde komen specifieke achtergronden van re-integratie, de controlevoorschriften, de verzuimvoorschriften en de re-integratievoorschriften.

8.1 Inleiding¹

De regeling van de re-integratie van zieke werknemers is in Duitsland een hybride geheel. Eigenlijk kan niet van 'de' regeling van re-integratie worden gesproken, want de regelgeving is sterk versnipperd: het komt voor in SGB Boek I, V, VI, VII en IX. Een van de belangrijkste maatregelen staat in SGB V (*Krankenversicherung*): de verplichting voor geleidelijke werkhervatting van zieke werknemers ('*stufenweise Wiedereingliederung*'). Een andere belangrijke regeling komt uit het SGB IX en betreft het zogeheten re-integratiemanagement ('*betriebliches Eingliederungsmanagement*') dat van toepassing is op elke werknemer.

Uit de bespreking van het ontslagrecht bij zieke werknemers is al gebleken dat een belangrijk deel van de re-integratieverplichtingen van een werkgever verscholen ligt in de ontslagbescherming bij ziekte. Tegelijk staan er in SGB IX behoorlijk veel bepalingen die zich richten op de werkgever in zijn verhouding met de werknemer, zodat het socialezekerheidsrecht en het arbeidsrecht naast elkaar staan en door elkaar lopen. Als een werkgever bijvoorbeeld een zieke werknemer wil ontslaan dan moet hij wel al de arbeidsplaats hebben aangepast en hebben gekeken naar passende andere interne mogelijkheden. Voor die aanpassing en interne herplaatsing kan de werkgever gebruik maken van de voorzieningen die SGB IX biedt.²

Ik zal eerst kort stilstaan bij een aantal hoofdlijnen uit de geschiedenis van re-integratie in Duitsland en de beginselen daarvan, waarna ik het positieve re-integratierecht bij arbeidsongeschiktheid zal bespreken.

1 Dit hoofdstuk is mede gebaseerd op mijn interview met prof. dr. F. Welti van de Universiteit van Kassel (26 september 2013).

2 Het moet gaan om een werknemer die *Schwerbehinderter* is in de zin van SGB IX. Ook bij andere zieke werknemers die daar niet onder vallen kan dit aan de orde komen volgens BAG 12 juli 2007, 2 AZR 716/06. Lepke bespreekt het ontslagrecht voor *Schwerbehinderten*, p.457-481.

8.2 Geschiedenis van re-integratie in Duitsland

In het verleden heeft vooral het socialezekerheidsrecht gefungeerd als aanjager van het denken over re-integratie. Als er al wetgeving tot stand kwam, was dat in het kader van sociale zekerheid, bijvoorbeeld de oorlogsslachtofferzorg of de armenzorg. In 1846 besprak de Duitse theoloog en staatsrechtgeleerde Franz Josef von Buß bijvoorbeeld:

*'Vielmehr soll der heilbaren Arme vollkommen rehabilitiert werden; er soll sich zu der Stellung erheben, von welcher er herabgestiegen war; er soll das Gefühl seiner persönlichen Würde wiedergewinnen und mit ihr ein neues Leben...Die Rehabilitation wird man durch eine vollständige Unterstützung... erwirken.'*³

In arbeidsrechtelijk verband is de ontwikkeling van re-integratie net als in Nederland vooral gelopen via rechtspraak. Alleen § 617 BGB bepaalt van oudsher dat de 'werkgever' heeft te zorgen voor verpleging en medische behandeling van inwonend personeel. Omdat de arbeidsovereenkomst veelal primair als civielrechtelijke overeenkomst wordt gezien, zijn lange tijd niet veel verdere nevenverplichtingen rond re-integratie tot stand gekomen.

Eerder heb ik al genoemd dat de notie van Rehabilitation in Duitsland van oudsher veel breder was dan alleen terugkeer naar het werk. Dat aspect is de '*berufliche Rehabilitation*' maar veel aandacht bestaat voor de '*medizinische Rehabilitation*'. Het herstel van de gezondheid, met medische hulp en vaak in een instelling, kreeg de nadruk. Toch is rond de vorige eeuwwisseling al wel (mondjesmaat) aandacht geweest voor re-integratie op het werk. In het *Krankenversicherungsgesetz* van 1892 werd bijvoorbeeld mogelijk gemaakt dat een zieke werknemer die na afronding van de medische behandeling arbeidsgeschikt was, langzaam zijn werk weer mocht opbouwen met financiële ondersteuning. In het *Unfallversicherungsgesetz* van 1900 werd voor het eerst neergelegd dat verbetering van '*Erwerbsfähigkeit*' vóór uitkering gaat, wat tot de dag van vandaag een principe van het Duitse socialezekerheidsrecht is ('*Reha vor Rente*'). Op grond van de *Reichsversicherungsordnung* van 1911 ten slotte konden aan zieke werknemers na hun behandeling hulpmiddelen ter beschikking worden gesteld om de arbeidsgeschiktheid '*herzustellen oder zu erhalten*'.⁴

8.2.1 Oorlog

Oorlog en re-integratie zijn in Duitsland nauw verbonden. Hoewel al in 1906 wettelijke regelingen bestonden voor oorlogsslachtoffers⁵ werd de noodzaak daarvoor pas echt groot na de Eerste Wereldoorlog. Ongeveer 900.000 slachtoffers moesten vanuit

3 Welti 2005, p.120 en ook F. Welti, 'Das betriebliches Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs.2 SGB IX- sozial- und arbeitsrechtliche Aspekte', NZS 2006, 623 (Welti 2006).

4 Resp. § 21 Abs.1 nr.3a KVG (oud), § 23 Abs. 1 UVG (oud) en §187 nr.3 RVO (oud), P. Kistorz, *Sozialstaatliche Interventionen zu Gunsten von Menschen mit Behinderung* (diss.), Nomos: Baden-Baden, 2008, p.103-104 en 108.

5 Bijv. *Mannschaftsversorgungsgesetz* en het *Offizierpensionengesetz*.

nationaal plichtsbefes en ideële gedachten weer in het arbeidsproces worden ingeschakeld.⁶ In 1923 werd daarom een aantal voorlopige maatregelen, die golden vanaf 1919, vervangen door het *Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter* (SchwBeschG). Deze wet kende een plicht voor werkgevers om 2% 'Schwerbeschädigten' als werknemer in dienst te nemen. Een *Schwerbeschädigte* was een persoon die ten minste een 50%-verminderde verdien capaciteit had. Gebeurde dat in dienst nemen niet vrijwillig dan kon een werkgever daartoe worden gedwongen met een besluit van de 'Hauptfürsorgestelle', de aangewezen uitvoeringsinstelling. Door dat besluit werd namelijk een arbeidsovereenkomst geacht te zijn gesloten tussen werkgever en *Schwerbeschädigter*.⁷ Als een aanpassing van de werkplek of organisatie nodig was om zo iemand in te zetten, dan was de werkgever daartoe verplicht.⁸ Ten slotte kregen *Schwerbeschädigter* ook ontslagbescherming met een preventieve ontslagtoets door de *Hauptfürsorgestelle*. Deze wet strekte zich naast oorlogsslachtoffers ook uit over werknemers die meer dan 50% arbeidsongeschikt waren geraakt vanwege een arbeidsongeval.⁹

Niet alleen in het SchwBeschG maar ook in het *Unfallversicherungsgesetz* stonden bepalingen over re-integratie. Al vanaf het begin namen uitvoeringsinstanties vrijwillig maatregelen om vroegtijdig (nog in de wachttijd vóór uitkering) aan te sturen op herstel en re-integratie, aangezien de aanspraken onder de *Unfallversicherung* voor onbepaalde duur waren. Daarmee was het in hun financiële belang instroom te voorkomen.¹⁰ In 1925 werd in de wet opgenomen dat de werknemer aanspraak had op maatregelen, die zijn mogelijkheden op terugkeer in zijn huidige of een ander beroep zouden vergroten ('*Berufsfürsorge*').¹¹ Een richtlijn voor de uitvoeringsinstantie uit die tijd luidde:

*'Schon bei Beginn des Heilverfahrens ist auf eine weitgehende Erhaltung der Arbeitsfähigkeit im alten Beruf und auf eine beschleunigte Zurückführung nach abgeschlossenem Heilverfahren oder wo angäng-lich, im Rahmen arbeitstherapeutischer Heilbehandlung zu achten...Die Wiederaufnahme bei dem früheren Arbeitgeber empfiehlt sich an erster Stelle. Man soll daher sofort, nachdem sich die verbleibene Arbeitsfähigkeit überblicken läßt, mit diesem in Verbindung treten. Der Schwerunfallverletzte soll nur in Ausnahmefälle einem anderen Beruf zugeführt werden.'*¹²

6 C. Harmsen, *Der Schwerbehinderte und seine Rechte*, Decker en Müller: Heidelberg 1988, p.11-15, Kistorz, p.119.

7 § 7 SchwBeschG. Deze zogeheten 'Abschlußzwang' gold zelfs als er geen vrije arbeidsplaatsen waren, zodat werkgevers konden worden gedwongen om werknemers te ontslaan om plaats te maken, zie uitgebreider N. Berger, *Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter*, Inngau: Rosenheim 1950, p.5-6, 11 en 39-41.

8 § 10 lid 2 SchwBeschG 1923.

9 Dus overeenkomstig van kracht bij de wettelijke *Unfallversicherung*, Berger, p.19.

10 Kistorz, p.106-107.

11 Later 'Berufshilfe' genaamd en uitgevoerd door een zogeheten 'Berufsgenossenschaft', J. Breuer, *Geschichtliche Entwicklung*, in: B. Schulin (red.), *Handbuch des Sozialversicherungsrechts* Band 2, *Unfallversicherungsrecht*, Beck: München 1996 (Schulin/Breuer), p.26-27, Kistorz, p.105-111.

12 Kistorz, p.109, die ook wijst op § 558f RVO (oud) van 1 januari 1926: het recht op een '*berufliche Ausbildung zur Wiedergewinnung oder Erhöhung der Erwerbsfähigkeit, insoweit der Verletzte durch den Unfall in der Ausübung seines Berufs, der ihm billigerweise zugemutet werden kann, wesentlich beeinträchtigt ist, nötigenfalls Ausbildung für einen neuen Beruf*' en op '*Hilfe zur Erlangung einer Arbeitsstelle*'.

Deze wetgeving wordt als baanbrekende hervorming gezien en in de loop van de jaren zijn die maatregelen verder verduidelijkt en uitgebreid. Vanaf 1933 bestond maar weinig bijzondere aandacht voor sociale politiek in het algemeen en re-integratie in het bijzonder. Veel bleef bij het oude en werd voortgezet. Na de geallieerde overwinning in 1945 besloten de VS en Groot-Brittannië wijzigingen in het systeem van sociale zekerheid aan de Duitsers zelf over te laten. Pogingen om een nieuw systeem op te zetten aan de hand van het Beveridge-rapport leden schipbreuk.¹³

Na de Tweede Wereldoorlog stond Duitsland echter voor een nog veel grotere opgave dan na WO I. Er waren niet alleen anderhalf miljoen oorlogsslachtoffers, maar ook talloze burgerslachtoffers en slachtoffers van het nationaal-socialisme. Het SchwBeschG voldeed daarvoor niet, wat ertoe leidde dat in 1953 de wet werd aangepast. Het quotum werd drastisch verhoogd, naar 8 tot 10%. Zolang de plicht niet werd nagekomen, moest maandelijks een bedrag van DM 50,- worden betaald per niet vervulde arbeidsplaats ('*Ausgleichsabgabe*'). De contractsdwang werd gehandhaafd,¹⁴ net als de preventieve ontslagtoets.¹⁵ Inzet in arbeid bleef het doel, met twee belangrijke toevoegingen: de *Schwerbeschädigter* moest worden ingezet op een manier waarbij hij zijn kennis en vaardigheden optimaal kon benutten én moest zo mogelijk zijn eigen beroep behouden.¹⁶ Tegelijkertijd werd de zorg voor '*Wiederherstellung und Erhaltung der Arbeitskraft*' uitdrukkelijk opgedragen aan de *Hauptfürsorgestelle*.¹⁷

8.2.2 Re-integratie op de agenda

Het begrip '*Rehabilitation*' kwam in de jaren vijftig in zwang en werd gekarakteriseerd als: '*das Wechselspiel aus der Funktionstüchtigkeit in den Unfähigkeitszustand und die Wiedergewinnung der alten modifizierten Funktionstüchtigkeit...*'.¹⁸ De reden voor deze aandacht was het gegroeide besef dat uitkeringen zoveel mogelijk door re-integratie moesten worden vermeden. Bovendien was ILO-Aanbeveling nr. 99 uit 1955 van invloed. Daarin werd aanbevolen beroepsbevorderende re-integratiemaatregelen in sociale zekerheid op te nemen.¹⁹ Bondskanselier Adenauer maakte in 1957 de hervorming van de sociale zekerheid tot inzet van de verkiezingen. Na zijn overwinning werden de inspanningen voor *Rehabilitation* verbeterd, onder andere door daar in het *Rentenversicherungsgesetz* bepalingen over op te nemen.²⁰ Adenauer's

13 Zöllner, p.83-92, *Handbuch 1/R*. Schlenker, 'Geschichte und reformperspektiven der gesetzlichen Krankenkassen', p.15.

14 Ondanks dat die in de praktijk niet vaak bleek te worden toegepast; overheidsingrijpen werd alleen gezien als laatste middel, zie K. Gröninger, *Schwerbeschädigtergesetz*, Kommentator: Frankfurt a/Main 1954, p.21.

15 E. Wiedemann en E. Kunze, *Das neue Schwerbehindertenrecht*, Leitfadenverlag Dieter Sudholt: Assenhausen/Obb 1976, p.62-68.

16 § 12 lid 1 en 20 lid 3 SchwBeschG 1953.

17 § 21 lid 1 SchwBeschG 1953.

18 Dierkes, p.V in 1960.

19 Kostorz, p.131 en zijn noot 151.

20 Dit gold overigens hooguit als nevenmaatregel: fundamentele was de wijziging van de *Rentenversicherung* van een kapitaaldekkingstelsel naar een omslagstelsel én dat de hoogte van de uitkering afhankelijk werd van het loon en de betaalde premie ('*dynamische Rente*'), Zöllner, p.101-103.

ontwerp-*'Krankenversicherungsgesetz'* met onder meer een *volledig* recht op loon- doorbetaling bij ziekte stuitte in 1962 op veel weerstand, wat leidde tot een 'denk- pauze' rond ziekte in sociale zekerheid. In de jaren 1966 tot 1969 leed Duitsland vervolgens onder een recessie en was *Rehabilitation* geen agendapunt. Met het aantreden van de sociaaldemocratische Bondskanselier Brandt in 1969 ontstond een nieuw elan. De verbeterde economische vooruitzichten werden aangegrepen voor grootschalige sociale wetgevingsprojecten, zoals het in de steigers zetten van een *'Sozialgesetzbuch'*.

Op het onderwerp *Rehabilitation* was de sociaaldemocratische invloed duidelijk merkbaar, met 1974 als zeer belangrijk jaar. Allereerst werd het SchwBeschG vervan- gen door een nieuwe wet: het *'Schwerbehindertengesetz'* (SchwbG). Het belang van die wet lag met name in het loslaten van elke causaliteit. De oorzaak van de *'Behinderung'* deed er niet meer toe: iedereen moest gelijke kansen krijgen om toch deel te nemen aan het werkzame leven, ondanks zijn beperkingen. Het quotum werd gesteld op 6%.²¹ Het loslaten van causaliteit leidde tot een enorme toename van het wettelijk aantal 'gehandicapten', simpelweg omdat meer mensen voldeden aan de definitie. Gelijk- tijdig werd de mogelijkheid afgeschaft om bij besluit een arbeidsovereenkomst tussen werkgever en gehandicapte tot stand te brengen. De maandelijkse *Ausgleichsabgabe* bleef wel bestaan en werd gesteld op DM 100,-.

Ten tweede werd in 1974 het *'Rehabilitations-Angleichungsgesetz'* (RehaG) van kracht.²² Er stonden inmiddels in verschillende wetten verschillende maatregelen rond *Rehabi- litation* waarbij elke wet door een andere uitvoeringsinstelling werd uitgevoerd.²³ De regering vond dat de afstemming tussen de diverse uitvoeringsinstellingen vanuit verschillende wetten beter moest worden gestroomlijnd. Inhoudelijk zat de crux van het RehaG in het expliciet vastleggen van het principe *'Rehabilitation vor Rente'*.²⁴ Een aanspraak op een uitkering vanwege arbeidsongeschiktheid kon pas dán door een uitvoeringsinstelling worden ingewilligd als eerst re-integratiemaatregelen waren geprobeerd. De gedachte hierachter leek vooral dat iedereen méé moest kunnen doen.

8.2.3 Bezuinigingen en SGB IX

De jaren daarna tot in de jaren negentig lieten grootscheepse bezuinigingen op de sociale zekerheid zien en hervorming na hervorming. Oorzaak was met name de uit de hand gelopen kosten van de gezondheidszorg, die waren gebaseerd op de *Krankenversicherung*.²⁵ Bijzondere aandacht voor *Rehabilitation* bestond nauwelijks, anders dan maatregelen om de gestegen werkloosheid onder gehandicapten tegen te gaan. Een belangrijke uitzondering daarop was de *'stufenweise Wiedereingliederung'*, die in 1988 in de SGB V (*Krankenversicherungsgesetz*) werd opgenomen. Met deze

21 Harmsen, p.14.

22 Zie voor totstandkoming uitvoerig, Kostorz, p.130-156.

23 Zoals in de *Krankenversicherung* (div. Krankenkassen), *Unfallversicherung* (div. *Berufsgenossenschaf- ten*) of de *Rentenversicherung* (div. regionale *Deutsche Rentenversicherung*).

24 § 7 RehaG.

25 Handbuch 1/Schlenker, p.25-36.

geleidelijke werkhervatting moesten de inspanningen rond *Rehabilitation* erop worden gericht, arbeidsongeschikten die hun arbeid gedeeltelijk konden verrichten, door geleidelijke werkhervatting beter te re-integreren. De maatregel bleek een groot succes.²⁶ Bij de eenwording met de DDR in 1990 werd ook in de nieuwe *Länder* het SchwbG van kracht, wat echter geen grote materiële wijziging van de tot dan daar bestaande regelingen opleverde. Ook in de DDR bestond bijvoorbeeld een quotumplicht en ontslagbescherming.²⁷

Belangrijk in die periode was ten slotte het van kracht worden en de uitbouw van het SGB. De versnippering van de verschillende socialeverzekeringswetten, de overlap en daardoor de onoverzichtelijkheid moesten worden tegengegaan. Stukje bij beetje werd het SGB uitgebouwd en als een van de laatste onderwerpen was het *Rehabilitationsrecht* aan de beurt. Vanaf 1 juli 2001 werd Boek IX van het SGB van kracht met als opschrift '*Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen*' (SGB IX).

Zeer wezenlijk en een verdere uitbreiding van de toepasselijkheid is de ruimere werkingsfeer van SGB IX dan tot dan toe voor het SchwbG. Was de wetgeving eerst gericht op *Schwerbehinderten* (ten minste 50% arbeidsongeschiktheid) en op daarmee gelijkgestelden (ten minste 30% arbeidsongeschiktheid en weinig kans op de arbeidsmarkt), nu werd daaraan de categorie *Behinderten* toegevoegd. Als hun lichamelijke functies, geestelijke vaardigheid of psychische gezondheid met hoge waarschijnlijkheid langer dan zes maanden afwijkt van de normale toestand voor hun leeftijd en daarom hun deelname aan de maatschappij beperkt is, vallen zij ook onder de werking van de wet.²⁸ Een werknemer die met een burn-out thuis komt te zitten, is naar alle waarschijnlijkheid een *Behinderter* en misschien wel een *Schwerbehinderter* in de zin van de wet.

Arbeidsrechtelijk werd (pas) per 1 januari 2003 wettelijk het algemene gezagsrecht van de werkgever vastgelegd in § 106 GewO.²⁹ Bij de invoering hiervan werd een lid 3 toegevoegd dat de werkgever verplicht bij het uitoefenen van het gezag rekening te houden met '*Behinderungen des Arbeitnehmers*'.³⁰ Voor de toepassing wordt aansluiting gezocht bij het begrip *Behinderte* uit § 2 SGB IX. Deze bepaling heeft niet zozeer tot doel een recht op bevoordeling in te voeren als wel een verbod op benadeling.³¹ De meerwaarde van de bepaling wordt betwijfeld,³² gelet onder meer op het bepaalde

26 W. Kohte, aant. 1 bij § 28 SGB IX in: R. Kreikebohm, W. Spellbrink en R. Waltermann, *Kommentar zum Sozialrecht*, Beck: München 2009, p.1956.

27 D. Neumann, *Schwerbehindertengesetz. Bundesversorgungsgesetz*, Beck: München 1998, p.XX.

28 § 2 SGB IX.

29 Vanaf 1869 was al wel in de een of andere vorm voor bepaalde categorieën werknemers het gezagsrecht vastgelegd. In het belang van rechtszekerheid werd besloten dit onomstreden element van de arbeidsovereenkomst meer algemeen vast te leggen in de wet.

30 § 106 GewO: '*...Bei der Ausübung des Ermessens hat der Arbeitgeber auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen.*' HWK/Lembke, p.2107.

31 R. Wank, aantekening IX. onder § 106 GewO in: P.J. Tettinger, R. Wank en J. Ennuschat, *Gewerbeordnung*, Beck: München 2011, p.917-918, zie ook art. 3 lid 3 laatste volzin GG.

32 ErfK/Preis, p.1917-1918.

in SGB IX, de plicht om op basis van het BGB rekening te houden met rechten en belangen van de werknemer (§ 241 lid 2 BGB) en de rechtspraak van het BAG rond aanpassing van de arbeidsplaats.³³ Meerwaarde of niet: de wet kende een aantal haken om re-integratie aan op te hangen; de praktijk bleef echter achter, met bedrijven die bijvoorbeeld hun quotum gewoon afkochten.

8.2.4 Een frisse wind?

Toch veranderde het tij. Het BAG maakte in 2006 duidelijk dat sinds het invoeren van SGB IX anders tegen langdurige arbeidsongeschiktheid moest worden aangekeken. Vóór 1 juli 2001 werd alom aangenomen dat geleidelijke werkhervatting puur was gebaseerd op vrijwilligheid van de werkgever.³⁴ Door invoering van § 28 SGB IX waarin ook die geleidelijke werkhervatting stond, kwam het vrijblijvende karakter echter te vervallen. Het doel bij *Rehabilitation* werd namelijk om in een zo vroeg mogelijk stadium arbeidsongeschiktheid aan te pakken. Dat betekent daarom: *'Zeiten langandauernder Arbeitsunfähigkeit sind nicht mehr Zeiten des 'Ruhens', sondern Zeiten für betriebliche Eingliederungsmaßnahmen.'*³⁵

De voorzitter van het BSG zag met het invoeren van het hierna te bespreken *'betriebliches Eingliederungsmanagement'*: *'...ein Umdenken eingeleitet; die Zeit der Arbeitsunfähigkeit wird als Phase für aktives Handeln zur Sicherung des Arbeitsplatzes begriffen.'*³⁶ Een arbeidsongeschiktheidsperiode moest niet worden gezien als noodgedwongen afwezigheid bij het bedrijf, maar als normaal onderdeel van het arbeids- en bedrijfsproces. Het knoopte bedrijfsvoering aan sociale zekerheid en de werkgever kreeg een taak bij beide.

De nationale arbeidsongeschiktheidscijfers lieten ook zien dat een koerswijziging nodig was. In 2006 werd geschat dat per jaar ongeveer 400.000 ziekteontslagen werden gegeven; nog eens 200.000 mensen vielen om gezondheidsredenen voortijdig uit het arbeidsproces. Arbeidsongeschiktheid kostte de werkgevers aan loon- doorbetaling ongeveer € 33,5 miljard per jaar, de *Krankenkassen* betaalden jaarlijks € 3 miljard.³⁷ Vanaf 2007 steeg het verzuimpercentage; in 2011 lag het verzuimpercentage op 3,8%, het hoogste in tien jaar. Daarvan vormde uitval vanwege psychische problemen een steeds groter wordend deel.³⁸

33 bijv. BAG 29 januari 1997 AP § 1 KschG 1969 Nr.32.

34 Er was ook geen wettelijke basis voor daadwerkelijke doorvoering: § 74 SGB V geeft alleen de opdracht aan een arts om te kijken of geleidelijke terugkeer mogelijk is en zo ja om de bijzonderheden daarvoor aan te tekenen.

35 BAG 13 juni 2006, BAGE 118, 29, zie ook B. Schmidt, *Sozialversicherungsrecht in der arbeitsrechtlichen Praxis*, Beck: München 2013 (Schmidt 2013), p.299 en verwijzingen in haar noot 1061.

36 A. Gagel, 'Betriebliches Eingliederungsmanagement. Rechtspflicht und Chance.', NZA 24/2004 (Gagel 2004), p.1360 en 1362.

37 Volgens de Duitse werkgeverskoepelvereniging *Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände* over 2012, http://www.arbeitgeber.de/www%5Carbeitgeber.nsf/id/DE_Krankenstand, geraadpleegd op 7 juli 2014. Welti noemde in 2006 nog € 30 miljard, Welti 2006, p.624.

38 Schmidt 2013, p.298.

Verskillende schrijvers constateren dat er bij het voortduren van de arbeidsovereenkomst met de zieke werknemer in het verleden te weinig aan re-integratie werd gedaan.³⁹ Een element dat daar zeker aan heeft bijgedragen is de onduidelijke organisatie van re-integratie.

8.2.5 Organisatie van re-integratie

De organisatie van *Rehabilitation* is onoverzichtelijk ondanks de pogingen om met de invoering van eerst het RehaG (1974) en later het SGB een heldere verdeling van taken en bevoegdheden te krijgen. Er zijn veel verschillende sociale zekerheidsorganen ('*Leistungsträger*') die verantwoordelijk kunnen zijn voor re-integratie afhankelijk van de materiewet die zij uitvoeren. Dat kan tot afbakeningsproblemen leiden, bijvoorbeeld bij multicausale arbeidsongeschiktheid. Daarom zijn zij verplicht hun inspanningen te coördineren en om gezamenlijke '*Servicestellen*' in te richten, informatie- en adviesloketten.⁴⁰ Naast de verschillende *Leistungsträger* heeft ook de werkgever een rol in de re-integratie.

In hoofdlijnen geldt het volgende:⁴¹

- Is de werknemer arbeidsongeschikt vanwege een schadeveroorzakende gebeurtenis dan is het orgaan dat zich met die gebeurtenis bezig houdt verantwoordelijk voor de *Rehabilitation*. Dat betekent dat een werknemer die een bedrijfsongeval is overkomen of die een beroepsziekte heeft opgelopen, moet worden geholpen vanuit de *Unfallversicherung* (SGB VII).⁴²
- Zo niet, dan is het orgaan dat verantwoordelijk is voor de gevolgen van de specifieke arbeidsongeschiktheid de aangewezen instantie voor *Rehabilitation*. De *Krankenversicherung* is de aangewezen *Leistungsträger* voor kortdurende arbeidsongeschiktheid (SGB V); de *Rentenversicherung* bij vermindering van verdienvermogen (SGB VI). Als er overlap bestaat tussen beide verzekeringen dan heeft de *Rentenversicherung* voorrang.⁴³
- Zo niet, dan valt voor alle overige gevallen de plicht voor re-integratie te zorgen toe aan de *Grundsicherung* (SGB II) dan wel de *Sozialhilfe* (SGB XII).⁴⁴ Het kan dan gaan om een situatie die niet valt onder de werkingssfeer van één van de andere verzekeringen, dan wel dat de betrokkene niet voldoet aan de voorwaarden daarvoor.

39 Welti 2006, p.624 en verwijzingen in zijn noot 15.

40 § 10 en § 22 SGB IX.

41 Kostorz, p.303-305, die terecht nog een aantal nuances en uitzonderingen aanbrengt. Zie ook E. Eichenhofer, *Sozialrecht*, Mohr Siebeck: Tübingen 2010, p.291-292. Hij spreekt niet van zieke werknemer of arbeidsongeschiktheid, maar van *Behinderten* of daarmee bedreigden. Zie voor de overlap in die begrippen echter § 7.4.4.

42 Voor de taak van de *Unfallversicherung*: § 11 lid 5 SGB V.

43 Interview prof. Welti 26 september 2013. Voor afbakening van hun taken: §§ 12, 13, 15, 16 en 20 SGB VI jo. §§ 40 lid 4, 42 en 49 lid 1 sub 3 SGB V.

44 Vergelijkbaar met bijstand, *Grundsicherung* voor mensen die wel met werk in inkomen zouden moeten kunnen voorzien, *Sozialhilfe* voor de mensen waarvoor dat niet geldt.

- Is de arbeidsongeschikte werknemer ook een *Schwerbehinderte* dan is het *Integrationsamt* nevenverantwoordelijk voor informatie en ondersteuning. Daartoe zijn *Integrations-fachdiensten* ingericht.

Een voorbeeld kan dat verduidelijken. Een werknemer scheurt bij een ongeval zijn kruisbanden en wordt arbeidsongeschikt. Allereerst moet worden uitgesloten dat het een arbeidsongeval is, aangezien re-integratiemaatregelen dan op grond van de *Unfallversicherung* moeten worden genomen. Stel dat het letsel bij het volleyballen is opgelopen. De werknemer is dan arbeidsongeschikt in de zin van de *Krankenversicherung*⁴⁵, maar er is ook sprake van een aanzienlijke vermindering van verdienvermogen in de zin van de *Rentenversicherung*, die met re-integratiemaatregelen kan worden ondervangen.⁴⁶ Stel dat de werknemer eerst nog een operatie moet ondergaan en re-integratie nog niet in beeld is. Hij ontvangt dan eerst loondoorbetaling en na zes weken *Krankengeld*. Als de *Krankenkasse* op enig moment inschat dat kan worden begonnen met re-integratie dan kan hij aan deze werknemer (die immers ook onder de reikwijdte van de *Rentenversicherung* valt) opdracht geven om bij de regionale *Deutsche Rentenversicherung* ondersteuning voor re-integratie aan te vragen.⁴⁷ Gedurende de duur van die re-integratie-ondersteuning krijgt de werknemer geen *Krankengeld* meer van de *Krankenkasse*, maar '*Übergangsgeld*' van de *Rentenversicherung*.⁴⁸ Leidt de re-integratieondersteuning niet tot resultaat dan herleeft het *Krankengeld* weer. Zou de geblesseerde werknemer niet ook onder de reikwijdte van de *Rentenversicherung* vallen (bijvoorbeeld omdat hij nog in de wachttijd van 20 jaar zit)⁴⁹ dan worden de re-integratie-inspanningen door de *Krankenkasse* gepleegd.⁵⁰ Valt de werknemer niet onder de dekking van een *Krankenkasse*, dan komt re-integratie door *Grundsicherung* of *Sozialhilfe* in beeld.⁵¹

45 § 44 en 74 SGB V, zie § 7.4.3.

46 § 10 SGB VI. Ook een dreigende *Erwerbsminderung* is voldoende.

47 § 51 SGB V en § 125 SGB VI. Onder de opsomming van die maatregelen die kunnen worden aangevraagd vallen niet *betriebliches Eingliederungsmanagement* of *stufenweise Wiedereingliederung*. Denk eerder aan bijv. arbeidstherapie, hulpmiddelen, omscholing (§ 26 en 33 SGB IX).

48 § 20 SGB VI sub 1 jo. § 49 lid 1 sub 3 SGB V. *Übergangsgeld* is grofweg 80% van het laatstgenoten inkomen (§ 46 SGB IX).

49 § 11 lid 1 sub 1 SGB VI. Voor jongeren die toch daadwerkelijke ondersteuning nodig hebben is een lichter regime voorzien (§ 11 lid 2a).

50 Bijv. *stufenweise Wiedereingliederung* (§ 74 SGB V).

51 Bijv. volgens §§ 6, 7 en 8 SGB V.

Schema 1 Uitvoering

Oorzaak arbeidsongeschiktheid	Wet	Uitvoerend orgaan	Bijzonderheid
bedrijfsongeval/ beroepsziekte	SGB VII <i>Gesetzliche Unfallversicherung</i>	o.a. <i>Berufsgenossenschaft, Gemeindeunfallversicherungsverband</i>	
elke andere oorzaak	SGB VI <i>Gesetzliche Rentenversicherung</i>	regionale <i>Deutsche Rentenversicherung</i>	bij geen of verminderd verdienvermogen (wachtijd van ten minste vijf jaar) of voorkomen daarvan
elke andere oorzaak	SGB V <i>Gesetzliche Krankenversicherung</i>	<i>Krankenkasse</i>	behalve bij overlap met <i>Rentenversicherung</i>
elke andere oorzaak	SGB XII <i>Sozialhilfe</i>	gemeente (<i>Städte, Kreisen</i>)	behalve bij overlap met <i>Rentenversicherung</i> of <i>Krankenversicherung</i>
status <i>Behinderte/Schwerbehinderte</i>	SGB IX <i>Rehabilitation</i>	<i>Integrationsamt</i>	aanvullend/ ondersteunend

Omdat het voor veel betrokkenen onduidelijk is bij welk loket zij moeten zijn, melden zij zich bij de gemeenschappelijke *Servicestelle*, die hen helpt bij de aanvraag van ondersteuning en het doorsturen naar het juiste socialeverzekeringsorgaan.⁵²

Naast de verschillende socialezekerheidsorganen speelt de '*Betriebsarzt*' (bedrijfsarts) een rol bij de re-integratie. Die rol is bescheiden. Op basis van de arbeidsomstandighedenwetgeving is elke werkgever verplicht een bedrijfsarts te hebben die hem moet ondersteunen bij de zorg voor arbeidsomstandigheden ('*Arbeitsschutz*') en bij ongevallenpreventie.⁵³ Expliciet moet een werkgever de bedrijfsarts inschakelen bij '*Fragen des Arbeitsplatzwechsels sowie der...Wiedereingliederung Behinderter in den Arbeitsprozeß*'. Hij kan daarnaast worden ingeschakeld bij het nog te bespreken re-integratiemanagement.⁵⁴ Het staat de werkgever vrij meer taken aan de

52 Schmidt 2013, p.312.

53 § 1 Arbeitssicherheitsgesetz (ASiG).

54 § 3 lid 1, tweede volzin sub f ASiG, § 84 lid 2 SGB IX.

bedrijfsarts toe te vertrouwen met uitzondering van de beoordeling of een werknemer zich terecht ziek heeft gemeld.⁵⁵

8.2.6 Waarden en beginselen bij Rehabilitation

In het vorige hoofdstuk is al gebleken dat een heel scherpe definitie van *Rehabilitation* in het Duitse recht moeilijk te geven is. Vandaar dat *Rehabilitation* in de wet vooral 'operationeel' is beschreven, als processen en instrumenten voor het bereiken van een doel. Dat doel is deelnemen in het arbeidsproces. Om toch wat meer te kunnen zeggen over de kern van re-integratie in Duitsland zijn de onderliggende waarden en beginselen van belang. Die onderliggende waarden en beginselen zijn terug te voeren op de Duitse grondwet. Duitsland als *Sozialstaat* (§ 20 GG) is een waarde, waardoor de overheid heeft te zorgen voor alle burgers.⁵⁶ Het BVerfG omschreef dat in 1977:

*'Die mit dem Arbeitsleben der Industriegesellschaft verbundenen Risiken können nicht von dem einzelnen Arbeitnehmer getragen werden, sondern müssen durch umfassende Systeme der sozialen Sicherung wie insbesondere durch die gesetzliche Unfallversicherung aufgefangen oder doch gemildert werden. Erst hierdurch ist es dem Einzelnen möglich, seinen für die Allgemeinheit wichtigen Beitrag zur Arbeitswelt zu leisten.'*⁵⁷

Dat betekent dat het een overheidstaak is om voor solidariteit te zorgen: het over en weer voor elkaar instaan bij bepaalde risico's van arbeid zoals ziekte en handicap.⁵⁸ Bij het vormgeven van die solidariteit voor zieke werknemers komen de waarden en beginselen van *Rehabilitation* om de hoek kijken. Welte meent dat er vier zijn.⁵⁹

1. Menswaardigheid

Elk mens heeft recht op bescherming van zijn persoon als deelnemer in het rechtsverkeer en het maatschappelijk leven. De menswaardigheid van elk staat een utilitaristische afweging, namelijk van de waarde van de ene persoon tegenover de ander, in de weg. Dat iemand een beperking heeft, vermindert zijn recht op een waardige behandeling niet.⁶⁰

2. Gelijkheid

Gelijkheid is met name voor gehandicapten in verschillende regelingen neergelegd, veelal als benadelingsverbod.⁶¹ Een benadelingsverbod is tegelijk een gebod te streven naar sociale gelijkheid, gelijkwaardigheid. Dat kan worden vertaald in een aanspraak op gelijke prestaties of op gelijke kansen, waarbij bij arbeid vooral de

55 § 3 lid 3 ASiG.

56 Welte 2005, p.267-295.

57 BVerfG 22 juni 1977, BverfGE 45, 367, 387.

58 Welte 2005, p.277-278 en 280.

59 Welte 2005, p.381-555, samenvatting in p.750-754. In mijn definitie zou menswaardigheid een waarde zijn (zelfs dé basiswaarde van sociale rechtsvorming), maar Welte noemt het een beginsel. Vrijheid van zelfbeschikking zie ik net als hij als beginsel, omdat het een verbijzondering is van de waarde vrijheid.

60 In het algemeen neergelegd in § 1 GG en § 1 lid 1 SGB I.

61 Handvest EU, GG, SGB IX.

gelijke kansen centraal staan. Het is legitiem om anderen ongelijk te behandelen om op die manier gelijke kansen voor deze groepen te verwezenlijken.⁶²

3. Vrije zelfbeschikking

De vrije zelfbeschikking is het recht om in vrijheid te leven zonder ongerechtvaardigde beperkingen door de staat of het recht. Vrije zelfbeschikking is meer dan alleen een juridisch *mogen*, maar ook het *feitelijk* zelf kunnen beschikken over het leven. Het bieden van kansen rond arbeid en het ondersteunen daarin kan die zelfbeschikking feitelijk mogelijk maken. Maar tegelijkertijd brengt de vrije zelfbeschikking mee dat het aan de werknemer zelf is te bepalen of hij daarvan gebruik maakt: *'Rehabilitation muss immer freiwillig sein'*.⁶³

De keuzevrijheid is nooit absoluut, maar wordt beperkt door bijvoorbeeld regels en maatschappelijke eisen. Ook bij *Rehabilitation* gelden verplichtingen, wat bij niet-naleving tot verlies van aanspraken kan leiden. Dat is een beperking van de vrije zelfbeschikking maar die is geoorloofd, zolang dat verlies van aanspraken niet als sanctie wordt gezien, maar als het wegvallen van een wederkerige verplichting. Als *Rehabilitation* namelijk daadwerkelijk tot kansen op feitelijke zelfbeschikking leidt en de werknemer ervoor kiest daarvan geen gebruik te maken, dan is het gerechtvaardigd daartegenoverstaande (uitkerings)aanspraken te laten vervallen.⁶⁴ Dat doet geen wezenlijk afbreuk aan de vrijheid van het zelfbeschikkingsrecht, zeker niet omdat de drang die wellicht kan worden gevoeld om toch maar in te stemmen en verval van die aanspraken te voorkomen, wordt gematigd doordat een *'Existenzminimum'* altijd is gegarandeerd.⁶⁵

4. Participatie

Als laatste noemt Welti *'Teilhabe'* of ook wel *'Partizipation'*. Het is niet alleen de taak van de staat de deelname aan bepaalde door grondrechten beschermde activiteiten zoals arbeid te beschermen, maar ook om die te bevorderen.⁶⁶ Bescherming ziet dan meer op de bestaande arbeid, terwijl de bevordering voornamelijk om nieuwe arbeid gaat. Onder *Rehabilitation* ligt dus de grondwettelijke plicht van de staat tot *'Integration oder Inklusion...in die gesellschaftlichen Systemzusammenhänge'* van mensen met beperkingen.⁶⁷ Uiteraard hoeft de staat die plicht niet steeds zelf uit te voeren, maar kan ook aan dit beginsel worden toegekomen door voorwaarden te scheppen die anderen daartoe in staat stelt.⁶⁸

62 Welti 2005, p.750-751.

63 Welti 2005, p.753, zie uitgebreider p.519.

64 Welti 2005, p.753, met daarnaast het in het algemene maatschappelijke belang voorkomen dat uitkeringen aantrekkelijk worden omdat daarvoor geen tegenprestatie wordt verlangd, p.521.

65 Welti 2005, p.752, die leven, de gezondheid die mogelijk is en een garantie van een bestaansminimum noodzakelijke voorwaarden noemt voor het vrije zelfbeschikkingsrecht.

66 Recht op vrije arbeidskeuze, § 12 lid 1 GG.

67 Welti 2005, p.174-175. Hij heeft het over *'Inklusion'* van *'behinderter menschen'*, maar naar mijn mening is het doel zoals hij dat omschrijft niet beperkt tot gehandicapten. Allereerst niet omdat zijn redenering opgaat voor (en hij ook meer in het algemeen spreekt over) mensen met beperkingen en dat later pas toespitst. Verder heeft het begrip *Behinderten* als eerder gezegd een grote reikwijdte: elke werknemer die (naar verwachting) ten minste zes maanden uitvalt, met beperkingen van betekenis (ten minste 30%) is van rechtswege al *'behindert'*.

68 Welti 2005, p.547-548.

8.2.7 Conclusie

Re-integratie kwam op in het kader van de regeling rond arbeidsongevallen met als aanleiding de kosten van uitkeringen daarvoor. Deze ontwikkeling is zowel in Duitsland als in Nederland te constateren en in beide landen was sprake van een collectieve sociale verzekering voor een *risque professionnel* én inzicht in het belang van re-integratie. Het Duitse oorlogsverleden maakte daarnaast aandacht voor re-integratie pure noodzaak. Grote groepen mensen waren getroffen en voor hen moest worden gezorgd. Het ging daarbij in sociale zekerheid primair om gezondheidsherstel; terugkeer naar de arbeid was maar een klein onderdeel van de re-integratieaandacht. Al vroeg ontstond wel de notie dat re-integratie belangrijker was dan een uitkering, waarbij de nadruk meer op de medische kant lag dan op het herstel voor werk. Opmerkelijk is de dwang die kon worden uitgeoefend om er maar voor te zorgen dat ook mensen met een handicap aan de slag zouden kunnen. Een verplicht quotum werd ingevoerd en is sinds 1923 niet weggeweest, maar zelfs versterkt met een boeteregeling.⁶⁹ Haalde de werkgever het quotum niet dan bestond tot 1974 het middel van contractsdwang; bovendien werd ontslag bemoeilijkt door een preventieve ontslagtoets. Het zou een fout zijn de reikwijdte van de verplichtingen rond gehandicapten te beperkt te zien: veel zieke werknemers vallen onder dat begrip.⁷⁰

Met het verstrijken van de tijd en de bezuinigingen op de uitgaven voor sociale zekerheid, kreeg re-integratie nog maar weinig aandacht. Het quotum en de boete bleken nauwelijks prikkelende werking te hebben, maar bleven niettemin bestaan. Daarnaast zal ook de diffuse uitvoering van re-integratie door verschillende organen hebben verhinderd dat er werk van re-integratie werd gemaakt. Keerpunt lijkt het invoeren van SGB IX per 1 juli 2001. Door het BAG werd dit moment aangegrepen om -in ontslagzaken- duidelijk te maken dat een actievere werkgeversopstelling bij re-integratie werd verwacht. Voorheen bestond al wel de plicht voor herplaatsing en aanpassing van de arbeidsplaats en een preventieve ontslagtoets voor sommige arbeidsongeschikten, maar met SGB IX werd een strakker kader geschetst. Bovendien kwam de tot dan toe geldende vrijblijvendheid onder druk te staan: de werkgever moest vanaf dat moment werk maken van re-integratie.

De ruimte voor het Duitse beginsel van de vrije zelfbeschikking valt op, omdat dit een aandachtspunt laat zien in vergelijking met de Nederlandse situatie. *Rehabilitation* is maar in beperkte mate de verantwoordelijkheid van de werknemer (in elk geval op een metaniveau), blijkbaar vanwege het belang dat wordt gehecht aan die vrije zelfbeschikking. Feitelijk zal de werknemer weinig keus hebben en mee moeten werken aan *Rehabilitation* om niet zijn baan of zijn uitkering te verliezen. Het terug kunnen vallen op het gegarandeerde bestaansminimum zal voor weinigen aantrekkelijk zijn. Samenvattend geldt als leidraad voor de werkgever '*Reha vor Kündigung*' en voor de werknemer '*Reha vor Rente*'.

69 § 77 SGB IX.

70 Zie § 7.4.4.

8.3 Het positieve recht

Sociaalzekerheidsrechtelijk is het doel van re-integratie in zijn algemeenheid af te leiden uit § 1 lid 1 SGB I. Ter verwezenlijking van sociale gerechtigheid bestaat recht op hulp om ontplooiing en het zelf voorzien in levensonderhoud vrijelijk mogelijk te maken en de bijzondere lasten van het leven te compenseren. Op die manier draagt re-integratie bij aan het verzekeren van een menswaardig bestaan, de eerste waarde van re-integratie.

De werkgever is verplicht tot gelijke behandeling bij *Behinderung* en de zorg voor een menswaardig bestaan werkt door als invulling van zijn contractuele plicht van '*Treu und Glauben*'. Uitgangspunt van de kant van de zieke werknemer is dat hij verplicht is ook rekening te houden met de belangen van zijn collega's en de '*schützenswerten Interessen*' van de werkgever.⁷¹ Dat leidt tot een algemene aanwijzing voor het gedrag van de werknemer. Hij moet bijvoorbeeld alles doen om te vermijden dat de werkgever het vertrouwen verliest in een redelijke opstelling van de werknemer.⁷²

Bij de bespreking van het positieve recht maak ik een onderscheid in de verschillende voorschriften en de sancties op overtredingen daarvan. In § 8.4 bespreek ik de controlevoorschriften. Daarmee bedoel ik *die* voorschriften die er op zijn gericht vast te stellen of de werknemer arbeidsongeschikt is (of nog is). De status van arbeidsongeschikte werknemer zorgt er namelijk voor dat re-integratie in beeld komt. In § 8.5 komen de verzuimvoorschriften aan bod. Dat zijn de voorschriften over het gedrag dat van de werkgever en de zieke werknemer wordt gevraagd zo lang de laatste ziek is, uitgezonderd de re-integratievoorschriften. Die bespreek ik vervolgens in § 8.6. Het gaat daarbij om de rechten en verplichtingen rond re-integratie, in eerste instantie tussen werkgever en zieke werknemer. Rechten en verplichtingen rond re-integratie bestaan echter ook tussen andere organen en de zieke werknemer, zoals de *Krankenkasse*, het *Integrationsamt* e.d., dus die komen eveneens aan bod.

In § 8.7 sta ik stil bij het begrip passende arbeid. De situatie van re-integratie na de eerste zes weken, als de loondoorbetaling van de werkgever eindigt, komt aan de orde in § 8.8. De verschillende re-integratiemaatregelen in socialezekerheidswetten worden daarin ook aangestipt. § 8.9 staat in het teken van de bijzondere re-integratiepositie van *Schwerbehinderten*. De sancties op niet-naleving van de re-integratievoorschriften, waaronder ontslag bespreek ik in § 8.10, waarna ik afsluit met een conclusie in § 8.11.

⁷¹ Vaste rechtspraak, zie bijv. BAG 2 maart 2006 NZA-RR 2006, 636.

⁷² BAG 26 augustus 1993, BAGE 74, 127, F. Wetzling en M. Habel, 'Betriebliches Eingliederungsmanagement und Mitwirkung des Mitarbeiters', NZA 20/2007, p.1134.

8.4 Controlevoorschriften

Rehabilitation kan uiteraard pas beginnen na een ziekmelding van de werknemer. Hij is verplicht zijn arbeidsongeschiktheid en de verwachte duur ogenblikkelijk aan de werkgever te melden. Die plicht bestaat zodra de werknemer besluit het werk niet aan te vangen vanwege (vermoede) arbeidsongeschiktheid en kan dus al bestaan voordat een arts de arbeidsongeschiktheid heeft vastgesteld. Bij ogenblikkelijke melding (*'unverzügliche Mitteilung'*) gaat het om een, gelet op alle omstandigheden, zo snel mogelijke melding. De werknemer mag niet wachten met een ziekmelding tot het moment dat hij zou gaan werken. Zodra hij arbeidsongeschikt wordt en voorziet dat hij op de eerst volgende werkdag (die bijvoorbeeld ligt na het weekend of na een vakantie) niet zal kunnen werken, dan moet hij op dat moment al melding maken van zijn arbeidsongeschiktheid. Een melding per brief is niet toegestaan, een telefoontje is wat normaal gesproken wordt verwacht. De werkgever moet de correcte ontvangst van een tijdige ziekmelding mogelijk maken en mag daartoe personen aanwijzen. Een ziekmelding bij een ander dan de aangewezen persoon is niet in overeenstemming met de regels. Is de werknemer niet in staat de ziekmelding ogenblikkelijk te doen dan wordt van hem vereist dat hij daarvoor derden inschakelt, tenzij de ziekte hem daarvan weerhoudt. Het niet of niet correct naleven van de ziekmeldingsprocedure leidt op zichzelf niet tot een sanctie, maar geeft de werkgever het recht schadevergoeding te vorderen van de werknemer.⁷³ Het niet ogenblikkelijk aan de werkgever meedelen van de arbeidsongeschiktheid en de vermoedelijke duur daarvan is een *wichtigen Grund* voor ontslag op staande voet als de werknemer dat bij herhaling en ondanks *Abmahnung* nalaat. Zelfs het eenmalig nalaten kan voldoende zijn als tegelijkertijd eenduidig blijkt dat de werknemer zich in de toekomst opnieuw zo zal gaan opstellen.⁷⁴

Bij arbeidsongeschiktheid langer dan drie dagen moet de werknemer (uiterlijk op de vierde dag) een medische verklaring (*'ärztliche Bescheinigung'*) verstrekken, die meestal van de huisarts wordt verkregen. Uit die verklaring moet het bestaan van de arbeidsongeschiktheid en de verwachte duur ervan blijken.⁷⁵ Zonder (juiste) verklaring hoeft de werkgever geen loon door te betalen.⁷⁶ Een werknemer die op grond van arbeidsovereenkomst of cao verplicht is mee te werken aan de vaststelling van de arbeidsongeschiktheid door een arts en bijvoorbeeld weigert te verschijnen of weigert toestemming te geven eerdere medische gegevens ter beschikking te stellen, kan onder omstandigheden op staande voet worden ontslagen.⁷⁷ Een arts moet in de medische verklaring vaststellen of de werknemer arbeidsongeschikt is. Op basis van richtlijnen moet hij de werknemer ondervragen naar de aard en omvang van de eisen en belasting in zijn functie. Aan de hand daarvan kan het bestaan en de verwachte

73 HWK/Schliemann, p.2031-2033.

74 HWK/Sandmann, p.1811.

75 § 5 EFZG. De werkgever mag ook eerdere afgifte van de medische verklaring verlangen. De verklaring is vereist ook al bestaat geen aanspraak op loon tijdens arbeidsongeschiktheid.

76 Subatzus, p.168.

77 ErfK/Müller-Glöge, p.1708, HWK/Sandmann, p.1810.

duur van de arbeidsongeschiktheid worden bepaald.⁷⁸ De vaststelling van die toestand gebeurt bij voorkeur via een objectief medisch onderzoek,⁷⁹ maar kan ook worden gebaseerd op subjectief door de patiënt benoemde symptomen als een arts die op basis van zijn kennis en ervaring maar kan bevestigen.⁸⁰ Dat de huisarts geen specialistische kennis heeft omdat hij geen bedrijfsgeneeskundige is, wordt kennelijk niet als belemmering gezien.

De bewijslast van arbeidsongeschiktheid in de verhouding tot de werkgever ligt bij de werknemer. Weliswaar is de medische verklaring een belangrijke aanwijzing maar als de werkgever feiten of omstandigheden kan stellen die ernstige twijfel aan de juistheid daarvan doen rijzen, dan moet de werknemer bewijs van arbeidsongeschiktheid leveren.⁸¹ Duurt de arbeidsongeschiktheid langer dan verwacht, dan moet de werknemer opnieuw een medische verklaring overleggen. Het is ten slotte ook de taak van een arts om het einde van de arbeidsongeschiktheid vast te stellen, hoewel de werkgever dat niet kan afdwingen.⁸²

In de verhouding tot de *Krankenkasse* moet de werknemer zich eveneens ziekmelden en een medische verklaring overleggen.⁸³ De *Krankenkasse* is bij twijfel aan de arbeidsongeschiktheid verplicht onderzoek in te stellen, door zijn medische dienst.⁸⁴ Als de arts van de werknemer het niet eens is met diens bevindingen, is een second opinion mogelijk ('*Zweitgutachten*').⁸⁵ Een werkgever heeft eveneens het recht van de medische dienst van de *Krankenkasse* onderzoek te verlangen bij twijfel over de arbeidsongeschiktheid. Dat kan al in de eerste zes weken van arbeidsongeschiktheid. De *Krankenkasse* moet het sowieso aan werkgever en werknemer meedelen als zijn oordeel afwijkt van dat van de medische verklaring. Hij mag aan de werkgever meedelen of het voortduren van arbeidsongeschiktheid dan wel een nieuwe ziekmelding voortvloeit uit dezelfde ziekteoorzaak.⁸⁶ Omgekeerd geldt: als de werknemer terugkeert aan het einde van de verwachte ziekteperiode mag de werkgever uitgaan van arbeidsongeschiktheid. Alleen in uitzonderingsgevallen hoeft de werknemer arbeidsongeschiktheid te bewijzen.⁸⁷ Blijkt uit de controle dat de werknemer niet ziek is, maar nevenwerkzaamheden verricht, zijn huis opknapt, aan sportmanifestaties

78 Richtlijnen op basis van § 92 SGB V, HWK/Schliemann, p.2007.

79 HWK/Schliemann, p.2007. Een telefonisch consult is niet voldoende.

80 ErfK/Dörner, p.1852.

81 Hanau/Adomeit, p.226. Voorbeelden zijn het afgeven van de medische verklaring zonder onderzoek, het ziekmelden na het dreigement 'ziek te gaan vieren' of elders werken tijdens arbeidsongeschiktheid.

82 BAG 14 september 1983, AP § 1 LohnFG Nr. 55, BAG 12 juli 1989, AP § 616 BGB Nr. 77, HWK/Schliemann, p.2012-2013.

83 Voor de ziekmelding § 49 lid 2 sub 5 SGB V.

84 § 275 lid 1 en 1a SGB V. Uitdrukkelijk worden in lid 1a voorbeelden genoemd zoals dat de verzekerde opvallend vaak (kort) verzuimt, de ziekmeldingen vaak aan het begin of het einde van de week vallen of een arts opvallend veel medische verklaringen afgeeft.

85 § 7 lid 2 AU-Richtlijnen.

86 § 277 lid 2 SGB V en § 69 lid 4 SGB X. Deze laatste informatie kan van belang zijn voor het al dan niet bestaan van het recht op loondoorbetaling bij ziekte.

87 HWK/Schliemann, p.2013.

meedoet of in feite een langere vakantie wil, dan vervalt het recht op loon, is er reden voor ontslag en bestaat een grond voor een schadevergoedingsvordering op de werknemer.⁸⁸

8.5 Verzuimvoorschriften

Verzuimvoorschriften betreffen het gedrag van de zieke werknemer en de werkgever tijdens de arbeidsongeschiktheid, anders dan gericht op re-integratie. SGB V geeft als uitgangspunt daarbij dat de *Krankenversicherung* gebaseerd is op solidariteit, maar dat de werknemer mede-verantwoordelijk is. Zijn algemene plicht bestaat dan uit het door ‘*aktive Mitwirkung an Krankenbehandlung...dazu beitragen, den Eintritt von Krankheit oder Behinderung zu vermeiden oder ihre Folgen zu überwinden.*’⁸⁹ Het gaat daarbij meer concreet om meewerken met de *Krankenkasse*, het niet belemmeren van de genezing en het meewerken aan herstel via behandeling, operatie en/of medicijngebruik en dergelijke.⁹⁰

8.5.1 Informatieplichten

De zieke werknemer heeft een aantal informatieplichten, los van de ziekmelding en de *ärztliche Bescheinigung*. De informatieplichten bestaan los van de aanspraak op loondoorbetaling bij ziekte en los van de vraag of de werkgever uit anderen hoofde al kennis heeft van de arbeidsongeschiktheid, bijvoorbeeld bij een bedrijfsongeval.⁹¹ De aard en de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid hoeven in beginsel niet te worden gemeld, maar daarop is een aantal uitzonderingen geformuleerd. Ten eerste moet de werknemer meedelen of zijn arbeidsongeschiktheid wordt veroorzaakt door een besmettelijke ziekte, waartegen de werkgever meteen actie zou moeten ondernemen.⁹² Verder is er verschil in loondoorbetalingsplicht als een ziekte voortvloeit uit dezelfde oorzaak. Dan kan een wachttijd van zes of twaalf maanden gelden wat niet het geval is bij een arbeidsongeschiktheid uit een andere oorzaak.⁹³ De werknemer is daarom ten tweede verplicht -voor zover hij dat weet of kan inschatten- te melden of de arbeidsongeschiktheid voortvloeit uit dezelfde oorzaak of niet.⁹⁴ Ten derde moet de werknemer meedelen of regres op een derde mogelijk is en alle daarvoor benodigde informatie verstrekken.⁹⁵ Als laatste is de werknemer verplicht het te melden als de arbeidsongeschiktheid is ontstaan door eigen schuld.⁹⁶

88 Subatzus, p.167 met vindplaatsen en p.168-169, zelfs een *außerordentliche Kündigung*, p.173-175, schadevergoeding, p.182-185.

89 § 1 SGB V.

90 Bij al deze plichten moet worden gekeken of voldaan is aan proportionaliteit en subsidiariteit: staat de plicht wel in verhouding tot de aanspraak en is geen minder ingrijpende maatregel voorhanden? Ook moet worden gekeken of deze plicht van de betrokkene wel kan worden gevergd, § 65 lid 1 SGB I.

91 HWK/Schliemann, p.2030.

92 HWK/Schliemann, p.2031, ErfK/Dörner, p.1853.

93 § 3 EFZG.

94 HWK/Schliemann, p.2031, als arbeidsrechtelijke nevenplicht.

95 § 6 lid 2 EFZG.

96 BAG 1 juni 1983, BAGE 43, 54.

8.5.2 Het genezingsvoorschrift

Er is rechtspraak waarin van de arbeidsongeschikte werknemer wordt verlangd zich 'ziekteconform' te gedragen. Hij moet geen gedrag vertonen op basis waarvan zijn arbeidsongeschiktheid in twijfel zou kunnen worden getrokken. Zo leidde het discotheekbezoek van een zieke werknemer met hoofdpijnklachten tot een terecht ontslag, omdat hij de schijn wekte niet arbeidsongeschikt te zijn.⁹⁷ Het verrichten van nevenwerkzaamheden was in een ander geval aanwijzing dat de werknemer niet arbeidsongeschikt was.⁹⁸ Deze rechtspraak is niet zonder kritiek gebleven.⁹⁹ Vaste rechtspraak gaat er van uit dat de werknemer '*alles zu tun (habe), um möglichst bald wieder gesund zu werden und alles zu unterlassen, was seine Genesung verzögern könnte*'.¹⁰⁰ Hij zou dan niet alleen het uitgangspunt negeren, dat hij rekening moet houden met de redelijke belangen van de werkgever, maar hij tast ook het werkgeversvertrouwen aan dat een werknemer zich redelijk zal opstellen.¹⁰¹

Een voorbeeld is een skivakantie van een werknemer die met concentratieproblemen kampte. Door een skiongeval vanwege onoplettendheid vertraagde het genezingsproces wat voldoende aanleiding was voor een *ordentlich* ontslag tijdens ziekte.¹⁰² De werknemer riskeert zelfs een ontslag op staande voet als hij het genezingsproces daadwerkelijk in gevaar brengt.¹⁰³ Opvallend is de mening van het BAG dat de werknemer ook door passiviteit zijn genezing vertraagt, als hij geen contact opneemt met de werkgever of de *Betriebsrat* om ziekmakende arbeidsomstandigheden aan te laten pakken.¹⁰⁴ Hoewel het BAG de norm formuleerde dat het gedrag moet betreffen dat belemmerend of vertragend *kan* zijn, wordt het in literatuur en lagere rechtspraak niet zo abstract benaderd. Er wordt vanuit gegaan dat er pas wordt gehandeld in strijd met de arbeidsrechtelijke verplichtingen als daadwerkelijk een belemmering of vertraging is opgetreden.¹⁰⁵

8.5.3 Voorschriften om arbeidsgeschikt te worden

De zieke werknemer moet om te beginnen aan de *Krankenkasse* alle informatie verschaffen die relevant is en bewijzen verstrekken en wijzigingen doorgeven. Hij moet beschikbaar zijn om zijn situatie persoonlijk te bespreken en zich onderwerpen aan

97 bijv. LAG Düsseldorf 25 juni 1981 BB 1981, 1522, LAG Schleswig-Holstein, 30 september 1988, AiB, 40.

98 LAG München 9 september 1982, DB 1983, 1931.

99 Subatzus p.87-89, die o.a. stelt dat arbeidsongeschiktheid niet statisch maar dynamisch is en bovendien dat arbeidsongeschiktheid wordt aangenomen op basis van de medische verklaring, waarop de voorziene duur staat.

100 Subatzus, p.89.

101 BAG 26 augustus 1993, BAGE 74, 127.

102 BAG 2 maart 2006, NZA-RR 2006, 636.

103 HWK/Sandmann, p.1810.

104 F. Wetzling en M. Habel, 'Betriebliches Eingliederungsmanagement und Mitwirkung des Mitarbeiters', NZA 2007, p.1132.

105 Subatzus, p.89-92.

medische en psychologische onderzoeken.¹⁰⁶ Nalaten mee te werken, kan leiden tot opschorting of verval van socialeverzekeringsaanspraken.¹⁰⁷

'Ein arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer muss sich so verhalten, dass er bald wieder gesund wird und an seinen Arbeitsplatz zurückkehren kann', aldus het BAG.¹⁰⁸ Dat geeft goed weer dat bij meewerken aan herstel wordt gedoeld op herstel van de arbeidsgeschiktheid. Vaak zal dat niet zijn te onderscheiden van medewerking aan herstel van ziekte, maar denkbaar is een werknemer die weliswaar ongeneeslijk ziek is, maar toch kan zorgen dat hij met medicijnen de gevolgen onder controle krijgt en daarmee weer arbeidsgeschikt wordt.¹⁰⁹ Zolang de zieke werknemer maar de aanwijzingen van de arts opvolgt, handelt hij niet in strijd met zijn verplichtingen. Volgt hij ze niet op dan kunnen er gevolgen aan worden verbonden, afhankelijk van de mate waarin de werknemer afwijkt.¹¹⁰ Zo keurde het BAG een *außerordentliche Kündigung* goed van een werknemer die een medisch onderzoek weigerde, om op die manier zijn uitkeringsaanvraag op de lange baan te schuiven.¹¹¹ De zieke werknemer moet zich ook onder behandeling stellen als te verwachten is dat zijn situatie daardoor verbetert of niet verslechtert. Dat is zo op basis van het SGB maar ook vanwege de schadebeperkingsplicht uit het BGB.¹¹² Dit houdt in dat een werknemer bijvoorbeeld een operatie moet ondergaan als daarbij geen bijzondere gevaren of bijzondere pijnen te verwachten zijn en het vooruitzicht bestaat op genezing of wezenlijke verbetering van de gezondheid. De onaantastbaarheid van het lichaam is een grondrecht (artikel 2 lid 2 GG); bij het moeten ondergaan van een ingreep of behandeling speelt proportionaliteit dus steeds een rol.¹¹³ Daarbij heeft de werknemer de vrije keus welke behandeling hij ondergaat, zo lang de vooruitzichten op resultaat maar (nagenoeg) hetzelfde zijn.¹¹⁴

Inhoudelijk lijkt er bij de verzuimvoorschriften geen fundamenteel verschil te bestaan tussen Nederland en Duitsland. Net als bij de controlevoorschriften lijkt de Duitse rechtspraak ook hier wel strenger. Het gevolg van overtreding kan schijnbaar eenvoudig een ontslag zijn. De Nederlandse aanpak steunt op de wettelijke regel dat (eerst) een maatregel in de sfeer van het loon is aangewezen. Alleen bij bijkomende omstandigheden is ontslag aan de orde. Van de Duitse werknemer wordt wel een actievere opstelling verlangd om mee te werken aan zijn genezing.

106 §§ 60-63 SGB I.

107 § 66 SGB I.

108 BAG 2 maart 2006, NZA-RR 2006, 636.

109 Subatzus, p.83.

110 Subatzus, p.83-84.

111 HWK/Sandmann, p.1811 naar aanleiding van BAG 7 november 2002, 2 AZR 475/01.

112 § 63 SGB I en § 254 lid 2 BGB.

113 E. Jung in: E. Eichenhofer en U. Wenner, *Kommentar zum Sozialgesetzbuch I, IV, X*, Luchterhand: Köln 2012, p.270-272, Subatzus, p.74-76, zie ook § 65 lid 2 aanhef en sub 3 SGB I.

114 BGH 20 oktober 2002, BGHZ 152, 262, Subatzus, p.77-78, die opmerkt dat alternatieve methoden zijn beperkt tot methoden, die medisch verklaarbaar of statistisch onderbouwd zijn.

8.6 Re-integratievoorschriften

Net als in Nederland zijn ook in Duitsland uitspraken van belang geweest voor de ontwikkeling van re-integratie van de zieke werknemer. Het gaat daarbij om twee uitspraken van het BAG, allebei gewezen ná het van kracht worden van SGB IX per 1 juli 2001.

De eerste heeft betrekking op de mogelijkheid re-integratie-inspanningen af te dwingen. De gérant van een restaurant met een Michelin-ster viel in juli 2002 uit onder andere met klachten aan de wervelkolom. Na behandeling begon hij in januari 2003 op te bouwen door om de dag te werken, maar dat moest worden afgebroken. In december 2003 stelde de behandelend arts een nieuw 'Wiedereingliederungsplan' voor, waarin de werknemer langzaam zijn uren zou opbouwen. Wel werd hij voor 80% arbeidsongeschikt geacht, waardoor hij van rechtswege de status *Schwerbehinderte* kreeg. De werkgever wilde niet meewerken aan de re-integratie omdat hij daartoe niet verplicht zou zijn. Volgens het BAG was dat echter onjuist: de eerder bestaande vrijwilligheid rond re-integratie was achterhaald met name door invoering van het SGB IX in 2001. De *schwerbehinderte* werknemer kon daarom eisen van zijn werkgever om mee te werken aan re-integratie.¹¹⁵

In de tweede uitspraak stond centraal of het recht om re-integratie-inspanningen te eisen alleen voor *Schwerbehinderten* bestaat of breder geldt. Een machinebediende in een metaalfabriek viel in maart 2002 uit en na verschillende perikelen werd hij in oktober 2004 vanwege langdurige ziekte ontslagen. Daartegen kwam de werknemer in het geweer en het BAG stelde hem in het gelijk. Hij stelde vast dat re-integratiemanagement moest worden gevoerd voor alle werknemers, niet alleen *Schwerbehinderten*. Omdat een ontslag ultima ratio is, moesten namelijk minder vérgaande alternatieven worden onderzocht. Het re-integratiemanagement was zelf geen alternatief, maar is bij ziekte een middel om zulke alternatieven te herkennen en te ontwikkelen. Voert een werkgever geen re-integratiemanagement dan kan dat reden zijn om een ziekteontslag ongeldig te achten, als hij er niet in slaagt aan te tonen dat terugkeer naar de eigen plek onmogelijk is en een aanpassing van de arbeidsplaats of herplaatsing in ander werk uitgesloten moet worden.¹¹⁶ Hoewel vóór deze uitspraken ook al re-integratieverplichtingen werden aangenomen voor werkgevers, is het belangrijk dat een duidelijke link werd gelegd met de specifieke bepalingen van het SGB IX, met name rond re-integratiemanagement.

8.6.1 Herplaatsingsplicht voor de werkgever

Al in 1959 bepaalde het BAG dat de zorgplicht van de werkgever ('*Fürsorgepflicht*') mee kan brengen de werknemer op een andere arbeidsplaats te werk te stellen als dat door bijzondere, de persoon van de werknemer betreffende omstandigheden (met name gezondheidsredenen) geboden is en van de werkgever redelijkerwijs te

¹¹⁵ BAG 13 juni 2006 9 AZR 229/05 (*stufenweise Wiedereingliederung*).

¹¹⁶ BAG 12 juli 2007, 2 AZR 716/06 (*betriebliches Eingliederungsmanagement*).

vergen.¹¹⁷ In een ontslagzaak vanwege arbeidsongeschiktheid uit 1980 maakte het BAG duidelijk dat een werkgever vóór ontslag eerst moest onderzoeken of hij de zieke werknemer kon herplaatsen, eventueel tegen slechtere arbeidsvoorwaarden. Een ontslag is immers ultima ratio. Ook andere overbruggingsmaatregelen zoals het aannemen van een hulpkracht, een tijdelijke wijziging van de organisatie of een tijdelijke invoering van overwerk werden aangehaald. Hoe lang dat 'tijdelijke' dan zou mogen duren, hangt af van geval tot geval, waarbij de lengte van het dienstverband meeweegt.¹¹⁸ Algemeen werd na deze uitspraak aanvaard dat de werkgever verplicht was de zieke werknemer op een passende werkplek te herplaatsen.¹¹⁹ Onduidelijk was echter wat de basis was van die plicht: ging het om een herplaatsing die alleen met wederzijds goedvinden was door te voeren, vloeide die voort uit de gezagsverhouding ('*Direktionsrecht*') of was een *Änderungskündigung* nodig?

Die vraag kwam zijdelings aan bod in 1997. Het BAG besliste dat de werkgever ter vermijding van een ontslag wegens arbeidsongeschiktheid verplicht was de werknemer op een '*leidensgerechte Arbeitsplatz weiterzubeschäftigen*', als zo'n gelijkwaardige en redelijke arbeidsplaats vrij is en de werknemer voor de te verrichten arbeid geschikt is. De werkgever moet desnoods een voor de zieke werknemer passende arbeidsplaats die door een andere werknemer wordt bezet, vrij maken, als hij daarmee maar wel binnen de grenzen van de arbeidsovereenkomst met die andere werknemer blijft.¹²⁰ Een voorbeeld daarvan speelt bij een ruime functieomschrijving van die andere werknemer (bijvoorbeeld 'productiemedewerker'), waarmee hij zou kunnen worden herplaatst op een andere plek in de productie, zodat dan niet wordt ingegrepen in zijn bedongen arbeid.¹²¹ In de literatuur werd aangenomen dat de basis voor het ingrijpen in een dergelijk geval lag in de gezagsverhouding, op grond waarvan de werkgever een plaats moet toewijzen waarin het naar verwachting niet tot dezelfde arbeidsongeschiktheid zal komen.¹²² In een situatie rond een *Schwerbehinderter* sprak het BAG echter in 2005 expliciet uit dat de grond voor de herplaatsing de *Änderungskündigung* was. De werkgeversplicht om een *Schwerbehinderter* te herplaatsen naar gelang zijn kennis en vaardigheden brengt met zich mee dat moet worden getoetst of ontslag kon worden vermeden door een herplaatsing via een *Änderungskündigung*. Dat kan zelfs bij een andere (holding)-BV als die samen met de werkgever één bedrijf vormt.¹²³ Omdat het BAG tot deze beslissing kwam vanwege de eis van proportionaliteit ('*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*' dus ontslag als ultima ratio)

117 Becker p.108-109, BAG 25 maart 1959, AP § 611 BGB Fürsorgepflicht Nr. 27.

118 BAG 22 februari 1980, BAGE 33,1.

119 M. Horcher, 'Vorrang der Änderungskündigung und betriebliches Eingliederungsmanagement', *Recht der Arbeit* 2009, p.31-38.

120 BAG 29 januari 1997, BAGE 85, 107.

121 Het BAG heeft wel als voorwaarde gesteld dat er geen ingreep mag zijn in de rechtspositie; een ploegentoeslag op de ene productiewerkplek moet dus ook op de andere worden gegeven.

122 Horcher, p.31-32, ook prof. dr. F. Welti, interview 26 september 2013.

123 Horcher, p.32, BAG 22 september 2005, BAGE 116, 7. Voor een *Änderungskündigung* heeft de werkgever de toestemming van de *Betriebsrat* nodig. Het BAG besloot ook dat als de *Betriebsrat* die toestemming weigert, een werkgever daartegen in beginsel geen verdere rechtsmaatregelen hoeft in te stellen.

én dat principe bij niet-*schwerbehinderte* zieke werknemers net zo goed speelt, kan er van worden uitgegaan dat de uitspraak voor alle ontslagen vanwege ziekte geldt.¹²⁴

De werkgever moet zieke werknemers dus herplaatsen. Dat gebeurt via een *Änderungskündigung*; de eenzijdige rechtshandeling van beëindiging van de oude arbeidsovereenkomst onder het gelijktijdig aanbod van een nieuwe arbeidsovereenkomst voor een aangepaste arbeidsplaats. De werknemer die niet ingaat op het aanbod blijft wel ontslagen voor zijn oude functie. De discussie kan gaan over de vraag of de aangepaste werkplek passend is of niet. Dat bespreek ik in § 8.7. De discussie daarover en de voortgang van de re-integratie komen aan de orde bij het *betriebliches Eingliederungsmanagement* van § 84 SGB IX.

8.6.2 § 84 SGB IX

Een wezenlijke bepaling rond re-integratie van zieke werknemers is § 84 SGB IX. Lid 1 heeft betrekking op het treffen van preventieve maatregelen (*Präventionsverfahren*), lid 2 gaat over het re-integratiemanagement en lid 3 betreft de bevoegdheid om werkgevers met een premie of een bonus te prikkelen om re-integratiemanagement in te voeren.

Het doel van preventie en re-integratiemanagement is om arbeidsongeschiktheid te beëindigen, nieuwe arbeidsongeschiktheid te voorkomen en vroegtijdig duidelijk te krijgen of en welke maatregelen nodig zijn om een -zo mogelijk duurzame- voortzetting van de arbeidsverhouding te bevorderen zodat een ziekteontslag kan worden voorkomen.¹²⁵ Het gaat niet enkel om behoud van *de huidige* arbeidsplaats maar om *een* arbeidplaats waar de kennis en vaardigheden van de werknemer het beste tot hun recht komen.¹²⁶

8.6.3 Preventie

In het kader van preventie schakelt de werkgever '*bei Eintreten von personen-, verhaltens- oder betriebsbedingten Schwierigkeiten im Arbeits- oder sonstigen Beschäftigungsverhältnis die zu Gefährdung dieses Verhältnisses führen können*' zo snel mogelijk de *Betriebsrat*, de *Schwerbehindertenvertretung* en het *Integrationsamt* in om te overleggen over de arbeidsmogelijkheden en de mogelijke (financiële) ondersteuning. Het doel is te zorgen dat de arbeidsverhouding '*möglichst dauerhaft fortgesetzt werden kann*'. Ook al staat er in § 84 lid 1 SGB IX dat de werkgever ter preventie van problemen in een *Arbeitsverhältnis* moet handelen (zonder beperking tot *Schwerbehinderten* en gelijkgestelden), toch oordeelde het BAG dat deze bepaling alleen voor die categorieën geldt.¹²⁷

124 Horcher, p.32.

125 § 84 lid 1 eerste volzin SGB IX; BAG 4 oktober 2005, BAGE 116, 121.

126 Vgl. voor *Schwerbehinderten* § 81 lid 4 sub 1 SGB IX.

127 Horcher, p.32 met verwijzing naar BAG 7 december 2006, NJW 2007, 1995 ff.

Het gaat bij hen om problemen die ontstaan rond de eigenschappen van de werknemer, zoals zijn tempo, inzetbaarheid, belastbaarheid, betrouwbaarheid, arbeidsethiek en gedrag. Een situatie waarin tussen werkgever en zieke werknemer een arbeidsconflict bestaat zou evenzeer onder deze bepaling vallen. Daarnaast kunnen het problemen betreffen die met de werkgever samenhangen, zoals de arbeidsplaats, de arbeidsmiddelen, de bereikbaarheid of het productieproces.¹²⁸ De plicht om actief naar oplossingen te streven en te voorkomen dat de *Schwerbehinderte* uitstroomt bestaat niet alleen vanwege de civielrechtelijke *Fürsorgepflicht*¹²⁹ maar is vooral bedoeld om te zorgen dat tijdig en vakkundig wordt gekeken naar mogelijke oplossingen. Een werknemer heeft vaak onvoldoende kennis en vaardigheden om te weten welke mogelijkheden er in het bedrijf bestaan of zijn te scheppen. De inschakeling van externen, zoals de *Schwerbehindertenvertretung*, de *Betriebsrat* en het *Integrationsamt*, zorgt ervoor dat alle aspecten deskundig en in een vroegtijdig stadium aan bod komen. Het niet naleven van de preventieplicht betekent niet per se dat een ontslag onterecht zou zijn. Relevant is slechts dat, als wél zou zijn voldaan aan de preventieplicht, er mogelijkheden zouden hebben kunnen bestaan om een ontslag te voorkomen.¹³⁰

8.6.4 'Betriebliches Eingliederungsmanagement'

In § 8.2.4 constateerde ik al dat onder invloed van rechtspraak een frisse wind ging waaien rond re-integratie. Dat komt vooral tot uiting in de regeling van het re-integratiemanagement. Van de werkgever wordt namelijk wettelijk verlangd daadwerkelijk werk te maken van re-integratie. Daaraan zitten formele, materiële en praktische aspecten.

8.6.5 Formele aspecten van het betriebliches Eingliederungsmanagement

Als een *Beschäftigte* binnen één jaar langer dan zes weken ononderbroken of herhaald arbeidsongeschikt is geweest, dan onderzoekt de werkgever samen met medezeggenschapsorganen en de werknemer 'die Möglichkeiten, wie die Arbeitsunfähigkeit möglichst überwunden werden und mit welchem Leistungen oder Hilfen erneuter Arbeitsunfähigkeit vorgebeugt und der Arbeitsplatz erhalten werden kann.'¹³¹ Het re-integratiemanagement is van toepassing op *Beschäftigten*, ook al staat het in SGB IX Teil 2, dat als opschrift 'Schwerbehindertenrecht' heeft. Het BAG heeft de reikwijdte opgerekt: re-integratiemanagement is van toepassing op alle zieke werknemers.¹³² Er gelden niettemin twee belangrijke uitzonderingen. Re-integratiemanagement is alleen verplicht voor werkgevers met meer dan tien werknemers. Voor een kleinere

128 HWK/Theis, p.2900.

129 BAG 10 mei 2005, NZA 2006, 155.

130 BAG 7 december 2006, BAGE 120, 28.

131 § 84 lid 1 eerste volzin SGB IX. Voor het begrip 'Arbeitsunfähigkeit' en voor de zes weken periode in § 84 SGB IX wordt aangesloten bij de definities uit het *Entgeltfortzahlungsgesetz*, BAG 13 maart 2012, NZA 2012, 749. De medezeggenschapsorganen zijn de *Betriebsrat* of, in voorkomende gevallen, de *Schwerbehindertenvertretung*.

132 BAG 12 juli 2007, 2 AZR 716/06. De oorzaak of aard van de arbeidsongeschiktheid is niet relevant, net zo min of een herhaalde uitval uit dezelfde oorzaak komt of niet, Schmidt 2013, p.301.

werkgever geldt de verplichting niet.¹³³ Daarnaast hoeft geen re-integratiemanagement aan een zieke werknemer te worden aangeboden in de eerste zes maanden van zijn arbeidsovereenkomst.¹³⁴ Het aanbieden van re-integratiemanagement is in de overige situaties voor de werkgever verplicht als een werknemer binnen een jaar langer dan zes weken ononderbroken of gedurende zes weken in totaal arbeidsongeschikt is geweest. De re-integratie kan dus losgekoppeld zijn van de loondoorbetalingsplicht. Een werkgever moet in de eerste zes weken van arbeidsongeschiktheid namelijk loon doorbetalen. Als de werknemer daarna nog steeds ziek is, moet de werkgever het re-integratiemanagement ter hand nemen, terwijl op datzelfde moment de loondoorbetaling bij ziekte stopt.

De werkgever moet het initiatief nemen om over de re-integratie te overleggen; de werknemer moet aan het overleg deelnemen.¹³⁵ Daarna moet de werkgever concreet re-integratiemanagement aanbieden dat de werknemer mag weigeren. Een weigering kan bij een ziekteontslag wel in zijn nadeel werken. Als de werknemer instemt, moet de werkgever het doel van het re-integratiemanagement benoemen én de manier waarop hij dat doel denkt te bereiken.

Het proces loopt als volgt:¹³⁶

- de werkgever neemt het initiatief om het re-integratieoverleg in gang te zetten, wijst op het doel van het overleg en de manier waarop dat overleg gaat plaatsvinden. Daarbij vraagt hij de werknemer om instemming, die hij niet mag weigeren;¹³⁷
- desgewenst vraagt de werkgever daarna financiële ondersteuning van het *Integrationsamt*;¹³⁸
- vervolgens wordt de situatie met de werknemer, de *Betriebsrat* en in voorkomende gevallen met de *Schwerbehindertenvertretung* besproken;¹³⁹
- zo nodig wordt de hulp van een '*Betriebs- oder Werksarzt*' ingeroepen;
- als het aankomt op ondersteuning en informatie over re-integratie(maatregelen) dan moet de hulp van de *Servicestelle* of het *Integrationsamt* worden gevraagd;¹⁴⁰
- in het verdere proces kan elke stap alleen worden gezet met de instemming van de werknemer.

133 BAG 24 januari 2008, NZA-RR 2008, 405 en § 23 KSchG.

134 BAG 24 januari 2008, NZA-RR 2008, 405 en § 1 lid 1 KSchG jo. § 90 lid 1 sub 1 SGB IX. Doet hij dit in de wachttijd toch, dan ontstaan daaruit geen aanspraken voor de werknemer op herplaatsing, BAG 28 juni 2007, NZA 2007, 1049.

135 Initiatief ligt bij de werkgever: BAG 10 december 2009, AP § 84 SGB IX Nr.3, zie verder HWK/*Theis*, p.2902.

136 Gagel 2004, p.1359, Minninger, p.88-90.

137 Het benoemen van het doel vóórdat de werknemer instemt maakt het voor hem mogelijk weloverwogen te beslissen, BAG 24 maart 2011, NZA 2011, 254.

138 § 84 lid 3 jo. 102 lid 3 sub 2d SGB IX. die wordt alleen gegeven als de werkgever meer doet dan wat de wet voorschrijft; het verzekeringskarakter van *Krankenversicherung* of *Rentenversicherung* brengt mee dat schadebeperkend gedrag mag worden beloond, Welti 2006, p.628.

139 Ook als die niet aanwezig zijn moet het re-integratiemanagement worden gestart, BAG 30 september 2010, BAGE 135, 361.

140 BAG 10 december 2009, AP § 84 SGB IX Nr.3.

Als de werkgever het initiatief niet neemt, kan hij daarop worden aangesproken door de *Betriebsrat* of de *Schwerbehindertenvertretung*. Zij bewaken de naleving maar kunnen zelf ook het voortouw nemen (eventueel op het spoor gezet door de werknemer) om de werkgever re-integratiemanagement te laten aanbieden.¹⁴¹ De *Betriebsrat* heeft er recht op om van de werkgever een lijst met namen te krijgen van werknemers die in een jaar meer dan zes weken ziek zijn geweest en dus voor re-integratiemanagement in aanmerking komen.¹⁴² Nadeel van re-integratiemanagement is dat het puur is gericht op de individuele casus. De werkgever kan daarom met de *Betriebsrat* en de *Schwerbehindertenvertretung* een zogeheten '*Integrationsvereinbarung*' sluiten waarin collectief zaken worden geregeld, gericht op re-integratie van *Schwerbehinderten*. Het gaat dan om aandachtsgebieden als voorrangbeleid bij vacatures, de personeelsplanning, de arbeidsomstandigheden op de individuele werkplekken en in het bedrijf als geheel, de organisatie van de arbeid en de arbeidsduur.¹⁴³

In 2009 heeft het BAG diverse procedurele aspecten van *betriebliches Eingliederungsmanagement* besproken in een ontslagzaak van een arbeidsongeschikte werknemer.¹⁴⁴ Allereerst maakte het BAG duidelijk dat de wet geen middelen voorschrijft die wel of niet kunnen worden ingezet, noch tot welke resultaten re-integratiemanagement al dan niet mag leiden. Hij oordeelde vervolgens dat het re-integratiemanagement een middel is om maatregelen vast te stellen die verdere toekomstige uitval kunnen voorkomen. Het is zodoende een minder ingrijpend middel dan ziekteontslag. In het algemeen moet de werknemer in het re-integratieoverleg concreet benoemen met welke aanpassingen hij wél zou kunnen werken of welke andere arbeidsplaats kan worden gecreëerd.¹⁴⁵ Als de werkgever echter geen of geen correct re-integratiemanagement voert, rust op hem de plicht om te bewijzen waarom een aanpassing van de werkplek of het scheppen van een aangepaste functie niet kan worden verlangd.

Is wel een correct re-integratiemanagement doorgevoerd dan kan blijken dat er geen re-integratiemaatregelen mogelijk zijn waarmee de arbeidsongeschiktheid kan worden beëindigd of nieuwe arbeidsongeschiktheid kan worden voorkomen. Als de werkgever daarna ziekteontslag zou willen, is het voldoende te wijzen op het negatieve resultaat van het re-integratieoverleg. De werknemer kan op dat moment niet meer wijzen op mogelijkheden die daarin zijn besproken en zijn verworpen, noch

141 § 84 lid 2 zesde en zevende volzin SGB IX. Dat voortouw kan alleen worden genomen als de werknemer van tevoren met re-integratiemanagement heeft ingestemd.

142 BAG 7 februari 2012, AP § 84 SGB IX Nr.4.

143 § 83 lid 2 en 2a SGB IX. De werkgever moet over de *Integrationsvereinbarung* onderhandelen maar is niet verplicht zo'n overeenkomst te sluiten, B. Schmidt in: R. Richter (red.), *Rehabilitationsrecht*, Nomos: Baden-Baden 2008, p.177-178 (Richter/Schmidt), zie voor een stappenplan: Minninger, p.80-86.

144 BAG 10 december 2009, AP § 84 SGB IX Nr.3, zie ook HWK/Theis, p.2903. Het BAG bouwt voort op BAG 12 juli 2007, 2 AZR 716/06 waarop kritiek is gekomen, U. Tschöpe, 'Krankheitsbedingte Kündigung und betriebliches Eingliederungsmanagement', NZA 2008, 398-400.

145 Vgl BAG 26 mei 1977, AP § 102 BetrVG 1972 Nr. 14. In het algemeen is het genoeg dat de werknemer benoemt hoe hij zich een 'leidensgerechte Beschäftigung' voorstelt.

op mogelijkheden die niet aan de orde zijn gekomen. Die had hij maar in het re-integratieoverleg in moeten brengen.

Blijkt uit het re-integratieoverleg dat er wel re-integratiemaatregelen mogelijk zijn, dan *moeten* die door de werkgever worden omgezet in concrete acties. Hoewel dat niet in de wet staat, vloeit dat wel voort uit het doel van re-integratiemanagement, met daarbij steeds een belangenafweging naar billijkheid. Als voor de uitvoering de medewerking of een handeling van de werknemer nodig is, dan moet de werkgever daar achteraan gaan. Weigert de werknemer aan de uitvoering mee te werken dan moet hij er op worden gewezen dat ontslag kan volgen, waarna zo'n ontslag bij volharding in de weigering terecht zal zijn.¹⁴⁶

Hoewel het dus duidelijk is dat een werknemer niet zo maar zijn instemming zal mogen weigeren, maakt de noodzaak om steeds die instemming te krijgen wel principieel deel uit van re-integratiemanagement. § 1 SGB IX stelt namelijk de 'Selbstbestimmung' van de werknemer over aard en omvang van interventies voorop. Daarnaast is het recht op privacy in het geding: wil re-integratiemanagement echt inhoud krijgen dan zullen de werkgever en de *Betriebsrat* of de *Schwerbehindertenvertretung* vaak inzicht moeten krijgen in het soort en de omvang van de medische beperkingen van de werknemer. Daarvoor is steeds weer nodig dat de werknemer instemt. Juist vanwege de vrijwilligheid van zijn kant en het feit dat de zieke werknemer leidend is ('*Herr des Verfahrens*') mag het niet-meewerken in het algemeen niet tegen de werknemer worden gebruikt.¹⁴⁷ Gagel meent dat belangrijk is om in de arbeidsovereenkomst op te nemen hoe het zelfbeschikkingsrecht van de werknemer wordt gewaarborgd, maar tegelijk dat medewerking aan re-integratiemanagement kan worden geëist. Re-integratiemanagement dient immers een zinvol doel.¹⁴⁸ Dat betekent niet dat de werknemer medewerking helemaal af kan houden als hij niet wil. Uit de *Treuepflicht*, uit de verplichting om eerst andere minder vergaande oplossingen te proberen dan een *Änderungskündigung* én uit de plicht rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de werkgever kan worden afgeleid dat de werknemer soms wel moet.¹⁴⁹

8.6.6 Materiële aspecten van het betriebliches Eingliederungsmanagement

Bij de inhoud van het re-integratiemanagement hebben partijen grote vrijheid, zolang de juiste instanties er maar bij betrokken zijn, hun bijdragen zakelijk worden

146 Aldus nog steeds BAG 10 december 2009, AP § 84 SGB IX Nr.3. In het algemeen geldt: voert de werkgever bestaande re-integratiemogelijkheden niet door dan moet hij bewijzen dat de maatregel niet door te voeren was (bijv. vanwege hardnekkige weigering van de werknemer) of niet zou hebben geleid tot een verminderde uitval van de zieke werknemer, Schmidt 2013, 320-321.

147 Welti 2006, p.626.

148 Gagel 2004, p.1360-1361. Het BAG benadrukt dat de instemmingseis moet garanderen dat steeds vrijwillig medische informatie wordt gegeven, BAG 7 februari 2012, NZA 2012, 744.

149 F. Wetzling en M. Habel, 'Betriebliches Eingliederungsmanagement und Mitwirkung des Mitarbeiters', NZA 2007, p.1130-1132. Bij niet-meewerken dat uitmondt in een ziekteontslag moet de werknemer bijvoorbeeld onderbouwen waarom geen negatieve prognose kan worden aangenoemen, Welti 2006, p.626.

beoordeeld en geen logischerwijs in acht te nemen maatregelen worden uitgesloten. Er wordt op vertrouwd dat het te bereiken doel duidelijk genoeg is en er voldoende is gezorgd voor de deelname van relevante partijen. Een eerlijk en zakelijk gesprek moet daardoor mogelijk zijn, gericht op de bijzonderheden van het geval en met ruimte voor inbreng van ieders gezichtspunten en oplossingsmogelijkheden.¹⁵⁰ Volgens Gagel kan re-integratiemanagement alleen maar succesvol zijn als niet star wordt vastgehouden aan de arbeidsovereenkomst en er bereidheid is tot enige flexibiliteit: *'Eine Eingliederung ist oft nur möglich durch Vertrags-umwandlung'*.¹⁵¹

In de al aangehaalde belangwekkende BAG-uitspraak van 12 juli 2007 was een machinebediende vanaf maart 2002 arbeidsongeschikt met rugklachten. Na verschillende operaties zou hij per februari 2005 weer volledig in de functie kunnen hervatten, mits de werkgever de arbeidsplaats zou aanpassen. Met name zou er een zitgelegenheid moeten worden geboden. De werknemer wees daarnaast op een andere passende mogelijkheid om hem te herplaatsen, namelijk als etiketteerder. De werkgever vond het allemaal te lang duren en ontsloeg de werknemer *ordentlich* vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid. Een functie van etiketteerder bestond niet; re-integratiemanagement was bovendien niet gevoerd, want de werknemer was geen *Schwerbehinderte* aldus de werkgever. Het BAG maakte duidelijk dat het re-integratiemanagement (als eerder gezegd) geldt voor alle zieke werknemers, niet alleen voor *Schwerbehinderten*. Het enkele feit dat hier geen re-integratiemanagement was gevoerd, betekende niet dat een ziekteontslag onmogelijk is, maar wel dat de werkgever moest bewijzen dat het ontslag niet disproportioneel was. In dit geval kon van de werkgever worden verlangd de bestaande arbeidsplaats aan te passen of een passende arbeidsplaats te scheppen. Ontslag is het uiterste middel terwijl het scheppen van een passende arbeidsplaats minder vergaand is.¹⁵²

Wat van een werkgever inhoudelijk bij het re-integratiemanagement kan worden verlangd, werd in 2010 bevestigd:¹⁵³

- aanpassing van de eigen functie of
- herplaatsing op een andere passende functie of
- creëren van een passende functie of
- het vrijmaken van een arbeidsplaats om de zieke werknemer te kunnen plaatsen.¹⁵⁴

Als deze maatregelen niet in onderling overleg kunnen worden doorgevoerd, dan mag de werkgever dat eenzijdig doen door middel van een *Änderungskündigung*.

150 BAG 10 december 2009, AP § 84 SGB IX Nr.3.

151 Gagel 2004, p.1361.

152 BAG 12 juli 2007, DB 2008, 189; ook Horcher, p.32 met verwijzing naar de heersende mening in de literatuur in zijn noot 12. Tschöpe wijst er op dat het BAG in deze uitspraak voor het eerst de plicht heeft aangenomen een passende werkplek te scheppen, p.400. Zie ook: BAG 24 januari 2008, 2 AZR 96/07, HWK/Sandmann, p.1810-1811.

153 BAG 30 september 2010, BAGE 135, 361.

154 BAG 10 december 2009, AP § 84 SGB IX Nr.3. Als gezegd komt dit alleen aan de orde als daarmee de rechten van de op die plaats werkende andere werknemer niet worden geschonden, BAG 29 januari 1997, BAGE 85, 107.

8.6.7 De praktijk van het *betriebliches Eingliederungsmanagement*¹⁵⁵

In de praktijk wordt met name in bedrijven vanaf ongeveer 200 werknemers het re-integratiemanagement ingezet. In bedrijven vanaf deze grootte is meestal een *Betriebsrat* ingesteld, die zich alleen maar bezig houdt met medezeggenschapstaken. Waar in kleine bedrijven de werknemers de *Betriebsrat* vaak naast het gewone werk bemannen, is dat bij grotere bedrijven een dagtaak. Daar bestaat meer kennis en ervaring (en ondersteuning van vakbonden) zodat re-integratiemanagement eerder aan de orde komt. De bedrijven waar re-integratie het succesvolst gebeurt, zijn die waar het re-integratiemanagement in samenspraak met de *Betriebsrat* is opgenomen en uitgewerkt in een ondernemingsovereenkomst ('*Betriebsvereinbarung*').¹⁵⁶ In dergelijke bedrijven wordt nut en noodzaak van re-integratie vaak beter onderkend en wordt ook buiten het kader van een (mogelijk) ziekteontslag gewerkt aan terugkeer van zieke werknemers. Omdat de ondernemingsovereenkomst bindend en afdwingbaar is, ligt er daarmee een sterkere basis voor re-integratie dan de basis die de wet biedt.

De wet kent wel de verplichting voor het voeren van re-integratiemanagement, maar de toetsing of en hoe dat gebeurt, speelt alleen in ontslagsituaties. Als het om *Schwerbehinderten* gaat dan toetst het *Integrationsamt* want hij moet vooraf goedkeuring voor ontslag verlenen.¹⁵⁷ In de praktijk blijkt daar dat werkgevers te weinig werk maken van re-integratie, zo constateerde ook het BAG: '*...arbeitsplatzsichernde Hilfen der Integrationsämter (werden) vor der Beantragung einer Zustimmung zur Kündigung kaum in Anspruch genommen...*'.¹⁵⁸ Via de *Servicestellen* kunnen ook *Krankenkassen* worden betrokken bij re-integratiemanagement maar feitelijk gebeurt dat zelden. Buiten ontslag is het met name de *Betriebsrat* die de naleving moet bewaken, iets wat in kleinere bedrijven vaak niet gebeurt. Een andere prikkel ontbreekt voor de werkgever; bijvoorbeeld het behoud van vakkundige arbeidskrachten waarin is geïnvesteerd, is regelmatig niet belangrijk genoeg gebleken. Daarnaast neemt de *Krankenkasse* na de eerste zes weken de betaling over en de premie voor de *Krankenversicherung* is niet afhankelijk van de instroom vanuit een bepaald bedrijf of branche.

Een andere bijzonderheid is dat re-integratie met regelmaat niet plaatsvindt op de werkplaats zelf. Niet alleen de *medizinische* maar ook de *berufliche Rehabilitation* gebeurt vaak extern, in '*Rehabilitationseinrichtungen*', meestal geëxploiteerd door socialezekerheidsinstellingen zoals de *Krankenkasse* of de *Deutsche Rentenversicherung*. Bekend zijn de kuuroorden waar wordt gewerkt aan herstel van de inzetbaarheid op het werk, waarna de werknemer terugkeert op zijn werkplek om het weer te proberen. De re-integratie mag wettelijk '*ambulant, teilstationär oder betrieblich*' worden uitgevoerd, maar re-integratie op de werkplek ('*betrieblich*') gebeurt nog

155 Interview Welti 26 september 2013.

156 § 77 BetrVG.

157 Zie § 7.7.5.

158 BAG 13 maart 2012, NZA 2012, 749.

weinig.¹⁵⁹ Ten slotte wijs ik nog op § 84 lid 3 SGB IX waarin staat dat de invoering van het re-integratiemanagement kan worden bevorderd door een premie of bonus voor de werkgever.

8.6.8 'Stufenweise Wiedereingliederung'

Sinds 1989 is in § 74 SGB V de geleidelijke werkhervatting (*stufenweise Wiedereingliederung*) geregeld.¹⁶⁰ Als een arts vaststelt dat een arbeidsongeschikte verzekerde zijn arbeid ('*bisherige Tätigkeit*') gedeeltelijk kan doen en een geleidelijke werkhervatting naar verwachting leidt tot een terugkeer in het werkzame leven ('*Erwerbsleben*'), moet hij op de medische verklaring over de arbeidsongeschiktheid de aard en omvang van de mogelijkheden vermelden. De wet verplichtte tot niet meer en niet minder dan die aantekening door de arts. De *Krankenkasse* kon daarom niet van de werknemer eisen mee te werken aan daadwerkelijke werkhervatting.¹⁶¹ De werknemer kon het recht daarop evenmin afdwingen; de werkgever was er niet toe verplicht. Het in de praktijk uitvoering geven aan geleidelijke werkhervatting gebeurde om die reden lang op basis van vrijwilligheid.¹⁶²

Dat veranderde per 1 januari 2001 toen de geleidelijke werkhervatting in een iets andere formulering in § 28 SGB IX werd opgenomen. Als een arts vaststelt dat een arbeidsongeschikte '*Leistungsgerechteste*' zijn arbeid gedeeltelijk kan verrichten en een geleidelijke werkhervatting naar verwachting leidt tot een terugkeer in het werkzame leven, dan moeten de maatregelen die worden ingezet daarop zijn gericht. De formulering is ruimer dan in § 74 SGB V: de werkingssfeer is ten eerste uitgebreid tot ieder die op basis van zijn arbeidsongeschiktheid aanspraken heeft tegenover een socialeverzekeringsorgaan.¹⁶³ Ten tweede is de opdracht opgenomen om de concrete maatregelen *die* worden genomen, te richten op geleidelijke werkhervatting. Dat is een subtiele omschrijving want het schept geen rechtstreekse plicht om te werken aan geleidelijke werkhervatting. In de bepaling zelf staat niet tot wie de opdracht zich richt maar omdat de medewerking van de werkgever onontbeerlijk is, is hij de hoofdrolspeler samen met de *Krankenkasse*.¹⁶⁴ Beide wetsartikelen vormen de basis voor de geleidelijke werkhervatting als re-integratiemaatregel. De definitie van

159 § 19 lid 2 SGB IX, interview Welti 26 september 2013, Welti 2006, 627 en 629, A. Gagel, 'Rehabilitation in Betrieb unter Berücksichtigung des neuen SGB IX-ihre Bedeutung und das Verhältnis von Arbeitsgebern und Sozialleistungsträgern' NZA 2001, 988 (Gagel 2001).

160 Vanwege de leesbaarheid spreek ik hierna steeds over geleidelijke werkhervatting. Dit staat geregeld in de paragraaf die de verhouding tot artsen regelt.

161 De werknemersplicht uit § 1 SGB V om mee te werken aan herstel werd vooral aangenomen in verband met *medizinische* en niet zozeer de *berufliche Rehabilitation*.

162 BAG 28 juli 1999, NZA 1999, 1295, I. Becker, *Arbeits- und sozialrechtliche Beurteilung der stufenweisen Wiedereingliederung in das Erwerbsleben gem. § 74 SGB V*, (diss.) Centaurus: Pfaffenweiler 1995, p.74.

163 Dus niet alleen de verzekerden onder de *Krankenversicherung*, zie ook Neumann/Majerski-Pahlen, p.88.

164 Neumann/Majerski-Pahlen, p.88, Bijlage art. 3 AU-Richtlinien over rol *Krankenkasse*. Daarnaast moeten de *Berufsgenossenschaften* (§ 39 SGB VII) en de regionale *Deutsche Rentenversicherung* (§ 15 SGB VI) meewerken. Overigens is de geleidelijke werkhervatting in SGB IX geregeld in het hoofdstuk over *medizinische Rehabilitation*.

geleidelijke werkhervatting is gegeven in de nationale richtlijnen rond arbeidsongeschiktheid, de zogeheten 'AU-Richtlijnen'.¹⁶⁵ Er wordt onder verstaan:

*'der Arbeitnehmer (wird)...nach Krankheit und bisheriger Arbeitsunfähigkeitsdauer schonend, aber kontinuierlich bei fortbestehender Arbeitsunfähigkeit an die Belastungen seines Arbeitsplatzes herangeführt. Der Arbeitnehmer erhält damit die Möglichkeit, seine Belastbarkeit entsprechend dem Stand der wiedererreichten körperlichen, geistigen und seelischen Leistungsfähigkeit zu steigern.'*¹⁶⁶

Een prikkel voor werkgevers om geleidelijke werkhervatting in te zetten, bestaat er onder meer in dat hij (na de eerste zes weken) geen loon hoeft te betalen tijdens het opbouwen van de werkzaamheden. Het kost de werkgever dus niets ook al levert de werknemer een deelprestatie. Ziet een werkgever er het nut van in dan kan hij de werknemer motiveren mee te werken door een aanvulling op de uitkering te betalen, die de werknemer –naast het *Krankengeld* of het *Übergangsgeld*- mag houden.¹⁶⁷

8.6.9 Formele aspecten van de stufenweise Wiedereingliederung

Als eerste voorwaarde voor geleidelijke werkhervatting geldt uiteraard dat de gezondheidstoestand die mogelijk moet maken. Werkhervatting en opbouw van uren of taken moeten medisch verantwoord zijn. Verder mag de arbeidsovereenkomst nog niet zijn opgezegd.¹⁶⁸ Het voorstellen van geleidelijke werkhervatting is voor de werkgever in beginsel vrijwillig en toestemming van de werknemer moet blijken uit een daarvoor bestemd formulier.¹⁶⁹ De vrijwilligheid is relatief omdat geleidelijke werkhervatting via de achterdeur van re-integratiemanagement soms wel van de werkgever kan worden gevraagd.¹⁷⁰ Het is bovendien niet ongebruikelijk dat in een ondernemingsovereenkomst tussen werkgever en de *Betriebsrat* voor alle zieke werknemers een recht op geleidelijke werkhervatting is opgenomen. Een algemeen geldende aanspraak daarop bestaat echter niet.¹⁷¹

Het BAG heeft uitgemaakt dat geleidelijke werkhervatting niet in alle gevallen berust op vrijwilligheid voor de werkgever: *Schwerbehinderten* en daarmee gelijkgestelden hebben wél een afdwingbare aanspraak. Dat is af te leiden uit de bedoeling van SGB IX namelijk hun uitsluiting tegen te gaan en de re-integratie te versterken. Daarvoor is de medewerking van de werkgever dus noodzakelijk. Daar komt bij dat § 81 SGB IX hen een recht op een passende functie toekent, waar geleidelijke werkhervatting

165 *Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit und die Maßnahmen zur stufenweisen Wiedereingliederung*, 1 januari 2004 (AU-Richtlijnen) Bijlage, art. 1.

166 Bijlage art. 1 AU-Richtlijnen.

167 Gagel 2001, p.989 en 991.

168 Neumann/Majerski-Pahlen, p.88.

169 Bijlage art. 8 AU-Richtlijnen.

170 Met name bij ziekteontslag. Over het ontbreken van de aanspraak, BAG 13 juni 2006, BAGE 118, 252, Schmidt 2013, p.325-326.

171 Gagel 2001, p.991 meent dat die plicht wel bestaat op basis van een werkgeverszorgplicht uit § 2 SGB III ter voorkoming van werkloosheid en een algemene medewerkingsplicht voor de werknemer uit §§ 60 e.v. SGB I. BAG 13 juni 2006, BAGE 118, 252 zegt echter expliciet van niet.

nuttig voor kan zijn.¹⁷² ‘Gewoon’ zieke werknemers kunnen geen geleidelijke werkhervatting afdwingen. De *Schwerbehinderte* die een beroep wil doen op de geleidelijke werkhervatting moet een medische verklaring van de arts overleggen aan de werkgever.¹⁷³ Daarin moet in elk geval zijn opgenomen:

- de verwachting dat de *Schwerbehinderte* nog in staat is tot een ‘*betrieblich nutzbare Tätigkeit*’;
- de verwachting van de arts dat in dit geval geleidelijke werkhervatting bevorderlijk werkt voor terugkeer in het werkzame leven;¹⁷⁴
- op de *Schwerbehinderte* toegesneden aanbevelingen over de aard en wijze van geleidelijke terugkeer (een re-integratieplan) en
- een prognose over de uiteindelijk te behalen inzetbaarheid.

Het BAG heeft tegelijk aangetekend dat geen tijdsplan hoeft te worden gegeven over de vraag wanneer een eindtoestand bereikt zou moeten zijn, want bij geleidelijke werkhervatting gaat het om het voortdurend opvoeren van de belasting.¹⁷⁵ In de *AU-Richtlinien* staat wel dat het opvoeren van de belasting niet langer dan zes maanden zou moeten duren. Voldoet het beroep van de *Schwerbehinderte* aan deze eisen dan kan de werkgever de geleidelijke werkhervatting niet afwijzen.¹⁷⁶

8.6.10 Aard van het ‘*Wiedereingliederungsverhältnis*’

De werkgever die uitvoering geeft aan de geleidelijke werkhervatting heeft dus een werknemer die opbouwend werkt in nuttige arbeid, maar waarvoor na de eerste zes weken geen loon wordt betaald. Is dit dan nog een arbeidsovereenkomst? Het BAG heeft geoordeeld dat zo’n rechtsverhouding waarbij een werkgever van de resterende arbeidsgeschiktheid van de werknemer gebruik maakt (met als doel re-integratie) géén arbeidsovereenkomst is, maar een rechtsverhouding *sui generis* (‘*Wiedereingliederungsverhältnis*’). De inschakeling van de werknemer is namelijk niet gericht op een normale arbeidsprestatie of het bereiken van de bedrijfsdoelen. Het is een maatregel om de arbeidsgeschiktheid te verbeteren en die de terugkeer van de werknemer mogelijk moet maken. Het individuele (medische) nut van de werknemer bij het opbouwend verrichten van werkzaamheden staat centraal.¹⁷⁷ Anders gezegd: het is een ‘*Sozialleistung*’ waaraan de werkgever meewerkt.¹⁷⁸

172 BAG 13 juni 2006, BAGE 118, 252, onder verwijzing naar § 81 lid 4 sub 1 SGB IX, instemmend: Schmidt 2013, p.324, Gagel 2001, p.991.

173 De arts die bij ziekmelding aan de werknemer de medische verklaring van arbeidsongeschiktheid afgeeft, meestal de huisarts.

174 Bij het onderzoeken van die verwachting mag de arts bijvoorbeeld ook de motivatie van de werknemer laten meewegen: zonder ‘*Rehabilitationswilligkeit*’ van de werknemer is er geen positieve verwachting en dus geen ruimte voor *stufenweise Wiedereingliederung*.

175 BAG 13 juni 2006, BAGE 118, 252: ‘...*stufenweise Wiedereingliederung soll den Arbeitnehmer schonend und kontinuierlich an die Belastungen seines Arbeitsplatzes heranzuführen*’.

176 Naar alle waarschijnlijkheid tenzij dit in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd (‘*Zumutbarkeit*’); het BAG zwijgt daarover.

177 BAG 29 januari 1992, NZA 1992, 643 en ook 19 april 1994 AP § 74 SGB V Nr.2 en 28 juli 1999, BAGE 92, 140, HWK/Schliemann, p.2008, Becker, p.76-87.

178 Neuman/ Majerski-Pahlen, p.88.

Welk gevolg heeft deze overeenkomst *sui generis* voor de arbeidsovereenkomst? Aangenomen wordt dat die niet eindigt maar blijft bestaan. Hij 'slaapt' voor wat betreft de hoofdverplichtingen (bedongen arbeid, loon), maar de nevenplichten blijven van kracht.¹⁷⁹ Het gaat bijvoorbeeld om een geheimhoudingsplicht en een verbod van nevenwerkzaamheden. Ook blijft de arbeidsongeschiktheid bestaan; een gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid bestaat niet. Dat het een overeenkomst *sui generis* is, heeft ook andere consequenties. De werknemer komt noch op grond van deze rechtsverhouding, noch op grond van de wet loon toe.¹⁸⁰ Evenmin is loondoorbetaling bij hernieuwde uitval wegens ziekte verschuldigd.¹⁸¹ De werknemer heeft aanspraak op *Krankengeld*,¹⁸² zelfs als de arbeid die de werknemer levert economische waarde voor de werkgever vertegenwoordigt. Er wordt geen vakantie opgenomen en cao-bepalingen zijn niet van toepassing.¹⁸³

Dat de *Wiedereingliederung* niet plaats vindt onder de paraplu van de bestaande arbeidsovereenkomst heeft als gevolg dat geen plicht voor de werknemer bestaat om mee te werken, als de werkgever geleidelijke werkhervatting zou voorstellen. De werkgever kan zich om dat voorstel kracht bij te zetten niet beroepen op zijn gezagsrecht, noch op de arbeidsrechtelijke goede trouw.¹⁸⁴ De juridische inhoud van deze rechtsverhouding *sui generis* wordt daarom in hoge mate bepaald door de medische verklaring van de arts (doel en wijze van de geleidelijke werkhervatting) én de inhoudelijke afspraken die werkgever en werknemer maken. Het niet meewerken aan voorgestelde *Wiedereingliederung* kan daarom niet leiden tot een *verhaltensbedingte Kündigung*.¹⁸⁵ Bij een *personenbedingte Kündigung* van een zieke werknemer moet zijn voldaan aan de criteria van een negatieve prognose, een negatieve invloed en een belangenafweging.¹⁸⁶ Maar bij geleidelijke werkhervatting staat juist een positieve prognose voor werkhervatting voorop, zodat hier evenmin een reden voor ontslag bestaat.

179 BAG 29 januari 1992, NZA 1992, 643, Becker, p.127-135, W. Gitter, 'Arbeitsrechtliche Probleme der stufenweise Wiedereingliederung arbeitsunfähiger Arbeitnehmer', ZfA 1995, 123 noemt dat de 'fortwirkende Ausstrahlung des in seinen Hauptpflichten weiter ruhenden Arbeitsverhältnisses'.

180 De werkgever stelt de werknemer namelijk alleen in staat geleidelijk aan te hervatten en zo zijn arbeidsongeschiktheid te bekorten. De arbeid die de werknemer op die manier verricht heeft dan niet te gelden als arbeidsrechtelijke tegenprestatie voor loon. Bovendien is er geen wederkerigheid van loon voor arbeid: de werknemer 'krijgt' in ruil voor zijn re-integratie-werkzaamheden geen loon, maar (de kans op) herstel, Becker, p.76-79.

181 Na de eerste zes weken. ErfK/Dörner, p.1844-1845 op basis van rechtspraak van het BAG.

182 Gagel 2001, p.989.

183 BAG, AP § 74 SGB V Nr.2 resp. Nr.3.

184 BAG, AP § 74 SGB V Nr.3 en Becker, p.91-96. Zij meent dat de goede trouw bij arbeidsongeschiktheid vooral speelt om de werknemer van gedrag te weerhouden waardoor de genezing wordt belemmerd of vertraagd. Actief moeten handelen of nalaten door de werknemer rond arbeidsongeschiktheid wordt in rechtspraak en literatuur alleen in extreme gevallen aangenomen, bijv. bij het in gevaar brengen van de gezondheid. Het moeten re-integreren valt daar niet onder. Afwijzend en wat mij betreft overtuigender Gagel 2001, p.989, noot 7.

185 Becker concludeert dat ook sociaalverzekeringsrechtelijk geen werknemersverplichting is aan te nemen voor medewerking aan *Wiedereingliederung* (p.116-119).

186 Zie § 7.7.3.

8.6.11 Materiële aspecten van de stufenweise Wiedereingliederung

Een ander aspect is het inhoudelijke doel van een geleidelijke werkhervatting. De wet spreekt van maatregelen gericht op '*Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit*'. De geleidelijke werkhervatting hoeft desondanks niet per se tot doel het volledige herstel in de oude functie te hebben, ook al wordt die daar als uitgangspunt wel op gericht. Het is al voldoende als er een naar aard, duur en tijdsbelasting gewijzigde tewerkstelling zou worden bereikt.¹⁸⁷ Doel van de *Wiedereingliederungsverhältnis* is uiteindelijk herstel van de arbeidsgeschiktheid, aldus het BAG. Dat gaat niet zo ver dat de werkgever een arbeidstherapeutische *Erprobung* moet toestaan, als daarbij het 'of' en 'wanneer' van de verdere voortzetting van de arbeidsverhouding onduidelijk is.

Daarbij kan er een moment komen waarop blijkt dat de geleidelijke werkhervatting niet verder kan worden uitgebouwd, terwijl er nog geen sprake is van volledige werkhervatting. De vraag is dan of de werknemer recht heeft op een definitieve deeltijdaanstelling.¹⁸⁸ De werknemer heeft een algemeen recht op tewerkstelling, maar uitgemaakt is dat dat niet opgaat als hij door arbeidsongeschiktheid niet de volledige bedongen arbeid kan verrichten.¹⁸⁹ Re-integratie schept daarmee geen recht op een deeltijdaanstelling.¹⁹⁰ Er is één uitzondering en die geldt voor de *Schwerbehinderten*. De wet verplicht de werkgever allereerst om deeltijdfuncties te stimuleren. Bijvoorbeeld het opdelen van één fulltime functie in twee parttime functies kan al helpen om een *Schwerbehinderte* te plaatsen.¹⁹¹ Daarnaast heeft de *Schwerbehinderte* recht op een deeltijdaanstelling als de kortere arbeidsduur vanwege zijn beperking noodzakelijk is. De deeltijdaanstelling moet wel in redelijkheid van de werkgever te verlangen zijn en geen problemen opleveren met arbeidsomstandighedenwetgeving.¹⁹²

Een door het BAG goedgekeurd alternatief voor een deeltijdaanstelling in het kader van re-integratie is om een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te 'stapelen' bovenop de 'slapende' arbeidsovereenkomst voor de functie waarvoor de arbeidsgeschiktheid bestaat. Werkgever en werknemer kunnen daarin overeenkomen om voor bepaalde tijd aangepaste arbeid te verrichten, bijvoorbeeld voor minder uren of met andere taken.¹⁹³ Op die manier kan worden gekeken welke werkzaamheden de werknemer nog wel en welke hij niet meer aan kan en kan een *Anderungskündigung* worden voorkomen. De werkgever betaalt het loon door voor de overeengekomen uren, wat in mindering komt op het ziekengeld of de overgangsuitkering. Wil en kan de werknemer meewerken dan kan de werkgever niet zonder meer tot ontslag overgaan. Hij zal moeten stellen dat er geen passende (deel)arbeid bestaat. Stelt de

187 BAG 13 juni 2006, BAGE 118, 252.

188 Het gaat specifiek over de arbeidsduur en niet over bijv. een voltijdsaanstelling met minder taken.

189 Zie bijv. BAG 2007, NZA 2007, 91. Ook civielrechtelijk is er geen recht om te volstaan met het nakomen van slechts een deel van de overeenkomst, § 266 BGB, BAG 29 januari 1992, BAGE 69, 272.

190 Wel een mogelijkheid op basis van § 8 TzBfG.

191 § 81 lid 5 eerste volzin SGB IX, Neumann/Neumann, p.301.

192 § 81 lid 5 derde volzin SGB IX. De werkgever kan ondersteuning (ook financieel) krijgen op basis van § 81 lid 4 tweede volzin SGB IX.

193 Gagel 2001, p.990, zie BAG, AP § 616 BGB Nr.42 resp. BAG, AP § 74 SGB V Nr.1

werkgever dat die er niet is, dan moet de werknemer bewijzen dat dit werk er wel is en moet hij daar aanspraak op maken.¹⁹⁴

Een verplichting om ook buiten de eigen organisatie te gaan kijken naar geleidelijke werkhervatting kent Duitsland ten slotte niet. In het opschrift van § 28 SGB IX staat '*Wiedereingliederung*' dus dat veronderstelt een terugkeer naar een reeds bestaande arbeidsplaats. Uit de wettekst zelf blijkt dat het gaat om inspanningen gericht op '*Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit*'. Geleidelijke werkhervatting is dus gekoppeld aan de eigen werkgever. Een 'tweede spoor'-verplichting is hierin niet te lezen.

8.6.12 De praktijk van de stufenweise Wiedereingliederung

Als er één maatregel is die daadwerkelijk effect heeft bij de uitvoering van initiatieven uit het re-integratiemanagement, dan is dat wel de geleidelijke werkhervatting: in 37% van de gevallen leidt die tot resultaat.¹⁹⁵ Omdat die alleen verplicht is bij *Schwerbehinderten* wordt vaak aan langdurig arbeidsongeschikte werknemers het advies gegeven een aanvraag te doen voor de status van *Schwerbehinderte* of daarmee gelijkgestelde.¹⁹⁶ Het vergroot de mogelijkheden om een ziekteontslag te voorkomen. Werkgevers op hun beurt maken regelmatig gebruik van de medische dienst van de *Krankenkasse* voor het coördineren van verschillende re-integratiemaatregelen.¹⁹⁷ Dat komt waarschijnlijk mede doordat de medische privacy van de werknemer dan beter is beschermd. Praktische handvatten voor de toepassing worden gegeven in de *AU-Richtlinien*.¹⁹⁸

8.7 Passende arbeid

Het staat werkgever en werknemer uiteraard vrij om tijdelijke wijzigingen op de arbeidsovereenkomst overeen te komen, zoals aanpassingen van de arbeidsduur of van de taken, als dat vanwege gezondheidsredenen nodig is. In dat geval blijven de contractuele aanspraken wel (sluimerend) bestaan.¹⁹⁹ Lukt het niet om in onderling overleg de passende aanpassing van de functie overeen te komen, dan kan de al dan niet passendheid aan de orde komen bij herplaatsingsinspanningen van de werkgever of bij de aanpassing van de functie of de organisatie als resultaat van het re-integratiemanagement of de geleidelijke werkhervatting.

Het BAG spreekt van '*gleichwertigen, leidensgerechten Arbeitsplatz*'. Bij het beoordelen van een herplaatsingsmogelijkheid hoeft de werkgever alleen maar te kijken naar gelijkwaardige functies of functies met een geringer lager loon. Functies die hoger zijn, hoeven niet te worden meegewogen.²⁰⁰ Passend kan ook zijn het verrichten van

194 ErfK/Oetker, p.2090, BAG 26 september 1991, AP § 1 KSchG 1969 Krankheit Nr. 28.

195 Welti 2006, p.627; Gagel 2001, p.989.

196 Richter/Schmidt 2008, p.176.

197 Neumann/Majerski-Pahlen, p.88.

198 § 8 AU-Richtlinien en Bijlage.

199 ErfK/Preis, p.1382-1383.

200 BAG 10 april 2007, AP §1 KSchG 1969 Krankheit Nr.45.

deeltaken uit de huidige functie, waartoe de werknemer nog wel in staat is. De werkgever moet dat mogelijk maken voor zover zo'n arbeidsplaats bestaat of te verlangen is dat die wordt gecreëerd.²⁰¹

De werkgever krijgt geen ontslagtoestemming van het *Integrationsamt* als van hem te verlangen is een *Schwerbehinderte* te herplaatsen:

- *auf einem anderen Arbeitsplatz desselben Betriebes,*
- *auf einem freien Arbeitsplatz in einem anderen Betrieb desselben Arbeitgebers*²⁰²

en de *Schwerbehinderte* met zo'n mogelijkheid instemt. Bij de passendheid van een aanbod in het kader van § 89 lid 2 SGB IX ('*angemessen*' en '*zumutbar*') moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval waaronder de aard van de werkzaamheden, de arbeidsomstandigheden, het loon (dat lager kan zijn), de achtergrond van de werknemer ('*Vorbildung*'), de reisafstand en reismogelijkheden en de bijzonderheden van de nieuwe werkomgeving.²⁰³ Dezelfde arbeidsplaats met andere voorwaarden kan ook een andere passende arbeidsplaats zijn.²⁰⁴

8.8 Na de eerste zes weken

Na de eerste zes weken worden de re-integratiemogelijkheden in de sociale zekerheid relevant. Basis van het recht op re-integratie-ondersteuning is SGB I waarin staat dat ieder die sociaalverzekerd is, recht heeft op de maatregelen die noodzakelijk zijn tot behoud, verbetering of herstel van zijn prestatievermogen ('*Leistungsfähigkeit*').²⁰⁵ Als geen loondoorbetalingsplicht (meer) bestaat, komt de werknemer in de regel in aanmerking voor *Krankengeld*. Hij kan dan nog steeds een werkgever hebben; de doorbetaling tijdens ziekte wordt door de *Krankenkasse* overgenomen. De verantwoordelijkheid voor de re-integratie ligt dan zowel bij de werkgever die re-integratiemanagement moet voeren als bij de *Krankenkasse*. In § 64 SGB I staat dat de zieke werknemer op verlangen van een socialezekerheidsorgaan (zoals de *Krankenkasse*) mee moet werken aan re-integratiemaatregelen waarvan te verwachten is dat die zijn verdienvermogen ('*Erwerbsfähigkeit*') verbeteren of behouden.²⁰⁶ Op basis van SGB V is een verzekerde werknemer (mede) verantwoordelijk voor zijn gezondheid. Hij is verplicht mee te werken aan maatregelen om ziekte te voorkomen en aan herstel:

*'Die Versicherten sind für ihre Gesundheit mit verantwortlich; sie sollen durch...aktive Mitwirkung an Krankenbehandlung und Rehabilitation dazu beitragen, den Eintritt von Krankheit und Behinderung zu vermeiden oder ihre Folgen zu überwinden.'*²⁰⁷

201 Vaste rechtspraak, BAG 5 augustus 1976 en BAG 26 september 1991 AP §1 KSchG 1969 Krankheit Nr. 1 en Nr.28. Passende arbeid ('*einen geeigneten Arbeitsplatz*') staat ook in § 2 lid 3 SGB IX.

202 § 89 lid 1 SGB IX.

203 ErfK/Rolfs, p.2545.

204 Neumann/Neumann, p.368.

205 Ik schaar (behoud, verbetering of herstel van) arbeidsgeschiktheid onder prestatievermogen. Voor arbeidsongevallen geldt een gelijke regel: § 1 aanhef en sub 2 SGB VII.

206 Vgl. ook § 51 lid 1 SGB V.

207 § 1 SGB V.

Allereerst betekent de actieve medewerking dat een zieke werknemer van de *Krankenkasse* een *Belastungserprobung* (vaststelling van lichamelijke en geestelijke vermogens met als doel re-integratie op de werkvloer of de maatschappij) kan vragen. Ook bestaat aanspraak op *Arbeitstherapie* (de vaardigheden en mogelijkheden trainen, opbouwen en verbeteren, die voor deelname aan een arbeidzaam leven bevorderlijk zijn). Deze re-integratiemaatregelen worden in beginsel niet uitgevoerd bij de eigen werkgever maar bij re-integratie-instellingen (*Rehabilitationseinrichtungen*).²⁰⁸ Re-integratie op de eigen werkplek kan wel, via een proefplaatsing (*Arbeitserprobung*), maar is niet de norm hoewel die praktijk langzaam verandert.²⁰⁹ De verdere re-integratiemiddelen die de *Krankenkasse* kan inzetten zijn gelijk aan de middelen voor gehandicapten.²¹⁰ Diezelfde re-integratiemiddelen staan overigens ook in de *Unfallversicherung* en in de *Rentenversicherung* ter beschikking.²¹¹ Hoewel de formulering voor de inzet van maatregelen wijst op een bevoegdheid, is die volgens het BSG niet discretionair.²¹² Het orgaan **moet** re-integratiemaatregelen inzetten, dus heeft geen discretionaire bevoegdheid.

De plicht voor de socialezekerheidsorganen om re-integratie in te zetten, heeft ook een werknemerspendant. De *Krankenkasse* kan de zieke werknemer opdragen binnen tien weken een aanvraag te doen voor re-integratie-ondersteuning.²¹³ Dat gebeurt als op basis van een medische vaststelling het verdienvermogen van een zieke werknemer gedurende een zekere tijd aanzienlijk is verminderd of in gevaar is.²¹⁴ De gevolgen van een weigering bespreek ik in § 8.10.

8.9 Re-integratiemaatregelen voor (*Schwer*)behinderten

In § 7.4.4 heb ik uiteengezet dat bij de bespreking van re-integratie van zieke werknemers ook de re-integratiemaatregelen voor gehandicapten moeten worden betrokken. Het begrip '*Behinderte*' (en daarmee bedreigde) en '*Schwerbehinderte*' (en gelijkgestelde) omvat namelijk in veel gevallen ook de werknemer die naar Nederlandse begrippen 'gewoon' arbeidsongeschikt zou zijn. De basis voor het recht van gehandicapten op re-integratie-ondersteuning is te vinden in § 10 SGB I. In deze specifieke bepaling is het zeker stellen van een arbeidsplaats die aansluit bij hun voorkeur en vaardigheden expliciet als doel benoemd.

208 Algemeen: § 29 lid 1 SGB I, voor verzekerde werknemers: § 42 SGB V, voor *Behinderten* en daarmee bedreigden: § 26 lid 2 sub 7 SGB IX, E. Eichenhofer en U. Wenner, *Kommentar zum Sozialgesetzbuch V*, Luchterhand: Köln 2013, p.447. Kostorz wijst erop dat de nadruk op stationaire boven ambulante *Rehabilitation* van oudsher bestaat, p.161.

209 § 33 lid 4 SGB IX, Welte 2005, p.764.

210 Via een verwijzing in § 11 lid 2 derde volzin SGB V.

211 Schakelbepaling rond de re-integratie-ondersteuningsmaatregelen uit § 33 e.v. SGB IX in § 16 SGB VI en §§ 26 lid 1 en 35 SGB VII.

212 BSGE 50, 47, 49; 52, 117; 66, 84.

213 Bijv. een aanvraag bij het *Integrationsamt* voor financiële ondersteuning bij een opleiding of voor hulpmiddelen (§ 102 lid 3 SGB IX).

214 § 51 lid 1 SGB V en BSG 18 februari 1981, 1 RA 93/79, SozR 2200 §1236 Nr.31.

Allereerst kan voor alle werknemers die onder het begrip (*Schwer*)*behinderte* vallen het middel van proefplaatsing op de werkplek worden ingezet. Daarnaast bestaat de mogelijkheid van arbeidstherapie, wat niet noodzakelijkerwijs op de werkplek hoeft plaats te vinden.²¹⁵ Een werknemer kan in een *Rehabilitationseinrichtung* werken aan zijn mogelijkheden om een arbeidplaats te gaan bekleden. De meest in het oog springende maatregel voor re-integratie van *Schwerbehinderten* is de quotumregeling.²¹⁶ Werkgevers die gemiddeld per jaar elke maand minstens 20 werknemers in dienst hebben, moeten op 5% van hun arbeidsplaatsen een *Schwerbehinderte* plaatsen. Werkgevers tot 40 werknemers moeten gemiddeld per maand minimaal één *Schwerbehinderte* tewerkstellen; werkgevers tot 60 werknemers minimaal twee.²¹⁷

Voldoet een werkgever niet aan het quotum dan moet hij een bedrag betalen aan het *Integrationsamt*, ter financiering van de ondersteuning van arbeidsdeelname van gehandicapten. Dit bedrag (*Ausgleichsabgabe*) varieert naar gelang het percentage van wel tewerkgestelde *Schwerbehinderten* en loopt uiteen van € 115,- tot 290,- per onbezette arbeidsplaats per maand.²¹⁸ De betaling van dit bedrag ontheft de werkgever niet van zijn verplichting te voldoen aan het quotum. Omdat een verdergaande sanctie echter ontbreekt, laat de praktijk zien dat werkgevers regelmatig volstaan met betaling van dit bedrag.

Werkgevers die *Schwerbehinderten* tewerkstellen, zijn verplicht de arbeidsplaats aan te passen aan de beperkingen. Gebruikelijk is om eerst de belastbaarheid van de werknemer vast te stellen en vervolgens de belasting in een bepaalde functie in kaart te brengen. Op basis van die informatie kan worden gekeken welke arbeidsplaats passend is of passend kan worden gemaakt.²¹⁹ Passende arbeid is hiervoor al besproken in § 8.7. Extra aandacht bestaat nog voor het recht op deeltijdwerk waar dat nodig is vanwege de aard en zwaarte van de beperkingen. Dit recht bestaat voor zover dat in redelijkheid van de werkgever kan worden verlangd.²²⁰

8.10 Sancties bij niet-naleving

Als de re-integratievoorschriften niet worden nageleefd dan kan dat voor zowel de werkgever als voor de werknemer tot sancties leiden. Het meest in het oogspringend is de invloed die het heeft op ontslag. Als gezegd: komt de werkgever re-integratiemanagement niet na dan wordt dat meegewogen bij de vraag of een ontslag wel proportioneel is. Er is een grote kans dat het ontslag ongerechtvaardigd wordt geoordeeld. Werkt een werknemer niet mee aan redelijke voorstellen van de werkgever in het kader van re-integratiemanagement of geleidelijke werkhervatting dan

215 § 26 lid 2 zevende volzin SGB IX.

216 Kritisch over het quotumsysteem: A. Winkler, 'Integration of Persons with Disabilities into the Labour Market and State Intervention: Crucial Design Features and the Effectiveness of Compulsory Employment Policy from a German Perspective', in: Klosse 1998, p.65-86.

217 § 71 SGB IX. In §§ 73-76 zijn regels ter uitwerking gegeven. Tot 2000 was het nog 6% en lag de grens op werkgevers met minstens 16 werknemers.

218 § 77 lid 2 SGB IX (2014), Minninger, p.24.

219 Minninger, p.61-64, § 81 lid 4 SGB IX.

220 § 81 lid 5 SGB IX.

zal een ontslag onder omstandigheden zijn toegestaan. Buiten het ontslagrecht zijn niet veel sancties opgenomen. Voor de werkgever zijn er geen consequenties bij het niet-voeren van re-integratiemanagement, ook geen boete.²²¹ Er zijn evenmin zaken bekend waarin een individuele zieke werknemer de werkgever aansprak op het ontbreken van re-integratiemanagement.²²² Waarschijnlijk is dat uit vrees de arbeidsverhouding in gevaar te brengen; in elk geval omdat er voor de werknemer ook geen prikkel bestaat. Bij *Krankengeld* bestaat weliswaar aanspraak op 70% van het loon, maar bij werken is dat 100%. Aandringen op weer of meer mogen werken levert dus financieel voordeel op. Bij veel werknemers bestaat echter de angst om medische informatie te delen met de werkgever om de werkuitbreiding verantwoord in gang te zetten, omdat die informatie vervolgens zou kunnen worden gebruikt ter onderbouwing van een ziekteontslag.²²³ De werkgever moet daarin immers voldoen aan de eis van een negatieve prognose over het voortduren van de arbeidsongeschiktheid.²²⁴

Ten slotte is er nog de *Betriebsrat*. Hij bewaakt of de werkgever zijn verplichtingen nakomt, meer in het bijzonder naleving van het quotum, de aandacht voor bijzondere groepen gehandicapten, het onderzoek naar plaatsingsmogelijkheden, het sluiten van een re-integratie-overeenkomst, de preventie en het re-integratiemanagement.²²⁵ De *Betriebsrat* is echter een tandeloze waakhond omdat hij niet de beschikking heeft over bijzondere dwangmiddelen.

Sancties werknemer

Als een werknemer ziek is en een deel van zijn werk aanbiedt dan geldt als uitgangspunt § 266 BGB. Een werknemer mag niet zonder meer volstaan met het slechts gedeeltelijk presteren en ook het BAG vaart op die koers.²²⁶ Hij moet toestemming hebben van de werkgever dan wel moet van de werkgever te verlangen zijn dat hij genoegen neemt met de gedeeltelijke prestatie van de zieke werknemer. Zo niet dan is de sanctie daarop verlies van loon.

Een werknemer is niet verplicht mee te werken aan *betriebliches Eingliederungsmanagement*, wat deels verklaarbaar is vanuit het vrije zelfbeschikkingsrecht. Hij heeft invloed op de partijen die betrokken zijn bij het *betriebliches Eingliederungsmanagement* en aan welke partijen persoonlijke informatie ter beschikking wordt gesteld (§ 84 lid 2 SGB IX). Hoewel sommigen menen dat hier wel een medewerkingsplicht bestaat,²²⁷ gaat het waarschijnlijk om niet meer dan een niet-afdwingbare nevenverplichting ('*Obliegenheit*') waarbij niet-medewerking arbeidsrechtelijk wel nadelen meebrengt in de stelplicht en bewijslastverdeling in een ontslagzaak.²²⁸ Dat is niet

221 Schmidt 2013, 315. De werkgever moet wel rekening houden met een boete, als hij niet voldoet aan het in dienst hebben van het quotum aan gehandicapten.

222 Hoewel de bevoegdheid daartoe (die niet uit de wet zelf blijkt) wel wordt bepleit, Schmidt 2013, p.306, Welte 2006, p.626, Gagel 2004, p.1361.

223 Schmidt 2013, p.304-305.

224 Zie § 7.7.3.

225 § 93 SGB IX.

226 BAG 25 juni 1981, AP § 616 BGB Nr.52.

227 Bijv. LAG Rheinland-Pfalz 12 februari 2010, BeckRS 2010, 68195.

228 Erfk/Rolfs 2014, p.2609-2610, BAG 10 december 2009, NZA 2010, 398.

altijd zo. Als voor de *Schwerbehinderte* een andere passende arbeidsplaats in de zin van § 89 lid 2 SGB IX is veiliggesteld, verleent het *Integrationsamt* de toestemming voor het ontslag in de oude functie, ongeacht of de werknemer die arbeidsplaats heeft aanvaard.²²⁹

Niet meewerken aan re-integratiemanagement kan in strijd zijn met de arbeidsovereenkomst, de cao of de goede trouw. Gagel wijst er daarbij op dat het er vooral op aan komt de werknemer te overtuigen van het nut van medewerking, omdat alleen dan successen te halen zijn.²³⁰ Het weigeren van geboden re-integratiemogelijkheden kan via § 66 SGB I e.v. invloed hebben op de socialezekerheidsaanspraken van de werknemer, via gehele of gedeeltelijke, tijdelijke of blijvende weigering van een uitkering.

8.11 Conclusie

Gagel vatte het treffend samen: '*Rehabilitationmaßnahmen werden häufig zu spät eingeleitet, zu früh aufgegeben und nicht zügig genug durchgeführt.*'²³¹ Toch is de aandacht voor re-integratie sinds 1 juli 2001 wel toegenomen. Dat hangt er mee samen dat onder invloed van rechtspraak de vrijblijvendheid aan de kant van de werkgever is weggenomen en omgezet in verplichtingen. Dat geldt zeker voor *Schwerbehinderten* en gelijkgestelden, maar geleidelijk aan ook voor andere arbeidsongeschikte werknemers.

Allereerst bestaat een preventieplicht om uitstroom van *schwerbehinderte* werknemers te voorkomen, van wie immers bekend is dat er beperkingen bestaan. Zodra uitval dreigt, moet de werkgever in actie komen en daarbij de hulp van derden zoals *Betriebsrat* of *Schwerbehindertenvertretung* inroepen, zodat de *Schwerbehinderte* binnen het bedrijf behouden kan blijven. Verder wordt bij *Schwerbehinderten* de instroom in betaalde arbeid gestimuleerd door een quotumregeling met een maandelijkse boete per niet- vervulde quotumplaats. De inrichting van de regeling maakt het mogelijk feitelijk te kiezen voor het betalen van de boete en verder niets aan instroom te doen.

In bredere zin is de kern van het Duitse re-integratierecht de plicht voor de werkgever tot het voeren van re-integratiemanagement. Van deze plicht is het kleinbedrijf (minder dan tien werknemers) uitgezonderd. Voor de toepasselijkheid gelden verder de drempels dat een arbeidsovereenkomst ten minste zes maanden moet hebben bestaan en dat de werknemer ten minste zes weken arbeidsongeschikt moet zijn. Voor de werknemer geldt slechts de plicht om over re-integratiemanagement te overleggen, maar niet om daar actief aan deel te nemen. Dat is terug te voeren op het wettelijke gegarandeerde zelfbeschikkingsrecht (§ 1 SGB IX). Of het niet-deelnemen hem kan worden tegengeworpen, maakt onderdeel uit van een belangenafweging in elk individueel geval. Neemt de werknemer wel deel dan moet de werkgever het

229 Neumann/Neumann, p.367.

230 Gagel 2004, p.1361.

231 Gagel 2001, p.992.

initiatief blijven nemen en er relevante derden bij betrekken. De werknemer kan niettemin op elk moment in het proces zijn instemming aan bepaalde stappen onthouden. De inhoud en het proces van het re-integratiemanagement is in hoge mate vrij, alsook de bepaling van het concrete einddoel. Wel is duidelijk dat re-integratiemanagement in het teken moet staan van het 'overwinnen' van de arbeidsongeschiktheid en het behoud van de arbeidsplaats. In grotere organisaties is aandacht voor re-integratiemanagement in bredere zin vaak afgesproken tussen *Betriebsrat* en werkgever, los van de individuele casus'. Re-integratiemanagement berust voor een belangrijk deel op vertrouwen dat een goed gesprek mogelijk is. Voor de juridische positie is de bewijslastverdeling van belang en daar heeft de werknemer in het re-integratiemanagement zelf een belangrijke taak, door aan te moeten wijzen welk werk hij nog wel kan of welke aanpassingen hem in staat zouden stellen ondanks zijn beperkingen te functioneren. Die bewijslast verschuift als re-integratiemanagement niet is gevoerd of nergens toe leidt.

Inhoudelijk richt re-integratiemanagement zich op aanpassing van de eigen functie of herplaatsing in een andere passende functie, die desnoods moet worden gecreëerd of moet worden vrijgemaakt. De nadruk ligt daarbij op de eigen werkgever, waartoe ook andere ondernemingen in concernverband kunnen worden gerekend.²³² De werknemer kan alleen tot aanvaarding van zo'n functie worden gedwongen door middel van een *Änderungskündigung*. Voor passendheid van een functie spelen aspecten mee als de aard van de arbeid, de arbeidsomstandigheden, de achtergrond van de werknemer, de reisafstand en de reismogelijkheden en de bijzonderheden van de nieuwe werkomgeving. Wezenlijk is dat het loon gelijk of maar iets minder is, wil van passendheid kunnen worden gesproken.

Onderdeel van het re-integratiemanagement kan ook zijn de geleidelijke werkhervatting in de eigen of passende arbeid. De werknemer kan met onderbouwing door een arts duidelijk maken dat het opbouwen van werkzaamheden bevorderlijk is voor de terugkeer in het werkzame leven. Hij zal dan moeten aangeven wat hij kan gaan doen, wat daarvoor nodig is en wat naar verwachting het resultaat zal zijn. Zo'n resultaat moet binnen zes maanden te zijn verwachten. Er geldt geen *algemene* verplichting voor de werkgever om met geleidelijke werkhervatting te starten, maar wel voor *Schwerbehinderten* en gelijkgestelden en regelmatig ook op basis van een ondernemingsovereenkomst met de *Betriebsrat*. Bij een initiatief van de werkgever is een werknemer (*Schwerbehinderte* of niet) in het algemeen evenmin verplicht mee te werken aangezien de geleidelijke werkhervatting niet valt onder de gezagsverhouding.

De werkgever en de werknemer die inzetten op geleidelijke werkhervatting hoeven niet buiten de eigen werkgever te kijken. Tijdens een overeengekomen geleidelijke werkhervatting hoeft de werkgever (na de eerste zes weken) geen loon door te betalen en gelden de meeste normale arbeidsrechtelijke rechten en plichten niet. De onderlinge verhouding is in deze periode een overeenkomst *sui generis* waarbij de arbeidsovereenkomst slaapt. Als de grens van de werkhervatting is bereikt, heeft

²³² Voor *Schwerbehinderten* en gelijkgestelden.

de beperkt belastbare werknemer geen recht op een aanstelling voor dat minder aantal uren.²³³ Wel is toegestaan om tijdelijk een deeltijdaanstelling bovenop de arbeidsovereenkomst af te spreken of om tijdelijk een aanpassing van de taken overeen te komen. Op die manier kan belasting worden uitgetoet, terwijl de onderliggende arbeidsovereenkomst sluimerend blijft bestaan. Naast het re-integratiemanagement en de geleidelijke werkhervatting heeft de werknemer tegenover de *Krankenkasse* aanspraak op een aantal re-integratiemaatregelen: een belastbaarheidsonderzoek, arbeidstherapeutische tewerkstelling of een proefplaatsing. Als de werknemer die aanvraagt moet de *Krankenkasse* de maatregel toekennen. Zo'n aanvraag is niet facultatief. Als de *Krankenkasse* meent dat zich een situatie voordoet waarin zulke re-integratiemaatregelen mogelijk zijn, dan kan de werknemer worden verplicht die aan te vragen.

Ten slotte is een zwakke schakel in de re-integratie van zieke werknemers in Duitsland de sanctie op naleving. Formeel is niet veel verplicht tijdens de looptijd van de arbeidsovereenkomst. De toets op naleving komt feitelijk alleen aan de orde als de werkgever ontslag wil geven en hetzij het *Integrationsamt* vooraf, hetzij de rechter achteraf zich over dat ontslag gaat buigen. Dat is overigens wel vaker dan in Nederland het geval omdat Duitsland de figuur van de *Änderungskündigung* kent. Een werkgever die geen afscheid van zijn werknemer wil nemen maar vanwege ziekte de voorwaarden van diens tewerkstelling wil wijzigen, moet ook rekening houden met deze toets. Zonder een ontslaaanvraag is de *Betriebsrat* de enige die controle uit zou moeten oefenen. Dat gebeurt hooguit in grotere bedrijven, maar is niet altijd effectief vanwege het ontbreken van sanctiemogelijkheden. De werknemer die niet meewerkt aan re-integratiemanagement of geleidelijke werkhervatting loopt het risico op een (wijzigings)ontslag of een korting op of weigering van zijn *Krankengeld*.

8.12 Afronding

Met de beschrijving van het huidige re-integratierecht in Duitsland is stap V van het rechtsvergelijkende onderzoek afgesloten. Het is nu duidelijk wat er in Nederland en in Duitsland geldt en hoe dat tot stand is gekomen. Of in beide regelingen van re-integratie bij arbeidsongeschiktheid rekening wordt gehouden met flexicuritydoelen, wordt onderzocht bij stap VI.

²³³ Wel als hij *Schwerbehinderte* of gelijkgestelde is.

Stap VI: Verklaring door toepassing toetsingskader

Hoofdstuk 9 Verklaring door toepassing toetsingskader

HOOFDSTUK 9

Toetsing

In dit stadium van het onderzoek wordt gezocht naar een verklaring van het beschreven re-integratierecht. Daarbij is in deze fase toepassing van het toetsingskader nodig om antwoorden op de deelvragen te kunnen vinden.

9.1 Uitwerking toetsingskader

9.1.1 Recapitulatie

Voor de verklaring van het beschreven re-integratierecht zijn geen vaste methodologische regels te formuleren, in de zin van welke observaties moeten worden gedaan of welke relaties moeten worden gelegd.¹

Mijn centrale vraagstelling is:

Is in de huidige Nederlandse arbeidsrechtelijke en werknemersverzekeringsrechtelijke rechten en verplichtingen met betrekking tot re-integratie van de arbeidsongeschikte werknemer rekening gehouden met de relevantste principes van flexicurity, de aangenomen EU-strategie voor werkgelegenheid? Zo niet, hoe kan Nederland daar dan wél rekening mee houden? Levert de Duitse regeling van re-integratie van de arbeidsongeschikte werknemer relevante inzichten op voor de Nederlandse situatie? Zo ja, welke dan?

Bij de beantwoording van een aantal deelvragen is vast komen te staan dat zowel Nederland als Duitsland gebonden zijn aan werkgelegenheids- en arbeidsmarkt-beleid, dat in of vanuit de EU wordt gevoerd. Het streven naar flexicurity is zo'n beleid. Daarbij hebben wij vastgesteld dat die flexicuritydoelen relevantie hebben bij de re-integratie van zieke werknemers. Er is gesteld dat Lidstaten rekening moeten houden met flexicuritydoelen bij hun sociale rechtsvorming, maar de wijze waarop staat hen vrij (de OMC), zolang die wijze de sociale rechtvaardigheid bevordert. Die stelling is in § 4.7 verder gespecificeerd: de OMC omvat een beginseltoets en nodig is een flexicuritytoelichting en eventuele toepassing van een daar omschreven voor-rangsregel.

¹ Kokkini-Iatridou, p.156-176.

De twee deelvragen die in dit hoofdstuk moeten worden beantwoord zijn:

- Voldoet de manier waarop re-integratie van zieke werknemers in Nederland in het arbeidsrecht en werknemersverzekeringsrecht is vormgegeven, volgens het toetsingskader, aan dat beleid? Zo ja, hoe; zo nee, waarom niet?
- Draagt de manier waarop re-integratie van zieke werknemers in Duitsland in het arbeidsrecht en 'Sozialrecht' is geregeld bij aan het bereiken van flexicuritydoelen? Zo ja, hoe?

In dit hoofdstuk worden die vragen beantwoord. De deelvragen vooronderstellen dat het Nederlandse re-integratierecht leidt tot *'het door actieve bevordering (en herstel of behoud van de mogelijkheid om te werken), met niet-vrijblijvende ondersteuning door of namens de werkgever, bereiken van een zo optimaal mogelijke, duurzame terugkeer van een arbeidsongeschikte werknemer in betaalde arbeid'* (§ 2.4.3). Die vooronderstelling wordt in de volgende paragraaf besproken.

9.1.2 Kan het re-integratierecht werken?

Bij de toepassing van het toetsingskader ben ik uitgegaan van de vooronderstelling dat het Nederlandse re-integratierecht daadwerkelijk leidt of kan leiden tot re-integratie.² Maar als in de Nederlandse regeling essentiële onderdelen ontbreken om van re-integratie een succes te maken dan doet het al dan niet werken aan flexicurity er niet zoveel meer toe. De aanname dat het Nederlandse re-integratierecht kan werken, moet daarom eerst worden gecontroleerd.

Wat zijn daarvoor essentiële onderdelen? In § 1.4.2 en 1.4.3 is stilgestaan bij persoonsgebonden, omgevingsgebonden en bedrijfsgebonden factoren waarvan uit onderzoeken is gebleken dat die kunnen leiden tot succesvolle re-integratie. Niet alle factoren zijn juridisch relevant, maar vier interventies zijn wél benoemd. Ten eerste is behoud van de werkgeversrelatie cruciaal voor succesvolle re-integratie van mensen met gezondheidsbeperkingen. Terugkeer naar de eigen werkgever levert de grootste kans op succes. De re-integratie is in Nederland allereerst én langdurig gericht op terugkeer bij de eigen werkgever. De arbeidsrechtelijk verplichte volgorde bij re-integratie draagt daaraan bij, net als het in stand blijven van de arbeidsovereenkomst gedurende twee jaar. Het opzegverbod tijdens ziekte versterkt dat effect. Sociaalzekerheidsrechtelijk kan de door de CRvB verplicht gestelde spreiding van re-integratieaandacht misschien afbreuk doen aan succes. Ten tweede lijkt intensiteit van verzuimbegeleiding en -controle een aanknopingspunt te bieden. Ook dit is opgenomen in het huidige re-integratierecht met het aanstellen van een case-manager, de rol van bedrijfsarts, een eventueel deskundigenoordeel en de intensieve contacten van eens per zes weken die de Regeling procesgang voorschrijft.³ Bovendien is de mogelijkheid om een loonmaatregel op te leggen bij het niet-meewerken een stok achter de deur om passiviteit geen kans te geven. Ten derde lijken

² Conform de definitie als gegeven in § 2.4.3.

³ Van Oortmarssen constateerde dat de formaliteiten rond het plan van aanpak (termijn, standaardformulier) niet bijdragen aan het succes van re-integratie, p.176.

re-integratie-instrumenten die worden gericht op de werknemer succesvol te zijn, met name de aanpassing van de werkplek. In het Nederlandse re-integratierecht is daar volop aandacht voor. Niet alleen door maatregelen gericht op het geschikt maken van de werknemer voor het werk (scholing), maar juist ook door het geschikt maken van het werk voor de werknemer (hulpmiddelen, aanpassing werkplek, arbeidsmethoden en arbeidsorganisatie). Ten slotte levert een goede organisatie van de re-integratie een belangrijke bijdrage. Daaraan wordt in het re-integratierecht eveneens aandacht besteed met de inschakeling van een casemanager, de ondersteuning van een arbo-dienst (die verschillende disciplines in huis moeten hebben) of een re-integratiebedrijf en de gang naar het UWV voor een second opinion. De rolverdeling is in beginsel helder, hoewel niet altijd even betrouwbaar, met name niet omdat werkgever en werknemer niet kunnen vertrouwen op wat een bedrijfsarts of re-integratiebedrijf stelt. De informatieverstrekking over de rechten en plichten kan bovendien beter.⁴

Grosso modo kan worden gezegd dat in het Nederlandse re-integratierecht de juridische elementen worden geregeld die tot succesvolle re-integratie *kunnen* leiden.

9.1.3 Sociale rechtsvorming of gevormd sociaal recht?

In het toetsingskader van § 4.8 is gepleit voor het verplicht stellen bij sociale rechtsvorming van een beginselentoets waaruit is af te leiden of en zo ja, hoe er rekening wordt gehouden met de leidende sociaalrechtelijke waarden en beginselen. Verder is gepleit voor het verplicht stellen van een flexicuritytoelichting zodat duidelijk wordt gemaakt aan welk flexicuritydoel wordt gewerkt met bepaalde sociale rechtsvorming. Bij een botsing tussen beginselentoets en flexicuritytoelichting zou een voorrangregel moeten worden toegepast, die er toe moet leiden dat in elk geval aan enig flexicuritydoel wordt gewerkt. Dat is allemaal niet gebeurd: de wetgever heeft de afgelopen decennia bij sociale rechtsvorming niet op een systematische manier rekening gehouden met sociaalrechtelijke waarden en beginselen. Evenmin is iets van een flexicuritytoelichting te bekennen in wetgeving,⁵ waardoor aan een eventuele voorrangregel uiteraard ook niet is toegekomen. Het is nuttig omdat toetsingskader nu toe te passen, niet op sociale rechtsvorming maar op gevormd sociaal recht. Ik wil onderzoeken: *is* bij het gevormde sociaal recht rekenschap te geven van sociaalrechtelijke waarden en beginselen? Dat is zo als ten minste één waarde of beginsel wordt gediend. De vervolgvraag is dan: *is* met een maatregel gewerkt aan flexicuritydoelen? Ook dat is zo als ten minste één flexicuritydoel wordt gediend.

4 Zoals bijvoorbeeld de inhoud van medewerkings- en informatieplichten, rond de medische behandeling en medische privacy, de aanvraag deskundigenoordeel, het niet-opleggen loonsanctie en het preciezer communiceren bij het opleggen van een loonsanctie dat niet altijd het loon hoeft te worden doorbetaald.

5 In sociaalrechtelijke wetgeving van na 2007, het jaar waarin de EU flexicurity adopteerde, is bij mijn weten geen structurele aandacht geschonken aan flexicuritydoelen. Zo is bij de totstandkoming van de WWZ in 2014, een van de ingrijpendste wetgevingsprojecten uit de arbeidsrechtelijke geschiedenis, het woord 'flexicurity' één keer gebruikt, door de PVV.

Het toetsingskader wordt toegepast op het gevormd sociaal recht, te weten het positieve re-integratierecht bij arbeidsongeschiktheid. Maar wat omvat dat precies? Het bestaande systeem kent controle-, verzuim- en re-integratievoorschriften die zonder meer tot het re-integratierecht horen. Ik heb dat de voorschriften voor interventies bij arbeidsongeschiktheid genoemd (§ 1.4.3). Aan het re-integratierecht zou ik de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte toe willen voegen. De OESO heeft bij interventies enige financiële verantwoordelijkheid van de werkgever doelmatig geacht (§ 1.4.1). In Nederland is dat overduidelijk terug te vinden, omdat de werkgever vanuit een re-integratiegedachte wordt geprikkeld werk te maken van re-integratie, door hem verantwoordelijk te maken voor loondoorbetaling bij ziekte.⁶ De regeling van het inkomen in de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid is onmiskenbaar gericht op activering van de zieke werknemer door de werkgever en hoort daarom bij het positieve re-integratierecht.⁷ Ook op de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte, die al is besproken in § 2.7.1, moeten dus de beginseltoets en de flexicuritytoelichting worden toegepast. Ten slotte komt aan de orde of de voorrangregel moet worden gehanteerd op het re-integratierecht.

De beginseltoets richt zich op de relatie met de zes leidende sociaalrechtelijke waarden en beginselen in Nederland:⁸

1. Gelijkheid behandeling en non-discriminatie: gelijke behandeling in gelijke gevallen.
2. Bestaanszekerheid: sociaal-economische bestaanszekerheid, hier bestaande uit inkomenszekerheid.⁹
3. Subsidiare verantwoordelijkheid: de werknemer moet eerst zelf al het redelijke doen voordat een ander verantwoordelijk wordt, waarbij voor de werknemer kenbaar moet zijn wat van hem wordt verwacht (kenbaarheid) alsook dat het niet voldoen betekent dat hij zelf de verantwoordelijkheid draagt (subsidiariteit).
4. Bescherming: ongelijkheidscompensatie en gezond en veilig werken.
5. Solidariteit: positieve wederzijdse ondersteuning tussen groepen of individuen; gemeenschappelijke belangen gemeenschappelijk dragen.
6. Insluiting: het voorkómen van sociale uitsluiting en deelnemen naar de mate van zijn vermogen met bevordering van ontplooiing en gelijke kansen.

De flexicuritytoelichting richt zich op de bijdrage van de verschillende onderdelen van het re-integratierecht aan het bereiken van flexicuritydoelstellingen. Het is wel verstandig om daar enige focus in aan te brengen aangezien er veel doelen zijn. Zonder toespitsing blijft de flexicuritytoelichting te breed.

⁶ Zie hoofdstuk 5 en § 6.1.1 tot en met 6.1.4. Aan die verantwoordelijkheidsverdeling is al veel aandacht besteed, bijvoorbeeld door Hoogendijk, Fluit 2001 en Sparrius.

⁷ Zie bijv. ook Hofman/Pennings, p.37-38.

⁸ Zie uitgebreider in § 4.7.1.

⁹ In § 4.7.1 heb ik bestaanszekerheid onderverdeeld in inkomenszekerheid en werkzekerheid, dat laatste kort gezegd: employabilityeffecten voor niet-zwakke groepen op de arbeidsmarkt. Bij de toepassing van het toetsingskader gaat het juist wel om een zwakkere groep op de arbeidsmarkt, namelijk de arbeidsongeschikten. Employabilityeffecten voor deze groep worden behandeld bij het insluitingsbeginsel en niet bij werkzekerheid als onderdeel van bestaanszekerheid. Ik laat dat in de toepassing dus buiten beschouwing.

9.1.4 'All Common Principles are created equal, but...'

De *Common Principles* moeten een kader bieden bij het streven naar flexicuritydoelen. Alle *Common Principles* zijn belangrijk, maar voor re-integratie bij arbeidsongeschiktheid zijn sommige meer van belang dan andere.¹⁰ Het eerste *Common Principle* ontleent zijn belang er bijvoorbeeld vooral aan dat het doel van flexicurity wordt benoemd, wat weinig bijzondere betekenis heeft voor re-integratie. Bij *Common Principle 6*, het bevorderen van seksegelijkheid, is mij niet gebleken van enige (structurele) achterstelling van de ene sekse bij de ander waar het re-integratierechten of -plichten betreft. Dit principe heeft daarmee weinig specifieke zeggingskracht bij arbeidsongeschikte werknemers. Ook *Common Principle 7*, dat het belang van de positie van sociale partners benadrukt, speelt geen dominante rol.¹¹ De overige *Common Principles* hebben wel meer betrekking op de positie van de arbeidsongeschikte werknemer.

Uit *Common Principle 2* haal ik het belang van flexibele maar betrouwbare '*contractual arrangements*'. In *Common Principle 5* wordt daaraan ook gerefereerd: voldoende contractuele flexibiliteit. Dit gaat volgens mij verder dan de inhoud van de arbeidsovereenkomst zelf, maar heeft betrekking op de rechtspositie. Ik vul flexibiliteit in met beleidsvrijheid, bij betrouwbaarheid denk ik aan een element als voorspelbaarheid. *Common principle 4* en *5*, samen met onderdelen uit *Common principle 2* vragen in wezen om een zo optimaal mogelijke inzet van de arbeidsongeschikte werknemer. Daaraan kan bijdragen dat hij in staat wordt gesteld makkelijker over te stappen naar een interne of externe andere (minder belastende) functie, om op die manier uitval om gezondheidsredenen te voorkomen of te beperken.¹² Maar het betekent ook aandacht voor verbetering van zijn kansen met prikkels ('*incentives*') en ondersteuning (onder meer via scholing), zodat interne of externe flexibiliteit bij 'aannname' en ontslag ontstaat en zekerheid bij transitie. De kern bij *Common Principle 3* en *8* zit in de gewenste evenwicht tussen rechten en plichten van alle betrokkenen (overheid, werkgever en werknemer). Daarvan maakt de eerlijke verdeling van kosten deel uit. Dat flexicurity niet alleen gaat om het verder 'zeker' stellen van de positie van de zieke werknemer blijkt eens te meer door de bijzondere aandacht die wordt gevraagd voor het MKB. Bij evenwicht is te denken aan een verdeling van rechten (aanspraken, bevoegdheden) en verplichtingen (verantwoordelijkheden, kosten) die zodanig in balans is, dat die niet onevenredig bij de ene of de andere betrokken partij rusten.

10 Voor de *Common Principles*: zie Bijlage 2.

11 Uiteraard hebben sociale partners via cao-afspraken wel invloed op re-integratie, bijvoorbeeld door aanvullingen op loon bij ziekte af te spreken of zelfs verdergaande inhoudelijke plichten op te nemen, zie I. van der Helm, 'Controlevoorschriften in cao's en de privacy van de zieke werknemer', TRA 2009/87.

12 L. Bovenberg en T. Wilthagen, 'On the Road to Flexicurity: Dutch proposals for a pathway towards better transition security and higher labour market mobility', Tilburg University, september 2008, p.19-20.

Flexicurity voor arbeidsongeschikte werknemers vraagt dus om:

- een flexibele en betrouwbare contractuele positie, dat wil zeggen met beleidsvrijheid en voorspelbaarheid (contractpositie) en/of
- een zo optimaal mogelijke inzet van arbeidsongeschikte werknemers, door te zorgen voor flexibele maar zekere transitie, intern of extern (optimale inzet) en/of
- een balans in rechten en plichten en een eerlijke verdeling van kosten, ook rekening houdend met de bijzonderheden van het MKB (balans).

De flexicuritytoelichting bij de beoordeling van het positieve re-integratierecht zal dus moeten worden gegeven op deze drie onderdelen.

9.1.5 Conclusie uitgewerkt toetsingskader

Het uitgewerkte toetsingskader ziet er dan als volgt uit. Het positieve re-integratierecht bestaat uit:

- 1) loondoorbetaling bij ziekte
- 2) controlevoorschriften
- 3) verzuimvoorschriften
- 4) re-integratievoorschriften

Bij elk van die onderdelen zijn de vragen:

- a) is de manier waarop het onderdeel is vormgegeven te verenigen met de leidende Nederlandse sociaalrechtelijke waarden en beginselen (beginseltoets)?
- b) draagt die vormgeving bij aan het verwezenlijken van flexicuritydoelen, voor wat betreft de contractpositie, de optimale inzet en de balans (flexicuritytoelichting)?

In § 9.2 worden de vragen uit het uitgewerkte toetsingskader beantwoord voor loondoorbetaling bij ziekte, in § 9.3 voor de controlevoorschriften, in § 9.4 voor de verzuimvoorschriften en in § 9.5 voor de re-integratievoorschriften. Het Duitse systeem wordt beoordeeld in § 9.6, waarbij geen beginseltoets wordt toegepast omdat het toetsen van Duitse rechtsvorming aan Duitse waarden en beginselen niet bijdraagt aan de beantwoording van mijn vraagstelling hoe Duitse voorbeelden kunnen leiden tot relevante inzichten voor *Nederlands* 'flexicuritybeleid'. Ik sluit in § 9.7 af met een conclusie en antwoorden op twee deelvragen.

9.2 Toetsing loondoorbetaling bij ziekte

9.2.1 Beginseltoets loondoorbetaling bij ziekte

In § 2.7.4 is geconcludeerd dat de loondoorbetaling bij ziekte qua *omvang* een aanzienlijk financieel risico voor de werkgever vormt dat vaak verzekerd is. De *invloed* die de werkgever kan uitoefenen om te voorkomen dat hij loon moet doorbetalen bij ziekte is vanwege het risqué social beperkt. Verder is het *gedrag van de werknemer* bij het ontstaan van arbeidsongeschiktheid nauwelijks van invloed op de loondoorbetalingsverplichting omdat alleen bij opzettelijk veroorzaakte

arbeidsongeschiktheid niet hoeft te worden betaald en dit begrip restrictief moet worden uitgelegd. Mijn conclusie is dat er nagenoeg sprake is van risicoaansprakelijkheid voor loondoorbetaling bij arbeidsongeschiktheid. Is dit systeem te verenigen met de leidende sociaalrechtelijke waarden en beginselen in Nederland?

Gelijke behandeling

De loondoorbetalingsplicht bij ziekte voldoet op het eerste gezicht aan het beginsel van gelijke behandeling. Elke werknemer kan bij arbeidsongeschiktheid aanspraak maken op doorbetaling van een deel van zijn loon. Omdat de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid er niet toe doet, maakt chronische ziekte of handicap geen verschil. Voor wat betreft de bovenwettelijke aanvullingen laat de praktijk kennelijk evenmin ongelijke behandeling zien omdat 98% van de werknemers aanspraak heeft op ten minste in totaal 170% doorbetaling in de eerste twee jaar.

Toch is een belangrijk bezwaar van loondoorbetaling bij ziekte dat het zo'n grote potentiële last op een werkgever legt, dat werkgevers geneigd kunnen zijn tot risicoselectie. Sollicitanten met een 'medische achtergrond' of bij wie het vermoeden daarvan bestaat, worden niet aangenomen of krijgen een flexibel contract of worden als zelfstandige ingehuurd.¹³ Ontslag in de proeftijd kan volgen als de werknemer zich (herhaald) ziek durft te melden en contracten voor bepaalde tijd van (frequent) zieke werknemers worden wellicht niet meer verlengd. Dat kan betekenen dat chronisch zieken niet aan het werk kunnen komen of blijven, maar ook in bredere zin zou dit leiden tot het maken van een maatschappelijk ongewenst onderscheid op basis van de (vermeende) gezondheidstoestand. De wetgever heeft met de Wet op de medische keuringen dit gevaar willen bezweren. Op basis van die wet mag een werkgever alleen een aanstellingskeuring houden van de persoon die hij voornemens is aan te stellen. Bovendien mag de aspirant-werknemer alleen worden onderzocht op bijzondere eisen aan medische geschiktheid.¹⁴ Met de bescherming tegen benadeling uit de Wet gelijke behandeling op basis van handicap of chronische ziekte is ook geprobeerd bescherming te bieden tegen risicoselectie. Toch is wel duidelijk dat geen waterdicht systeem is ontstaan.¹⁵ De mogelijkheid van risicoselectie in de proeftijd of bij bepaaldetijdcontracten buiten gevallen van *chronische* ziekte doet zich nog steeds voor. Bovendien is een risicoselectie op basis van veronderstellingen niet uitgesloten. Oudere werknemers worden bijvoorbeeld wellicht niet aangenomen omdat het idee bestaat dat zij vaker en langer ziek zijn dan jongeren.

13 Hofman/Pennings gebruiken de termen 'instroomselectie' (niet aannemen), 'verlengde instroomselectie' (wel aannemen maar alleen in een flexibele arbeidsverhouding) en 'uitstroomselectie' (beëindigen arbeidsverhouding vanwege loonbetalingsrisico), p.36. Zie ook C.F. Sparrius, 'Risicoselectie van werknemers op basis van gezondheid of (potentieel) ziekteverzuim: de juridische mogelijkheden', *SMA* 1997/4, p.226-242.

14 Art. 4 lid 1 en lid 2 eerste volzin Wet op de medische keuringen.

15 Hermans concludeert dat de toezichthouders op ILO-Verdragen en het ESH nog steeds twijfelen over de verenigbaarheid van het stelsel met die verdragen, ondanks deze maatregelen om risicoselectie te voorkomen, p.175-176. Hofman/Pennings signaleren dat veel over risicoselectie en loondoorbetaling bij ziekte wordt gesproken, maar dat er weinig onderzoek naar is gedaan, p.56-57.

Meer operationeel bestaan nog een paar andere bezwaren. De terugval van loon- doorbetaling in het tweede ziektejaar tot onder het minimumloon zou strijdig kunnen zijn met gelijke behandeling, als blijkt dat bepaalde groepen oververtegenwoordigd zouden zijn in de categorie werknemers die op het minimumloon werken (jeugdigen, vrouwen).¹⁶ Ten opzichte van deze groepen zou daarmee indirect onderscheid worden gemaakt, waarvoor een objectieve rechtvaardiging in mijn beleving lastig te geven is.¹⁷ Hetzelfde geldt voor de bovengrens van het maximum dagloon: waar ieder ander 70% van zijn laatstverdiende loon krijgt doorbetaald, ligt dat percentage lager voor de groep werknemers die meer verdient dan het maximum dagloon. Als dat al indirect onderscheid van bepaalde groepen zou opleveren (mannen, ouderen) is dat waarschijnlijk wel objectief te rechtvaardigen.¹⁸

Wat de duur van de loondoorbetalingsplicht aangaat, is de positie van de huishoudelijke hulp of zorgverlener en de volledig en duurzaam arbeidsongeschikte het bespreken waard. Voor de huishoudelijke hulp is de loondoorbetalingsplicht bij ziekte maar maximaal zes weken.¹⁹ Dat is aanzienlijk korter dan voor andere werknemers. In de basis levert dat geen probleem met gelijke behandeling op, want de huishoudelijke hulp valt daarna onder het vangnet van de ZW en krijgt tot 104 weken een uitkering.²⁰ De volledig en duurzaam arbeidsongeschikte kan eerder dan 104 weken verzoeken om een IVA-uitkering. Daarmee zou de loondoorbetalingsperiode worden verkort. Aangezien de vervroegde IVA alleen op aanvraag van de werknemer zelf wordt toegekend én de uitkering daarvan hoger is dan de wettelijke aanspraak op loondoorbetaling, zie ik hierin geen gelijke behandelingsprobleem.²¹

De duur van de loondoorbetalingsperiode kan worden verkort door het overeenkomen van één of twee wachtdagen per ziekteperiode. Tijdens een wachtdag heeft de werknemer geen recht op loon. Dit kan een negatief effect hebben als een werknemer als gevolg van een chronische ziekte vaak ziek is. Hij wordt dan vaker geconfronteerd met loonverlies dan een werknemer zonder chronische ziekte. Een in de

¹⁶ Die gegevens heb ik niet voor handen.

¹⁷ Getoetst aan art. 2 lid 1 AWGB. Het doel (een prikkel tot werkhervatting voor werknemers bij langdurige arbeidsongeschiktheid) lijkt mij legitiem en dit middel is passend om dat doel te bereiken. Of het echter ook noodzakelijk is, dus niet op een andere, minder ingrijpende manier kan worden bereikt, betwijfel ik. De prikkel zou ook in subsidies of financiële aanvullingen bij werkhervatting (zoals in de WGA) kunnen worden gezocht. In absolute getallen gaat het hier overigens niet om vaak voorkomende gevallen, zie §6.1.4.

¹⁸ Het legitieme doel zal zijn de kosten bij arbeidsongeschiktheid te maximaleren op een redelijk niveau. Daarvoor is dit middel passend en lijkt het middel noodzakelijk. Ik zie niet direct een ander middel dat minder ingrijpend is.

¹⁹ Art. 7:629 lid 2 en lid 13 BW.

²⁰ Hooguit kan het indirect onderscheid opleveren als bepaalde groepen met name werkzaam zijn als huishoudelijke hulp (vrouwen) en andere werknemers van diezelfde werkgever meer dan 70% krijgen doorbetaald. Omdat de werkgever hier wettelijk een natuurlijk persoon moet zijn, wil deze kortere loondoorbetaling überhaupt van toepassing zijn, verwacht ik niet dat die situatie zich vaak voordoet. Bovendien laat betaling van meer dan 70% aan andere werknemers onverlet dat de werkgever ook de ZW-uitkering voor een gelijke periode kan aanvullen.

²¹ Dat des te minder omdat de werkgever verplicht blijft zijn civielrechtelijke aanvullingsverplichtingen gedurende de eerste twee jaar te blijven voldoen; met het verkrijgen van een vervroegde IVA-uitkering eindigt de arbeidsovereenkomst niet.

praktijk voorkomende variant hierop -wachtdagen worden pas ingehouden bij een herhaalde ziekmelding- leidt om dezelfde reden eveneens tot een niet objectief gerechtvaardigd indirect onderscheid.²² Het effect van de regel dat ziekmeldingen die elkaar opvolgen binnen vier weken dóórtellen, kan bij chronisch zieken met frequent ziekteverzuim betekenen dat zij eerder (opgeteld) de maximale periode van twee jaar bereiken dan de niet-chronisch zieke werknemer. Dat levert een indirect onderscheid op, maar ik heb het vermoeden dat dit vooral een theoretische situatie betreft. De regeling rond opzettelijke arbeidsongeschiktheid strijdt ten slotte niet met gelijke behandeling.

De slotsom is dat fundamenteel een probleem bestaat doordat risicoselectie bij een loondoorbetalingsplicht in deze omvang in de hand kan worden gewerkt.²³ Van minder gewicht zijn de bezwaren dat, afhankelijk van de omstandigheden, de terugval onder het minimumloon in het tweede ziektejaar en de wachtdagenregeling in strijd kunnen komen met de gelijke behandeling.

Bestaanszekerheid

De loondoorbetalingsverplichting bij ziekte is bij uitstek gericht op het verschaffen van inkomenszekerheid. Het is een toepassing van het beginsel van bestaanszekerheid. De ondergrens is in de wet gelegd op 70% van het minimumloon (die pas geldt vanaf het tweede ziektejaar), zodat gedurende twee jaar een inkomensvoorziening op ten minste bijstandsniveau is gegarandeerd. De wetgeving geeft ruimte om aanvullingen bovenop de 70% overeen te komen. Voor de volledig en duurzame arbeidsongeschikte werknemer bestaat de kans het inkomen met een vervroegde IVA-aanvraag te verhogen naar 75% van het laatstverdiende loon, met een looptijd tot aan de AOW-gerechtigde leeftijd.²⁴ Voor de werknemer met variabel inkomen biedt artikel 7:629 lid 8 BW zekerheid, door aan te sluiten bij het gemiddelde loon dat had kunnen worden verdiend als de werknemer niet ziek zou zijn geweest.²⁵ De bestaanszekerheid wordt geboden voor zowel persoonlijke risico's die leiden tot arbeidsongeschiktheid, als werkgerelateerde risico's. De *scope* van de dekking van bestaanszekerheid is dus groot.

De regel van verval van het recht op loon bij opzettelijk veroorzaakte arbeidsongeschiktheid doet afbreuk aan inkomenszekerheid. Het verval van het recht op loon wordt gerechtvaardigd doordat het een gedraging betreft die de wetgever ongewenst vindt. De regel dat tijdens arbeidsongeschiktheid de inkomsten uit arbeid of een

22 Hoewel dit wellicht een legitiem doel dient (lastenverdeling tussen werkgever en werknemer bij arbeidsongeschiktheid) en het middel passend is, is het niet noodzakelijk. Een minder bezwaarlijk alternatief kan zijn om overeen te komen dat bovenwettelijke vakantiedagen van de werknemer worden aangemerkt als ziektedagen, waardoor de chronisch zieke werknemer in elk geval wel recht op loon blijft houden.

23 Het betrekken van empirisch onderzoek bij deze gedachte moet duidelijk maken of dit ook daadwerkelijk zo is.

24 Art. 51 WIA.

25 Mogelijk staat deze werknemer ook nog het rechtsvermoeden van urenomvang (gemiddelde van de drie voorafgaande maanden) ter beschikking (art. 7:610b BW).

uitkering in verband met de bedongen arbeid in mindering komen op de loon-
doorbetaling strijdt niet met de bestaanszekerheid. Met de extra inkomensbronnen
die hem toekomen in relatie tot zijn arbeidsongeschiktheid hoeft de zieke werknemer
er bij die verrekeningsregel immers financieel niet op vooruit te gaan.²⁶

Bescherming

Ongelijkheidscompensatie is in sterke mate toegepast bij de loon-
doorbetaling bij ziekte. Bij strikte contractsvrijheid zou het niet kunnen werken vanwege ziekte
betekenen dat de werknemer niet aan zijn verbintenis tot het verrichten van arbeid
voldoet, waardoor de werkgever zich van zijn verbintenis tot betaling van loon zou
kunnen bevrijden.²⁷ Die ongelijke positie is gecompenseerd door een bevrijding van
de verbintenis tot doorbetaling van loon twee jaar lang niet mogelijk te maken, met
uitzondering van de wachtdagen en met de limitering van de verbintenis tot door-
betaling tot 70%. De ongelijkheidscompensatie is verder duidelijk terug te zien door
elk risico dat tot arbeidsongeschiktheid leidt voor rekening van de werkgever te
brengen, ongeacht of hij invloed heeft op het ontstaan daarvan. Een ander voorbeeld
van ongelijkheidscompensatie is dat het handelen van de werknemer bij het ontstaan
van de arbeidsongeschiktheid geen rol speelt, behoudens de vrijwel dode letter van
'opzet'. Elk 'ongeluk' dat de werknemer ten deel valt, hoe zeer hij dat ook heeft
opgezocht, wordt gecompenseerd als dat leidt tot arbeidsongeschiktheid. Een notie
als 'eigen schuld' die in andere schadegevallen een rol speelt, geldt hier niet. Het
derde voorbeeld van toepassing van het beschermingsbeginsel is door een nieuwe
periode van loon-
doorbetaling te laten starten als de vorige periode vier weken is
verstreken. Deze relatief korte periode betekent dat de werknemer vrij snel weer een
beroep kan doen op loon-
doorbetaling bij ziekte. Ten slotte speelt bescherming een
duidelijke rol door sommige categorieën werknemers uit te zonderen van de loon-
doorbetalingsplicht en in plaats daarvan aanspraak te geven op 100% doorbetaling
vanuit de ZW.²⁸ Het deel van het beschermingsbeginsel dat ziet op gezond en veilig
werken, speelt geen rol bij de loon-
doorbetaling bij ziekte.

Subsidiaire verantwoordelijkheid

Bij subsidiaire verantwoordelijkheid moet worden gekeken of is ingebouwd dat de
werknemer in redelijkheid eerst voor zichzelf moet zorgen voordat hij aanspraak
maakt op andere voorzieningen. Van belang is dat de werknemer weet wat daarbij
in redelijkheid van hem wordt verwacht (kenbaarheid) en dat hij bij niet-naleving
daarvan niet toch terug kan vallen op de voorzieningen (subsidiariteit).²⁹

26 Had de werknemer al een uitkering, bijvoorbeeld een WGA- of een WW-uitkering en werkte hij
daarnaast, dan komen deze uitkeringen *niet* in mindering als de werknemer vanwege ziekte
uitvalt. Die (bestaande) uitkeringen houden geen verband met de bedongen arbeid waaruit de
werknemer ziek is geworden.

27 Artt. 6:262 en 6:265 lid 1 BW.

28 Artt. 29 lid 2 en lid 8, 29a lid 1, 29b lid 1 en lid 5 en 6 ZW.

29 Uitgezonderd het absolute bestaansminimum uit de Wet Werk en Bijstand.

Gezien de lange geschiedenis waarin van de werknemer géén 'eigenrisicodragen' voor inkomen bij ziekte werd gevraagd, maar dit steeds collectief of door de werkgever was geregeld, zit in de regeling van loondoorbetaling bij arbeidsongeschiktheid geen subsidiaire verantwoordelijkheid.³⁰ Er is niet gedefinieerd wat het 'redelijke' is dat de werknemer eerst moet doen, voordat hij in aanmerking kon komen voor een inkomensvoorziening bij ziekte, omdat dit nooit heeft gespeeld. Met wat creativiteit is een klein beetje subsidiaire verantwoordelijkheid terug te vinden in drie onderwerpen. Als de werknemer tijdens arbeidsongeschiktheid elders werkt en daar inkomen verwerft dan mag dat in mindering komen op de loondoorbetaling bij ziekte. Het zal meestal gaan om werk bij een andere werkgever ter vervanging van arbeidsongeschiktheidsuren bij de werkgever. De werknemer die dus voor ander inkomen zorgt, hoeft minder aanspraak te maken op de voorziening die de werkgever biedt. De werkgever kan met de werknemer overeenkomen dat de eerste twee dagen bij ziekte voor eigen rekening komen. Dat is een vorm van zelf risico dragen. Daarnaast is een ander vorm de optie om af te spreken dat bovenwettelijke vakantiedagen als ziektedagen worden aangemerkt. Helemaal overtuigende voorbeelden zijn het niet omdat in al deze gevallen een actieve rol van de werkgever bestaat om de eigen verantwoordelijkheid 'af te spreken'.³¹ De strikte uitleg van het begrip opzettelijk veroorzaakte arbeidsongeschiktheid verkleint zelfs een mogelijke subsidiaire verantwoordelijkheid. De notie dat op de werknemer een schadebeperkingsplicht rust, in de zin dat hij zelf moet streven naar het voorkomen of zo klein mogelijk houden van de schade, is door die strenge toepassing namelijk vrijwel volkomen afwezig. Met het beginsel subsidiaire verantwoordelijkheid is dus in realiteit bij loondoorbetaling op geen enkele manier rekening gehouden.

Solidariteit

Noordam stelde dat de loondoorbetaling bij ziekte heeft gezorgd voor een vermindering van solidariteit: privatisering heeft geen maatschappelijk draagvlak, solidariteit wordt door het overgrote deel van de maatschappij (zeer) belangrijk gevonden.³² Het systeem van loondoorbetaling bij ziekte is ook in de uitwerking niet in overeenstemming met het solidariteitsbeginsel. Dat komt pregnant tot uiting door de strijd die bestaat met artikel 71 lid 1 ILO-Verdrag nr.102.³³ Daarin ligt het principe van collectieve financiering bij onder andere ziekte en arbeidsongeschiktheid vast, zodat sprake kan zijn van risicodeling tussen de leden van de gemeenschap. Bijkomend voordeel van zo'n solidair systeem is dat het de werkgever minder

30 Naar mijn mening ook niet in de terugval naar 70% want bij subsidiaire verantwoordelijkheid gaat het veel meer om een voorliggende 'eigen' voorziening, vóórdat een beroep op de collectieve of werkgeversregeling (van welke omvang dan ook) wordt gedaan.

31 Ik heb tevens de indruk dat werkgevers niet vaak kiezen voor wachtdagen en nog minder voor het aanmerken van bovenwettelijke vakantiedagen als ziektedagen.

32 F.M. Noordam, 'Sociale zekerheid: van wachtwoord tot product', SMA 1998, p.168-175.

33 Art. 71 lid 1: '*The cost of the benefits provided in compliance with this Convention and the cost of the administration of such benefits shall be borne collectively by way of insurance contributions or taxation or both in a manner which avoids hardship to persons of small means and takes into account the economic situation of the Member and of the classes of persons protected*'. Sparrius, p.308 en 310, Hermans, p.175-176. Ook Hofman/Pennings p.24, die tevens stilstaan bij de plicht van betrokkenheid van sociale partners, bij de uitvoering van de inkomensvoorziening bij ziekte, p.24-26 en 35-36.

noodzaakt op gezondheid te selecteren. Een risicodeling treedt niet op bij de loon-doorbetalingsplicht voor de individuele werkgever. Daar kan tegenover worden gezet dat een groot deel van de werkgevers het loon-doorbetalingsrisico heeft verzekerd bij een private verzekeraar, dus eveneens bij een collectiviteit die door alle verzekerden bij de verzekeringsmaatschappij gezamenlijk wordt betaald. Niettemin dekt die private collectiviteit slechts 50% van de werkende bevolking.³⁴ Een private verzekering is verder niet gelijk te stellen aan een sociale verzekering door de verschillende principes die aan de verzekering ten grondslag liggen.³⁵ Daarnaast is er een groep werkgevers die zich niet heeft verzekerd, bij wie er niet is voorzien in een verzekerde dekking van het inkomensrisico bij ziekte. Noordam karakteriseerde dat met de opmerking dat Nederland een selectieve verzekeringsstaat is geworden in plaats van een algemene solidaire verzorgingsstaat.³⁶

Ik zie ook nog een punt van gebrek aan solidariteit waar het gaat om het gedrag van de werknemer. Solidariteit betekent onder meer gemeenschappelijke belangen gemeenschappelijk opvangen. Het gemeenschappelijk belang is dat het werk dat door ziekte blijft liggen door collega's wordt opgevangen, want daarmee wordt de continuïteit van de organisatie beschermd. In de 'microkosmos' van een organisatie wordt van belang hoe collega's het afwezig zijn van de zieke werknemer percipiëren. Goed denkbaar is dat de werknemer de *goodwill* van zijn collega's verspeelt als hij veelvuldig afwezig is vanwege steeds dezelfde sportblessure, die opspeelt nadat hij tegen beter weten in weer een competitiewedstrijd heeft gespeeld. De werkgever is verplicht het loon te blijven doorbetalen en kan niet effectief optreden tegen de sportbeoefening. De bereidheid om vanuit gemeenschappelijk belang het werk van de zieke werknemer over te nemen, kan echter onder druk komen te staan. De feitelijke onmogelijkheid het gedrag van deze zieke werknemer financieel te beïnvloeden, is daar mede debet aan. Een element van solidariteit bestaat wel bij de no-riskpolis, die er voor zorgt dat de lasten bij hernieuwd ziekteverzuim in beperkte gevallen gezamenlijk worden gedragen.

Insluiting

De loon-doorbetaling bij ziekte in combinatie met het opzegverbod tijdens ziekte kan er aan bijdragen dat sociale uitsluiting wordt voorkomen. Omdat de band met de werkgever blijft bestaan (ongeacht de achtergrond van de arbeidsongeschiktheid) kan hij door de kosten van loon-doorbetaling worden geprikkeld om werk te maken van re-integratie. De werknemer krijgt op zijn beurt de tijd om het werken naar

34 Dat is wellicht genoeg om alsnog te voldoen aan ILO-Verdrag nr.102, Hermans, p.167. Er is twijfel mogelijk of een private verzekering wel voldoende collectieve soliditeit oplevert, nu werkgevers hun risico bij *verschillende* verzekeraars ondergebracht zullen hebben én verzekeringsmaatschappijen commerciële ondernemingen zijn die ook faillissementsrisico lopen (zoals verzekeraar Ineas in 2010).

35 Hofman/Pennings, p.136-137: de private verzekering biedt zogeheten kanssolidariteit (wie met wie solidair is, hangt af van toeval) terwijl de sociale verzekering herverdelende solidariteit biedt (solidariteit tussen goede en slechte risico's én tussen hogere en lagere inkomens).

36 Naar aanleiding van de invoering van de Wulbz, F.M. Noordam, 'Sociale zekerheid: van wachtwoord tot product', SMA 1998, nr.4, p.168-175.

vermogen te onderzoeken en te proberen, zonder angst voor verlies van inkomenszekerheid of zelfs zijn baan. Bovendien neem ik aan dat het alternatief, het gebruik maken van een arbeidsongeschiktheidsuitkering, eerder tot een stigma kan leiden dan bij recht op loon in een re-integratietraject. Ontplooiing en gelijke kansen worden niet bevorderd, misschien wel het tegenovergestelde. De werkgever die zich geconfronteerd ziet met hoge loonkosten vanwege ziekte voelt zich waarschijnlijk niet gauw geroepen óók nog te investeren in de zieke werknemer, anders dan voor de directe terugkeer. Denkbaar is verder dat de financiële middelen daarvoor door de hoge loonkosten ontbreken, hoewel het UWV kan participeren.³⁷

Het gevaar van selectie op gezondheidsaspecten dat ik bij gelijke behandeling al besprak, is tegelijkertijd een grote bedreiging voor insluiting. Werkgevers die risicomijdend gedrag gaan vertonen bij het aannemen of bij ontslag vanwege gezondheidsaspecten, sluiten daarmee mensen met een zwakkere positie op de arbeidsmarkt uit. Het huidige systeem met zijn regelingen om zieke medewerkers binnen boord te houden (Wgb h/cz, WMK, opzegverbod bij ziekte) is niet altijd effectief om dat risicomijdend gedrag tegen te gaan.³⁸

Tussen opzet bij het veroorzaken van arbeidsongeschiktheid en insluiting bestaat geen verband. Mijn conclusie is dat loondoorbetaling bij ziekte bij de toegang tot (vaste) arbeid geen recht doet aan het insluitingsbeginsel, maar dat door de loondoorbetaling bij ziekte bij werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wel aan insluiting wordt gewerkt, met name door de combinatie met het opzegverbod.

9.2.2 Flexicuritytoelichting loondoorbetaling bij ziekte

Het onderzoek naar de bijdrage van loondoorbetaling bij ziekte aan het bereiken van flexicuritydoelen is onder te verdelen in een beoordeling naar contractpositie, optimale inzet en balans in rechten en verplichtingen (inclusief kosten) tussen alle betrokkenen.

Contractpositie

De contractpositie dient flexibel én betrouwbaar te zijn. Voor flexibiliteit is een bepaalde beleidsvrijheid van de werkgever gewenst, maar die ontbreekt bij loondoorbetaling vrijwel geheel. Ongeacht de oorzaak van arbeidsongeschiktheid en ongeacht het gedrag van de werknemer: de werkgever moet twee jaar lang ten minste 70% doorbetalen. De vrijheid van de werkgever beperkt zich tot het al dan niet overeenkomen van wachtdagen, het aanmerken van bovenwettelijke vakantiedagen als ziektedagen en het verhalen op de werknemer van de premie voor het bovenwettelijke deel van herverzekering. De flexibiliteit is maar marginaal, mede omdat de instemming van de werknemer bij deze vrijheid nodig is én de cao wel ruimte moet bieden. Het vrijwel ontbreken van contractuele flexibiliteit over wat minimaal

³⁷ Deze effecten zijn (nog) niet gevalideerd maar hypothetisch.

³⁸ Hofman/Pennings, p.36-37.

wordt doorbetaald, maakt de loondoorbetalingsplicht tijdens ziekte wel betrouwbaar, in de zin van voorspelbaar. Ook bestaat er voorspelbaarheid dát er wordt doorbetaald. De werknemer hoeft, anders dan in het systeem van *risque professionnel*, geen discussie te voeren of de arbeidsongeschiktheid is ontstaan in verband met het werk of niet. Evenmin is er onderlinge discussie mogelijk of de werknemer bijvoorbeeld schuldig is aan zijn arbeidsongeschiktheid of die misschien bewust roekeloos heeft veroorzaakt: de loonuitsluitingsgrond vraagt om 'opzet'. Omdat het qua contractpositie evenwel moet gaan om flexibiliteit én betrouwbaarheid draagt de loondoorbetaling bij ziekte niet bij aan flexicurity.

Optimale inzet

Ook qua optimale inzet zie ik geen bijdrage van de loondoorbetaling bij ziekte. Uit zichzelf zit daarin geen element van verbetering van overstapkansen naar een andere (minder belastende) functie, om op die manier uitval om gezondheidsredenen te voorkomen. Misschien zelfs het tegenovergestelde. De combinatie van verzekerd zijn van loondoorbetaling en de omstandigheid dat vrijwel alle werknemers een aanvulling op de wettelijke 70% ontvangen, maakt dat hier geen prikkel ligt om over te stappen als duidelijk zou zijn dat de huidige arbeid om gezondheidsredenen niet meer verstandig is. Dat wordt wel gerelativeerd aangezien de drijfveer bij re-integratie van werknemers niet in hoofdzaak financieel is als wel het streven naar welbevinden (§ 1.1.3).

Ik zie eerder belemmeringen bij externe flexibiliteit bij 'aannee', zoals hiervoor al geschetst bij de risicoselectie en bij ondersteuning en zoals besproken bij insluiting. Mogelijk dat de zekerheid van het loon én het voortbestaan van de arbeidsovereenkomst nog betekent dat de werknemer wordt gefaciliteerd tweedespoorwerkzaamheden te proberen. Hij krijgt een risicoloze poging elders werk te proberen dat beter bij zijn belastbaarheid past, terwijl de tweedespoorwerkgever zonder risico de kans krijgt een zieke werknemer uit te proberen, waardoor zekerheid kan ontstaan voor een latere transitie. Dat effect is in mijn beleving echter meer te danken aan het re-integratievoorschrift dat zoeken naar re-integratiemogelijkheden in het tweede spoor voorschrijft, dan aan het feit dat er een loondoorbetalingsplicht bij ziekte bestaat.³⁹

Balans

Een evenwichtige verdeling van rechten en verplichtingen (waaronder kosten) en rekening houdend met de positie van het MKB is ook een flexicuritydoel. Dat doel is niet gehaald met de huidige regeling van loondoorbetaling bij ziekte. Op de werkgever rusten immers veel verplichtingen waardoor het evenwicht zoek is.⁴⁰

39 Zonder dit re-integratievoorschrift geloof ik niet dat de werkgever die én loon moet doorbetalen én de arbeidsovereenkomst moet laten voortduren werk bij een andere werkgever zou gaan zoeken. Dit betekent dat dit re-integratievoorschrift wel een flexicuritydoel dient omdat het werkt aan een zekere transitie op de arbeidsmarkt.

40 Sparrius heeft de verantwoordelijkheidsverdeling uitgebreid in kaart gebracht, p.303-309.

Als eerste springt de *reden* van loondoorbetaling bij ziekte in het oog. De rechtsgrond daarvoor is wankel en zou wellicht kunnen worden gevonden in de extra risico's die arbeid met zich meebrengt.⁴¹ Met het huidige *risque social* is die mogelijke rechtsgrond in elk geval vervallen. Later is de rechtsgrond misschien (impliciet) gewijzigd in het financieel prikkelen tot re-integratie (§ 5.18). Ook die rechtsgrond is niet helemaal evenwichtig uitgewerkt. Volledig en duurzaam arbeidsongeschiktheid bij wie re-integratieprikkels geen zin hebben, blijven toch voor rekening van de werkgever komen. In de periode tussen 13 en 78 weken arbeidsongeschiktheid kan een vervroegde IVA-keuring worden aangevraagd. Zo'n aanvraag kan maar één keer en alleen als de werknemer dat wil.⁴² Dat kan er toe leiden dat de werkgever twee jaar loon moet doorbetalen terwijl het daarmee te bereiken doel, namelijk het prikkelen tot re-integratie, aantoonbaar zinloos is. Ook de nawerking van zes weken na een succesvolle bekorting van de loonsanctie leidt ertoe dat de werkgever moet betalen ook al is het doel niet meer relevant. Ten slotte is opzettelijk veroorzaakte arbeidsongeschiktheid de enige uitsluitingsgrond bij het *ontstaan* van het recht op loondoorbetaling bij ziekte. Dat om die reden geen recht op loondoorbetaling ontstaat, blijkt in de praktijk nagenoeg nooit voor te komen.

Naast de reden is de *duur* van de loondoorbetaling kenmerkend. Die is geleidelijk uitgebreid van zes weken, via 52 weken naar 104 weken. Die periode is gekozen om aan te sluiten bij de gelijke duur van het opzegverbod bij arbeidsongeschiktheid en omdat zou zijn gemerkt dat bij de duur van 52 weken werkgever en werknemer vaak net in een re-integratietraject zitten. Beide argumenten zijn niet erg overtuigend.⁴³ Verschillende schrijvers hebben al gewezen op de onevenwichtigheid van deze periode en specifiek is daarbij gewezen op de positie van MKB-ondernemers.⁴⁴ Een argument vóór de periode van twee jaar zou nog bestaan als die langere periode significante positieve effecten zou hebben laten zien na de invoering per 1 januari 2004.⁴⁵ Onderzoek uit 2010 toont aan dat onder de reguliere werknemers het aandeel dat weer *volledig* werkte flink was toegenomen, te weten van 12% naar 52%.⁴⁶ Het aandeel dat *gedeeltelijk* werkte nam in dezelfde orde van grootte af. Het percentage niet-werkenden bleef ongeveer gelijk, namelijk rond de 30%. Ook zonder begeleiding was de kans dat de zieken geheel of gedeeltelijk weer aan het werk zijn na een jaar 57%. Tijdige actie om tot herstel te komen bleek veelal de kans op succes opvallend

41 Zie § 5.4.

42 Artt. 23 lid 6, 64 en 66 WIA, met een einde van de wachttijd pas na 10 weken, na aanvraag, *Kamerstukken II 2004/05*, 30 034, nr.3, p.59.

43 Zie § 6.1.4.

44 Zie bijv. Hoogendijk en Riphagen, Hoogendijk signaleert de onvrede onder MKB-ers, p.305.

45 Enig effect is uiteraard te verwachten doordat er simpelweg een jaar langer aan re-integratie wordt gewerkt. Om de verlenging met één jaar te rechtvaardigen is dus niet voldoende dát er een effect is maar dat effect moet aanzienlijk zijn.

46 P. Molenaar-Cox, Ph. de Jong en C. van der Burg, *Werken VLZ en WIA? De toegenomen mate van werkhervatting na 12 maanden ziekte verklaard*, TBV (18), december 2010, gemeten na 10 en na 27 maanden na ziekmelding. Helemaal zuiver is het gemeten effect van één en twee jaar ziekte daardoor dus niet: in de tweede meting zitten nog twee maanden van het eerste jaar én drie maanden ná het tweede jaar. Verbeterde resultaten op het moment van de tweede meting zijn dus niet (exclusief) toe te schrijven aan de verlenging van de loondoorbetaling met één jaar.

te vergroten. Met begeleiding liep die kans in het eerste jaar op tot 75%. In het tweede jaar van ziekte bleef de kans op werkhervatting stijgen, maar veel geleidelijker dan in het eerste jaar. De conclusie in het onderzoek was dat verlenging van de loondoorbetalingsperiode van één naar twee jaar, samen met andere maatregelen, de effectiviteit van de re-integratie-inspanningen van bedrijven heeft versterkt.⁴⁷ Toch zou ik dit niet zonder meer significant willen achten, allereerst vanwege de tussenzin 'samen met andere maatregelen', waarmee wordt bedoeld op de Wet verbetering poortwachter. Welke effect is toe te rekenen aan welke maatregel is niet uitgesplitst. De *extra* opbrengst aan werkhervatting in het tweede jaar bovenop de 75% van het eerste jaar is ten tweede beperkt. Ten derde lijkt het onderzoek te laten zien dat het positieve effect te danken is aan een stijging van gedeeltelijke naar volledige werkhervatting en niet van géén naar wel (enige) werkhervatting.⁴⁸

Het kostenaspect is waarschijnlijk de belangrijkste reden voor de onevenwichtigheid. De wetgever heeft *bewust* de kosten voor de werkgever omhoog geschroefd: de loonkosten zijn in beginsel 70%, gedurende twee jaar.⁴⁹ Er is geen onderscheid gemaakt naar omvang van de organisatie. Desgevraagd heeft de Minister in de parlementaire behandeling bij de invoering van de Wulbz gezegd dat dit niet nodig was, omdat in de markt een adequate betaalbare verzekeringsmogelijkheid voor MKB-ers bestaat.⁵⁰ Kanttekening bij het kostenaspect is dat veel MKB-bedrijven zich hebben verzekerd en dus 'slechts' de verzekeringspremie betalen. Niettemin is vrijwel de helft van de werkende bevolking afhankelijk van zijn werkgever voor doorbetaling van het loon bij ziekte, omdat de werkgever niet heeft herverzekerd. De werknemer draagt daarbij zelf in veel gevallen geen kosten. Een mogelijk financieel 'eigen risico' van werknemers zit in de wachtdagen, het aanmerken van bovenwettelijke vakantiedagen als ziektedagen en de terugval naar 70% van het laatstverdiende loon. Die wachtdagen en vakantiedagen moeten zijn overeengekomen en als dat al is gebeurd dan vertegenwoordigt dat een relatief beperkte waarde. De terugval naar 70% is wel van betekenis, want daarmee betaalt de werknemer 30% van het ziekterisico. In vrijwel alle gevallen is die 'kostenpost' voor de werknemers met een aanvulling gerepareerd, in elk geval voor het eerste jaar. Daardoor zijn de kosten aan de kant van de werknemer maar minimaal.⁵¹

47 De Jong/Velema, p.27-29.

48 De stijging van gedeeltelijke naar volledige werkhervatting is uiteraard ook een resultaat van re-integratie dat immers volgens mijn definitie draait om het '*bereiken van een zo optimaal mogelijke, duurzame terugkeer*'. Dit leidt echter niet tot terugdringing van het aantal arbeidsongeschiktheidsuitkeringen.

49 Naast de hierna te behandelen re-integratiekosten en de kosten van een deskundigenoordeel. De werkgever draagt de kosten niet in de gevallen als genoemd in de artikelen 29 lid 2, 29a en 29b ZW, kort gezegd bij zwangerschapsgerelateerde arbeidsongeschiktheid, orgaandonatie of toepassing van de no-riskpolis.

50 *Kamerstukken II 1995/96*, 24 439, nr.3, p.18.

51 Zie ook Sparrius, p.166. Ik sluit er de ogen niet voor dat de werkgever daar soms zelf ook verantwoordelijk voor is. Hij moet wachtdagen en vakantiedagen als ziektedagen zelf op de agenda zetten en kan zelf beslissen geen aanvulling te betalen. Heeft hij op deze onderwerpen die vrijheid niet omdat een CAO geen ruimte biedt, dan is dat wel onderdeel van afspraken met inbreng van de verenigde werkgevers, die kennelijk dat aspect in de onderhandelingen minder belangrijk hebben gevonden dan andere punten.

De rol van het UWV voor reguliere werknemers is relatief beperkt. Het betreft in elk geval de betaling van ZW-uitkering in vangnetgevallen, zoals bij orgaandonatie of no-riskpolissen. Daarnaast moet het UWV deskundigenoordelen afgeven over de vraag of recht bestaat op loondoorbetaling of niet en de vervroegde IVA-aanvragen behandelen. Daarmee meen ik dat er onder de streep geen evenwichtige verdeling van rechten en verplichtingen bestaat, iets dat nadelig uitpakt voor de positie van de werkgever.

9.2.3 Conclusie loondoorbetaling bij ziekte

Hoewel de loondoorbetalingsplicht bij ziekte recht doet aan de uitgangspunten van bestaanszekerheid, bescherming en aan insluiting (maar slechts voor sommige categorieën werknemers), zijn er bij de andere aspecten wel grote problemen te onderkennen. Naast wat kleinere bezwaren is vooral de kans op en zelfs prikkel tot risicoselectie een belangrijk strijdpunt bij gelijke behandeling, solidariteit en bij insluiting (als het de toegang tot (vast) werk betreft). Ook als dat wordt beschouwd buiten het strikte kader van de wettelijke gelijkebehandelingsgronden kan dit -in elk geval theoretisch- leiden tot selectie op echte of veronderstelde gezondheidsaspecten bij aanneme, de keuze voor flexwerk dan wel inhuur als zelfstandige of voortijdig ontslag. De maatregelen om dat te voorkomen zijn niet afdoende en ook de regering lijkt dit voor kleine bedrijven te onderkennen.⁵² Er is extra strijdigheid met het beginsel van solidariteit, waarvan de 'hardste' het ontbreken van collectieve financiering is. De private verzekering heeft dat onvoldoende gecompenseerd. De subsidiaire verantwoordelijkheid wordt ten slotte vrijwel volkomen miskend door het ontbreken van de eis 'al het redelijke te doen' voordat de werkgever verantwoordelijk wordt voor loonbetaling.

Aan flexicuritydoelstellingen wordt door loondoorbetaling bij ziekte evenmin bijgedragen, niet qua contractpositie, noch qua optimale inzet. Het lijkt qua balans zelfs een contra-indicatie, met de eenzijdige nadruk op versterking van de positie van de werknemer (met aanvullingen) en door de werkgever vrijwel alleen verantwoordelijk te maken.

9.3 Toetsing controlevoorschriften

9.3.1 Beginselentoets controlevoorschriften

De controlevoorschriften heb ik besproken in § 6.3. Het gaat om redelijke voorschriften die door de werkgever schriftelijk zijn gegeven om het (nog) bestaan van arbeidsongeschiktheid vast te stellen. Niet-naleving geeft de werkgever het recht loondoorbetaling op te schorten. De controle op arbeidsongeschiktheid via het mogen stellen van controlevoorschriften en de plicht voor de werknemer ze na te leven, wordt hierna getoetst aan leidende Nederlandse sociaalrechtelijke waarden en beginselen.

⁵² Kamerstukken II 2011/12, 33 241, nr.3, p.25.

Gelijke behandeling

De ene werknemer moet zich laten controleren en de ander niet, maar toch levert dat geen strijd op met gelijke behandeling. De reden is uiteraard de arbeidsongeschiktheid, die gelijke behandeling van gelijke gevallen oplevert. De arbeidsongeschikte werknemers moeten zich allemaal laten controleren; de gezonde werknemers hoeven dat niet.

De aard en oorzaak van arbeidsongeschiktheid doet er daarbij niet toe. De controlevoorschriften gelden namelijk voor zowel de ziekmelding vanwege griepklachten als vanwege een chronische ziekte én zowel voor een ziekmelding die werkgerelateerd is als één die alleen samenhangt met de privésfeer. Behalve bij overduidelijk werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid, zoals na een bedrijfsongeval, wéét de werkgever vaak niet wat de aard en de oorzaak is. Er is dus als regel geen onderscheid in controle te verwachten tussen bijvoorbeeld werknemers met een chronische ziekte en werknemers met arbeidsongeschiktheid vanuit een andere oorzaak. Het stellen van controlevoorschriften en het moeten opvolgen daarvan is verenigbaar met het gelijkebehandelingsbeginsel.⁵³

Bestaanszekerheid

De maatregel van loonopschorting past bij het bieden van inkomenszekerheid. De werknemer verliest bij niet naleving van de controlevoorschriften niet zijn recht op loon, maar betaling daarvan wordt 'slechts' uitgesteld, tot het moment dat hij aan zijn verplichtingen voldoet. Het inkomen is dus veilig gesteld, ook al is de werknemer in verzuim. De enige invloed op inkomenszekerheid op de korte termijn zou kunnen zijn dat de werkgever de loonopschorting onverwijld moet aankondigen vanaf het moment dat daarvoor redelijkerwijs een vermoeden is gerezen. Dat betekent dat de werknemer sneller kan worden geconfronteerd met het niet kunnen beschikken over zijn loon dan redelijkerwijs nodig is. Dit effect zal echter de inkomenszekerheid maar marginaal beïnvloeden.

Bescherming

De plicht van een werknemer om mee te werken aan redelijke controlevoorschriften kan indirect passen bij het beschermingsbeginsel. Onderdeel van bescherming is namelijk het gezond en veilig werken. De controle bij de bedrijfsarts kan aan het licht brengen dat de arbeidsongeschiktheid van de werknemer wordt veroorzaakt door omstandigheden op het werk. Bescherming van de werknemer is daarmee gediend. Bovendien kan de controle door de bedrijfsarts voorkomen dat de werknemer nog arbeidsongeschikt is en toch weer aan het werk gaat. Ook voor wat betreft ongelijkheidscompensatie kan controle passen bij bescherming. Door de bedrijfsarts zo'n centrale rol toe te kennen, wordt gewaarborgd dat de werkgever geen informatie krijgt die hij niet 'behoeft'. De medische privacy bij controle is daarmee voldoende afgedekt. Door daarnaast de expliciete eis van redelijkheid te stellen aan

53 In de *toepassing* van de controlevoorschriften zou strijd met gelijke behandeling wél kunnen optreden, bijvoorbeeld als de werkgever steeds alle vrouwen niet en alle mannen wel laat controleren.

controlevoorschriften wordt de proportionaliteit bevorderd. De werkgever mag ook hier niet verder gaan dan noodzakelijk is. Om de controlebevindingen van de bedrijfsarts als extra waarborg te laten toetsen is met het deskundigenoordeel een buitengerechtelijke procedure bij een onafhankelijke deskundige voorhanden.⁵⁴ Dat kost tijd (een paar weken) en geld (€ 100,- voor de werknemer), maar desondanks is het een laagdrempelige voorziening die de bescherming van de werknemer verbetert.

Het 'sanctiesysteem' van loonopschorting levert in mijn ogen meer problemen op. De onverwijldheidseis bij het aanzeggen van een loonopschorting is ingevoerd met het oog op werknemersbescherming. Voorkomen moest worden dat de werknemer pas

*'bij de loonbetaling, wordt geconfronteerd met een weigering van de werkgever om het loon door te betalen (zo)dat het voor hem niet goed meer mogelijk is om nog te bewijzen dat hij wel degelijk recht op de loonbetaling had.'*⁵⁵

Door de werkgever echter al bij een redelijk vermoeden van een loonopschortingsgrond tot onmiddellijke actie te dwingen, wordt de werknemer meteen met een mogelijke maatregel geconfronteerd. Het zal de verhoudingen geen goed doen als de werkgever zonder nader feitenonderzoek al laat weten dat de werknemer een sanctie tegemoet kan gaan zien. Hoewel de onverwijldde aanzegplicht ongewenst is, doet dit niet rechtstreeks afbreuk aan bescherming. Er is nog een ander effect van de loonopschorting waarbij dat wel geldt. De werknemer kan kiezen om niet mee te werken aan controle van zijn arbeidsongeschiktheid.⁵⁶ Die principiële vrijheid is ingebouwd. Het ontbreken van een juridische plicht mee te werken kan echter eenvoudig leiden tot een *de facto* plicht. Als het loon wordt opgeschort, kan een werknemer zich financieel gedwongen voelen zich toch te laten controleren.⁵⁷ De inkomensbescherming van de zieke werknemer is er dan afhankelijk van of de werknemer fundamentele rechten opgeeft; hier ligt ook een verband met bestaanszekerheid.

Het beschermingsbeginsel verzet zich niet tegen het stellen van controlevoorschriften en het moeten volgen daarvan, maar wel op onderdelen tegen de sancties op niet-naleving.

Subsidiaire verantwoordelijkheid

Bij subsidiaire verantwoordelijkheid gaat het er om dat de werknemer al het redelijke moet doen voordat een ander (in meer of mindere mate) verantwoordelijk wordt. Bij de vaststelling van arbeidsongeschiktheid is dat niet het geval. De werknemer hoeft niet aan te tonen dat hij arbeidsongeschikt is, maar de werkgever moet dat laten vaststellen door zijn bedrijfsarts. Op zichzelf is dat begrijpelijk: de werknemer heeft

54 Het UWV geeft niet steeds een deskundigenoordeel af, bijvoorbeeld niet als het ziekteverzuim al een flink eind is gevorderd. Hier betreft het een deskundigenoordeel over het al dan niet bestaan van arbeidsongeschiktheid, wat normaal gesproken in de beginfase speelt.

55 *Kamerstukken II 1995/96, 24 439, nr.3, p.63.*

56 Art. 7:450 lid 1 jo. 446 BW.

57 Sparrius meent dat de loonopschorting is bedoeld als pressiemiddel en niet als sanctie, p.153, zie ook J.K.M. Gevers, 'De bedrijfsarts en de uitwisseling van medische gegevens bij ziekteverzuim', *SMA* 1996/11/12, p.683-695.

meestal alleen toegang tot een huisarts of specialist, die doorgaans niet deskundig zijn om arbeidsongeschiktheid vast te stellen. Bovendien heeft de 'vaste' bedrijfsarts van de werkgever een beter zicht op de organisatie, de functie-eisen en belastbaarheidsprofielen. Niettemin is ook een systeem denkbaar waarin een huisarts aan de hand van arbeidsongeschiktheidsrichtlijnen en een medisch onderzoek arbeidsongeschiktheid beoordeelt tijdens een vraaggesprek met de werknemer.⁵⁸ Zo'n aanpak is verdedigbaar tegen de achtergrond van artikel 150 Rv dat de bewijslast legt bij de partij die zich op de rechtsgevolgen ervan beroept. Dat een bijzondere regel of de redelijkheid en billijkheid zou *dwingen* tot de huidige regeling staat voor mij niet vast. Dat de bedrijfsarts onafhankelijker is dan de huisarts is geen objectief gegeven.⁵⁹ De specifieke deskundigheid van de bedrijfsarts sluit niet uit dat ook de huisarts een beoordeling naar arbeidsongeschiktheid kan uitvoeren, wetende dat ook de bedrijfsarts zich zou moeten houden aan arbeidsongeschiktheidsrichtlijnen.⁶⁰ De controle op arbeidsongeschiktheid voldoet daarom naar mijn mening niet aan dit beginsel.

Met betrekking tot het stellen en moeten naleven van de voorschriften wordt wel voldaan aan dit beginsel. Omdat controlevoorschriften redelijk moeten zijn, omkaderen zij legitiem wat de verantwoordelijkheid van de werknemer is. Daarnaast moeten zij 'schriftelijk gegeven' zijn, zodat de werknemer op voorhand én duidelijk weet wat van hem wordt verwacht. Redelijkheid is hierbij dus geen algemeen begrip dat alleen achteraf door een rechter wordt beoordeeld, maar is meteen concreet gemaakt. Om de controlevoorschriften na te kunnen leven, weet de werknemer dus wat van hem wordt verwacht (kenbaarheid). Daar komt bij dat hij tegelijkertijd geen aanspraak kan maken op voorzieningen zoals loondoorbetaling, als hij niet voldoet aan de eisen (subsidiariteit).

Solidariteit

Solidariteit betreft positieve wederzijdse ondersteuning tussen groepen of individuen. Collega's zullen normaal gesproken bij afwezigheid van een werknemer het werk moeten opvangen. Het recht om een zieke werknemer te controleren betekent dat wordt onderzocht of hij een legitieme reden heeft voor zijn afwezigheid. Als die reden legitiem is versterkt dat de solidariteit. Het schraagt de gedachte dat bij eigen arbeidsongeschiktheid de anderen jouw werk net zo goed zullen opvangen, maar tegelijk dat niet-legitieme afwezigheid wordt voorkomen. Dat heeft indirect ook op een hoger niveau effect. Het tegengaan van niet-legitieme afwezigheid komt ten

58 Zoals in Duitsland, § 8.3.

59 Formeel voor allebei wel, in de praktijk wellicht niet. Onder andere de FNV heeft een tijd lang een telefonische klachtenlijn over de bedrijfsarts aangeboden, waarbij de klachten vooral duiden op het teveel de oren laten hangen naar de werkgever. De huisarts op zijn beurt kan nauwer betrokken zijn bij patiënt en familie en daardoor mogelijk worden beïnvloed.

60 Lisv Richtlijn Medisch arbeidsongeschiktheids criterium 1996, Lisv Standaard Onderzoeksmethoden 2000, Professioneel Statuut voor de Bedrijfsarts NVAB 2003, de diverse STECR Werkwijzers, de overige NVAB-richtlijnen (<http://nvab.artsennet.nl/Richtlijnen/NVABrichtlijnen-en-procedurele-leidraden.htm>, geraadpleegd op 12 juni 2014). Deze en soortgelijke regelingen gelden voor de verzekeringsarts (http://www.uwv.nl/OverUwv/wat_is_uwv/wat_doet_uwv/Sociaal_medische_richtlijnen.aspx, geraadpleegd 12 juni 2014). Zeker als een secondopinionmogelijkheid bestaat, zou het onderscheid tussen huisarts en bedrijfsarts in eerste aanleg niet doorslaggevend hoeven zijn.

goede aan de continuïteit van de organisatie en uiteindelijk aan de werkgelegenheid van allen. Controlevoorschriften kunnen dus met een beroep op het solidariteitsbeginsel worden verdedigd.

Insluiting

Controlevoorschriften richten zich op het al dan niet (nog steeds) bestaan van arbeidsongeschiktheid. Daarmee wordt sociale uitsluiting niet voorkomen en worden ontplooiing en gelijke kansen niet bevorderd. Hooguit is er indirect een raakvlak tussen controlevoorschriften en het insluitingsbeginsel. Door controle mogelijk te maken, kan worden gesignaleerd of arbeidsongeschiktheid bestaat. Dat is het startpunt voor mogelijke verzuimbegeleiding en re-integratie, waardoor in een vroegtijdig stadium uitsluiting vanwege langdurige arbeidsongeschiktheid kan worden voorkomen. Snelle aanpak van re-integratie biedt namelijk de meeste kans op succes. Toch zie ik maar een beperkt effect, want controle staat los van dreigend langdurig verzuim. Van alle gevallen waarin de bedrijfsarts controle op arbeidsongeschiktheid uitvoert, is *alleen* bij verzuim dat lang dreigt te gaan duren een verband te leggen met insluiting.

Het kunnen stellen van controlevoorschriften en het moeten opvolgen daarvan raakt daarom niet wezenlijk aan het insluitingsbeginsel.

9.3.2 Flexicuritytoelichting controlevoorschriften

Contractpositie

Het opstellen van de inhoud van de controlevoorschriften is aan de werkgever overgelaten. Hij heeft daarmee beleidsvrijheid om te bepalen hoe gedetailleerd hij daarin wil zijn. De discretionaire bevoegdheid die hij heeft bij het toepassen van de controlevoorschriften draagt eveneens bij aan de flexibele invulling van de contractposities. Hij bepaalt zelf wanneer hij een zieke werknemer laat controleren of niet.

De schriftelijk gegeven voorschriften zorgen ervoor dat voorspelbaar en dus betrouwbaar is waar de werknemer aan moet voldoen. Bovendien draagt de schriftelijkheid bij aan consistentie: in alle gevallen van de eigen arbeidsongeschiktheid wordt zo gehandeld én bij elke werknemer die arbeidsongeschikt wordt.⁶¹ De onverwijldheids-eis maakt daarnaast voorspelbaar of tegen de niet-naleving wordt opgetreden. Wordt het voornemen van een loonopschorting niet meteen aangekondigd dan is die daarna niet mogelijk. Het recht op uitbetaling van het loon is daarmee meteen ook gegeven.

Optimale inzet

De controlevoorschriften zorgen op zichzelf niet voor een zo optimaal mogelijke inzet. Controle op arbeidsongeschiktheid is een startpunt voor inzet, maar het hebben van controlevoorschriften en de plicht ze na te moeten leven zijn geen noodzakelijke voorwaarden om tot een goede werkhervatting te komen.

⁶¹ Ervan uitgaande dat die controlevoorschriften in een cao, reglement of protocol vastliggen dat op iedereen van toepassing is.

Balans

De rechten en plichten van werkgever en werknemer bij controlevoorschriften lijken op het eerste gezicht aardig in balans. Hiervoor heb ik al de strijd met het beschermingsbeginsel genoemd, bij de plicht voor de werkgever om meteen het voornemen te melden om een loonopschorting door te voeren bij het *vermoeden* dat dit aan de orde kan zijn. Ook de werkgever is niet bij de onverwijldheidseis gebaat. Laat hij na om meteen zijn voornemen te uiten om het loon op te schorten, maar vraagt hij eerst tekst en uitleg aan de werknemer, dan is zijn kans (bij het uitblijven van een bevredigende reactie) voorbij om alsnog het loon op te schorten. Het is onbevredigend dat de werkgever die zorgvuldig te werk wil gaan door eerst de feiten en omstandigheden op een rij te krijgen, daarmee zijn recht op opschorting zou verspelen. Dat is des te scherper omdat het niet alleen speelt bij het bestaan van een vermoeden, maar zelfs als dat vermoeden niet bestaat maar *redelijkerwijs had moeten bestaan*. Die eis is streng ofschoon mij geen jurisprudentie bekend is over dit laatste specifieke punt.

De vraag is welke bijzondere omstandigheid maakt dat hier een afwijking van het reguliere overeenkomstenrecht nodig is. Als de werknemer bijvoorbeeld niet voldoet aan een oproep om bij de bedrijfsarts te komen, is de verbintenis om alsnog naar de bedrijfsarts te gaan opeisbaar: de termijn voor nakoming is ongebruikt verstreken. In zo'n geval heeft de werkgever een opschortingsrecht (artikel 6:51 lid 1 BW). Hij kan dat recht meteen gebruiken, maar dat *hoeft* niet. Opschorten kan zolang de verbintenis opeisbaar is; het is niet vereist dat de werknemer eerst in gebreke wordt gesteld of in verzuim is. Deze hoofdregel is in deze situatie voldoende, zeker omdat artikel 6:2 lid 1 BW de werkgever beperkt in het te lang wachten met daadwerkelijk opschorten, waardoor de werknemer zijn toch bestaande arbeidsongeschiktheid niet meer zou kunnen bewijzen.⁶² Voor de uitoefening van de opschortingsbevoegdheid is de extra voorwaarde van voorafgaande onverwijldde kennisgeving niet nodig.

Een andere onevenwichtigheid tussen werkgever en werknemer is de niet-effectieve prikkel tot naleving van controlevoorschriften. De opschorting heeft geen prikkelende werking voor de werknemer omdat de niet-uitbetaling van het loon soms pas na weken wordt gevoeld. Als de werknemer vervolgens toch voldoet, ondervindt hij geen nadelige financiële gevolgen want het gehele loon wordt nabetaald. Bovendien is de situatie lastig als de werknemer medewerking aan een deskundigenoordeel weigert. De bedrijfsarts heeft hem arbeidsongeschikt geacht en de werkgever wenst dat oordeel door het UWV getoetst te hebben. De werknemer is echter niet verplicht mee te werken aan een medisch onderzoek (artikel 11 Gw). Ik betwijfel of het goed werknemerschap, dan wel de plicht om rekening te houden met de gerechtvaardigde

62 Daar was het de wetgever om te doen, *Kamerstukken II 1995/96*, 24 439, nr.3, p.63.

belangen van de werkgever, zwaar genoeg wegen om het grondrecht op bescherming van lichamelijke integriteit opzij te zetten. De werkgever heeft in dat geval geen effectieve remedie.⁶³

Riphagen heeft nog gewezen op onbalans omdat de werknemer bij een loonop-schorting (of een loonstop) de eerste stap moet zetten, met het aanvragen van een deskundigenoordeel of in een nijpend geval het starten van een kort geding strekkende tot loondoorbetaling.⁶⁴ Volgens hem zit de werkgever in een comfortabele positie omdat hij eenvoudig het loon kan opschorten en bij het moeten terugdraaien daarvan niet méér hoeft te betalen, dan hij toch al moest.⁶⁵ Ik zie dat niet als een onbalans, omdat de werkgever zo'n maatregel pas kan opleggen als er eerst een terugkoppeling van de bedrijfsarts ligt (bijvoorbeeld: de werknemer is niet verschenen op het spreekuur, de werknemer weigert op het spreekuur medewerking).⁶⁶ Bij balans tussen rechten en verplichtingen gaat het niet alleen over de verplichting tussen werkgever en werknemer maar ook van anderen. De derde betrokkene bij re-integratie, het UWV, heeft nauwelijks verplichtingen bij controle op arbeidsongeschiktheid, behalve het administreren van de ziekmelding⁶⁷ en desgevraagd het afgeven van een deskundigenoordeel. De rechten van het UWV zijn wel vérstrekkend: als de werkgever te laat een bedrijfsarts inschakelt, kan dat uiteindelijk leiden tot een onbevredigend re-integratieresultaat en een loonsanctie. Dat doet zich overigens alleen voor als er door het late inschakelen van een bedrijfsarts re-integratiekansen zijn gemist en dat zal zich niet snel voordoen. De kosten zijn niet in balans, met name niet met het oog op het MKB. Voor het aanvragen van een deskundigenoordeel over het al dan niet bestaan van arbeidsongeschiktheid betaalt de werknemer € 100,-, maar de werkgever € 400,- (2014). Voor het kleinbedrijf kan dit bedrag een drempel zijn. Ik meen kortom dat er geen sprake is van evenwicht omdat de verplichtingen in overwegende mate bij de werkgever rusten en er voor hem te weinig rechten tegenover staan.⁶⁸

9.3.3 Conclusie controlevoorschriften

De beginseltoets leidt tot de conclusie dat er geen noemenswaardige knelpunten zijn bij de controle op arbeidsongeschiktheid als het gaat om gelijkheid, bestaanszekerheid, solidariteit en insluiting. De problemen liggen bij het beschermingsbegin-sel en de subsidiaire verantwoordelijkheid. Fundamenteel is de observatie dat de

63 Constateert ook Hoogendijk, die voorstelt een loonstop mogelijk te maken bij het weigeren mee te werken aan een deskundigenoordeel, p.304. Sparrius leidt uit HR 30 maart 1984, NJ 1985, 350 en Ktr. Amsterdam 3 september 1993, Prg. 1994, 4030 af dat de werkgever in zijn controlevoorschriften zou kunnen opnemen dat de werknemer een medisch onderzoek *moet* ondergaan als gewichtige redenen dat noodzakelijk maken, p.152 en p.168. Ik aarzel bij deze uitleg vanwege het fundamentele karakter van de lichamelijke integriteit, dat alleen door een wet mag worden beperkt.

64 J. Riphagen, Rood-bundel, p.121-136.

65 Besproken in Hoogendijk, p.132-133, instemmend Sparrius, p.153.

66 Een loonop-schorting in een situatie waarin de bedrijfsarts géén enkele rol heeft gespeeld is niet goed denkbaar.

67 En het beboeten van de werkgever als hij dat niet uiterlijk na 42 weken heeft gedaan (art. 38 ZW).

68 Overigens kan ook € 100,- voor de werknemer een drempel vormen.

werknemer *de jure* de vrijheid heeft zich niet te laten controleren, maar *de facto* daartoe wel verplicht is. Daarnaast wordt subsidiaire verantwoordelijkheid niet gediend, door de werkgever de arbeidsongeschiktheid te laten aantonen en dat niet bij de werknemer neer te leggen.

Meer operationeel bestaat een bezwaar rond de onverwijldheidseis. Die doet afbreuk aan de door flexicurity nagestreefde balans in rechten en plichten, gezien de werkgeverspositie. De balans is verder scheef waar het de niet-effectieve prikkel bij niet-nakoming betreft, het niet hoeven meewerken aan een deskundigenoordeel door de werknemer en (met name voor de werknemer en het kleinbedrijf) met de kosten van een deskundigenoordeel. Niettemin zorgt de regeling rond de controlevoorschriften wel voor invulling van flexicuritydoelen, doordat het in een mate van betekenis bijdraagt aan een flexibele en betrouwbare contractspositie.

9.4 Toetsing verzuimvoorschriften

9.4.1 Beginselentoets verzuimvoorschriften

De huidige regeling rond de verzuimvoorschriften kan worden getoetst aan de leidende Nederlandse sociaalrechtelijke waarden en beginselen.

Gelijke behandeling

Wat betreft de medewerkingsplicht van de werknemer met de arbo-dienst en de werkgever zie ik geen strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel. De plicht geldt in gelijke mate voor alle werknemers, arbeidsongeschikt of niet. De rol van gelijke behandeling komt wel bij de informatieplicht naar voren, zij het indirect. De werkgever heeft er recht op van de werknemer te weten wat de verwachte duur van de arbeidsongeschiktheid is om in te kunnen schatten of de arbo-dienst überhaupt voor controle moet worden ingeschakeld en of directe (nood)maatregelen nodig zijn. De werknemer met een chronische ziekte zal waarschijnlijk langer of vaker afwezig zijn en dus meer met de informatieplicht worden geconfronteerd. Feitelijk werkt de informatieplicht dan benadelend voor werknemers met een chronische ziekte. Dit indirect onderscheid kan naar mijn mening objectief worden gerechtvaardigd doordat de informatieplicht een legitiem doel dient en de informatieplicht passend en noodzakelijk is (artikel 3 lid 2 Wgb h/cz). Het genezingsvoorschrift strijdt evenmin met het beginsel van gelijke behandeling. Elke arbeidsongeschikte werknemer krijgt ruimte om de behandeling te volgen die hem goeddunkt. Elke werknemer die daarin onredelijk is, verliest het recht op loon en dat is verdedigbaar. De verzuimvoorschriften zijn daarom verenigbaar met het beginsel van gelijke behandeling.

Bestaanszekerheid

Dát moet worden voldaan aan medewerkings- en informatieplichten heeft geen direct effect op inkomenszekerheid. Evenmin komt die in gevaar bij overtreding daarvan. De wet kent immers geen wettelijke sanctie als de werknemer niet meewerkt. Hooguit zou de werkgever bij het niet verstrekken van informatie met een beroep op goed werknemerschap een loonopschorting kunnen overwegen, analoog

aan de controlevoorschriften (die ook zien op het verstrekken van inlichtingen). Stel bijvoorbeeld dat de werknemer geen informatie verstrekt op de vraag of regres op een derde mogelijk is. De redenering zou dan zijn dat de werknemer vanwege goed werknemerschap tot deze verbintenis gehouden is, die verplichting opeisbaar is geworden en dus de hoofdregel van artikel 6:57 lid 1 BW kan worden toegepast. Of voor deze algemene opschortingsgrond plaats is, is niet zeker, omdat de wetgever opschorting bij arbeidsongeschiktheid heeft beperkt tot overtreding van controlevoorschriften.⁶⁹ Vooral nog lijkt het effect op inkomenszekerheid echter afwezig.

Dat is anders als het gaat om het genezingsvoorschrift. De wet koppelt het verval van het recht op loon aan het belemmeren of vertragen van de genezing. Omdat het woord 'belemmeren' impliceert dat hierbij enig verwijt aan de werknemer kan worden gemaakt, lijkt dat niettemin voldoende rechtvaardiging voor een inbreuk op de inkomenszekerheid. Bij vertraging hoeft dat niet het geval te zijn. De werknemer stelt een operatie uit, omdat hij nog bijwerkingen heeft van een eerdere behandeling. Daardoor duurt de arbeidsongeschiktheid twee weken langer. Door zijn toedoen is vertraging opgetreden, zodat de werkgever een beroep kan doen op een loonstop. Hoewel de reden van de vertraging de werknemer niet is toe te rekenen, geven wet noch wetsgeschiedenis uitsluitel over de vraag of zo'n loonstop dan terecht is.

Bescherming

De medewerkingsplicht lijkt geen probleem voor wat betreft de bescherming. Het kan leiden tot een gezondere en veiligere werkplek voor de werknemer. Bij de informatieplicht duikt de mogelijke botsing met privacyregels weer op. Ik heb aangenomen dat de werknemer vijf verschillende inlichtingen moet verstrekken (§ 6.4.2):

- vermoedelijke duur arbeidsongeschiktheid;
- informatie voor verantwoorde werkhervatting;
- samenhang arbeidsongeschiktheid met arbeidsomstandigheden;
- regresmogelijkheid;
- mogelijke no-riskpolis.

Bij de vermoedelijke duur van de arbeidsongeschiktheid en de regresmogelijkheid is de privacy niet in het geding: het gaat om inlichtingen van de werknemer aan de werkgever, waarbij niets over aard of oorzaak van de ziekte hoeft te worden verteld. De informatie over verantwoorde werkhervatting en de samenhang met de arbeidsomstandigheden wordt gegeven aan de bedrijfsarts, zodat langs die weg de privacy goedgezond is beschermd. Het is denkbaar dat de werkgever uit de mededeling van de

⁶⁹ Ik acht het niet uitgesloten. Konijn schetst het beeld dat een opschorting van de loondoorbetalingsverplichting moet staan tegenover een verplichting die voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst. Die verplichting zou kunnen zijn het verstrekken van inlichtingen op basis van goed werknemerschap. Zij wijst er wel op dat de tekortkoming de opschorting moet rechtvaardigen én dat art. 6:54 aanhef en sub c BW opschorting beperkt tot het bedrag waarvoor beslag is toegelaten. Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit? Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst* (diss.), Boom Juridische uitgevers: Den Haag, 1999, p.200-202.

bedrijfsarts (bijvoorbeeld dat op de werkplek een afzuiging van kwalijke dampen moet worden geïnstalleerd) kan afleiden wat de aard van de arbeidsongeschiktheid is van de werknemer (longen, ademhaling). Mij lijkt dat de *kans* dat de werkgever dit zou kunnen afleiden, moet wijken voor het belang van veilig en gezond werken, dat evengoed een belang van de werknemer is. De informatie over een mogelijke no-riskpolis ten slotte heeft een wettelijke basis, waarbij een afweging door de wetgever heeft plaatsgevonden. De bescherming van de werknemer wordt afdoende gediend doordat deze informatie desgevraagd pas na twee maanden dienstverband hoeft te worden gedeeld en daarmee na de maximaal mogelijke proeftijd.

De werknemer wordt daarnaast beschermd door de grote vrijheid van behandeling die hem bij het genezingsvoorschrift wordt gegund, zij het dat die vrijheid wat verscholen is opgenomen. Naar de letter wordt die vrijheid gegund om te werken aan genezing, dus van ziekte, wat verder lijkt te gaan dan noodzakelijk omdat verzuimvoorschriften een rol spelen bij arbeidsongeschiktheid. Dat het verval van het recht op loon vervolgens pas intreedt als vaststaat dat de genezing is belemmerd of vertraagd, biedt eveneens bescherming. Niet voldoende is dat belemmering of vertraging *zou kunnen optreden*: er moet daadwerkelijk belemmering of vertraging zijn opgetreden. Bijkomend aspect is dat de werkgever dit zal moeten aantonen, waarvoor hij afhankelijk zal zijn van de beoordeling van de bedrijfsarts. Daarmee is gewaarborgd dat niet 'uit de onderbuik' wordt gehandeld, maar dat een medisch verantwoorde conclusie wordt getrokken. Tot hoeveel vertraging het handelen of nalaten van de werknemer heeft geleid, zal niet zo makkelijk vast te stellen zijn. De werknemer kan de conclusie van de bedrijfsarts overigens niet aan het UWV voorleggen met de aanvraag van een second opinion. Artikel 32 SUWI noemt deze situatie niet als grondslag voor het vragen van een deskundigenoordeel. Ook artikel 7:629a BW verplicht de werknemer niet om bij een loonvordering op deze grond een deskundigenoordeel in te brengen. De werknemer zal toch op een andere wijze wel bewijs moeten leveren van de onjuistheid van de beoordeling door de bedrijfsarts. Dat doet afbreuk aan de laagdrempelige (rechts)bescherming die de werknemer met zijn toegang tot een deskundigenoordeel bij het UWV in vergelijkbare situaties heeft.

Waar de bescherming ook achterblijft, is bij de niet-verwijtbare vertraging. De werknemer kan in zo'n geval worden geconfronteerd met een loonstop terwijl die sanctie bij belemmering niet zou mogen, omdat dáár verwijtbaarheid een vereiste is. De regel voor het 'lichtere vergrijp' van vertraging is daarmee strenger dan voor het 'zwaardere vergrijp' belemmering. De sanctie van de loonstop maakt op zich geen onevenredige inbreuk op het beschermingsbeginsel; het past als tegenwicht voor de vérgaande financiële verantwoordelijkheid van de werkgever. Wel speelt hier een soortgelijke spanning als bij controlevoorschriften, namelijk tussen het ontbreken van een juridische plicht om zich onder behandeling te stellen en de financiële druk die eenvoudig kan leiden tot een *de facto* plicht. Die plicht wordt hier misschien nog wel sterker gevoeld dan bij de controlevoorschriften. Daar werd het loon opgeschort, zodat het alsnog voldoen een volledige nabetaling betekende. Hier is sprake

van een loonstop, waarbij het niet voldoen meteen het einde betekent van de verbintenis om loon te betalen.

De invloed van het beschermingsbeginsel op de verzuimvoorschriften is diffuus. Aan de ene kant lijken de verzuimvoorschriften die meer dan te respecteren met gebruik van de term 'genezing'. Aan de andere kant is op verschillende onderdelen wel wat af te dingen op het 'beschermingsgehalte' van de verzuimvoorschriften namelijk bij het ontbreken van een duidelijke verwijtbaarheidseis bij de vertraging van de genezing, het ontbreken van de formele mogelijkheid een deskundigenoordeel aan te vragen bij het UWV bij een loonstop vanwege strijd met het genezingsvoorschrift en het spanningsveld tussen vrijheid zich niet te laten behandelen en financiële drang.

Subsidiaire verantwoordelijkheid

Subsidiaire verantwoordelijkheid vraagt zowel kenbaarheid van de eigen verplichtingen voor de werknemer, als een regeling waarbij de werknemer bij niet-nakoming geen beroep op derden kan doen (subsidiariteit). De vraag is of bij de verzuimvoorschriften wel voldoende aan deze twee eisen is tegemoetgekomen. De medewerkingsplicht is alleen in algemene zin geformuleerd, als een plicht de werkgever en de arbo-dienst bij te staan bij de uitvoering van de plichten uit de Arbeidsomstandighedenwet.⁷⁰ Of hieruit voldoende duidelijk is wat 'al het redelijke is' wat de werknemer eerst moet doen, betwijfel ik. Dat is zeker niet zo waar het gaat om de verschillende informatieplichten. Alleen de laatste, die gaat over de mogelijke no-riskpolis, is wettelijk genormeerd. De andere informatieplichten zijn onvoldoende kenbaar. Ook aan subsidiariteit is bij deze verplichtingen niet voldaan. Als de werknemer deze plichten niet in acht neemt, heeft dat bijvoorbeeld geen effect op zijn recht op loon. De kenbaarheid bij het genezingsvoorschrift is evenmin afdoende. Weliswaar is het de werknemer duidelijk dat hij zijn genezing door eigen toedoen niet mag belemmeren of vertragen, maar dat het hier gaat om niet-verwijtbare belemmering (en denkkelijk niet-verwijtbare vertraging) is niet helder. Bovendien is alleen indirect uit artikel 28 lid 2 sub c WIA een invulling af te leiden waaruit het niet-belemmeren moet bestaan. Subsidiariteit komt wel duidelijk naar voren bij het genezingsvoorschrift. De werknemer kan geen aanspraak maken op loondoorbetaling als hij niet voldoet aan de eisen.

Indirect komt bij het genezingsvoorschrift subsidiaire verantwoordelijkheid toch terug. De vrijheid om al dan niet te werken aan genezing ligt volledig bij de werknemer. Dit is zijn verantwoordelijkheid en de keuzevrijheid voor al dan niet een behandeling en zo ja welke, ligt kenbaar bij hem (artikel 7:450 lid 1 BW). De werknemer is er tegelijkertijd van op de hoogte dat het niet behandelen of het kiezen van een niet-redelijke behandeling hem weliswaar vrij staat, maar dat dit tot gevolg heeft dat het recht op loon vervalt. Hoewel op dit laatste aspect de subsidiaire verantwoordelijkheid voldoende uit de verf komt, is mijn *overall* inschatting dat dit

⁷⁰ Art. 11 laatste volzin en sub f Arbowet.

beginsel ondergewaardeerd is. Dat is te wijten aan te weinig (duidelijke) normen en het vrijwel ontbreken van sancties.

Solidariteit

Het bestaan van medewerkings- en informatieverplichtingen levert solidariteit op. Het meewerken met werkgever en arbo-dienst kan de arbeidsomstandigheden van allen ten goede komen, net als het moeten geven van informatie over enig verband tussen arbeidsongeschiktheid en arbeidsomstandigheden. Regres en no-riskpolis betekenen dat de kosten van ziekteverzuim aanzienlijk omlaag gaan, wat met name bij het kleinbedrijf kan bijdragen aan continuïteit. Het ontbreken van sancties op niet-naleving van de medewerkings- en informatieplichten betekent tegelijk dat werknemers dus niet worden gedwongen mee te werken aan een veilige en gezonde werkplek voor collega's.

Probleempunt bij solidariteit is dat die bij andere werknemers zal kunnen afnemen als iemand vaak ziek is en de collega's de reden niet weten. De werknemer die zich regelmatig op maandagochtend ziek meldt, zal op minder begrip van werkgever en collega's kunnen rekenen als wordt gedacht dat hij lijdt aan de 'maandagmorgen-blues' in plaats van een chronische aandoening die hem steeds treft na een paar dagen inactiviteit. De omstandigheid dat niets over aard van de arbeidsongeschiktheid hoeft te worden verteld, levert bescherming op maar kan tegelijk collegiale solidariteit eroderen.

Het genezingsvoorschrift is (op enige afstand) een toepassing van het solidariteits-beginsel. Het geeft de arbeidsongeschikte werknemer namelijk de ruimte om te werken aan herstel. Zolang de werknemer daarbij binnen redelijke grenzen blijft, is er geen sprake van een belemmering of vertraging en zullen werkgever en collega's hem die ruimte moeten gunnen. De verzuimvoorschriften passen *grosso modo* binnen de gedachte van solidariteit, hoewel de effectiviteit zou kunnen verbeteren als er meer sancties voor de werknemer zouden bestaan.

Insluiting

Dat de werknemer niet verplicht is informatie te verstrekken over de aard en inhoud van zijn arbeidsongeschiktheid draagt er aan bij dat de werknemer geen 'label' krijgt. Zeker bij een chronische ziekte kan dat ten koste gaan van gelijke kansen of de mogelijkheid van zelfontplooiing. Bij deze stand van de informatieplicht is er geen strijd met het beginsel van insluiting: sociale uitsluiting wordt voorkomen en een mogelijke drempel voor deelnemen naar vermogen weggenomen. Dat de werknemer in redelijkheid zelf de vrijheid heeft de behandeling te kiezen waarmee hij het meest gebaat is, kan met een beetje goede wil worden gezien als een toepassing van het insluitingsbeginsel. De werknemer krijgt zonder druk de gelegenheid naar eigen inzicht te werken aan herstel van zijn arbeidsvermogen, zodat de inzet daarvan eerder passend en duurzaam zal zijn dan wellicht het geval is bij een meer dwingende (korte termijn) benadering door de werkgever. Als de werkgever op straffe van een 'belemmeringsoordeel' zou kunnen eisen dat de werknemer bij knieklachten zo snel mogelijk fysiotherapie gaat volgen, dan kan een daaropvolgende werkhervatting wel

eens verkeerd uitpakken, omdat de betere werknemersoplossing (een operatie met revalidatie) niet is gevolgd.⁷¹ Dat ten slotte een sanctie staat op niet-naleving van het genezingsvoorschrift vind ik in zichzelf niet strijdig met insluiting. De regeling rond verzuimvoorschriften is daarom naar mijn mening verenigbaar met het insluitingsbeginsel.

9.4.2 Flexicuritytoelichting verzuimvoorschriften

Met een flexicuritytoelichting op verzuimvoorschriften kan worden gezien of flexicuritydoelen worden nagestreefd.

Contractpositie

Allereerst is er enige beleidsvrijheid voor de werkgever om de medewerkingsplicht nader in te vullen. Die is nu in het algemeen geformuleerd en zal om praktische werking te krijgen moeten worden verduidelijkt en concreet worden gemaakt, bijvoorbeeld in een verzuimprotocol. Die algemeenheid doet meteen afbreuk aan de voorspelbaarheid. Laat een werkgever ná de medewerkingsplichten vooraf in te vullen, dan draagt dat niet bij aan de betrouwbaarheid van de contractpositie. Het praktische gevolg zal minimaal zijn, nu de werknemer tegelijk verplicht is controle- en re-integratievoorschriften na te leven die wel duidelijk zijn genormeerd.

Overigens leidt de algemeenheid van de medewerkingsplicht in mijn ogen evenmin tot een hogere flexibiliteit van de contractpositie. Als de werkgever de medewerkingsplichten niet op voorhand heeft uitgewerkt, is de beleidsvrijheid om die in een voorkomend geval alsnog naar eigen inzicht in te vullen beperkt. Als dat namelijk leidt tot willekeur, ongelijke behandeling of onevenredigheid is zo'n invulling niet mogelijk, ook niet onder de vlag van flexibiliteit. Goed werkgeverschap, maar ook de eis van betrouwbaarheid verhoeden dat.

De informatieplicht is niet wettelijk genormeerd behalve de informatie over de mogelijke no-riskpolis. Dat betekent dat weinig voorspelbaar is of een werknemer in een bepaalde situatie informatie moet geven en zo ja welke. Verder gaat de vrijheid van behandeling bij het genezingsvoorschrift ver, maar die is gelimiteerd (tot 'redelijkheid'). Wat de werknemer nog wel of niet meer mag doen zonder de genezing te belemmeren of te vertragen, is met die norm niet duidelijk. De voorspelbaarheid staat daarmee onder druk, zeker omdat die redelijkheid niet in de wet zelf tot uitdrukking komt, maar volgt uit de wetsgeschiedenis. Hier ligt in mijn beleving ook geen beleidsvrijheid voor de werkgever. Het is niet aan hem om het al dan niet terecht inbreken op de vrijheid van artskeuze en de vrije behandeling te reguleren. Deze rechten vinden hun oorsprong in de Grondwet en beperkingen daarop zijn alleen mogelijk *'bij of krachtens de wet'*.

71 Ervan uitgaande dat ook de fysiotherapie de arbeidsongeschiktheid zou opheffen.

Optimale inzet

Flexicurity vraagt om ondersteuning, prikkels om aan inzetbaarheid te werken en faciliteiten voor flexibele maar zekere transitie. De verzuimvoorschriften zorgen daar in het geheel niet voor. Er ontbreken prikkels voor het geven van informatie of het meewerken. De sterke voorrang van de vrijheid van artskeuze en de vrijheid van behandeling dwarsboomt zelfs initiatieven van de werkgever om de werknemer zo optimaal mogelijk in te zetten. Een door de werkgever voorgesteld sneller en kwalitatief even goed alternatief van behandeling of een door hem betaalde ondersteuning voor sneller herstel, kunnen buiten beeld raken omdat de werknemer daar zijn goedkeuring niet aan geeft. Hier is een botsing te zien tussen het krijgen van tijd en ruimte zodat sociale uitsluiting van de werknemer wordt voorkomen, met het belang van de werkgever om van de werknemer te eisen de nadelen zo gering mogelijk te houden. Voor mij is het kantelpunt dat de werknemer aan actieve genezingsbevordering door de werkgever niet mee hoeft te werken. Die vrijheid van de werknemer zie ik als de reden om te oordelen dat niet wordt gewerkt aan optimale inzet.⁷²

Balans

Het evenwicht in rechten en verplichtingen tussen werkgever en werknemer ontbreekt. De werkgever heeft geen instrumenten om de niet-naleving van de medewerkings- en informatieplichten te bestraffen, terwijl zijn financiële belang bij nakoming daarvan, zeker bij het kleinbedrijf, erg groot kan zijn. Andersom staat hij op een (processuele) achterstand als hij geen medisch oordeel kan krijgen of niet de beschikking heeft over medische gegevens. De werknemer die bijvoorbeeld niet meewerkt aan een beoordeling van de bedrijfsarts over de vraag of er sprake is van belemmering of vertraging doet dat in principe rechtmatig. Tegelijk wordt de werkgever daarmee de kans ontnomen op deugdelijke gronden een beroep te doen op een wettelijke gevolgt. Daarnaast staat het de werknemer in een geding vrij de eigen medische gegevens in te brengen naar eigen goeddunken, waardoor de werkgever op een achterstand kan komen te staan.⁷³ Er is niet altijd sprake van *equality of arms*.⁷⁴ De eis die het Cbp aanhoudt dat medische informatie die de werknemer vrijwillig deelt toch niet altijd mag worden verwerkt (§ 6.6.7) is wat mij betreft te streng.

Bij het genezingsvoorschrift is de positie van de werknemer tamelijk sterk, uitgaande van de wetenschap dat er aan hem een verwijt moet zijn te maken voordat de loonstop kan worden opgelegd. Alleen het aanvechten van de opvatting van de bedrijfsarts dat hij de genezing inderdaad zou hebben belemmerd of vertraagd, levert een lastige positie op voor de werknemer, die niet helemaal te rijmen is met de andere

72 Aannemende dat de actieve genezingsbevordering door de werkgever niet gericht is op kortetermijnsymptoombestrijding, maar daadwerkelijke herstel van vermogen.

73 Hof Den Bosch 17 oktober 2006, L/JN AZ9594 is dan ook merkwaardig. De werkgever werd daar verweten dat hij de medische onderbouwing van de werknemer onvoldoende had weerlegd, terwijl hij niet eerder over de medische gegevens had beschikt.

74 Sparrius verwijst naar met dat standpunt instemmende literatuur, p.164. Zijn weerwoord dat de werknemer als procespartij gedwongen kan worden informatie te verstrekken is geen afdoende remedie op het oordeel van Hof Den Bosch in de vorige noot. De daarnaast geopperde gedachte dat de second opinion onderdeel van het procesdossier vormt, miskent dat dit uit twee delen bestaat, waarbij het medisch geheime deel juist *niet* steeds deel van het procesdossier uitmaakt.

situaties van loonmaatregelen waarbij voor hem steeds een beroep op het deskundigenoordeel van het UWV openstaat. Ten slotte bestaat het bezwaar tegen de onverwijldheidseis dat bij de controlevoorschriften naar voren is gebracht hier net zo goed, zodat dit een extra onevenwichtigheid oplevert.⁷⁵ Het UWV heeft afsluitend geen enkele rol bij medewerkings- of informatieplichten of het genezingsvoorschrift. Zelfs is hij niet bevoegd een deskundigenoordeel af te geven over de vraag of de genezing wel of niet is belemmerd of vertraagd. Het evenwicht ontbreekt hier dus onder meer omdat de werknemer veel rechten heeft, waar weinig verplichtingen tegenover staan.⁷⁶

9.4.3 Conclusie verzuimvoorschriften

De verzuimvoorschriften leveren geen strijd op met het beginsel van gelijke behandeling, de solidariteit of insluiting. Bij bestaanszekerheid, bescherming en subsidiaire verantwoordelijkheid is een belangrijk bezwaar dat niet voldoende duidelijk blijkt dat het verval van het recht op loon bij belemmering alleen van toepassing is bij verwijtbaar gedrag en dat dit bij vertraging logischerwijs ook zo zou moeten zijn, maar waarvoor in het geheel geen aanwijzing is te vinden. Daarnaast wordt bescherming beïnvloed door het ontbreken van een secondopinionmogelijkheid bij het verval van het recht op loon vanwege overtreding van het genezingsvoorschrift en de drang die ondanks de fundamentele 'medische vrijheid' kan worden gevoeld rond het ondergaan van enige behandeling. De subsidiaire verantwoordelijkheid komt verder in de knel door de onduidelijkheden rond met name informatieplichten (die nauwelijks wettelijk zijn uitgewerkt) en het ontbreken van sancties op overtreding daarvan.

De huidige vormgeving van de verzuimvoorschriften draagt niet of nauwelijks bij aan het bereiken van flexicuritydoelen. De contractpositie wordt niet flexibeler en betrouwbaarder, er is geen prikkel voor een zo optimaal mogelijke inzet en de balans tussen de rechten is verstoord.

9.5 Toetsing re-integratievoorschriften

9.5.1 Beginselentoets re-integratievoorschriften

Er zijn veel en gedetailleerde re-integratievoorschriften. Op een aantal vlakken zal wel en op een aantal vlakken zal geen rekenschap van waarden en beginselen te zien zijn. Voor de beginselentoets is van belang om te zien of de re-integratievoorschriften wel of geen rekening houden met één van de leidende sociaalrechtelijke waarden en beginselen.

75 Hoogendijk haalt Fase aan, die het merkwaardig acht dat de werkgever onverwijld het voornemen moet aanzeggen het loon niet te betalen, aangezien het recht op loon van rechtswege vervalt, p.133. In zoverre is het een voorwaardelijk verval van het recht op loon, afhankelijk van het al dan niet hebben 'kennis gegeven', art. 7:629 lid 7 BW.

76 Uitgezonderd de onmogelijkheid van de werknemer een deskundigenoordeel aan te vragen als de bedrijfsarts meent dat de genezing is belemmerd of vertraagd.

Gelijke behandeling

Elke arbeidsongeschikte werknemer heeft recht op re-integratie-ondersteuning, hoewel die waarschijnlijk pas na zes weken ziekte aan de orde komt. De koppeling met dreigend langdurig verzuim zorgt ervoor dat bij kortdurend verzuim niet direct aan re-integratie zal worden gewerkt, hooguit bij frequente ziekmeldingen. De werkgever moet erop gespist zijn dat een werknemer met chronische ziekte die vaak, maar telkens voor korte perioden arbeidsongeschikt is, wellicht toch re-integratie-ondersteuning kan gebruiken hoewel dat niet in de formele aanpak van de Regeling procesgang zit verweven. De re-integratie in de zin van arbeidsplaatsaanpassing is gedekt door artikel 2 Wgb h/cz, maar andere re-integratie-inspanningen, zoals bijvoorbeeld scholing of begeleiding, wellicht niet. Een probleem bij gelijke behandeling kan zijn dat ook hier risicoselectie plaats vindt. Niet alleen ziet een werkgever zich geconfronteerd met de kosten van loondoorbetaling als een werknemer ziek wordt, ook is hij verplicht begeleiding door de bedrijfsarts te betalen alsook de kosten te betalen van arbeidskundige onderzoeken, begeleiding door een re-integratiebedrijf, een coach of een casemanager, mogelijk mediation, investeringen in aanpassingen van de werkplek en hulpmiddelen, productieverlies door aanpassing van werkmethoden etc. Re-integratie van een arbeidsongeschikte werknemer kan dus een behoorlijke tijdsinvestering en kostenpost met zich meebrengen. Daarvoor is wel enige subsidie en bijdrage van het UWV mogelijk. Niettemin kan dit ertoe leiden dat de werkgever zich bij de selectie van nieuwe werknemers laat leiden door de vérgaande plichten die hij krijgt bij onverhoopte arbeidsongeschiktheid. Daarom wordt bij de re-integratievoorschriften, net als bij de loondoorbetaling bij ziekte, onvoldoende rekenschap gegeven van het beginsel van gelijke behandeling vanwege de kans op risicoselectie.

Bestaanszekerheid

Het beginsel van bestaanszekerheid wordt gediend met de re-integratievoorschriften. De werkgever is er verantwoordelijk voor om de arbeidsongeschikte werknemer zo optimaal mogelijk tewerk te stellen. De nadruk op arbeidsgeschiktheid en het hanteren van een minimale grens van 65% loonwaarde waaraan een structurele re-integratie moet voldoen, voorzien er in dat inkomenszekerheid wordt gediend door de re-integratievoorschriften. Ik zie dat ook in de mogelijkheid om, bij het ontbreken van benutbare mogelijkheden vervroegd een IVA-uitkering aan te vragen, waarmee zeer langdurig een inkomen wordt veiliggesteld, zonder dat daarbij in de regel nog re-integratie-eisen worden gesteld. Vervolgens zijn de tweedespoorinspanningen te beschouwen als uitvloeisel van de zorgplicht van de werkgever om erop toe te zien dat de werknemer in elk geval elders in inkomen kan voorzien als de mogelijkheden bij huidige werkgever zijn uitgeput. Dat de arbeidsovereenkomst in stand blijft tijdens een tweedespoortraject, met alle bijbehorende rechten zoals het terug kunnen vallen op de loonaanspraken, garandeert de bestaanszekerheid gedurende de volle twee jaar.

Ook de loonsanctie is daarvan een voorbeeld: als de werkgever zich te weinig inspant om bestaanszekerheid te bereiken met een geslaagde (her)plaatsing, dan blijft hij zelf voor het inkomen van de werknemer verantwoordelijk, totdat hij wel

genoeg heeft gedaan. De uitspraken waarin de rechter ná het tweede jaar een loondoorbetalingsplicht naar de waarde van het dan verrichte werk aanwezig acht, versterkt dit beginsel. De manier waarop ten slotte wordt omgegaan met het ‘verkleuren’ van passende arbeid naar bedongen arbeid laat zien dat bij hernieuwd verzuim, zelfs zonder expliciete afspraken over bedongen arbeid, toch op basis van gerechtvaardigd vertrouwen een nieuwe periode van twee jaar loondoorbetaling van ziekte kan worden aangenomen. Die mogelijkheid vergroot de inkomenszekerheid van de (opnieuw) zieke werknemer.

Subsidiaire verantwoordelijkheid

Centraal bij subsidiaire verantwoordelijkheid is dat de werknemer eerst zelf al het redelijke aan re-integratie moet doen (maar dan wel een beeld moet hebben wat dat inhoudt) alvorens het collectief inspringt. Neemt de werknemer zijn verantwoordelijkheid niet dan moet hij daarvan ook de gevolgen ondervinden. Onderzoek onder deskundigen⁷⁷ en onderzoek onder leidinggevendenden wijst er op dat in de re-integratievoorschriften te weinig nadruk ligt op de verantwoordelijkheid van de werknemer voor terugkeer op de werkplek.⁷⁸ De arbeidsongeschikte werknemer wacht veelal op de initiatieven van de werkgever, ondanks de formele werknemersplicht een stilzittende werkgever aan te manen en zelf actief te zijn. Te denken valt aan de plicht voor de werknemer om zelf de veroorzaker van arbeidsongeschiktheid aansprakelijk te houden voor het plegen van re-integratie-inspanningen, de verplichting voor de werknemer om bij arbeidsongeschiktheid tevens een arbeidsdeskundig onderzoek aan de bedrijfsarts ter beschikking te stellen waaruit zijn belastbaarheid blijkt of de plicht voor de werknemer om passende functies aan te wijzen. Dergelijke verplichtingen zouden de werknemer zelf al vroegtijdig verantwoordelijk kunnen maken.⁷⁹ Op het niet-naleven van de verplichting om zelf re-integratie-initiatieven te ontplooiën, kan voor de werknemer pas een sanctie ontstaan ná twee jaar arbeidsongeschiktheid, namelijk in de fase dat het UWV de WIA-aanvraag gaat toetsen aan artikel 28 WIA. Arbeidsrechtelijk zit in de re-integratievoorschriften evenmin een duidelijke verantwoordelijkheid voor de werknemer om zich vroegtijdig in te spannen, in tegenstelling tot de plicht voor de werkgever of het collectief. Uiteraard is het zo dat de werknemer die niet mee werkt aan re-integratie daar wel de gevolgen van kan ondervinden (loonstop, ontslag). Dat is echter niet vanwege het niet-nemen van

77 Research voor Beleid, *Bouwen op vertrouwen. Professionals over de arbeidsmarktpositie van mensen met een arbeidsbeperking*, Leiden 9 januari 2007, p.8.

78 Research voor Beleid, *Weerbarstige denkbeelden. De beeldvorming van leidinggevendenden en werknemers over mensen met een arbeidsbeperking*, Leiden 9 januari 2007, p.7. Alle groepen werknemers vinden dat het voorkómen van arbeidsongeschiktheid een verantwoordelijkheid is van de werknemer, terwijl terugkeer op de werkplek een gedeelde verantwoordelijkheid is. Alleen de werknemers met een handicap, beperking of chronische ziekte vinden dat de verantwoordelijkheid daarvoor voornamelijk bij de werkgever ligt.

79 In Van Haaren/Cehave moest de werknemer (voor zover doenlijk) het passende werk specificeren, bij gebreke waarvan de werkgever geen passend werk hoefde te zoeken (Huntington/Filtec). Uit Stal/UWV en Goorhuis/Sons blijkt dat de eis dat de werknemer passend werk moet duiden niet meer (strikt) bestaat, zie § 6.7.1.

de eigen verantwoordelijkheid, maar vanwege het niet-meewerken aan de redelijke voorschriften en maatregelen die door of namens de werkgever worden gesteld. Ik concludeer dan ook dat de notie van subsidiaire verantwoordelijkheid niet is opgenomen in de re-integratievoorschriften.

Bescherming

Uit mijn analyse van de arbeidsrechtelijke literatuur bleek dat als wordt gesproken over sociale rechtvaardigheid of sociale gelijkheid, de nadruk ligt op ongelijkheidscompensatie. Dat die ongelijkheidscompensatie verschuldigd is omdat elk persoon een intrinsiek recht heeft op bescherming van zijn waardigheid is wel duidelijk. Eerder constateerde ik dat re-integratie zorgt dat ongelijkheidscompensatie wordt gedempt en de arbeidsovereenkomst weer wat meer normaal verbintenisrechtelijk wordt (§ 1.1.3). Dat moet ik toelichten. Verbintenisrechtelijk kan de ene partij namelijk niet volstaan met een deelprestatie, tenzij de andere partij daarmee instemt.⁸⁰ Een werknemer die maar een stukje van zijn arbeidskracht wil inzetten, heeft daar de goedkeuring van de werkgever voor nodig. Zonder goedkeuring verliest hij zijn recht op loon. Bij re-integratie is de werknemer echter *verplicht* tot (ten minste) een deelprestatie, namelijk dát deel van de arbeid leveren waartoe hij nog in staat is. Voldoet hij aan die verbintenis dan houdt hij recht op loon tijdens ziekte, ook al zou de werkgever niet instemmen. De werkgever kan op zijn beurt de deelprestatie niet weigeren om zich op die manier te bevrijden van zijn verbintenis tot loonbetaling. Als de werknemer het 'arbeidsgeschikte' deel van zijn arbeid aanbiedt, moet de werkgever loon betalen. In zoverre wijkt dit af van het normale verbintennisrecht. Ook op andere vlakken zie ik behoorlijk wat aspecten van ongelijkheidscompensatie, met als duidelijkste voorbeeld de plichten van de werkgever om de werkplek of arbeidsorganisatie aan te passen aan de mogelijkheden die de werknemer nog heeft. Het verlengen van het opzegverbod bij ziekte als de werkgever niet genoeg gedaan heeft aan re-integratie en daarom een loonsanctie van het UWV krijgt, is een ander voorbeeld, net als de Vixia/Gerrits-jurisprudentie die ook bij re-integratievoorschriften met zich mee lijkt te brengen dat eerst een sanctie in de sfeer van het loon moet worden gekozen voordat ontslag in beeld komt. Ik reken ten slotte de mogelijkheid van stilzwijgende omzetting van passende arbeid in bedongen arbeid ook tot de ongelijkheidscompensatie: een werkgever die nalatig blijft in het expliciet aanpassen van de bedongen arbeid aan de werkelijkheid, moet de werknemer daarvan niet de ernstige financiële gevolgen laten dragen.

Steeds moet worden beseft dat bescherming ook gezond en veilig werken omvat. Een focus op alleen ongelijkheidscompensatie zou onvoldoende oog hebben voor dit belangrijke beschermingselement. De re-integratievoorschriften houden rekening met dit aspect. Door de continue monitoring van werkhervatting door de bedrijfsarts, de mogelijkheid van een deskundigenoordeel en de plicht tot aanpassing van werkplek en arbeidsmethoden wordt gezorgd voor een veilige en gezonde werkomgeving. Onder deskundige begeleiding wordt gewerkt aan inzet conform belastbaarheid of bijstelling als dat niet blijkt te lukken. Gelet op het doel van re-integratie, te weten een

⁸⁰ Art. 6:29 BW.

zo optimaal mogelijke, duurzame inzet van de werknemer, is die veiligheid en gezondheid essentieel. Het stelsel rond re-integratie voorziet afdoende in het waarborgen daarvan.

De bescherming is niet overal even uitgekristalliseerd, zoals bijvoorbeeld bij de vraag of een arbeidsongeschikte werknemer het recht heeft tewerkstelling te eisen in het eigen of in passend werk of alleen recht heeft op loon. Het deskundigenoordeel is daarnaast een waardevol instrument om de werknemer tegenwicht te laten bieden als de bedrijfsarts werk passend vindt of opbouw van werkhervatting mogelijk acht, wellicht onder (gepercipieerde) druk of invloed van de werkgever.⁸¹ De doorlooptijd, de kosten of het feit dat onzorgvuldigheden in de totstandkoming (zoals gebrekkig hoor en wederhoor) moeilijk zijn aan te tasten, maken echter dat er wel drempels bestaan voor de bescherming die het deskundigenoordeel kan bieden. De bescherming schiet ronduit tekort waar het gaat om het niet-informereren van de werknemer door het UWV bij het niet-opleggen van een loonsanctie op de werkgever. Toch meen ik dat het beginsel van bescherming met deze vormgeving van de re-integratievoorschriften per saldo voldoende in acht wordt genomen.

Solidariteit

Bij solidariteit gaat het om positieve wederzijdse ondersteuning van groepen of individuen en het gemeenschappelijk dragen van gemeenschappelijke belangen. De belangrijke rol die de individuele werkgever krijgt opgelegd en de vrijwel afwezige UWV-bemoeienis ten tijde van de re-integratie zelf laat zien dat niet overtuigend is gekozen voor solidariteit. De aanpassing van de organisatie om daarmee een zieke werknemer te behouden, kan een beroep doen op de solidariteit van de collega's. Als bijvoorbeeld deeltaken bij hen worden weggehaald of juist toegevoegd, werkmethoden worden aangepast of de arbeidsorganisatie anders wordt ingericht, zullen zij daarin mee moeten ook als dat een wijziging of zelfs verzwaring van hun functie met zich meebrengt. Dat is echter iets anders dan dat de rechten en plichten bestaan en worden gedragen uit solidariteit. Op een enkel punt is dat misschien wél zo, bijvoorbeeld voor vangnetgevallen waar het UWV verantwoordelijk wordt voor re-integratie. Uit het voorbeeld van effectiviteit van de inspanningen in het tweede spoor blijkt dat de werkgever zelf maar zijn heil zou moeten zoeken in collectieve oplossingen, gelet op het succes van regionale poortwachtercentra. Desondanks zit in de re-integratievoorschriften geen duidelijke solidariteitsstimulans verwerkt.

Insluiting

Dat bij de re-integratievoorschriften recht wordt gedaan aan het beginsel van insluiting is evident. Alle activiteiten zijn gericht op het benadrukken van wat de werknemer nog wel kan in plaats van wat niet (meer). Daarmee is het re-integratierecht doordrenkt van het deelnemen naar de mate van arbeidsvermogen, met als gevolg dat sociale uitsluiting wordt voorkomen. De verplichtingen van de werkgever om

81 Van werkgevers zijn tegenovergestelde geluiden bekend, te weten dat de bedrijfsarts zijn oren te veel laat hangen naar de arbeidsongeschikte werknemer. De bedrijfsarts is echter onafhankelijk, deskundig en onpartijdig.

verschillende inspanningen in eerste én tweede spoor te plegen zijn daar een goed voorbeeld van. De gedachte dat de werkgever verantwoordelijk blijft voor re-integratie zolang de arbeidsovereenkomst duurt, dus ook na ommekomst van de loon-doorbetalingsperiode, bevestigt het voorkomen van sociale uitsluiting. Dat de arbeidsovereenkomst in stand blijft als de werknemer wordt geplaatst bij een tweedespoorwerkgever bevordert bovendien zijn ontplooiing en gelijke kansen, net als bijvoorbeeld zijn recht op ondersteuning, begeleiding of scholing en op UWV-voorzieningen. Daaraan draagt bij dat de werkgever en de werknemer steeds hun inspanningen moeten herijken en op zoek moeten gaan naar de best passende opties, zoals onder meer blijkt uit de eerstejaarsevaluatie en de plicht om (in elk geval) vanaf dan meerdere re-integratiesporen tegelijk te bewandelen.

9.5.2 Flexicitytoelichting re-integratievoorschriften

Wat is opgemerkt bij de beginseltoets geldt ook voor de flexicitytoelichting. Bij een aantal re-integratievoorschriften zal wél en bij andere zal geen bijdrage aan het behalen van flexicitydoelstellingen te zien zijn. Wat relevant blijft, is om te beoordelen of de re-integratievoorschriften wel of niet bijdragen aan het bereiken van één van de flexicitydoelen.

Contractpositie

Om bij te kunnen dragen aan flexicitydoelen moet er sprake zijn van een flexibele en betrouwbare contractuele relatie. Er moet een zekere beleidsvrijheid bestaan gekoppeld aan enige mate van voorspelbaarheid rond rechten en plichten. De re-integratievoorschriften lijken ruimte te geven voor flexibiliteit. Werkgever en werknemer zijn volkomen vrij zelf de re-integratie vorm te geven. De Regeling procesgang, het beoordelingskader en de beleidsregels zijn niet meer dan hulpmiddelen. Alleen het resultaat van een bevredigende re-integratie is van belang en als dat is bereikt, maakt het niet zoveel uit *hoe* dat is gebeurd. Aan die flexibiliteit draagt bij dat de eerstejaarsevaluatie als opschudmoment fungeert. De werkgever en werknemer hebben dan nog ruim de tijd de steven te wenden en een andere inrichting van de re-integratie te kiezen. De flexibiliteit komt terug in de uiteindelijke norm waaraan de re-integratie wordt getoetst. Zowel in de WIA als in het BW is dat de redelijkheid. Waar dat door sommigen kan worden gezien als een vage norm, lijkt mij het eerder een flexibele norm, omdat in de uitwerking tal van handvatten worden gegeven hoe die redelijkheid *kan* worden ingevuld.⁸² Hetzelfde geldt voor een begrip als 'passende arbeid', waarbij de mogelijkheid bestaat alle relevante omstandigheden mee te wegen. Er is meer flexibiliteit in het opleggen van sancties zoals de loonstop. Het UWV was voorheen verplicht om sancties op te leggen, terwijl de werkgever nu een bevoegdheid heeft. Bij de Poortwachertoets toetst het UWV weliswaar of de werkgever zonder deugdelijke grond een loonstop niet heeft opgelegd terwijl dat wel kon, maar duurt de arbeidsongeschiktheid niet de volle twee jaar

82 Dat neemt niet weg dat het volgen van de Regeling procesgang niet altijd betekent dat *voldoende* aan re-integratie is gedaan, terwijl het niet-volgen van de rRegeling procesgang niet altijd betekent dat *te weinig* aan re-integratie is gedaan.

dan heeft de werkgever zonder risico de bevoegdheid naar eigen inzicht kunnen inzetten. Ten slotte wordt flexibiliteit geboden door de werkgever en werknemer de kans te geven de loondoorbetaling bij ziekte vrijwillig voort te zetten voor een nader te bepalen duur en daarmee een beoordeling door het UWV achterwege te laten.

Toch wordt niet bijgedragen aan flexicurity omdat niet tegelijk sprake is van een voldoende betrouwbare contractpositie. Voor de werknemer zit er een zekere betrouwbaarheid in, omdat de werkgever moet blijven werken aan zijn re-integratie zolang de arbeidsovereenkomst bestaat én zijn arbeidsovereenkomst met de eigen werkgever blijft bestaan bij een plaatsing in het tweede spoor. De betrouwbaarheid voor de werkgever wordt vergroot door het verhaalsrecht op een derde en de plicht van de werknemer om desgevraagd informatie te verstrekken zodat de no-riskpolis kan worden aangevraagd, maar dat legt onvoldoende gewicht in de schaal. De inhoud van de regels is door de flexibele norm van redelijkheid namelijk niet goed voorspelbaar. Ten eerste omdat de Regeling procesgang, het Beoordelingskader en de Beleidsregels, hoewel het dynamische documenten zouden moeten zijn, al jaren lang niet meer zijn bijgewerkt. Ten tweede dat de circulaire waaraan de Landelijke Loonsanctiecommissie kennelijk toetst niet algemeen openbaar lijkt.⁸³ De betrouwbaarheid staat verder onder druk doordat de werkgever verplicht is gebruik te maken van de begeleiding van derden, maar niet af mag gaan op hun deskundige adviezen. Hij blijft zelf verantwoordelijk, ook als die adviezen achteraf door het UWV als verkeerd worden bestempeld. De tegenstelling tussen de verplichte re-integratievolgorde uit artikel 7:658a BW en wat het CRvB van de werkgever verwacht op grond van artikel 65 WIA levert extra onzekerheid op. Door de civiele rechter kan het inzetten tweede spoor te vroeg worden gevonden, terwijl de bestuursrechter dat te laat kan achten. De verschillen tussen civiele en bestuursrechtelijke beoordeling komen ook aan bod bij de procedurele perikelen rond loonvordering, opzegging, vernietiging, bezwaar en beroep, die in allerlei varianten door elkaar kunnen lopen. Tel daarbij op dat er civiel ruimte bestaat bij de beoordeling van de vraag wanneer 'passende arbeid' de 'bedongen arbeid' is geworden én de omstandigheid dat de CRvB daar een ander criterium op los lijkt te laten en de onvoorspelbare aspecten overheersen. Qua contractpositie wordt daarom niet bijgedragen aan flexicurity.

Optimale inzet

Een aantal re-integratievoorschriften heeft invloed op verbetering van inzetbaarheid en veilige transitie intern of extern, ook naar minder belastbare functies. Uiteraard gaat het om de plicht voor de werkgever om de werkplek en de arbeidsorganisatie aan te passen aan de belastbaarheid van de werknemer. De incentive om te werken aan een optimale inzet is gelegen in de loonsanctie voor de werkgever en de loonstop of zelfs het verval van het opzegverbod bij ziekte voor de werknemer. De ondersteuning door een casemanager, bedrijfsarts en arbeidsdeskundige is daarbij onontbeerlijk. Dat de werkgever in het plaatsen van de werknemer in spoor 2 moet investeren, leidt ook tot een optimalere inzet. Het feit dat planmatig wordt

⁸³ Circulaire 09C0002 is niet benaderbaar via wetten.nl, noch via UWV.nl.

ingezet op zowel het wegnemen van belemmeringen als op activiteiten ter versterking van de positie (zoals bijvoorbeeld scholing) vergroot 'employability'. De no-riskpolis en de meldingsplicht van artikel 38b ZW of daarop aanspraak kan bestaan, zorgt ervoor dat een nieuwe werkgever met beperkt of geen risico met een arbeidsongeschikte werknemer in zee kan gaan. De mogelijkheid om zelf als tweedespoorwerkgever eerst een arbeidsongeschikte werknemer te beproeven, wetende dat de arbeidsovereenkomst met de oude werkgever in stand blijft, verlaagt eveneens de drempel. De arbeidsongeschikte werknemer kan daarbij gebruik maken van verschillende voorzieningen uit de WIA wat transities kan vergemakkelijken.

Balans

Bij het laatste onderdeel van de flexicuritytoelichting gaat het om een verdeling van rechten (aanspraken, bevoegdheden) en verplichtingen (verantwoordelijkheden, kosten) die zodanig in balans is, dat die niet onevenredig bij de ene of de andere betrokken partij rusten. De drie betrokken partijen zijn de werkgever, de werknemer en het UWV en opmerkelijk is dat veel re-integratievoorschriften uiteindelijk worden ingekleurd door de verhouding werkgever en UWV. Natuurlijk richten de re-integratie-inspanningen zich op de plichten van de werkgever en de werknemer, maar veel regelgeving betreft de *toetsing* van de vervulling van die plichten. Wat opvalt, is de betrekkelijk kleine rol die het UWV heeft. Arbeidsparticipatie staat hoog op de overheidsagenda, maar daarbij wordt voor het UWV bij reguliere werknemers geen taak gezien. De rol die de overheid aanneemt, is het achteraf controleren of private partijen op een juiste wijze werk hebben gemaakt van het bereiken van de beleidsdoelstellingen van diezelfde overheid. Die rolverdeling is niet nieuw want volgt uit de visie op sociale zekerheid zoals die al zo'n twintig jaar bestaat.⁸⁴ Het UWV vult die rol in door, via een deskundigenoordeel op verzoek van partijen, achteraf te controleren of tussentijds bij te sturen. Noodzakelijke voorwaarde is daarbij dat werkgever en werknemer kunnen vertrouwen op de uitkomst die blijkt uit zo'n deskundigenoordeel. De CRvB heeft de relatief beperkte rol die de overheid heeft van een waarborg voorzien, met zijn opvatting dat, behoudens voorbehouden en gewijzigde omstandigheden, op een deskundigenoordeel mag worden vertrouwd. Dat neemt niet weg dat zowel werkgever als werknemer met lege handen staan als de totstandkoming van dat oordeel niet zorgvuldig gebeurt. De rechter hecht er zeer grote waarde aan maar rechtsmiddelen tegen een deskundigenoordeel ontbreken.

De werknemer is niet gebaat bij de afhankelijkheid van de werkgever die met een contractwijziging moet instemmen om van passende arbeid bedongen arbeid te maken. Dat passend arbeid stilzwijgend de bedongen arbeid *kan* worden, weegt in mijn beleving zwaarder dan de onduidelijkheid vanaf welk moment dat precies is. De werknemer is er meer bij gebaat *dat* op enig moment stilzwijgende wijziging plaats vindt, dan dat dit uitsluitend via een expliciete wijziging zou kunnen. Dat de

⁸⁴ SER-advies, *Verantwoordelijkheidsverdeling sociale zekerheid. Een terreinverkennde studie over de verdeling van verantwoordelijkheden op het terrein van de sociale zekerheid*, Den Haag: SER, 1994, Sociale Nota 1995, wetsgeschiedenis Wet SUWI 2000 en wetsgeschiedenis Wet Werk en Zekerheid 2014.

werknemer niet weet dat het UWV heeft besloten geen loonsanctie toe te passen zet de werknemer ernstig op achterstand. Verder is de werkgever samen met de werknemer verantwoordelijk voor re-integratie, maar vinden concrete stappen plaats aan de hand van het initiatief van de werkgever waaraan de werknemer moet meewerken. De juridische balans wordt gevonden in de loonstop die de werknemer riskeert bij het niet-meewerken. De strenge eis van een onverwijldde aanzegging beperkt formeel de speelruimte voor de werkgever om daadwerkelijk gebruik te maken van dit middel. Bovendien zijn de ogen niet te sluiten voor de praktijk dat werkgevers niet snel tot de loonstop overgaan, ondanks de eis die het UWV bij de beoordeling achteraf stelt, dat de werkgever -waar dat mogelijk was- had moeten sanctioneren. Kennelijk vinden veel werkgevers dit niet altijd passend, wat maakt dat de balans op dit punt niet juist *aanvoelt*.

De verplichtingen die op de werkgever rusten zijn onevenredig in vergelijking met het UWV of de werknemer. Dat begint met de hoge eisen aan het ingrijpen in de bedrijfsvoering, het scheppen van een nieuwe functie en het zoeken in het tweede spoor. Een van die hoge eisen is wat ik wel noem: 'met hagel schieten'. Onder omstandigheden moet de werkgever zowel werken aan terugkeer naar de eigen functie, als aan plaatsing in een passende interne functie, als aan herplaatsing in het tweede spoor. De kosten die de werkgever voor de re-integratie moet dragen, komen daar nog eens bij. De verantwoordelijkheid voor in te schakelen deskundigen is een ander aspect. De wet verplicht de werkgever daarvan gebruik te maken, maar ook als er geen reden is om te twijfelen aan hun beoordeling mag de werkgever daarop toch niet vertrouwen. Daar wordt tegenover gezet dat de werkgever schade als gevolg van fouten van bijvoorbeeld de arbo-dienst op hem kan verhalen. Toch is dat geen sluitende redenering. Meent het UWV dat er fouten zijn gemaakt in de re-integratie dan draagt de werkgever daarvoor de lasten: het is geen 'deugdelijke grond' als hij bij de re-integratie heeft vertrouwd op een hulppersoon en naar diens adviezen heeft gehandeld. In de relatie met de arbo-dienst moet het echter gaan om een toerekenbare tekortkoming in de nakoming. Daarvoor moet de arbo-dienst niet hebben gehandeld als een 'redelijk handelend arbo-dienst' en die lat voor aansprakelijkheid voor schade ligt hoger. Het kan dus zijn dat de werkgever vertrouwt op het oordeel van de bedrijfsarts, die daarbij géén fout maakt maar een ander inzicht heeft of een andere afweging hanteert dan het UWV. Het UWV kan dan een loonsanctie opleggen zonder dat verhaal door de werkgever op de arbo-dienst mogelijk is.

Een andere situatie waarin de werkgever met niet-verhaalbare schade blijft zitten, is als het UWV achteraf ten onrechte een loonsanctie blijkt te hebben opgelegd. Het UWV vergoedt bij wege van schadevergoeding 70% van het doorbetaalde loon en de in redelijkheid gemaakte re-integratiekosten. Een verplichting van de werkgever om meer te betalen dan 70% van het loon betekent dat hij met een schadepost blijft zitten, ervan uitgaande dat verhaal op de werknemer geen soelaas biedt. Met name voor de werkgever die via algemeenverbindendverklaring aan een cao is gebonden, waarin

het loon ook in het derde jaar moet worden aangevuld, is dat onredelijk.⁸⁵ De werknemer wordt bij het onterecht uitblijven van een loonsanctie ook niet volledig gecompenseerd. Als het UWV een loonsanctie had moeten opleggen, dan is dat in de kern vanwege een tekortkoming van de werkgever in de re-integratie, zodat de werknemer zijn daardoor ontstane schade bij de aansprakelijke werkgever vergoed moet zien te krijgen.⁸⁶

Ook verschillende aspecten van de loonsanctie werken in het nadeel van de werkgever. Bij het opleggen hoeft het UWV niet te duiden hoe de tekortkoming moet worden opgelost terwijl dat bestuursrechtelijk wel gebruikelijk is. Het te laat opleggen van een loonsanctie en daarmee het niet volgen van de wettelijke termijn door het UWV, betekent dat de werkgever door de schuld van het UWV minder tijd heeft om te werken aan herstel van tekortkomingen. Toch mag de werkgever de termijn die gemoeid is met die fout niet in mindering brengen op de termijn van de loonsanctie.⁸⁷ De werkgever mag evenmin de loonsanctie bekorten als de werknemer in het derde jaar weer uitvalt. Ondanks het reparatoire karakter van de loonsanctie blijft de werkgever het loon doorbetalen voor een 'mogelijk' herstel op redelijke termijn. Hetzelfde geldt voor de uitlooptermijn van zes weken ná herstel van de tekortkomingen. De rechtvaardiging voor deze loondoorbetalingsplicht ontbreekt. Ten slotte kan de loonsanctie langer zijn dan 52 weken. Dat is terecht als partijen eerst gezamenlijk vrijwillig kiezen voor verlenging van de loondoorbetalingsplicht, maar het ligt iets genuanceerder als de loonsanctie eerst wordt opgelegd vanwege het te laat aanvragen van een WIA-uitkering, met daarna een verlenging vanwege tekortkomingen. De werkgever kan wettelijk gezien het loon waarschijnlijk stoppen gedurende de periode van het te laat aanvragen van een WIA-uitkering (artikel 7:629 lid 3, aanhef en sub f BW). In de standaardbrief waarmee het UWV de loonsanctie oplegt, staat echter dat de werkgever 'het loon moet doorbetalen'. Dat kan ertoe leiden dat werkgevers op het verkeerde been worden gezet en menen loon te moeten doorbetalen terwijl dat niet zo is. Er is gelet op al het voorgaande geen balans gevonden tussen de posities van werkgever, werknemer en het UWV, zodat hierin geen bijdrage aan flexicurity schuilt.

9.5.3 Conclusie re-integratievoorschriften

Bij re-integratievoorschriften is er voldoende oog voor bestaanszekerheid, bescherming en zeker insluiting. Bij gelijkheid speelt het euvel van de mogelijke risicoselectie een belangrijke rol. Solidariteit ontbreekt in het geheel omdat de re-integratie wordt overgelaten aan de individuele werkgever en zijn individuele werknemer met een zeer beperkte rol voor het UWV. Ook op het vlak van subsidiaire verantwoordelijkheid schieten de re-integratievoorschriften te kort: er is geen plicht voor de werknemer opgenomen om eerst zelf al het redelijke te doen.

85 De werkgever die verplicht is in het derde jaar meer te betalen, op basis van zijn arbeidsovereenkomst of een cao waaraan hij via lidmaatschap is gebonden, heeft die verplichting zelf op zich genomen.

86 Via bijvoorbeeld een kennelijk onredelijk ontslagprocedure.

87 Behalve als hij er in slaagt de tekortkoming te herstellen.

De re-integratievoorschriften dragen wel bij aan flexicurity. Niet omdat de rechten en verplichtingen in balans zijn, want de lasten liggen onevenredig bij de werkgever. Ook niet omdat er sprake is van een flexibele en betrouwbare contractpositie. Flexibiliteit is nog wel aan te nemen, maar de juridische positie is op veel vlakken te onvoorspelbaar om betrouwbaar te heten. Omdat de re-integratievoorschriften zich sterk richten op het werken aan optimale inzet naar vermogen en het vergemakkelijken van transities, zowel intern als extern leveren zij een bijdrage aan flexicurity.

9.6 Toetsing Duitsland

9.6.1 Recapitulatie Duitse situatie

Duitsland en Nederland hebben allebei een stelsel waarin een hoge ontslagbescherming wordt gecombineerd met een hoog niveau van inkomensbescherming bij arbeidsongeschiktheid. Zij zitten dus in dezelfde uitgangspositie:

Schema 1 Combinaties en effecten

Combinatie	Effect
Hoge ontslagbescherming Hoog inkomensniveau	– Hoge prikkel re-integratie eigen werkgever – Hoge kosten
Lage ontslagbescherming Laag inkomensniveau	– Hoge prikkel re-integratie nieuwe werkgever – Noodgedwongen
Lage ontslagbescherming Hoog inkomensniveau	– Lage prikkel re-integratie eigen werkgever – Lage prikkel re-integratie nieuwe werkgever

Volgens schema 1, dat in § 1.4 werd geïntroduceerd, is de theoretische veronderstelling dat dit leidt tot een hoge prikkel om te werken aan re-integratie bij de eigen werkgever, maar wel tegen hoge kosten. In Duitsland is met name de ontslagbeschermingskant van die combinatie de voornaamste prikkel. De solidariteit die daar centraal staat, betekent dat de hoge kosten minder relevant lijken. In Nederland is met name de hoge inkomensbescherming, of anders gezegd de hoge kosten van loondoorbetaling, de motor achter re-integratie.

Het doel van mijn rechtsvergelijking met Duitsland is synthese of inspiratie. Synthese is het combineren van elementen van vergelijkbaar beleid in Nederland en Duitsland op een onderscheidende manier of het mengen van Duitse voorbeelden met elementen van bestaand Nederlands beleid. Inspiratie gaat er van uit dat het Duitse voorbeeld een startpunt kan zijn voor aanpassingen van het eigen beleid.⁸⁸ De deelvraag die in deze paragraaf centraal staat is of de manier waarop re-integratie van zieke werknemers in Duitsland in het arbeidsrecht en 'Sozialrecht' is geregeld, bijdraagt aan het bereiken van flexicuritydoelen en zo ja, hoe?

88 Borghouts-van de Pas, p.36.

Voor Duitsland heb ik eerder de verschillende onderdelen van het re-integratierecht, te weten de loondoorbetaling bij ziekte, de controlevoorschriften, de verzuimvoorschriften en de re-integratievoorschriften in detail besproken. Deze onderdelen moeten worden geanalyseerd op hun bijdrage aan flexicuritydoelen. De inspiratie en de synthese moet vervolgens uit die analyse komen.

9.6.2 Flexicuritytoelichting loondoorbetaling bij ziekte

De flexicuritytoelichting bij loondoorbetaling bij ziekte richt zich op verschillende onderdelen, namelijk op de bijdrage aan een flexibele én betrouwbare contractpositie, de bijdrage aan een optimale inzet én de bijdrage aan een evenwicht in rechten en plichten tussen werkgever, werknemer en overheid.

Contractpositie

De beleidsvrijheid bij de loondoorbetaling bij ziekte is in Duitsland minimaal. Er moet zes weken lang 100% worden doorbetaald als de werknemer ten minste vier weken in dienst is, arbeidsongeschikt is wegens ziekte én hij daaraan geen schuld heeft. De vrijheid bestaat om langer dan zes weken door te betalen omdat dit een afwijking ten gunste van de werknemer oplevert. In negatieve zin is alleen een afwijkende cao-regeling voor meetellende loonbestanddelen mogelijk.⁸⁹ De voorspelbaarheid van de loondoorbetaling bij ziekte is daarmee nog hoger dan in Nederland. Hetzelfde geldt voor het risqué social dat aan de loondoorbetaling bij ziekte ten grondslag ligt. Voor het recht op loondoorbetaling doet het er niet toe door welke oorzaak de arbeidsongeschiktheid is ontstaan, wat de voorspelbaarheid van de contractpositie verhoogt. De regel dat geen recht op loon bestaat als de werknemer schuld heeft aan zijn arbeidsongeschiktheid, doet wel enige afbreuk aan die voorspelbaarheid. In Nederland is de strikte toepassing van de regel van opzettelijke arbeidsongeschiktheid duidelijk. Bij de beoordeling van schuld aan het veroorzaken van arbeidsongeschiktheid is meer discussie (en daarmee meer onzekerheid) te verwachten. Enige flexibiliteit bestaat voor kleinere werkgevers, als die de omvang van hun werknemersbestand zo kunnen sturen dat zij onder de grens van 'gewoonlijk 30 werknemers' kunnen blijven.⁹⁰ Daarmee komen zij in aanmerking voor de MKB-kostencompensatie, die voor hen terugbetaling van 80% van het doorbetaalde loon bij ziekte betekent.

Optimale inzet

Doordat de loondoorbetaling maar gedurende zes weken bestaat, ligt daarin voor de werkgever geen financiële prikkel om te werken aan inzetbaarheid of overstapkans naar een minder belastende functie. Voor de werknemer wellicht wel, aangezien hij na de eerste zes weken terug valt op het *Krankengeld*, dat maar 70% van het laatstverdiende loon is. Eerder zagen wij al dat de zieke werknemer in Duitsland dit nadeel afweegt tegen de mogelijkheid weer voor meer uren aan de

89 § 4 lid 4, eerste volzin EFZG. Zie ook voor de bijzondere beloningen bovenop het normale loon, § 4a EFZG.

90 Zie voor de berekeningswijze hiervan § 3 lid 1 AAG.

slag te kunnen waarbij dan wel enige medische informatie met de werkgever moet worden gedeeld. Dat delen wordt gezien als risicovol, omdat de angst bestaat dat de werkgever die gegevens zal gebruiken voor de onderbouwing van een negatieve prognose, wat kan leiden tot een ziekteontslag. Behalve als mogelijke *incentive* voor de werknemer leidt loondoorbetaling niet tot verbetering van kansen of tot zodanige ondersteuning dat een betere kans op transitie ontstaat. Het bijkomende bezwaar tegen de Nederlandse regeling dat de plicht om het loon door te betalen leidt tot risicoselectie, ben ik in de Duitse literatuur niet tegen gekomen.⁹¹ Dat ligt op het eerste oog ook voor de hand omdat de loondoorbetalingsplicht in tijd (en voor het kleinbedrijf eveneens in hoogte) beperkt is. De MKB-kostencompensatie levert in dat opzicht misschien een betere kans op transitie op. Als al een bijdrage aan het verbeteren van optimale inzet kan worden aangenomen dan is die in mijn ogen marginaal, gelet op de neiging in Duitsland vooral genezing en behandeling voorop te stellen (*'medizinische Rehabilitation'*) en dáárvoor een inkomensvoorziening te bieden.

Balans

Bij de beoordeling van het evenwicht rond loondoorbetaling bij ziekte is bij de Nederlandse bespreking een aantal aspecten benoemd. Voor Duitsland kan hetzelfde worden gedaan. Als eerste de reden voor loondoorbetaling bij ziekte. Het *risque social* zorgt ervoor dat de reden van arbeidsongeschiktheid er vrijwel niet toe doet. Het komt niet altijd tot betaling door de werkgever, bijvoorbeeld niet als de werknemer nog maar heel kort in dienst is (minder dan vier weken) of als de werknemer schuld heeft aan het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid. Dat is opgenomen in het belang van de werkgever, waarbij de toets aan schuld duidelijk een lichtere is dan de Nederlandse toets aan opzettelijke arbeidsongeschiktheid. De balans voor de werknemer zit in het terug kunnen vallen op de *Krankenkasse* als geen recht op loondoorbetaling (meer) bestaat. De werknemer moet zich dan wel verantwoordelijk gedragen, ook in zijn levensstijl.⁹² Bij de duur is de balans gezocht in het ontlasten van de *Krankenkassen* door zes weken eigen risico voor een werkgever aan te houden. Daarna wordt pas de *Krankenkasse* verantwoordelijk. De werknemer is 78 weken lang verzekerd van enig inkomen bij arbeidsongeschiktheid.

Een goed evenwicht in kosten tussen *Krankenkasse*, werkgever en werknemer lijkt ook gevonden. De werkgever is verplicht zelf zes weken 100% te betalen maar aangezien dat voor kleine werkgevers te belastend is, vindt een collectief gefinancierde MKB-kostencompensatie plaats. De werknemer draagt eveneens een deel van de kosten van het verzuim doordat hij ná zes weken terugvalt op 70% salaris, tot een maximale periode van 78 weken. De *Krankenkasse* is een *'Solidargemeinschaft'* en draagt vanuit die solidariteitsgedachte vanaf zes weken de kosten van alle zieke werknemers, gefinancierd uit werkgevers- en werknemerspremies.⁹³

91 Het kan helpen dat § 95 BetrVG de OR in sommige gevallen een rol geeft bij het opstellen van selectie-eisen bij sollicitaties en het controleren op de naleving daarvan.

92 § 1 lid 1 SGB V, zie ook § 7.5.2.

93 § 1 jo. 249 SGB V.

De conclusie bij loondoorbetaling bij ziekte is daarom dat er geen sprake is van een flexibele én betrouwbare contractpositie: de speelruimte voor flexibiliteit is vrijwel nihil. De bijdrage van de Duitse loondoorbetalingsregeling aan een optimale inzet zou moeten komen uit het ogenschijnlijk ontbreken van risicoselectie en uit de prikkel op de werknemer, die immers na zes weken in inkomen terugvalt. Die bijdrage lijkt marginaal gezien de nadruk op 'medizinische Rehabilitation'. De verdeling van verantwoordelijkheden en kosten bij de loondoorbetaling tussen werkgever, werknemer en *Krankenkasse* is wél in balans en draagt bij aan het verwezenlijken van flexicuritydoelstellingen.

9.6.3 Flexicuritytoelichting controlevoorschriften

De controlevoorschriften zijn besproken in § 8.4. Hun mogelijke bijdrage aan het verwezenlijken van flexicuritydoelen toets ik op dezelfde wijze als ik dat voor het Nederlandse recht heb gedaan.

Contractpositie

In Duitsland bestaat een strikter systeem rond de arbeidsongeschiktheidsmelding dan in Nederland. De ziekmelding zelf is aan strikte eisen onderworpen. Daarnaast moeten zowel het bestaan van de arbeidsongeschiktheid, het voortduren daarvan als het einde door een arts worden vastgesteld.⁹⁴ In Nederland kan het voorkomen dat een werknemer zich 'beter' meldt waarna de werkgever hem weer toelaat tot het werk. Een medische beoordeling of inderdaad sprake is van herstelde arbeidsgeschiktheid vindt niet steeds plaats, terwijl dat wel de betrouwbaarheid verhoogt. Arbeidsgeschikt zijn wegens ziekte of niet is immers niet afhankelijk van een beslissing van de werknemer, maar is een objectief medisch vastgestelde toestand. Door bij het einde van de arbeidsongeschiktheidsperiode een arts in te schakelen staat feitelijk vast *dat* die periode is afgesloten en per wanneer.⁹⁵ Dat kan in Nederland relevant zijn voor bijvoorbeeld de start van de onderbrekingsperiode van vier weken (van belang voor het zogeheten samengesteld verzuim, artikel 7:629 lid 10 BW), maar ook voor de verantwoordelijkheid voor een veilige en gezonde werkomgeving (artikel 7:658 BW). Een werknemer toch aan de slag laten gaan terwijl hij te ziek is om te werken, kan bij een ongeval of ontstaan van een beroepsziekte namelijk eenvoudig leiden tot aansprakelijkheid.

Verder is in de Duitse regeling de termijn van ziekmelding gegeven (ogenblikkelijk) en een termijn waarbinnen de werknemer de arbeidsongeschiktheid moet aantonen (uiterlijk de vierde dag). De beleidsvrijheid die in Nederland aan de werkgever is gegeven door hem redelijke controlevoorschriften te laten stellen, is in Duitsland niet aanwezig. Dat komt waarschijnlijk omdat de Duitse werkgever na de ziekmelding

94 Hoewel de werkgever er op mag vertrouwen dat weer arbeidsgeschiktheid bestaat als de zieke werknemer aan de slag gaat.

95 In Nederland komt het wel voor dat een bedrijfsarts bij een herstelmelding om een uitspraak wordt gevraagd over de verwachte duurzaamheid van het herstel. De soms gekozen praktijk om de werknemer bij twijfel over duurzaamheid nog voor 1% arbeidsongeschikt te administreren is onjuist, zie ook Ktr. Lelystad 22 juli 2011, ECLI:NL:RBZLY:2011:BR4713.

nauwelijks iets hoeft te controleren. De werknemer moet zijn arbeidsongeschiktheid onderbouwen en als de werkgever gereede twijfel heeft aan de medische 'Bescheinigung' dan moet de werknemer nader bewijs leveren of kan de werkgever bij de *Krankenkasse* een second opinion aanvragen. De enige flexibiliteit is dat de werkgever eerdere afgifte van de medische verklaring kan verlangen dan op uiterlijk de vierde dag.

Een laatste aandachtspunt is de controle van de *Krankenkasse* bij verdenking van een voorgewende ziekte. Als de werknemer opvallend vaak (kort) verzuimt, de ziekmeldingen vaak aan het begin of het einde van de week vallen of een arts opvallend veel medische verklaringen afgeeft dan schrijft de wet voor dat de arbeidsongeschiktheid moet worden onderzocht.⁹⁶ Hier staan onschuldpresumptie en de plicht te controleren of gemeenschapsgelden goed worden besteed tegenover elkaar. Omdat het een *aanleiding* voor verdere controle betreft en van de werknemer niet meer of andere gegevens worden gevraagd dan bij een reguliere controle, moet de werknemer meewerken. In Nederland mag de werkgever in *elke* ziekmelding aanleiding zien een controle te laten plaatsvinden of kan er voor kiezen die achterwege te laten.

Optimale inzet

De regeling van ziekmelding en controle op arbeidsongeschiktheid leidt in zichzelf niet tot optimale inzet of tot prikkels voor veilige arbeidsmarkttransities.

Balans

De kern van de Duitse regeling van controlevoorschriften is precies tegengesteld aan die in Nederland. Waar in Nederland de werkgever belast is met het bewijs van de arbeidsongeschiktheid, ligt die plicht in Duitsland bij de werknemer. Waar de Nederlandse werknemer die het niet eens is met de beoordeling van de bedrijfsarts een second opinion kan aanvragen, heeft in Duitsland de werkgever die bevoegdheid. De Nederlandse discussie over het zich al dan niet onder controle moeten stellen of het al dan niet verstrekken van medische gegevens aan een bedrijfsarts raakt aan de vrijheid van artsenuitvoering en de medische privacy. Deze plichten zijn in Duitsland echter expliciet geregeld: de werknemer moet daaraan meewerken. De grens van onaantastbaarheid van de lichamelijke integriteit wordt daarmee in Duitsland anders getrokken. Een aandachtspunt is de arts die de arbeidsongeschiktheid controleert.⁹⁷ De Nederlandse werknemer heeft er recht op de controle op arbeidsongeschiktheid te laten geschieden door een ter zake kundige. Met de deskundigheid van de bedrijfsarts, die immers een specialist is op het gebied van bedrijfsgeneeskunde, is wellicht beter gewaarborgd dat een goede toetsing op arbeidsongeschiktheid plaatsvindt dan bij een huisarts die richtlijnen moet toepassen. Toch wordt deskundigheid in Duitsland voldoende geregeld doordat steeds ook een verzekeringsarts van de onafhankelijke *Krankenkasse* een second opinion kan geven over de arbeidsongeschiktheid.

⁹⁶ § 1a SGB V.

⁹⁷ Zie ook § 9.3.1 bij subsidiaire verantwoordelijkheid.

Eén onbalans in het Nederlandse systeem ligt in de sanctie op niet-naleving. Op het niet correct volgen van de ziekmeldingsprocedure staat geen sanctie, maar de manier waarop loonopschorting bij controle op arbeidsongeschiktheid is vormgegeven, beperkt de werkgever soms teveel vanwege de onverwijldheidseis. In Duitsland ligt de druk veel meer op de werknemer. Het niet meteen ziekmelden kan daar relatief snel op ontslag uitdraaien, zelfs mogelijk op staande voet. Het niet-aantonen van arbeidsongeschiktheid leidt tot het verval van het recht op loon. Het bezwaar in Nederland van niet-effectieve prikkels speelt daarom veel minder in Duitsland. Waar de Nederlandse werknemer er door de timing van het opleggen van loonopschorting daadwerkelijk niets financieels van zou kunnen merken, is dat anders bij het Duitse verval van rechtswege van het recht op loon.

Het oordeel of een evenwicht tussen rechten en plichten is gevonden, staat of valt met de waardering van de striktheid tegenover de werknemer. Werkgever en werknemer zijn contractspartijen die over en weer verplichtingen hebben. Als de werkgever zijn financiële verplichting moet nakomen zonder de daar tegenoverstaande prestatie te ontvangen, dan mogen voorwaarden worden gesteld aan voortdurende aanspraak op die verplichting. Zelfs als de werkgever geen loon hoeft door te betalen, is de strengheid te verdedigen: de werknemer komt zijn verplichtingen niet na door omstandigheden in zijn risicosfeer waardoor de werkgever de beloofde prestatie niet ontvangt. Om de schade te kunnen beperken die daardoor kan ontstaan, is bijvoorbeeld te eisen dat de werknemer zich ogenblikkelijk ziek meldt. Geen van de eisen die naar Duits recht worden gesteld, zijn in mijn ogen onredelijk bezwarend.⁹⁸ De Duitse werkgever hoeft geen sanctie op te leggen maar die bestaat van rechtswege. Bovendien is de sanctie strenger zodat die eerder effectief kan zijn dan in Nederland. Ik meen daarom dat de balans beter is dan in Nederland.

De conclusie bij de controlevoorschriften in Duitsland is dat de regeling niet leidt tot flexibele én betrouwbare contractsposities. De nadruk ligt sterk op termijnen en sancties bij niet-naleving, waarin ik weinig flexibiliteit maar des te meer betrouwbaarheid zie. Ook optimale inzet wordt niet bevorderd maar er lijkt een reëel evenwicht te bestaan in de rechten en plichten tussen werkgever en werknemer. De controlevoorschriften dragen vanwege dat laatste aspect bij aan flexicurity.

9.6.4 Flexicuritytoelichting verzuimvoorschriften

Onder verzuimvoorschriften heb ik in § 8.5 verstaan het genezingsvoorschrift, verschillende informatieplichten en voorschriften om arbeidsgeschikt te worden.

Contractpositie

Het soort informatie waar de werkgever recht op heeft, is tamelijk duidelijk gegeven. De voorspelbaarheid is daarmee iets groter dan in Nederland, omdat de Duitse wet bepaalt dat de werknemer moet melden of regres mogelijk is. Bovendien is als

⁹⁸ Uitgezonderd wellicht in de situatie dat de arbeidsongeschiktheid niet in de risicosfeer van de werknemer ligt (bijvoorbeeld een bedrijfsongeval) én er geen loondoorbetalingsplicht bestaat.

arbeidsrechtelijke nevenplicht aangenomen iets te melden over het ontstaan van arbeidsongeschiktheid uit dezelfde oorzaak of niet, of het een besmettelijke ziekte betreft en of de arbeidsongeschiktheid is ontstaan door eigen schuld.⁹⁹ Er is daarom geen beleidsvrijheid bij de afkadering van de informatieplichten.¹⁰⁰ Ook de informatie- en medewerkingsplicht tegenover de *Krankenkasse* is wettelijk duidelijk genormeerd. In Nederland bestaat daarnaast de informatieplicht rond de no-riskpolis 'desgevraagd' terwijl in Duitsland vaker spontaan iets wordt verwacht. Het BAG heeft bijvoorbeeld voor arbeidsongeschiktheid vanwege de arbeidsomstandigheden uitgemaakt dat passiviteit om daarvan melding te maken een rechtens relevant verwijt oplevert. Ook de informatieplicht over het regresrecht bestaat ongevraagd. Het genezingsvoorschrift is iets minder voorspelbaar dan in Nederland. Het BAG heeft aangenomen dat gedrag dat *kan* leiden tot belemmering of vertraging al verwijtbaar is, terwijl het in Nederland moet gaan om *daadwerkelijke* belemmering of vertraging. Tegelijk wordt duidelijker dan in Nederland bepaald dat de zieke werknemer moet werken aan herstel van zijn arbeidsgeschiktheid, in plaats van genezing van zijn ziekte. Qua sanctie bestaat in Duitsland minder flexibiliteit dan in Nederland in de zin dat in weinig gevallen kan worden gekozen voor een sanctie in de sfeer van het loon. Bij overtreding van de verzuimvoorschriften wordt eerder bij ontslag uitgekomen dan in Nederland.

Optimale inzet

Flexicurity vraagt om ondersteuning, om prikkels om aan inzetbaarheid te werken en om faciliteiten voor flexibele maar zekere transitie. De benadering van de vrijheid van medische behandeling is in Duitsland in de relatie met de *Krankenkasse* (en analoog daaraan in de relatie met de werkgever) een nuance anders dan in Nederland. Uitgangspunt daar is de plicht om zich te laten onderzoeken én de plicht om een medische behandeling te ondergaan.¹⁰¹ Aan actieve genezingsbevordering door de werkgever (of meer waarschijnlijk de *Krankenkasse*) zou de werknemer dus eerder moeten meewerken. Die plicht bestaat niet als de behandeling disproportioneel is, schade voor leven of gezondheid niet met hoge waarschijnlijkheid kan worden uitgesloten, de behandeling aanzienlijke pijnen met zich meebrengt of die een aanzienlijke ingreep in de onaantastbaarheid van het menselijke lichaam betekent. Deze iets andere benadering geeft volgens mij meer ruimte voor ondersteuning en om te werken aan inzetbaarheid. De Duitse plicht met weigeringsgronden draagt beter bij aan flexicurity dan het Nederlandse toestemmingsvereiste.¹⁰²

Balans

Een belangrijk aspect bij de balans tussen rechten en plichten betreft de privacy. Die is in Duitsland iets anders uitgewerkt dan in Nederland. De werknemer moet bijvoorbeeld bij de ziekmelding de vermoedelijke ziekte duur meedelen. Privacyafwegingen

99 De werkgever moet de eigen schuld van de werknemer bewijzen, maar die is verplicht aan de vaststelling daarvan medewerking te verlenen op straffe van het rechtsvermoeden dat er sprake is van eigen schuld, ErfK/Dörner, p.1858.

100 ErfK/Dörner, p.1882, voor regels bij de *Bescheinigung*.

101 § 62 en 63 SGB I.

102 Art. 7:450 lid 1 jo. 7:464 lid 1 BW.

die in Nederland spelen doen zich op dit punt niet voor. De aard en de oorzaak van de ziekte hoeft de werknemer niet te melden, behalve als hij lijdt aan een ziekte die besmettingsgevaar voor zijn collega's oplevert. Bovendien moet hij meedelen of een nieuwe ziekmelding voortvloeit uit dezelfde oorzaak als een vorige. De oorzaak van de ziekte *zelf* hoeft een werknemer echter niet mee te delen en dat komt tegemoet aan zijn privacybelangen. De oudere rechtspraak dat een werknemer zich moet onthouden van gedrag dat kan doen twijfelen aan zijn arbeidsongeschiktheid doet afbreuk aan de balans. Niet is in te zien waarom de werknemer die niet werkelijk zijn arbeidsongeschiktheid voorwendt of in gevaar brengt, zich moet onthouden van het wekken van de schijn daarvan. Zo'n verplichting gaat erg ver omdat ik geen nadeel van betekenis zie voor de werkgever. Verder lijkt de balans scheef gelet op de sanctie op overtreding van verzuimvoorschriften. Arbeidsrechtelijk is ontslag, zelfs op staande voet, geen uitzondering, met de kanttekening dat op het niet-meewerken aan de overdracht van regresrecht aan de werkgever de wettelijke sanctie van de loonstop is gesteld.¹⁰³ Na de periode van loondoorbetaling heeft de *Krankenkasse* een fijnmaziger systeem van sanctie dat ruimte geeft voor evenredigheid.¹⁰⁴ Met de lijn van het BAG dat zelfs al een *mogelijke* belemmering van de genezing 'strafwaardig' is en de werknemer de eigen schuld aan de arbeidsongeschiktheid moet melden is duidelijk dat het stelsel in elk geval in de eerste zes weken van loondoorbetaling overhelst naar bescherming van de werkgever.

De slotsom bij de toetsing van de verzuimvoorschriften aan flexicuritydoelen is dat die niet leiden tot een flexibelere én betrouwbaardere contractpositie. De nadruk ligt op betrouwbaarheid door, meer dan in Nederland, de verplichtingen vooraf beter uit te werken. De verzuimvoorschriften lijken niet helemaal in balans door de nadruk op bescherming van de werkgever. Toch is wel een bijdrage aan flexicuritydoelstellingen te bepleiten door de stimulans die uitgaat voor een optimalere inzet. De omstandigheid dat de *Krankenkasse* (en denkkelijk ook de werkgever) meer dwingend enige medische behandeling kunnen eisen, leidt eerder tot genezing en herstel van inzetbaarheid dan wel tot duidelijkheid over resterende arbeidsgeschiktheid, zodat interne en externe transitie eerder en beter zouden kunnen worden ingezet.

9.6.5 Flexicuritytoelichting re-integratievoorschriften

Bij re-integratievoorschriften gaat het hoofdzakelijk om de formele, materiële en praktische aspecten van het re-integratiemanagement en de geleidelijke werkhervatting.

Contractpositie

Er bestaat een grote beleidsvrijheid om het re-integratiemanagement in te vullen. Zolang het gaat om het beëindigen van de arbeidsongeschiktheid en de terugkeer naar de werkplek is veel toegestaan. Daarmee is maatwerk mogelijk en dus flexibiliteit.

103 § 7 lid 1 aanhef en sub 2 EFZG.

104 § 66 en 67 SGB I.

Dat is ook terug te zien in de mogelijkheden om bovenop de bestaande arbeidsovereenkomst afspraken te maken om geleidelijke werkhervatting uit te proberen. De werkgever en de werknemer zijn daarin vrij, terwijl de bestaande arbeidsovereenkomst als vangnet blijft bestaan. Voor wat betreft de betrouwbare contractpositie is het ontbreken van de plicht om mee te werken aan re-integratie, zowel aan de kant van de werknemer als -in mindere mate- aan de kant van de werkgever, een obstakel. Zonder plicht is de werkgever of de werknemer afhankelijk van vrijwilligheid en dus is er onvoorspelbaarheid. Omdat die plicht soms wel bestaat (te weten bij *Schwerbehinderten* en gelijkgestelden), met voor hen een extra dam tegen ontslag, is een stimulans ingebouwd om de status van *Schwerbehinderte* aan te vragen. Als de werkgever bekend is met die status leidt dat tot een verhoging van de betrouwbaarheid: de werkgever wéét bijvoorbeeld dat hij verplicht is geleidelijke werkhervatting aan te bieden en hij wéét dat deze werknemer meetelt voor zijn quotum aan *Schwerbehinderten*. Het ontbreken van effectieve sancties buiten ontslagsituaties maakt de contractpositie voor de niet-*schwerbehinderte* zieke werknemer niet voorspelbaar. Het al dan niet inzetten van re-integratiemanagement en geleidelijke werkhervatting is afhankelijk van de insteek die de individuele werkgever kiest, bijvoorbeeld of hij er voldoende het nut van in ziet of een actieve *Betriebsrat* heeft.

Optimale inzet

Bij optimale inzet zijn ondersteuning, prikkels en flexibele maar zekere transitie van belang. De preventieplicht voor *Schwerbehinderten* en gelijkgestelden betekent dat vroegtijdig bij dreigende uitval kan worden ingegrepen. De opdracht om daarbij derden in te schakelen, zorgt voor ondersteuning en kan een transitie naar een minder belastende interne werkplek vereenvoudigen. De werkgever kan daartoe indirect worden geprikkeld doordat een uitval van een *Schwerbehinderte* (wat zou kunnen leiden tot diens ontslag) zou betekenen dat een quotumplaats voor het te werk stellen van een aantal *Schwerbehinderten* daardoor niet wordt ingevuld met als gevolg een dan verschuldigde boete. Het lijkt er op dat de boete dusdanig laag is dat de kans op afkoop daarvan afbreuk doet aan de prikkel voor optimale inzet. Het voeren van re-integratiemanagement kan worden gestimuleerd met een bonus of een premie. Ook kan de hulp van *Betriebsrat* of *Schwerbehindertenvertretung* ondersteuning opleveren voor een optimalere inzet van de zieke werknemer.

De bevoegdheid van de werkgever om de werknemer via een *Änderungskündigung* te dwingen met een andere functie akkoord te gaan, levert een belangrijke bijdrage aan de betere inzet van de werknemer. De werknemer behoudt namelijk de arbeidsovereenkomst, terwijl de werkgever eenzijdig de arbeidsplaats kan aanpassen, rekening houdend met zijn eigen behoefte én de restcapaciteit van de zieke werknemer. De aanspraak van de werknemer op ondersteuning van de *Krankenkasse* draagt verder bij aan transitie, mogelijk ook buiten de eigen werkgever. Ook het feit dat bij geleidelijke werkhervatting geen loon hoeft te worden betaald zodat de werkgever zonder risico de andere inzet van de zieke werknemer kan beproeven, draagt bij aan optimale inzet. De juridische kwalificatie als een overeenkomst *sui generis*, wanneer de werknemer geleidelijk opbouwt, is eveneens een re-integratieinstrument, omdat de normale arbeidsrechtelijke rechten en plichten dan niet gelden.

Balans

Zodra het ontslag van de zieke werknemer op de agenda staat, wordt het al dan niet hebben gevolgd van re-integratiemanagement en van geleidelijke werkhervatting relevant. Dat speelt niet alleen bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst, maar ook bij een wijzigingsontslag. De werkgever is verplicht eerst aan re-integratie te werken voordat ontslag in beeld komt; de werknemer is verplicht daaraan mee te hebben gewerkt om een ontslag te kunnen voorkomen of aan te vechten. De verplichtingen ontstaan pas nadat enige band tussen werkgever en werknemer bestaat (na zes maanden dienstverband) en ook pas als de arbeidsongeschiktheid langere tijd lijkt te gaan duren (na zes weken). Voor de kleinere werkgever (tien werknemers of minder) worden de re-integratielasten te groot gevonden, zodat zij van re-integratiemanagement zijn ontheven, maar niet van de meer algemene plicht om te zoeken naar passende arbeid of om geleidelijke werkhervatting te hebben overwogen of geprobeerd. De rechter en het *Integrationsamt* wegen ook af óf de werknemer in een concreet geval zijn zelfbeschikkingsrecht vóór mag laten gaan óf dat het belang van de werkgever bij re-integratie zwaarder weegt. Ten slotte bestaan ook tussen de werknemer en de *Krankenkasse* aanspraken rond re-integratie en een sanctie op de werknemer bij niet-naleving.

Toch zijn de re-integratievoorschriften niet in balans. Voor een werkgever die niet kiest voor beëindiging van de arbeidsovereenkomst bestaat geen verplichting, anders dan in een aantal gevallen rond *Schwerbehinderten*, om iets aan re-integratie te doen. Er is geen gevoel van urgentie omdat zeer lange tijd vooral is ingestoken op de medische kant van arbeidsongeschiktheid. De werknemer kan re-integratie evenmin afdwingen. Andersom neemt de werknemer in het re-integratiemanagement een dominante positie in. Hij mag voorgestelde maatregelen afwijzen of daaraan niet meewerken, met een beroep op zijn zelfbeschikkingsrecht. Het enkele feit van niet-meewerken is niet genoeg om ontslag van de zieke werknemer na te streven. Daar komt bij dat als werken aan re-integratie alleen in de sleutel van ontslag wordt gezet, het voeren van re-integratiemanagement kan verworden tot een soort rituele dans, een verplicht voorportaal om het eigenlijke doel van beëindiging van de arbeidsovereenkomst te gaan bereiken. Dat zou miskennen dat re-integratie in zichzelf nastrevenswaardig is.

Conclusie bij de Duitse re-integratievoorschriften is dat voor *Schwerbehinderten* wel sprake is van een betrouwbare en flexibele contractpositie, maar voor andere arbeidsongeschikte werknemers niet vanwege het ontbreken van betrouwbaarheid. Een balans lijkt niet te zijn gevonden, met name door het ontbreken van een afdwingbare medewerkingsplicht voor zowel werkgever als werknemer buiten de situatie van ontslag. Voor alle arbeidsongeschikte werknemers geldt dat de re-integratievoorschriften bijdragen aan een optimale inzet, waarbij mijns inziens met name de *Änderungskündigung* een belangrijke rol heeft. Dat laatste leidt tot de conclusie dat de re-integratievoorschriften in Duitsland bijdragen aan het behalen van flexicuritydoelstellingen.

9.7 Eindconclusie toepassing toetsingskader en antwoord op deelvragen

Met het toetsingskader is beoordeeld of op de verschillende onderdelen van het re-integratierecht rekening is gehouden met de leidende sociaalrechtelijke waarden en beginselen in Nederland. Uit het voorgaande moeten de antwoorden op de twee resterende deelvragen voortvloeien:

- Voldoet de manier waarop re-integratie van zieke werknemers in Nederland in het arbeidsrecht en werknemersverzekeringsrecht is vormgegeven, volgens het toetsingskader aan flexicuritybeleid? Zo ja, hoe; zo nee, waarom niet?
- Draagt de manier waarop re-integratie van zieke werknemers in Duitsland in het arbeidsrecht en 'Sozialrecht' is geregeld bij aan het bereiken van flexicuritydoelen? Zo ja, hoe?

Een toetsingsmatrix, met de resultaten van de toetsing zoals die hiervoor is uitgevoerd, kan uitkomst bieden.

Tabel 1: Toetsingsmatrix

	Loondoorbetaling bij ziekte	Controlevoorschriften	Verzuimvoorschriften	Re-integratievoorschriften
Gelijke behandeling	-	+	+	-
Bestaanszekerheid	+	+	-	+
Bescherming	+	-	-	+
Subsidiaire verantwoordelijkheid	-	-	-	-
Solidariteit	-	+	+	-
Insluiting	+/-	+	+	+
Flexicuritybijdrage Nederland	-	+	-	+
Flexicuritybijdrage Duitsland	+	+	+	+

+ = beginsel verenigbaar met onderdeel re-integratierecht/onderdeel re-integratierecht draagt bij aan flexicuritydoelen

- = beginsel niet verenigbaar met onderdeel re-integratierecht/onderdeel re-integratierecht draagt niet bij aan flexicuritydoelen

+/- = voor categorieën werknemers wel, voor andere niet bijdragen aan flexicurity

Op elk Nederlands onderdeel van het re-integratierecht is de conclusie dat meerdere waarden en beginselen worden gediend. Alleen bij de controlevoorschriften en de re-integratievoorschriften is een positieve link met de flexicuritydoelstellingen te leggen. Bij de flexicuritytoelichting valt op dat bij *elk* onderdeel van het

re-integratierecht de balans in rechten en plichten ontbreekt. Bij zowel de loon- doorbetaling bij ziekte, de controlevoorschriften, de verzuimvoorschriften als bij de re-integratievoorschriften was de conclusie dat de balans in het nadeel van de werkgever uitviel. In Duitsland werd *op alle* onderdelen gestreefd naar het behalen van flexicuritydoelen, met de aantekening dat dit bij de loondoorbetaling bij ziekte en bij de controlevoorschriften werd ingevuld door een balans in rechten en plichten. Ik heb ook gepleit voor een voorrangsregel. Als in de afweging steeds één en hetzelfde flexicuritydoel wordt benoemd, waardoor het evenwicht in het totaalpakket van flexicurity is verstoord, is er reden voor een bijstelling van de manier waarop naar flexicurity wordt gestreefd.

De vijfde deelvraag luidde: voldoet de manier waarop re-integratie van zieke werknemers in Nederland in het arbeidsrecht en werknemersverzekeringsrecht is vormgegeven, volgens het toetsingskader aan dat beleid? Zo ja, hoe; zo nee, waarom niet? De zesde deelvraag was of de manier waarop re-integratie van zieke werknemers in Duitsland in het arbeidsrecht en 'Sozialrecht' is geregeld, bijdraagt aan het bereiken van flexicuritydoelen? Zo ja, hoe?

De antwoorden luiden:

- De manier waarop de re-integratie in Nederland gestalte heeft gekregen, voldoet aan de beginselentoets. Steeds zijn meerdere waarden en beginselen aan te wijzen, die de vormgeving schragen. Dat betekent dat daarmee boven de minimale drempel van de OMC wordt gebleven, te weten dat oog bestaat voor een of meerdere aspecten van sociale rechtvaardigheid. Met de loondoorbetaling bij ziekte én met de regeling van de verzuimvoorschriften wordt echter niet gestreefd naar het bereiken van een relevante flexicuritydoelstelling. Dat is wél zo met de controlevoorschriften, waar sprake is van een flexibele én betrouwbare contractpositie en met de re-integratievoorschriften vanwege het effect dat optimale inzet wordt gestimuleerd.
- In *elk* van de vier onderdelen van het Duitse re-integratierecht zitten elementen die bijdragen aan het halen van de ene of de andere flexicuritydoelstelling. Bij loondoorbetaling en bij controlevoorschriften luidt het oordeel dat een evenwicht is gevonden in de rechten en verplichtingen tussen werkgever, werknemer en *Krankenkasse*. Bij de verzuim- en re-integratievoorschriften zit de waarde vooral in het bijdragen aan een optimale inzet. Er is geen nadruk gevonden op één flexicuritydoelstelling, zodat de voorrangsregel niet hoeft te worden toegepast.

9.8 Afronding

Door toepassing van het toetsingskader is verklaard waarom in de regeling van re-integratie bij zieke werknemers in Nederland op onderdelen geen rekening wordt gehouden met flexicuritydoelen en in Duitsland wel. Daarmee is stap VI afgesloten. Het laatste onderdeel van mijn onderzoek is de waardering van deze conclusie.

Stap VII: Waardering en aanbevelingen

Hoofdstuk 10 Waardering en aanbevelingen

Waardering en aanbevelingen

Het toetsingskader heeft inzichten opgeleverd over het al dan niet rekening houden met flexicuritydoelstellingen in het re-integratierecht. Die inzichten moeten worden gewaardeerd. De waardering leidt tot aanbevelingen voor wat noodzakelijk moet worden aangepast en welke aanpassingen wenselijk zijn.

10.1 Waardering van het re-integratierecht

10.1.1 Inleiding

Vanwege Europese regels is Nederland er (net als andere EU-landen) bij het voeren van werkgelegenheidsbeleid aan gebonden te streven naar het bereiken van flexicuritydoelen. Elke Lidstaat mag dat op zijn eigen manier doen, want de EU staat de *Open Method of Coordination* (OMC) toe. Voorwaarde is daarbij wel dat met de gekozen methode ten minste wordt gestreefd naar het bevorderen van sociale rechtvaardigheid. Voor Nederland betekent dit, dat in sociale rechtsvorming ten minste recht moet worden gedaan aan één of meer leidende sociaalrechtelijke waarden en beginselen. Het toelichten naar welke flexicuritydoelen wordt gestreefd, zou vervolgens ook moeten worden opgenomen in het rechtsvormingsproces. De ontwikkelde beginselentoets en de zogeheten flexicuritytoelichting zijn in het vorige hoofdstuk toegepast op het reeds gevormd sociaal recht rond re-integratie, om te beoordelen of daarin rekening is gehouden flexicuritydoelen.

10.1.2 Uitkomsten van de beginselentoets

De beginselentoets is toegepast om te controleren of de Nederlandse wetgever bij zijn rechtsvorming *in elk geval* sociale rechtvaardigheid nastreeft. De OMC stelt dat namelijk verplicht. Als uit de uitkomsten van de beginselentoets wordt afgeleid dat Nederland sociale rechtvaardigheid bevordert in zijn re-integratierecht, dan heeft Nederland verder de vrije hand bij de rechtsvorming rond re-integratie. Het is immers een illusie te denken dat een onderdeel van het sociale recht voldoet aan *alle* sociaalrechtelijke waarden en beginselen en dan ook nog bijdraagt aan flexicurity. Voor het nastreven van sociale rechtvaardigheid heb ik eerder voldoende geacht als met elk

onderdeel van het re-integratierecht in elk geval één van de zes leidende waarden en beginselen wordt nagestreefd. In het vorige hoofdstuk is vastgesteld dat op elk van de vier onderdelen van het re-integratierecht (loondoorbetaling bij ziekte, controlevoorschriften, verzuimvoorschriften en re-integratievoorschriften) één of meer leidende waarden en beginselen worden gehonoreerd. De conclusie is daarom eenvoudigweg dat Nederland slaagt voor de beginselentoets.

Toch is dat voor mij niet helemaal bevredigend. Zoals ik bij de *Common Principles of flexicurity* heb geconcludeerd dat die niet allemaal even relevant zijn voor re-integratie van arbeidsongeschikte werknemers, is dat ook te zeggen van de leidende sociaal-rechtelijke waarden en beginselen. Niet elk van die zes waarden en beginselen is voor re-integratie even belangrijk. Zij botsen en vandaar dat ik heb gepleit voor een beginselentoets bij sociale rechtsvorming (§ 4.7.2). Het laten zien van de botsing van waarden en beginselen en het toelichten welke afweging wordt gemaakt, biedt inzicht in welke waarde of beginsel voor welk onderwerp belangrijker wordt gevonden. De beginselentoets helpt om niet te vervallen in het 'onthutsende relativisme' waar Jacobs voor waarschuwde.¹ Ook ik moet 'praktizeren wat ik preek': welke waarden of beginselen zijn belangrijker dan andere en zouden dus met name aandacht verdienen bij de vorming van re-integratierecht? Voor mij is er reden twee waarden en beginselen belangrijker te achten. Insluiting is het relatieve '*new kid on the block*' maar toch is dit voor re-integratie misschien wel het belangrijkste beginsel, omdat het focust op deelnemen naar vermogen en het bieden van extra kansen. Bij de bespreking van het werknemersperspectief is naar voren gekomen dat voor re-integratie vooral immateriële redenen bestaan. Het gaat om zaken als de mogelijkheid tot zelfontplooiing of het voorkomen van maatschappelijke uitsluiting, dus meer in het algemeen een verbetering van welbevinden. Re-integratie is dus niet alleen van belang om economische of juridische redenen, maar *juist* omdat het bijdraagt aan de reële mogelijkheid een leven te leiden dat voor de betrokken mens waarde heeft.² Dit sluit nauw aan bij de 'capabilities'-gedachte van sociale rechtvaardigheid van Nussbaum.³ Die gedachte gaat er van uit dat elk mens mogelijkheden en talenten heeft, die ieder zelf tot ontwikkeling moet kunnen brengen om zo de mens te worden die hij of zij in aanleg is. Voor een echt menswaardig bestaan moet daadwerkelijke keuzevrijheid bestaan om aan de centrale menselijke vermogens (*capabilities*) die een ieder heeft, te werken. Nussbaum onderscheidt daarbij tien centrale vermogens.⁴ Insluiting neemt als uitgangspunt dat

1 A.T.J.M. Jacobs, 'Een persoonlijke reactie op Sociaal Recht: tussen behoud en vernieuwing', TRA 2011/80.

2 Van Kessel stelt dat sociale gelijkheid zich kan richten op de aan iemand geboden kansen en ontplooiingsmogelijkheden om zijn waarde te bewijzen. Hij noemt daarbij het recht van zieken, arbeidsongeschikten en gehandicapten, ondanks hun lichamelijke ongelijkheid, op gelijke kansen en gelijke ontplooiingsmogelijkheden als gezonde mensen, waartoe de sociale zekerheid een geëigend middel is om hen daartoe de mogelijkheid te verschaffen. Volgens hem vormde met name dit de rechtsgrond van de ZW, WAO en AAW, p.77-99.

3 Zie § 4.5.6.

4 '*Life; Bodily Health; Bodily Integrity; Senses, Imagination, and Thought; Emotions; Practical Reason; Affiliation; Other Species; Play; Control over one's Environment (both) Political (and) Material.*'

het juist bij 'werknemers met een vlekje' rechtvaardig is te werken aan het ontwikkelen en versterken van hun vermogens, van het menselijk kapitaal dat zij belichamen.⁵ Daar komt bij dat het juist ook in de praktijk goede kansen op succes biedt, omdat het aansluit bij wat zieke werknemers belangrijk vinden. In de afwegingen bij sociale rechtsvorming rond re-integratie zou dus bij uitstek moeten worden gezorgd dat aan dit beginsel uitvoering wordt gegeven. In het huidige re-integratierecht gebeurt dit bij alle onderdelen, met uitzondering van de loondoorbetalingsplicht bij ziekte in combinatie met de toegang tot (vaste) arbeid. De kans op risicoselectie kan tot sociale uitsluiting leiden.

Het tweede beginsel dat ik bij re-integratie van belang vind, is de subsidiaire verantwoordelijkheid. Uit de gedachten van Dworkin komt bij mij het element van individuele verantwoordelijkheid als onderdeel van sociale rechtvaardigheid overtuigend naar voren. Ieder moet zelf de gevolgen dragen van *option luck* (de eigen keuzes) of van het al dan niet verzekeren van *brute bad luck* (vangnet tegen domme pech).⁶ Ongelijkheidscompensatie bij de werknemer vindt zijn grens in de individuele verantwoordelijkheid voor de keuzes die hij maakt.⁷ Het gaat mij dan zowel om keuzes van de arbeidsongeschikte werknemer om iets te doen, als keuzes om iets na te laten. Belemmert de zieke werknemer zijn genezing dan heeft hij geen recht op vervangend inkomen. Werkt hij niet mee aan het verrichten van passend werk in een re-integratietraject dan heeft hij evenmin recht op vervangend inkomen. Deze gedachtegang wordt gesteund door alle soorten re-integratieprofessionals: de verantwoordelijkheid voor het voorkomen van uitval en -bij uitval- voor de terugkeer naar de werkplek ligt primair bij de werknemer.⁸

Ook in bijvoorbeeld de oude Ongevallenwet, het gedachtegoed van Nussbaum en in het rapport van de Commissie Van Rhijn klinkt de eigen verantwoordelijkheid door: 'de gemeenschap is aansprakelijk tenzij...' Ook nu is dat nog zo getuige de Sociale Nota 1995 of de parlementaire geschiedenis van de WWZ.⁹ Essentieel onderdeel van sociale rechtsvorming moet voor mij daarom zijn de eigen verantwoordelijkheid, voordat de 'gemeenschap' een rol toekomt. Ik zit daarmee deels op de lijn van Hofman/Pennings. Zij zetten vanuit een internationaalrechtelijke kijk vooral solidariteit en individuele verantwoordelijkheid naast elkaar. Elk sociaalzekerheidsstelsel vindt zijn basis in solidariteit. Dat sluit individuele verantwoordelijkheid niet uit maar het gaat om een balans.¹⁰ Bij het nemen van eigen verantwoordelijkheid moet de werknemer al het

5 Langille schetst dat met een verwijzing naar Sen als: '*Human capital is not...solely...contributing to productivity and GDP growth but also...contributing to a more fulfilling and freer life (...)* Labour law is...that part of our law which structures the mobilization and deployment of human capital', Davidov en Langille, p.112.

6 Dworkin maakt geen onderscheid tussen de eigen verantwoordelijkheid van werkgever of die van een werknemer, zie ook § 10.4.1 over verzekeren.

7 Zie ook Hoogendijk, p.91-95 en 139-145.

8 Research voor Beleid, *Bouwen op vertrouwen. Professionals over de arbeidsmarktpositie van mensen met een arbeidsbeperking*, eindrapport, Leiden 9 januari 2007, p.17, wat een bevestiging zou zijn van het eerdere rapport *Samen beter worden* (2004).

9 *Kamerstukken II 1994/95*, 23 902, nrs.1-2, p.113, *Kamerstukken I 2013/14*, 33 818, nr.C, p.71.

10 Hofman/Pennings, p.143-145.

redelijke doen voordat kan worden toegekomen aan solidariteit. Nussbaum heeft de uitdaging genoemd om de rol van de overheid zodanig in te vullen dat ze mensen aanspreekt op hun vermogen tot zelfsturing en probleemoplossing en tegelijkertijd mensen, die door omstandigheden niet toekomen aan de realisering van die *capabilities*, voldoende ondersteuning biedt.¹¹ Overigens is het mij bij verantwoordelijkheid niet alleen te doen om een plicht, maar net zo goed om een kans. Als mensen risico's zelf willen en kunnen dragen, dan moet dat kunnen: 'Op deze wijze kan men de paternalistische betutteling, die in zekere zin uitgaat van het huidige stelsel terugdringen.'¹² Een stimulans voor zelfredzaamheid appelleert aan ontwikkelingen als emancipatie, individualisering en deregulering. Solidariteit kan dan weer worden gewaarborgd door exacte en gedetailleerde afbakening van de individuele speelruimte.

Zit die notie van subsidiaire verantwoordelijkheid niet al in het huidige systeem als gevolg van het feit dat de werknemer ook contractspartij is en de gevolgen moet dragen van wanprestatie of handelen in strijd met goed werknemerschap? Dat blijkt niet: zeker bij re-integratie ligt veel verantwoordelijkheid bij de werkgever. Draait de overheid -gelet op de waarden en beginselen- eigenlijk niet aan de verkeerde knoppen: zouden activering en participatie niet omhoog gaan als meer de subsidiaire verantwoordelijkheid en insluiting worden benadrukt, zelfs als dat zou betekenen dat bescherming zou verminderen?

10.1.3 Uitkomsten van de flexicitytoelichting

De toepassing van de flexicitytoelichting in het vorige hoofdstuk heeft tot doel inzichtelijk te maken of met re-integratierecht wordt gewerkt aan het bereiken van de flexicitydoelen, zoals die zijn neergelegd in de *Common Principles*. Daar kwam bij naar boven dat de regeling rond controlevoorschriften zorgt voor een flexibele en betrouwbare contractpositie wat past bij *Common Principle 2* en *5*. De re-integratievoorschriften dragen bij aan een optimale inzet van werknemers, hetgeen wordt gevraagd door *Common Principle 4* en *5*. Voor de loondoorbetaling bij ziekte én voor de verzuimvoorschriften was de conclusie echter dat een duidelijke link naar een *Common Principle* ontbreekt. Op die onderdelen van het re-integratierecht wordt niet bijgedragen aan flexicity.

Voor het gehele re-integratierecht samen zou dan kunnen worden gesteld dat niet voldoende aan flexicity wordt gewerkt. De loondoorbetaling bij ziekte is namelijk zo'n essentieel en belangrijk onderdeel van het re-integratierecht, dat tekortschieten in het streven naar flexicity op dit vlak al voldoende is om tot die conclusie te komen. Dat is eens te meer zo omdat ook de verzuimvoorschriften tekort schieten in hun bijdrage aan flexicity. Opmerkelijk is verder dat bij geen enkel onderdeel van het re-integratierecht een balans is bereikt tussen de rechten en verplichtingen

¹¹ Zie § 4.5.6.

¹² L.J.M. de Leede, 'Verdeling van verantwoordelijkheden in de sociale zekerheid', *SMA*, november/december 1996, p.659-662.

van de werkgever, de werknemer en de overheid.¹³ Zowel bij de loondoorbetaling bij ziekte, de controlevoorschriften, de verzuimvoorschriften als bij de re-integratievoorschriften heb ik vastgesteld dat het evenwicht (ook) is verstoord omdat de werkgever te zwaar wordt belast.

De vervolgvraag bij deze uitkomsten is of toepassing van de voorrangsregel aan de orde is. Als dat het geval is, welke aanpassingen zijn dan nodig of wenselijk?

10.1.4 Werken met de voorrangsregel

De voorrangsregel zoals die in § 4.7.4 is geformuleerd, houdt in dat als met bepaalde rechtsregels niet wordt gewerkt aan enig flexicuritydoel of juist onevenwichtig veel aan één flexicuritydoel, die regels dan middels juridische technieken moeten worden aangepast, zonder afbreuk te doen aan de in dat geval toepasselijke waarden en beginselen. Lukt dat niet dan moet worden beoordeeld of een andere afweging van waarden en beginselen wél leidt tot het dienen van een flexicuritydoel. De voorrangsregel moet hier worden toegepast. Flexicuritydoelen worden bij de loondoorbetaling bij ziekte en de verzuimvoorschriften namelijk niet bereikt. Een andere juridische vormgeving van deze onderdelen is denkbaar, waardoor wel aan flexicurity wordt gewerkt zonder dat dit ten koste gaat van de leidende waarden en beginselen. Om de *Common Principles* tot hun recht te laten komen, moet er iets verbeteren op het gebied van hetzij de contractpositie, hetzij de optimale inzet, hetzij de balans.¹⁴ Hoewel het een Lidstaat vrij staat te kiezen tussen een van die drie aspecten wil ik aandringen op aanbevelingen voor aanpassingen rond de balans. Balans blijkt de enige flexicuritydoelstelling te zijn waarop bij voortduring tekort wordt geschoten. Voor evenwicht in flexicuritybeleid rond re-integratie is het raadzaam dat aan elk van de drie genoemde aspecten recht wordt gedaan. Balans in rechten en plichten is nu een ondergeschoven kindje. Daarnaast kan het waardevolle input geven bij komende ontwikkelingen. De regering onderkent namelijk dat de balans in het re-integratieright ontbreekt. Bij gelegenheid van het wetsvoorstel WWZ is door de Minister meegedeeld:

'De financiële prikkels voor werkgevers bestaan uit de werkgeverslasten die zij op grond van wettelijke bepalingen (twee jaar loondoorbetaling en premiedifferentiatie) en op grond van cao-bepalingen moeten dragen...' Er is 'onderzoek gedaan naar knelpunten van de loondoorbetaling bij ziekte en het arbeidsongeschiktheidsrisico voor werkgevers en naar mogelijkheden om de solidariteit te bevorderen onder MKB-werkgevers, bijvoorbeeld door het verhogen van de verzekeringsgraad door middel van private herverzekering of collectieve fondsen voor MKB-werkgevers. De resultaten van dit onderzoek zijn naar verwachting bekend in het vierde kwartaal van dit jaar.'¹⁵

Toch is onderzoek naar knelpunten op zich nog weinig bemoedigend. Andere maatregelen zorgen namelijk zelfs voor het verder verzwaren van de plichten van werkgevers. Ik wijs op de Wet Bezava die van kracht is sinds 1 januari 2014 waarmee de

13 Onder rechten worden aanspraken en bevoegdheden verstaan, onder verplichtingen vallen verantwoordelijkheden en kosten.

14 Zoals besproken en onderbouwd in § 9.1.4.

15 *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, nr.C, p.50-51.

werkgever een hogere ZW-premie moet betalen als een van zijn zieke werknemers instroomt in de vangnetvoorziening ZW, bijvoorbeeld na een einde van een arbeids-overeenkomst voor bepaalde tijd.¹⁶ De weg van financiële prikkels blijft dus bewandeld worden ondanks aanwijzingen dat dit niet het juiste soort maatregelen is. Den Uijl heeft in haar onderzoek in 2002 al geconstateerd: *'Meer marktwerking heeft tot nu toe geen invloed op succesvolle re-integratie van gedeeltelijk arbeidsgeschiedte werknemers in de arbeidsorganisatie.'*¹⁷ De regering zelf heeft in de wetsgeschiedenis van de Bezava laten zien oor te hebben voor de geluiden tegen het 'prikkeldenken':

*'Bovendien blijkt uit onderzoek dat financiële prikkels effectiever zijn bij grote werkgevers dan bij kleine werkgevers en dat prikkels bij kleine werkgevers vaker leiden tot risicoselectie. Met de introductie van prikkels is een positieve gedragsreactie beoogd van de werkgever. Langs deze weg wordt de werkgever immers financieel geprikkeld om het ziekte-verzuim te beperken. Een ander gedragseffect, namelijk meer risicoselectie bij de aanname van personeel blijkt vooral bij kleine werkgevers voor te komen. De regering heeft om deze reden gekozen voor een sectorale premie bij kleine werkgevers, die dit ongewenste effect wegneemt.'*¹⁸

Het SCP zei het in 2012 onomwonden: *'De effecten van financiële prikkels voor werkgevers lijken daarentegen tamelijk beperkt.'*¹⁹ De werkgeversverplichtingen in Nederland rond arbeidsongeschiktheid zijn in internationaal opzicht relatief hoog, terwijl de prestaties op dat terrein niet bovengemiddeld goed zijn. Daarom kondigde het CPB in 2014 aan verder onderzoek te gaan doen naar financiële prikkels bij arbeidsongeschiktheid. De economische theorie geeft daar goede redenen voor, hoewel risicoselectie en afwenteling op de maatschappij risico's zijn die op de loer liggen.²⁰ Voor de toekomst zijn vérdergaande financiële prikkels rond arbeidsongeschiktheid dus nog zeker niet uitgesloten, waarbij ook het CPB onderkent dat de balans precair is. Aanbevelingen voor een nieuw evenwicht omdat de verplichtingen nu voornamelijk bij de werkgever liggen, kan daarom bijdragen in de discussie over de knelpunten en de aandacht wegleiden van het prikkeldenken.

Een andere aanwijzing dat het herstellen van de balans een verstandig aandachtspunt is, komt uit de WWZ. Daarin is in feite een 'ontslagverbod' voor zieke werknemers geïntroduceerd, bij verval van de arbeidsplaats vanwege bedrijfseconomische redenen. Waar nu ondanks het opzegverbod tijdens ziekte ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter mogelijk is, mits er een redelijke ontslaggrond bestaat die niets met arbeidsongeschiktheid te maken heeft, is dat vanaf 1 juli 2015 niet meer zo. Bovendien is het beëindigen van een *onderdeel* van de onderneming geen grond

16 Wet beperking ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid vangnetters, Stb. 2012, 464 (Wet Bezava), zelfs als de gezonde werknemer binnen vier weken na einde dienstverband in de ZW stroomt op basis van de nawerkingsbepaling van art.46 ZW.

17 Den Uijl, p.462-466.

18 *Kamerstukken II 2011/12, 33 241, nr.3, p.25, net als eerder bijvoorbeeld: 'Er spelen dus ook andere motieven dan financiële een rol.'*, *Kamerstukken I 2003/04, 29 231, nr.A.*

19 SCP 2012, p.16.

20 CPB 2014.

meer voor een ontbindingsverzoek voor de zieke werknemer.²¹ De Minister motiveerde dat met de mededeling dat de werkgever verantwoordelijk is voor re-integratie en dat het enkele feit dat de interne arbeidsplaats komt te vervallen niet betekent dat niet nog mogelijkheden in het tweede spoor onderzocht zouden kunnen worden (§ 2.8.2).²² Wat nu een legitieme ontslagreden is, is dat straks niet meer: de re-integratieverantwoordelijkheid blijft desondanks bestaan. Met het aanstippen van de loondoorbetaling bij ziekte en de premiedifferentiatie als knelpunt benoemde de Minister maar de helft van het probleem. De balans is ook scheef vanwege de re-integratievoorschriften en op dat terrein is nog geen beweging van de overheid te ontwaren. In de aanbevelingen die ik daarom per onderdeel van het re-integratierecht doe, zal ik vermelden of die bijdraagt aan het herstellen van de balans tussen rechten en verplichtingen van werkgever, werknemer en overheid.

10.2 De laatste deelvraag

De beantwoording van de laatste deelvraag is aan de orde: zijn -met de Duitse regeling in het achterhoofd- verbeteringen in Nederland nodig of wenselijk en zo ja welke? Hiervóór heb ik een andere vormgeving van het re-integratierecht *wenselijk* gevonden, waarin het beginsel van insluiting en het beginsel van subsidiaire verantwoordelijkheid beter een plaats krijgen. Dat kan leiden tot wijzigingen op alle onderdelen van het re-integratierecht. Bovendien heb ik het *nodig* gevonden om bij de onderdelen loondoorbetalingsverplichting bij ziekte en bij de verzuimvoorschriften te zoeken naar een andere balans, zodat die onderdelen passen bij *Common Principle* 3 en 8. Dat vloeit voort uit de toepassing van het toetsingskader. Het betekent dat ik in de volgende paragrafen 26 aanbevelingen ga doen om het re-integratierecht aan te passen. Daarbij laat ik Duitse elementen meewegen als die bijdragen aan flexicurity. Den Uijl waarschuwt er voor dat re-integratie in Duitsland plaats vindt via regels, procedures, formele verantwoordelijkheden en medezeggenschap.²³ Dit past volgens haar goed in de Duitse cultuur maar is daarom niet eenvoudig te implementeren in Nederland.²⁴ Mijn doel van de vergelijking van Nederland met Duitsland is echter synthese en inspiratie bij juridische vormgeving (§ 1.6.4). Een cultuurverschil hoeft dat niet in de weg te staan. Bij sommige onderdelen geef ik ook alternatieve aanbevelingen. Bij de implementatie van mijn aanbevelingen zal gebruik kunnen worden gemaakt van enige sociaalrechtelijke variabele, methode of techniek van Van der Heijden/Noordam, zoals ik die in § 4.7.5 heb besproken. De uiteindelijke keus voor één juridische techniek doet meestal niets af aan het flexicuritygehalte van de aangepaste maatregel en is uiteraard aan de wetgever.

21 Art. 7:685 BW (de vergewisplicht) tegenover art. 7:671b lid 2 jo. lid 6 BW, waarbij de a-grond niet wordt opengesteld.

22 *Kamerstukken I* 2013/14, 33 818, nr.C, p.50.

23 Den Uijl, p.493.

24 Den Uijl, p.30-31 en p.493. Duitsland ontwikkelt zich ongeveer even evolutionair als in Nederland, maar is minder geïndividualiseerd, heeft meer ambitie én neiging te polariseren en mijd onzekerheid meer dan Nederland, door regels en procedures.

10.3 Aanbevelingen voor sociale rechtsvorming in het algemeen

In mijn onderzoeksvraag zit de aandacht voor sociale rechtsvorming in het algemeen niet opgesloten. Ik heb mij willen beperken tot het re-integratierecht. Toch is gaandeweg het onderzoek duidelijk geworden dat er een vaste plaats moet worden ingeruimd voor het streven naar het bereiken van flexicuritydoelen wil Nederland in de toekomst rekening (blijven) houden met de EU-eisen aan werkgelegenheidsbeleid. Nu hebben wij het *resultaat* van sociale rechtsvorming getoetst aan de sociaalrechtelijke waarden en beginselen, maar het is aan te bevelen dat al bij de totstandkoming te doen. Vandaar dat is gepleit om een beginseltoets, een flexicuritytoelichting en een voorrangregel in te voeren bij sociale rechtsvorming (§ 4.8).

Enige inspiratie heb ik daarbij wel gehaald uit Duitsland. De centrale rol die grondrechten daar in het sociaal recht vervullen, maakt dat er meer aandacht is voor de fundamentele van rechtsvorming. Dat is niet zozeer gegrond op de spreekwoordelijke Duitse *Gründlichkeit* als wel op de geschiedenis én -in mijn inschatting- op het feit dat grondwettelijke toetsing van wetgeving mogelijk is.²⁵ Het invoeren in Nederland van zo'n grondwettelijke toetsing gaat het bestek van dit boek vër te buiten, maar een beginseltoets in het wetgevingstraject kan een belangrijke stap zijn om consequent aandacht aan onderliggende waarden en beginselen te schenken. Volgens Scholten wordt recht immers gevormd doordat de wetgever (of de rechter) in de regelvorming verschillende rechtsbeginselen tegen elkaar afweegt.²⁶ Nu lijkt het wetsvorming maar met een beginseltoets kan het rechtsvorming worden. Bijkomend is het argument dat daarmee een visie wordt uitgedragen, hetgeen tot een scherper en inhoudelijker maatschappelijk debat kan leiden. Dat bij de invoering van de WIA bijvoorbeeld slechts met een enkel woord is gesproken over het behoud van het *risque social* is spijtig. Een consequent doordenken of dat uitgangspunt nog steeds opgeld doet, was misschien gestimuleerd als de wetgever meer aandacht zou hebben gehad voor waarden en beginselen. Een beginseltoets voorkomt tegelijkertijd dat verwijten op gaan van 'waardenloze' wetgeving, 'gereedschapsrecht' of het beeld van de wetgever als windvaan.²⁷

Ik ben mij er van bewust dat de catalogus van zes leidende sociaalrechtelijke waarden en beginselen die ik heb geschetst nog steeds een subjectief element in zich draagt. Het is *mijn* inschatting van wat nu algemene, richtinggevende oriëntatiepunten zijn, die worden aangevoerd ter rechtvaardiging van de meer concrete normen in het sociaal recht en zo de eenheid en samenhang binnen het rechtssysteem bevorderen. Ik heb getracht dat te objectiveren door de link te leggen met verschillende rechtvaardigheidstheorieën en door de verschillende opvattingen in de literatuur te vergelijken. Ik benadruk nogmaals dat de daaruit blijkende waarden en beginselen niet in

25 § 100 Bundesverfassungsgerichtsgesetz, ErfK/Dieterich, p.15-18.

26 Aangehaald en besproken door Bruggink, p.135.

27 Zoals Van der Heijden/Noordam dat omschrijven, § 4.6.6 of Donner, *Advocatenblad*, september 2014, p.18.

steen gebeiteld zijn en na verloop van tijd kunnen wijzigen. Als andere waarden en beginselen op enig moment een rol gaan spelen dan is daar uiteraard alle ruimte voor; alles draait om motivering, om 'apply and explain'. De beginseltoets is er vooral op gericht om waarden en beginselen, welke dan ook, een vaste plaats te geven in het proces van rechtsvorming.

Aanbeveling 1

Er moet bij rechtsvorming op het gebied van het arbeidsrecht of het socialeverzekeringsrecht inzicht worden gegeven welke waarden en beginselen een rol spelen, welke waarden en beginselen geen rol toebedeeld krijgen én moet worden gemotiveerd waarom bepaalde waarden en beginselen in dat geval zwaarder wegen dan andere. Er moet tegelijk voor worden gezorgd dat bij rechtsvorming op het gebied van het arbeidsrecht of het socialeverzekeringsrecht een flexicuritytoelichting wordt gegeven, die er uit bestaat dat gemotiveerd wordt beschreven welk *Common Principle* van flexicurity wordt gediend met de betreffende wet- en regelgeving. Als blijkt dat met bepaalde rechtsvorming geen van de leidende sociaalrechtelijke waarden en beginselen wordt gediend, niet wordt gestreefd naar enig flexicuritydoel en/of juist onevenredig naar één flexicuritydoel dan moet een voorrangsregel worden toegepast. Die regel voorziet er in dat hetzij de wet- en regelgeving anders vorm krijgen, hetzij een andere afweging op waarden- en beginselniveau wordt gemaakt, zodat wél een waarde of beginsel in acht wordt genomen én een flexicuritydoel wordt gediend.

10.4 Aanbevelingen loondoorbetalingsplicht

De huidige regeling van de loondoorbetalingsplicht bij ziekte moet op een aantal onderdelen worden aangepast om de balans in rechten en plichten te herstellen en om subsidiaire verantwoordelijkheid beter tot zijn recht te laten komen.

10.4.1 Heroverweeg *risque social* voor de werkgever

Uit de cijfers in § 1.2 volgt dat het grootste deel van het verzuim *niet* samenhangt met het werk. Maar een kwart van de zieke werknemers verklaart dat hun verzuim geheel of gedeeltelijk arbeidsgebonden is. Qua verzuim*volume* wordt minder dan de helft werkgebonden geacht.²⁸ Toch is een haast onwrikbaar standpunt dat de lasten van arbeidsongeschiktheid ongeacht de oorzaak (*risque social*) door de overheid (of later: door de werkgever) moeten worden gedragen.²⁹ De rechtsgrond voor de verantwoordelijkheid van de werkgever voor twee jaar loondoorbetaling bij arbeidsongeschiktheid, zonder dat hij op het ontstaan daarvan invloed heeft kunnen uitoefenen, moet

²⁸ Zie § 1.2.

²⁹ Bij de invoering van de WIA is door het kabinet advies gevraagd aan de SER over de invoering van een aparte *risque professionnel*-regeling, de zgn. Extra Garantierегeling Beroepsrisico's. De SER heeft de boot in zijn advies enigszins afgehouden, SER Advies 2004-2.

opnieuw tegen het licht worden gehouden.³⁰ Vraagt een balans tussen rechten en plichten van werkgever, werknemer en overheid niet om een andere verdeling, bijvoorbeeld met een risqué professionnel-regeling?³¹

Om die vraag te beantwoorden moet eerst worden gemotiveerd: waarom is het risqué social te heroverwegen?³² Misschien is een terechte wedervraag: waarom is het te handhaven? Het is goed te beseffen dat het uitgangspunt is dat ziekte in de risicosfeer van een ieder zelf ligt. Ziekte is een 'fact of life'. Interessant wordt de rechtvaardigheidsgedachte die Asscher-Vonk heeft geopperd. Bij haar benadering van sociale rechtvaardigheid heeft zij aangehaald dat belangen die *buiten* de werkgever en werknemer staan geen vertaling verdienen als rechten en plichten in de arbeidsovereenkomst. Bij een algemeen belang, zoals bijvoorbeeld het terugdringen van het beroep op de arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, moet precies worden nagegaan of dat *ook* een belang van (één van) de contractspartijen is.³³ Als dat zo is, moeten vervolgens het werkgevers- en werknemersbelang worden afgewogen tegen andere onderkende en erkende belangen, waarbij de arbeidsrechtelijke maatregel moet zijn *gericht* op verhoging van rechtvaardigheid en dat *effect* ook hebben.

Het risqué social is geboren vanuit een bepaalde visie op het algemeen belang, waarbij ziekte uit de risicosfeer van het individu werd gehaald en werd ondergebracht bij het collectief.³⁴ Onderkend kan worden dat ook de arbeidsongeschikte werknemer als contractspartij belang heeft bij het risqué social. Bij arbeidsongeschiktheid is namelijk zonder verdere discussie zijn aanspraak op loon veiliggesteld. Maar of dit belang *in de individuele arbeidsverhouding* kan worden erkend is voor mij niet zeker. In de afweging van onderkende en erkende belangen is het maar de vraag of het risqué social is gericht op rechtvaardigheid of het effect heeft die te vergroten, als een werkgever -die geen invloed heeft gehad op het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid- verantwoordelijkheid draagt voor de kosten daarvan.³⁵ In het verbintenissenrecht is het ongebruikelijk

30 De HR heeft niet willen uitspreken dat er zoiets als een risqué social-beginsel aan art. 7:629 BW ten grondslag ligt: 'Voor zover het middel betoogt dat een andere dan de daarin verdedigde opvatting in strijd komt met het maatschappelijk aanvaarde en in het recht verankerde beginsel van het 'risqué social' -het bestaan van een dergelijke rechtsbeginsel daargelaten- miskent het dat de omstandigheid dat art. 7:629 zich niet beperkt tot de risico's van beroepsziekten en -ongevallen niet eraan in de weg staat dat, zoals hier geschied is, de aanspraak op een bovenwettelijke aanvulling contractueel aldus wordt beperkt dat arbeidsongeschiktheid, veroorzaakt door buiten de werksfeer liggende gedragingen of activiteiten van de werknemer, die aanspraak doet vervallen.', HR 14 maart 2008, ECLI:HR:2008:BC6699, r.o. 3.3.

31 Uiteraard bestaat hier verband met hoe over art. 7:658 BW wordt gedacht.

32 Zie over het risqué social ook § 5.25.2.

33 Asscher-Vonk 2010, p.95-96. De grens tussen algemeen belang en werkgevers- en werknemersbelang moet niet te scherp worden getrokken, stelt zij.

34 Zie § 5.9.

35 Heel letterlijk genomen is die verantwoordelijkheid zelfs groter als de werkgever *geen* invloed heeft op het ontstaan van arbeidsongeschiktheid, dan als de werkgever *wel* invloed heeft! Bij het risqué social -dus zonder invloed- kan hij zich namelijk alleen bevrijden van zijn verantwoordelijkheid bij opzet van de werknemer. Bij arbeidsongevallen en beroepsziekten -dus waarop hij wel invloed heeft- kan hij zich bevrijden van aansprakelijkheid bij opzet én bij bewuste roekeloosheid van de werknemer. Het verschil is maar marginaal (zie verder in § 10.4.2) maar lijkt niet in verhouding.

om aansprakelijkheid te aanvaarden voor risico's die je zelf niet kunt beïnvloeden, terwijl de wederpartij dit wel kan. Het dwingendrechtelijk opleggen van een dergelijke aansprakelijkheid strookt daarom in beginsel niet met gangbare ideeën over een rechtvaardige risicoverdeling.³⁶ De arbeidsovereenkomst is echter geen gewone overeenkomst, wat reden kan zijn de risicoverdeling anders vorm te geven. Een afwijking van het uitgangspunt dat ziekte in de risicosfeer van de werknemer ligt, moet dus door de wetgever worden gemotiveerd. Na de 'privatisering van de ZW' ontbreekt die fundamentele motivering waarom dit risico bij de individuele werkgever mag worden gelegd.³⁷ In de toetsing van Asscher-Vonk is het daarmee niet sociaal rechtvaardig het risique social een plaats toe te kennen in de individuele arbeidsovereenkomst.³⁸

Daarnaast is het risique social ingevoerd in de ZW en later gehandhaafd in de WAO. Op basis van solidariteit is toen besloten dat de maatschappij de gevolgen zou dragen van arbeidsongeschiktheid die werknemers overkwam. Dat gebeurde aanvankelijk omdat de kosten daarvan werden gedragen door diezelfde maatschappij, met de collectief gefinancierde werknemersverzekeringen. Met het overhevelen gedurende de wachttijd van de inkomensverantwoordelijkheid naar de werkgever ontviel echter die collectiviteits- en solidariteitsgedachte. Roozendaal wijst er terecht nog op dat in de jaren negentig het idee werd gevoed dat de zorg voor het inkomen van de zieke werknemer eigenlijk altijd al een verantwoordelijkheid van de werkgever was geweest, die hij steeds op de collectiviteit had kunnen afwentelen. Dat is historisch gezien onjuist want arbeidsongeschiktheid werd altijd als een maatschappelijk risico gezien.³⁹ De individuele werkgever werd niettemin verantwoordelijk voor de loon- doorbetaling ongeacht de oorzaken die tot arbeidsongeschiktheid leidden. Dat is in wezen een risico-aansprakelijkheid voor arbeidsongeschiktheid van de werknemer, zonder de dekking van een collectieve verzekering. Hoekema/Van Manen hebben vanuit een oogpunt van legaliteit helder betoogd dat risicoaansprakelijkheid niet mag bestaan zonder een verzekeringsmogelijkheid, maar dat omgekeerd niet geldt dat risicoaansprakelijkheid mag worden ingevoerd *omdat* er een verzekeringsmogelijkheid bestaat.⁴⁰ Precies dát is er wel gebeurd: de Minister heeft de loon- doorbetalings- plicht voor een gelijke, lange termijn voor alle bedrijven ingevoerd, omdat op de markt een adequate betaalbare verzekeringsmogelijkheid bestaat.⁴¹

Private verzekeringen zijn echter geen passende vervanging van collectieve regelingen, bijvoorbeeld omdat een deel van de werkgevers zich niet heeft verzekerd, een groot deel van de werknemers daarmee niet onder de dekking valt en de verzekering voor kleine bedrijven duur is.⁴² Daar is tegen in te brengen dat de werkgever zelf de

36 Roozendaal 2005, p.23.

37 Sterker nog, het is de wetgever bewust om *iets anders* te doen geweest dan een evenredige bijdrage van de werkgevers aan de kosten van arbeidsongeschiktheid: nl. preventie en re-integratie, Fluit 2001, p.117, Roozendaal 2005, p.31.

38 Aangezien het onduidelijk is of het risique social in deze vorm gericht is op rechtvaardigheid.

39 Roozendaal 2005, p.32.

40 Hoekema/Van Manen, p.136-137.

41 Dat ging over MKB-bedrijven, *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr.3, p.18..

42 Zie § 9.2.1 bij solidariteit en L. Kok, A. Heyma & M. Lammers, 'Verlaag kosten loon- doorbetaling voor kleine bedrijven', *TPE digitaal* 2013/7, p.11.

verantwoordelijkheid maar moet dragen als hij besluit zich niet te verzekeren. Dat is toch wat Dworkin beweert?⁴³ Volgens mij niet. De werkgever moet zelf de gevolgen dragen van *option luck* (de eigen keuzes) of van het al dan niet verzekeren van *brute bad luck* (vangnet tegen domme pech). Dat een werkgever er niet voor kiest het risico van loondoorbetaling bij ziekte te verzekeren, maakt zijn situatie nog niet sociaal rechtvaardig. De aanleiding om zich te verzekeren is namelijk geen domme pech, maar bewust beleid. Beleid wordt niet sociaal rechtvaardig enkel omdat je jezelf tegen de gevolgen kunt verzekeren.⁴⁴ Er is ook nog te wijzen op de twee effecten die tegelijkertijd ontstaan bij een *risque social* voor de individuele werkgever. Ik heb al gewezen op de kans op *risicoselectie*. Het kan de werkgever tegelijkertijd stimuleren invloed te gaan uitoefenen op zijn werknemer om het ontstaan van arbeidsongeschiktheid in de privé sfeer te voorkomen. De scheidslijn tussen werk en privé kan daarbij op een onwenselijke manier worden overschreden.⁴⁵

Waarom dan wel een *risque professionnel*-regeling overwegen? Dát werkgevers de last moeten dragen van werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid is terecht. Zij zijn verantwoordelijk voor de inrichting en het onderhoud van de arbeidsplaats van hun werknemers. Als de werknemer een bedrijfsongeval krijgt of een beroepsziekte ontwikkelt dan is het niet rechtvaardig de schade af te wentelen op de collectiviteit.⁴⁶ Artikel 7:658 BW dekt nu de aansprakelijkheid voor een *risque professionnel*. *Risque professionnel*-regelingen zijn in de regel gestoeld op risicoaansprakelijkheid; dat is in feite ook zo bij artikel 7:658 BW, wat wel een quasi-*risicoaansprakelijkheid* is genoemd.⁴⁷ Als de werkgever een risicoaansprakelijkheid draagt, is een heroverweging van het *risque social* terecht.⁴⁸ Bij een zuiver *risque professionnel*-stelsel wordt collectief een uitkering gefinancierd als de werknemer in de uitoefening van de werkzaamheden schade lijdt. De werknemer hoeft geen schuld, fout of nalatigheid van de werkgever te bewijzen en krijgt een hoge uitkering. De werkgever weet dat hij er van uit kan gaan dat hij niet verder wordt aangesproken tot vergoeding van schade (*immunité*).⁴⁹

43 Zie § 4.5.5.

44 Een extra argument is wellicht dat het overlaten aan de markt een veronachtzaming is van de grondwettelijke taak van de overheid te zorgen voor sociale zekerheid. Loondoorbetaling bij ziekte wordt echter in Europese rechtspraak ook gezien als 'sociale zekerheid'.

45 Zie ook Roozendaal 2005, p.33-34.

46 Zie ook de rechtsgrond die bij de rechtsvoorganger van art. 7:658 BW is aangevoerd, te weten art. 7A:1638c BW: werknemers worden aan een groter risico blootgesteld doordat zij werken, zodat de werkgever voor dat risico de verantwoordelijkheid draagt.

47 W. Rauws, 'Werk maken van arbeidsongeschiktheid: *risque professionnel* of *risque social*?' in: T. Hartlief & S. Klosse (red.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2003, p.162-163.

48 Rauws, p.163.

49 Rauws, p.150 en 163. Een systeem met een combinatie van *risque professionnel* en een bovenwettelijke aansprakelijkheid is ook mogelijk, S. Klosse, 'Meerwaarde van alternatieve (vergoedings)systemen' in: Hartlief/Klosse, p.101-107.

Voorstanders van een zuiver risqué professionnel-stelsel wijzen op een aantal voordelen:⁵⁰

- Damping volume-risico's.
Door een afzonderlijk stelsel voor beroepsgebonden schade kan de drempel voor sociale risico's omhoog en de instroom in arbeidsongeschiktheidverzekering omlaag.
- Meningsvorming over wat tot verantwoordelijkheid van de werkgever behoort.
In overleg tussen medische deskundigen, vakbonden en werkgeversorganisaties kan duidelijk worden afgebakend welke gezondheidsrisico's tot de verantwoordelijkheid van de werkgever horen.
- De sociale vrede wordt bewaard.
De werknemer hoeft niet te gaan procederen tegen zijn werkgever maar kan in discussie gaan met diens verzekeraar, niet zozeer over de aansprakelijkheid zelf maar in de regel over de omvang van de schade.
- Correcte schadeloosstelling van getroffen en.
Verlies van verdien capaciteit wordt tamelijk volledig gecompenseerd; de uitkering is hoger dan bij sociale risico's.
- Instemming van werkgevers met exclusieve financiering.
Werkgevers zullen in de regel geen moeite hebben met het moeten betalen van de premie voor een risqué professionnel-verzekering, aangezien het geheel van verzekerde gebeurtenissen in hun risico- en invloedssfeer valt.
- Rem op een claimcultuur en calculeerbaarheid van de risico's.
Vanwege duidelijkheid rond verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en de hoogte van de uitkering is de kans op een civiele claimstroom kleiner. Voor verzekeraars is de inschatting van risico's daardoor gemakkelijker.
- Veelal is er sprake van een gecombineerde uitvoering van financiële schadevergoeding met preventie, revalidatie en re-integratie.

Tegenstanders wijzen op een aantal nadelen en voeren een aantal argumenten aan:

- Het is onrechtvaardig om mensen met dezelfde aandoening uit verschillende oorzaken, financieel verschillend te compenseren.
Geers heeft dat in strijd met het gelijkheidsbeginsel genoemd.⁵¹
- Afbakening van werkgerelateerde en privé arbeidsongeschiktheid is lastig.
Multicausale arbeidsongeschiktheid maakt de handhaafbaarheid van een risqué professionnel-stelsel ingewikkeld.
- Beperkte lijst van wat tot verantwoordelijkheid van de werkgever hoort, zorgt voor zware bewijslast van de werknemer.
Er zal een neiging zijn om vanuit kostenbeheersing de lijst te beperken, van schade-risico's die tot de verantwoordelijkheid van de werkgever behoren. De arbeidsongeschikte werknemer die buiten die lijst om een vordering wil instellen, zal dan te maken krijgen met een zware bewijslast.

⁵⁰ Opsomming van voor- en nadelen uit Rauws, p.150-153.

⁵¹ A. Geers, 'Kanttekeningen bij het preadvies van Rauws' in: Hartlief/Klosse, p.182.

- Onnodig voor re-integratie en soms zelfs re-integratiebelemmerend.
Om aan re-integratie te werken is een risque professionnel-regeling niet noodzakelijk; dat kan ook bij een risque social-regeling. De hoge uitkering levert voor de werknemer geen prikkel tot re-integratie, terwijl 'labeling' als 'privé-arbeidsongeschikte' belemmerend kan werken voor arbeidsdeelname.
- Complexe regelgeving en hoge administratieve lasten, onder meer door te verwachten bezwaren tegen het niet aanmerken van arbeidsongeschiktheid als risque professionnel en door institutionele kosten.

Als de zwaarstwegende van deze argumenten kunnen worden weerlegd, kan dat helpen de gedachte van een risque professionnel-regeling te overwegen.⁵² Geers heeft de eerste twee argumenten uitgewerkt.⁵³ Allereerst het rechtvaardigheidsargument waarbij hij zich beroept op het gelijkheidsbeginsel. Het gaat niet áán om mensen met eenzelfde arbeidsongeschiktheid maar vanwege verschillende oorzaken financieel ongelijk te behandelen, zegt hij. Ik denk echter dat juist het gelijkheidsbeginsel grond is om dat wel toe te staan. Immers, dat beginsel bepaalt dat *gelijke gevallen* gelijk moeten worden behandeld. Omdat de oorzaken van de arbeidsongeschiktheid verschillend zijn, is gelijke behandeling al niet geboden. Ongelijke gevallen mogen vervolgens ongelijk worden behandeld, naar de mate van hun ongelijkheid. Het is verdedigbaar om werknemers die schade hebben geleden doordat zij aan een risicoverhogende situatie hebben blootgestaan, namelijk een werkgeving,⁵⁴ een andere uitkering te geven, dan mensen van wie de arbeidsongeschiktheid voortvloeit uit een omstandigheid die in *hun* risicosfeer ligt.

Het tweede argument is veel gehoord: afbakening tussen werkgerelateerde en privé-gerelateerde arbeidsongeschiktheid, met name als meerdere oorzaken daaraan (kunnen) hebben bijgedragen, maken een risque professionnel-regeling moeilijk hanteerbaar. Hier wijst Geers op het naar zijn mening overtuigende bewijs dat ligt in de jurisprudentie rond de norm 'in de uitoefening van zijn werkzaamheden' uit artikel 7:658 BW. Ook hier denk ik dat juist *die* jurisprudentie de werkbaarheid van het onderscheid aantoot. In de loop van de tijd is de norm door de HR zo verfijnd dat de stelling van Fluit uit 2001 dat de jurisprudentie voldoende houvast biedt voor een onderscheid tussen risque social en risque professionnel, zeker opgaat.⁵⁵ Ik kan mij verder niet aan de indruk onttrekken dat uit de ervaringen in de ons omringende landen, die allemaal een risque-professionnel regeling kennen waaronder het Duitse *Unfallversicherungsgesetz*, voldoende vertrouwen te is putten dat een dergelijk onderscheid werkbaar en uitvoerbaar is te maken. Of dat blijkt het derde argument moet met een vaste lijst van beroepsziekten en hoe de bewijslast moet luiden bij

52 Overigens is wel nodig dat bedrijfsartsen hun wettelijke plicht om beroepsziekten te melden (art.9 lid 3 Arbeidsomstandighedenwet) beter vorm geven. Naar blijkt meldt 70% van de bedrijfsartsen een beroepsziekte niet, B.C.H. de Zwart e.a., *Versterken melding beroepsziekten. Resultaten vragenlijstonderzoek*, Astri 23 april 2014.

53 Geers, p.182.

54 Wat ik zie als de rechtsgrond van aansprakelijkheid van art. 7:658 BW.

55 Fluit 2001, stelling 3.

situaties die buiten de risqué professionnel-verantwoordelijkheid vallen, is nog te bezien.⁵⁶ Het argument dat de re-integratie ook kan worden overgelaten aan de publieke uitvoerders van een risqué social-regeling is juist. Het is niet *nodig* dat dit wordt ondergebracht bij een uitvoerder van een risqué professionnel-regeling. Tegelijkertijd is er ook niets op tegen. Het bezwaar dat een hoge uitkering en de 'labeling' re-integratiebelemmerend werken, zijn bezwaren die hout snijden. Voor het ontbreken van prikkels of voor de kans op risicoselectie die hierbij bestaat, moet over een oplossing worden nagedacht. Uit literatuurstudie en analyse van gegevens uit omringende landen is ten slotte -in antwoord op het laatste argument- niet zo maar af te leiden dat de regels te complex zijn of leiden tot hoge administratieve kosten.⁵⁷

Op basis van het voorgaande staat voor mij het handhaven van een risqué social voor de werkgever niet zonder meer op voorhand vast en ben ik niet meteen overtuigd van de onoverkomelijkheid van een aantal bezwaren tegen het risqué professionnel.⁵⁸ Mijn pleidooi komt nu niet per se neer op het afschaffen van het risqué social voor de werkgever, maar mij lijkt dat de discussie over de rechtvaardiging daarvoor opnieuw zou moeten worden gevoerd. In zo'n discussie is voor mij overigens niet noodzakelijkerwijs het doel om te komen tot volledige afschaffing van de loon-doorbetaling bij ziekte. Een gedachte kan zijn het huidige stelsel te vervangen door een verzekeringssysteem met een uitkering voor professionele risico's zonder eigenrisicoperiode en een uitkering voor andere risico's, met een eigenrisicoperiode.^{59 60} Dat is exact het systeem dat in Duitsland geldt en wat kennelijk heeft geleid tot vergelijkbare verzuimpercentages, lagere instroomcijfers in arbeidsongeschiktheidregelingen en lagere totale uitgaven aan arbeidsongeschiktheid.⁶¹

56 Voor wat dat betreft is misschien een aanknopingspunt te vinden in de art. 7:611 BW-jurisprudentie over werkgerelateerde schade.

57 Rauws, p.153.

58 Pennings meent vanuit een internationaalrechtelijke invalshoek dat een risqué professionnel-regeling onvermijdelijk is, F.J.L. Pennings, 'De Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen in het licht van de IAO-verdragen', *Arbeid Integraal* 2005/3, p.75. FNV-voorzitter T. Heerts riep op 11 juni 2014 er toe op een collectieve schadevergoedingsregeling in te voeren 'om de problematiek van de beroepsziekten nu eindelijk fatsoenlijk te regelen', <http://www.nu.nl/economie/3799604/fnv-wil-regeling-beroepsziekten.html?kl>, geraadpleegd op 14 juli 2014.

59 A.T.J.M. Jacobs, *Veranderend socialezekerheidsrecht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1997, p.96, hij stelt een loon-doorbetalingsperiode van zes weken voor. Merkwaardig is de redenering van de Minister zo'n soort regeling niet toe te staan omdat de ZW na zo'n eigenrisicoperiode dan een particuliere verzekering zou zijn: *Kamerstukken II* 2000/01, 27 678, nr. 5, p.17-18: 'De leden van de fractie van GroenLinks vragen een reactie op hun suggestie om met name ten behoeve van het MKB de mogelijkheid te openen na 13 weken gebruik te maken van de collectieve Ziektewet...De financiële last wordt dan ondergebracht bij de uitvoeringsinstelling. Deze suggestie komt er naar de mening van het kabinet op neer dat een deel van de werkgevers de financiële lasten van het ziekteverzuim in het eerste jaar ten laste van de sociale fondsen kunnen brengen en dat de uitvoeringsinstelling in feite een particuliere verzekering aanbiedt. Dat is niet de weg die het kabinet wil volgen.'

60 Een eigenrisicoperiode is het toch accepteren dat de werkgever voor een korte periode het risqué social voor zijn rekening neemt. Dat acht ik aanvaardbaar uit het oogpunt van uitvoerbaarheid. Zie verder § 10.4.3 en 10.4.4 over de duur van die eigenrisicoperiode.

61 Zie § 1.3.

Afrondend nog een enkele losse gedachte over de financiering van een systeem van het risqué social. Een één-op-één terugkeer naar situatie van voor de Wet TZ (1992) door alles weer terug onder te brengen in de ZW ligt voor mij niet direct voor de hand. Het sociaalrechtelijke landschap is de afgelopen decennia serieus veranderd. De vraag komt op, wat de elementen zijn waaraan een verzekering in de 21^e eeuw moet voldoen? Zonder de pretentie te hebben dat hier uit te kunnen werken geef ik een paar vingerwijzingen. Om te beginnen stelt ILO-Verdrag nr.102 de eis van collectieve financiering, want die zou ertoe leiden dat minder risicoselectie zou plaatsvinden. Kok/Heyma/Lammers menen dat een mix van publieke en private verzekering moet worden vermeden en kiezen voor een publiek stelsel.⁶² Hermans onderzocht een hybride vorm, die voldoet aan internationaalrechtelijke verplichtingen.⁶³ Zij schetst als optie een collectief gefinancierd systeem als ene pijler en een spaarsysteem voor de werknemer als andere pijler. Bij het spaarsysteem spaart de werknemer verplicht voor een inkomensvervangende uitkering, zolang hij in het collectieve systeem verzekerd is. Het spaartegoed is bedoeld om uit eigen middelen een bepaalde periode waarin het verzekerde risico zich voordoet, op te vangen.⁶⁴ Op welke pijler een werknemer eerst een beroep moet doen, is volgens Hermans niet te zeggen; dat moet verder worden onderzocht. Internationaalrechtelijk lijkt een beroep op het collectieve systeem vóór te moeten gaan, onder meer omdat daarin waarborgen zitten van een vaststaande hoogte en duur van de uitkering. Vanuit het oogpunt van activerende werking lijkt eerst een beroep op het spaarsaldo te verkiezen:

*'Als mensen immers voor hun eigen socialezekerheidsstelsel moeten sparen, zullen ze er minder snel een beroep op doen en zullen de maatschappelijke kosten voor het socialezekerheidsstelsel afnemen.'*⁶⁵

Waar leidt dit toe? In zo'n systeem zou denkbaar zijn dat de werknemer vanuit zijn spaar-ZW de eerste periode van arbeidsongeschiktheid zelf moet financieren (eerste pijler), de werkgever een tweede periode en de ZW voor het vervolg zou zijn bedoeld (tweede pijler). Dit vraagt verdere overdenking omdat er nogal wat obstakels zijn te nemen. Zo betekent minder kans op risicoselectie een verbetering van insluiting, maar niet voldoende hebben kunnen sparen bedreigt die weer. Voor mij is in elk geval de gedachte van subsidiaire verantwoordelijkheid die doorklinkt bij een 'spaarpijler' aanleiding om verder onderzoek aan te bevelen.⁶⁶

62 Kok/Heyma/Lammers, p.14-15, ook omdat een significant verschil in werkherhvatting tussen private of publieke verzekering niet zou zijn te zien.

63 Hermans, p.402-411, weliswaar voor de WW maar net zo goed toepasbaar rond arbeidsongeschiktheid, p.410. Ik besef dat haar 'sociale risico's' over iets anders gaan (zorg, scholing, levensloop afhankelijke behoeften) dan het 'risqué social' (irrelevante oorzaak van arbeidsongeschiktheid).

64 Hermans, p.66, een combinatie van de Spaar-WW variant van Van Ours en de Levensloop-WW-variant Hermans & Pennings waaruit niet alleen zorg- en scholingsverlof of sabbatical wordt betaald, maar ook de WW zelf, p.74.

65 Hermans, p.408, 10 en 403-404. Overigens staat bij een 'spaarpijler' vast dat bij onvoldoende spaartegoed maatregelen nodig zijn om kwetsbare groepen in te sluiten, die niet (opnieuw) hebben kunnen sparen (zoals starters of mensen met een hoog werkloosheidsrisico). Dat kan met bijvoorbeeld eenvoudig krediet of aanvullingen uit een solidariteitsfonds, betaald door werkgever en werknemer of door publieke middelen.

66 En niet zo zeer de activerende (financiële prikkel)werking, die ik voor werknemers betwijfel.

Aanbeveling 2

Door de wetgever zou een fundamentele discussie moeten worden gevoerd over de rechtsgrond van het moeten betalen van loon bij arbeidsongeschiktheid door de werkgever *ongeacht* de oorzaak waarom de werknemer arbeidsongeschikt is geworden. Er zijn gegronde twijfels of dat wel rechtvaardig is en er zijn de nodige argumenten om te kiezen voor een systeem met een onderscheid in professionele risico's en privérisico's. Het is te overwegen verder onderzoek te doen naar de mogelijkheid om de privérisico's onder te brengen in een spaar-ZW, waarbij de werknemer (vanwege het beginsel van subsidiaire verantwoordelijkheid) spaart om bij arbeidsongeschiktheid een deel van zijn ziekteperiode zelf financieel te overbruggen.

Wordt geen *risque professionnel*-regeling ingevoerd dan is een andere, minder vérgaande optie het heroverwegen van het huidige verhaalsrecht van het UWV op de aansprakelijke veroorzaker. Op grond van artikel 98 WIA kan het UWV de betaalde uitkering en de redelijke re-integratiekosten verhalen op de aansprakelijke derde. Als die derde echter de werkgever of een andere werknemer is dan beperkt artikel 100 WIA het verhaal tot gevallen waarin er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid bij het ontstaan van de schade.⁶⁷ Waar de beperking tot opzet of bewuste roekeloosheid bij verhaal op een andere werknemer begrijpelijk is, gezien het overeenkomstig bepaalde in artikel 7:661 BW, is niet helder wat de ratio is van een beperkt verhaalsrecht op de werkgever, namelijk tot de gevallen dat *hij* de schade opzettelijk of bewust roekeloos heeft veroorzaakt.⁶⁸ De werkgever zou bijvoorbeeld bij schuld aan een arbeidsongeval de schade aan de werknemer moeten vergoeden. Tot die te vergoeden schade van de werknemer behoort niet *alle* inkomensschade want de werknemer krijgt (bijvoorbeeld) een IVA-uitkering. De werkgever dient dan het meerdere tot het laatstverdiende loon aan de werknemer te vergoeden. Het UWV heeft in zo'n geval nu géén mogelijkheid de betaalde IVA-uitkering op de werkgever te verhalen, want het ongeval vond niet plaats door schade of bewuste roekeloosheid. Voor mij zou voor de hand liggen dat het UWV voor zijn deel van de schade regres moet kunnen nemen op de werkgever, als deze aansprakelijk is voor de schade. Zou daarom de hoofdregel uit artikel 99 WIA niet gewoon van toepassing moeten zijn? De commissie Buurmeijer was daar een voorstander van en ook Van Dam heeft dat voorgesteld, omdat het uitvoering geeft aan het beginsel 'de vervuiler betaalt'. Volgens hem is het aannemelijk dat de met de huidige regeling vergelijkbare WAO-verhaalsregeling er aan heeft bijgedragen dat het WAO-volume onstuimig groeide in de jaren zeventig en tachtig:

67 *Kamerstukken II* 2004/04, 30 034, nr.3, p.211-212, waaruit blijkt dat het verhaalsysteem uit de WAO werd gehandhaafd.

68 Wat bewuste roekeloosheid van de werkgever is, is onduidelijk. In elk geval zal het niet de definitie uit HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 137 zijn, dat '*de werknemer zich, tijdens het verrichten van de onmiddellijk aan het ongeval voorgaande gedraging, van het roekeloze karakter daadwerkelijk bewust is geweest*'.

*'De kosten van die arbeidsongeschiktheid werden immers voor een veel te klein deel aan de werkgever doorberekend.'*⁶⁹

Aanbeveling 3

Zonder een *risque professionnel*-regeling moet de beperking vervallen dat het UWV alleen verhaalsrecht van de verstrekte uitkering heeft als de aansprakelijke werkgever de schade opzettelijk of bewust roekeloos heeft veroorzaakt. Artikel 99 WIA moet worden toegepast in plaats van artikel 100 WIA.

10.4.2 Invoeren van een preventieplicht

De kans is aanwezig dat mijn aanbeveling om het *risque social* af te schaffen niet in de praktijk wordt gebracht. Als dat zo is moet worden overwogen een 'risque social light'-regime aan te nemen. Arbeidsongeschiktheid uit *elke* oorzaak blijft nog steeds tot loondoorbetaling leiden, behalve als de werknemer verwijtbaar heeft bijgedragen aan het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid. Door het invoeren van wat ik een preventieplicht noem kan worden gewerkt aan meer balans en komt het beginsel van subsidiaire verantwoordelijkheid beter tot zijn recht, zonder dat insluiting onaanvaardbaar tekort wordt gedaan. Daarbij heb ik mijn toevlucht gezocht tot het Duitse recht op het punt van het '*Selbstverschulden*', het schuldig zijn aan het veroorzaken van de arbeidsongeschiktheid. Het Nederlandse recht laat het recht op loondoorbetaling bij ziekte alleen vervallen als de werknemer de arbeidsongeschiktheid *opzettelijk* heeft veroorzaakt. Het is gebleken dat dit een dode letter is, vanwege het criterium of de werknemer heeft gehandeld of nagelaten *met de bedoeling* arbeidsongeschikt te worden.⁷⁰ In de rechtspraak ben ik geen voorbeeld tegengekomen waarin de werkgever een geslaagd beroep heeft gedaan op deze grond. In de praktijk heb ik een keer van een situatie gehoord waarin dit zou kunnen hebben gespeeld. Het betrof een Duitse tandarts die zijn eigen pink afsneed, omdat hij zijn arbeidsongeschiktheidsverzekering wilde oplichten. Als de tandarts een werknemer zou zijn geweest, zou dit kwalificeren als opzettelijke veroorzaakte arbeidsongeschiktheid in de zin van artikel 7:629 lid 3 aanhef en sub a BW, waardoor hij geen recht op loondoorbetaling bij ziekte zou hebben gehad. Er is wel reden om het verval van het recht op loon door bepaald handelen of nalaten van de werknemer te rechtvaardigen, ook buiten gevallen van opzet.

Bij invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst is onder meer door Drucker bepleit om naast 'opzet' ook 'grove schuld' op te nemen. Dat is uiteindelijk niet gebeurd omdat dit aanleiding zou geven tot tal van processen of -als zou worden

⁶⁹ *Kamerstukken II 1992/93, 22 730, nr.7-8, p.416-417, zie ook SMA 1991, p.555-559 en C.C. van Dam, Politieke infiltratie in het privaatrecht. Beleidsmatige wetgeving in het vermogensrecht, oratie VU, Law en Practice Publishers: Deventer 1994, p.17-19. Hartlief meent dat verdergaande regresrechten vanuit het oogpunt van het aansprakelijkheidsrecht niet zinvol is, T. Hartlief, 'De meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht' in: Hartlief/Klosse, p.51-52.*

⁷⁰ Hoogendijk vindt dat goed werknemerschap een opening biedt om niet tot loondoorbetaling over te gaan, maar dat is gelet op de duidelijke wetsgeschiedenis (die zij ook benoemt) volgens mij moeilijk houdbaar, Hoogendijk 1999, p.91-95.

gekozen niet te procederen- tot het verliezen of verkrijgen van het loon waar de wetgever dat in feite niet zou hebben gewild.⁷¹ Sindsdien is er bij mijn weten bij wetgeving niet fundamenteel van gedachten gewisseld of deze loonuitsluitingsgrond nog wel aansloot bij de praktijk. Hermans constateert dat bij bescherming rond klassieke risico's als ziekte en arbeidsongeschiktheid teveel de nadruk ligt op 'wat ons overkomt' en te weinig op de invloed die wij zelf daarop ook kunnen uitoefenen. Een wijziging in aanpak moet dus oog hebben voor uitbreiding van eigen verantwoordelijkheid.⁷² Zo'n andere vormgeving past bij het uit onderzoek gebleken gevoel, dat het de werknemersverantwoordelijkheid is om het ontstaan van arbeidsongeschiktheid te voorkomen.⁷³ Als daaraan wordt toegevoegd dat veel verzuim niet arbeidsgebonden is dan is aannemelijk dat er zich tal van gevallen voordoen waarin de werknemer door privé handelen of nalaten invloed heeft uitgeoefend op het ontstaan van arbeidsongeschiktheid. Door sommigen is tevens de ontwikkeling gesignaleerd dat meer wederkerigheid in arbeidsverhoudingen te zien is.⁷⁴ Een werkgever en een werknemer zijn meer en meer gehouden wederkerig rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen.⁷⁵ Het vanzelfsprekende van de loondoorbetaling bij ziekte, ongeacht het handelen of nalaten van de werknemer, wil ik daarom ter discussie stellen. Subsidiaire verantwoordelijkheid betekent immers dat de werknemer eerst al het redelijke moet doen voordat hij gebruik maakt van voorzieningen die de werkgever of de overheid bieden. Dat redelijke strekt zich ook uit over zijn gedrag en de invloed die dat heeft op het ontstaan van arbeidsongeschiktheid.

In de literatuur is er daarom voor gepleit om de loonuitsluitingsgrond uit te breiden, náást het opzettelijk veroorzaken van ziekte. Fluit heeft voorgesteld analoog aan artikel 7:658 lid 2 BW 'bewuste roekeloosheid' toe te voegen. Dat heeft als voordeel dat gebruik kan worden gemaakt van bestaande inzichten over deze norm. Bovendien sluit het wetssystematisch goed op elkaar aan. Artikel 100 WIA koppelt het UWV-regresrecht op de werkgever aan de norm 'opzet of bewuste roekeloosheid' en ook artikel 7:661 BW spreekt van aansprakelijkheid van een werknemer voor schade tegenover de werkgever of een derde als die veroorzaakt is door opzet of bewuste roekeloosheid. Tegen het toevoegen van dit begrip aan artikel 7:629 lid 3 sub a BW spreekt dat de reikwijdte daarvan door de HR dusdanig is beperkt dat het niet veel extra speelruimte geeft naast de opzettelijk veroorzaakte arbeidsongeschiktheid. In het arrest Pollemans/Hoondert maakte de HR namelijk uit dat van bewuste roekeloosheid sprake is als *'de werknemer zich, tijdens het verrichten van de onmiddellijk aan*

71 Bles III, p.451 en 455. Overigens stond er wel 'door onzedelijkheid veroorzaakte ziekte' in, waarin grove schuld besloten lag.

72 Hermans 2014, p.9-10.

73 Research voor Beleid, *Bouwen op vertrouwen. Professionals over de arbeidsmarktpositie van mensen met een arbeidsbeperking*, Leiden 9 januari 2007, Research voor Beleid, *Weerbarstige denkbelden. De beeldvorming van leidinggevend en werknemers over mensen met een arbeidsbeperking*, Leiden 9 januari 2007.

74 In het bijzonder P.F. van der Heijden, 'Een nieuwe rechtsorde van de arbeid' in: P.F. van der Heijden, R.H. van het Kaar en A.C.J.M. Wilthagen (red.), *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, Sdu Uitgevers: Den Haag 1999.

75 Riphagen, p.148.

het ongeval voorgaande gedraging, van het roekeloze karakter daadwerkelijk bewust is geweest'.⁷⁶ De werkgever zal er nauwelijks in kunnen slagen dit te bewijzen: Geers noemt het een 'mission impossible'.⁷⁷

Hoogendijk rekt de reikwijdte nog iets verder op. Zij wil aan 'opzet' het begrip 'grove schuld' toevoegen. Daarmee wil zij tot uitdrukking brengen dat de werknemer niet alleen rechten maar ook plichten heeft:

'Een werknemer is niet alleen object van bescherming, hij heeft ook een eigen verantwoordelijkheid. Hij zal zich zodanig moeten gedragen dat de kans op het ontstaan van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte beperkt is'.⁷⁸

Het begrip 'grove schuld' kan interessant zijn, maar is arbeidsrechtelijk beperkt tot artikel 7:658 BW-gevallen:

'...als -rekening houdend met alle omstandigheden van het geval- de schuld van de werknemer zo ernstig is dat daartegenover de tekortkoming van de werkgever in de nakoming van zijn verplichtingen als bedoeld in art. 1638x lid in het niet valt'.⁷⁹

Die omschrijving is niet zo goed te gebruiken in de gevallen van artikel 7:629 lid 3 sub a BW. In het verzekeringsrecht is 'grove schuld' gedefinieerd als een 'in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld'.⁸⁰ Bij die definitie lijkt er evenmin voldoende ruimte om de werknemer echt aan te spreken op zijn verantwoordelijkheid, iets waar het Hoogendijk (en mij) om te doen is. De oplossing zoek ik daarom ergens anders. Ik zou artikel 7:629 lid 3 sub a BW willen vervangen door een regeling conform artikel 28 lid 1 WIA:

'De verzekerde voorkomt het ontstaan van arbeidsongeschiktheid of verminderde arbeidsgeschiktheid en beperkt dit, voor zover dit redelijkerwijs van hem verwacht mag worden'.

Dit is een preventieplicht die voortvloeit uit de gedachte dat de verzekerde werknemer verplicht is de schade voor het UWV te voorkomen of te beperken.⁸¹ Voor mij appelleert dit wetsartikel aan een intrinsiek gevoeld rechtvaardigheidsbesef en dat hiermee sommigen worden uitgesloten vind ik te billijken. Uit de toelichting op de wetsbepaling is te halen hoe de wetgever dit voor ogen ziet.⁸² Als een werknemer een ongeval met een opgevoerde brommer krijgt en een dwarslaesie oploopt, is de vraag

⁷⁶ HR 20 september 1996, NJ 1997, 137, herhaald in HR 11 september 1998, NJ 1998, 870.

⁷⁷ Geers, p.183.

⁷⁸ Hoogendijk 1999, p.304. De norm in artikel 7:658 BW moet in haar redenering ook worden gelijkgeschakeld aan artikel 7:629 lid 3 sub a BW, maar dan omgekeerd aan het voorstel van Fluit. Zij stelt voor het begrip 'bewuste roekeloosheid' in artikel 7:658 BW te vervangen door 'grove schuld', daarbij aanhakend bij de tekst van de wet tot 1 april 1997.

⁷⁹ HR 27 maart 1992, NJ 1992, 496. Art. 1638x BW was de voorloper van art. 7:658 BW.

⁸⁰ HR 12 maart 1954, NJ 1955, 386.

⁸¹ Op de beperking ga ik in § 10.6.2 verder in.

⁸² Ook besproken in § 6.1.5.

of hij wel of geen recht heeft op een uitkering. Voor wat betreft de huidige norm is het antwoord voor loondoorbetaling bij ziekte duidelijk. Er is geen sprake van opzet want de werknemer reed niet met een opgevoerde brommer *met het oogmerk* arbeidsongeschikt te worden. Bewuste roekeloosheid of grove schuld lijken mij evenmin het geval. Onder artikel 28 lid 1 WIA is de eerste vraag of er sprake is van voldoende causaal verband.⁸³ Dat is aanwezig: het ongeval met de opgevoerde brommer leidde tot de arbeidsongeschiktheid. Vervolgens moet worden gekeken of de schade naar redelijkheid aan hem kan worden toegerekend.⁸⁴ Dat de werknemer de schade had kunnen voorkomen door anders te handelen is niet voldoende. Vereist is dat hij anders had *moeten* handelen; zijn gedrag moet normschendend zijn. De maatstaf voor toerekenbaarheid is dat de verzekerde tekort komt ten opzichte van het normale inzicht, waarvan een redelijk persoon in de gegeven omstandigheden in zijn eigen belang blijf zou hebben gegeven ter voorkoming (of beperking) van de schade.⁸⁵ Bij de vraag wat redelijkerwijs van hem kan worden geveerd, kunnen de competenties, kennis, ervaring, arbeidsverleden en dergelijke mede in aanmerking worden genomen:

*'Dergelijke persoonlijke omstandigheden kunnen in een individueel geval de grens van de schadebeperkingsplicht verleggen, maar zij kunnen de betrokkene niet van elke zorg ontheffen. Uit het bovenstaande blijkt overigens dat de plicht niet onverkort geldt en dat hier altijd een zorgvuldige afweging aan voorafgaat.'*⁸⁶

Of in dit geval de normschending van het rijden met een opgevoerde brommer voldoende is om de schade aan hem toe te rekenen, zal er van af hangen.⁸⁷ In elk geval is duidelijk dat de wetgever met deze benadering van schadevoorkoming in de WIA sterk leunt op het civiele recht en dat kennelijk niet bezwaarlijk vindt.⁸⁸ Stel dat wordt aangenomen dat de schade aan de brommerrijder kan worden toegerekend. De merkwaardige situatie doet zich dan voor dat de werknemer vanwege het niet voorkomen van arbeidsongeschiktheid wel loon kan krijgen (want het betreft geen opzettelijk veroorzaakte arbeidsongeschiktheid) maar geen WIA-uitkering. Aan dezelfde gebeurtenis worden verschillende rechtsgevolgen verbonden, waarvoor geen rechtvaardiging wordt gegeven. Ik ben er daarom voorstander van de norm van artikel 28 lid 1 WIA, die gelet op de toelichting in de kern een toepassing is van artikel 6:98 en 6:101 BW, ook in de wachttijd toe te passen.⁸⁹ Met Keirse ben ik van

83 Een *conditio sine qua non* is minst genomen nodig maar niet voldoende. Er vindt een weging van relevante gezichtpunten plaats in hun onderlinge verband om te bepalen of de causaliteit naar redelijkheid kan worden toegerekend, *Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr.3, p.162-163.*

84 Waarbij ook gedeeltelijke toerekening ex art. 6:101 BW aan de orde kan komen.

85 *Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr.3, p.162-163.*

86 *Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr.12, p.129-130.*

87 Is het enkele feit dat de brommer was opgevoerd voldoende? Hoeveel was de brommer opgevoerd? Hoe oud is de werknemer? Deed het ongeval zich voor in een gevaarlijke verkeerssituatie of op een overzichtelijk verlaten stuk rechte weg? Was het een eenzijdig of een meezijdig ongeval?

88 A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade*, (diss.) Kluwer: Deventer 2003, p.320 en *Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr.3, p.162-163.* Keirse bespreekt ook het voorkomen van schade (en niet alleen het beperken) en de eigen schuld van de werknemer.

89 De verwijzing naar 'verminderde arbeidsgeschiktheid' kan vervallen, aangezien in het BW alleen sprake is van arbeidsgeschiktheid of arbeidsongeschiktheid.

mening dat dit mogelijk moet zijn voor schade die de werknemer niet in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt.⁹⁰ Daarmee is tegelijk gegeven dat ik het niet bezwaarlijk vind dat de norm afwijkt van artikel 7:658 BW, juist door het onderscheid tussen werk en privé. De strengere norm op de werkplek is te verdedigen omdat de werkgever een zorgplicht heeft voor veilige en gezonde werkomstandigheden. Die zorgplicht gaat goed samen met een beperkte ruimte om bepaald handelen of nalaten van de werknemer te zijnen laste te laten komen.

Ik wil met een voorbeeld de proef op de som nemen: een werknemer wil een operatie voor een maagverkleining ondergaan. Er is (nog) geen medische noodzaak voor, maar de werknemer is bang dat als hij nu niet ingrijpt er in de toekomst gezondheidsproblemen kunnen gaan ontstaan. De artsen sterken hem in die verwachting maar geven tegelijk weer dat met de ingreep en het herstel zeker zes weken zijn gemoeid. Moet de werkgever het loon doorbetalen als de werknemer de operatie ondergaat zonder de werkgever vooraf in te lichten? De werknemer heeft met het kiezen voor de operatie het ontstaan van zijn arbeidsongeschiktheid niet voorkomen, sterker nog, zelfs veroorzaakt. Het voldoende causaal verband lijkt gegeven: de operatie veroorzaakt zijn arbeidsongeschiktheid en die is gebaseerd op een keuze van de werknemer. De schade (lees: de doorbetaling bij arbeidsongeschiktheid) kan de werknemer naar mijn inschatting echter niet worden toegerekend. Het normale inzicht, waarvan een redelijk persoon in de gegeven omstandigheden in zijn eigen belang blij zou hebben gegeven, leidt er toe dat hij niet anders had *moeten* handelen. Terecht wil hij verdere gezondheidsschade voorkomen, waarvan de verwachting was gegeven dat die zich naar redelijke verwachting zou kunnen gaan voordoen. Het voorkomen van zulke gezondheidsschade is daarnaast ook in het belang van de werkgever. De werkgever die stelt dat een redelijk handelend werknemer voor zo'n medisch niet-verplichte ingreep zijn (deels doorbetaalde) cao-sabbatsverlof⁹¹ had kunnen opnemen, heeft wellicht een argument op grond waarvan de schade gedeeltelijk aan de werknemer wordt toegerekend.

Ik besef dat hiermee de deur wordt opengezet naar een beoordeling van arbeidsongeschiktheid op de zogeheten BRAVO-leefstijlfactoren (bewegen, roken, alcohol, voeding, ontspanning). Arbeidsongeschiktheid vanwege het drinken van alcohol (zonder aan alcoholverslaving te lijden), vanwege overgewicht (zonder dat sprake is van een chronische ziekte als morbide obesitas), vanwege stressklachten vanwege een echtscheiding (zonder dat sprake is van een psychische aandoening) of vanwege een herhaalde sportblessure (bij sporten tegen beter weten in) moet langs deze meetlat worden gelegd.⁹² Daar moeten wij niet voor terug schrikken. Met de open norm dat de schade toerekenbaar moet zijn, is afdoende ruimte ingebouwd om, waarschijnlijk na een stormachtig begin, snel duidelijkheid te krijgen waar de rechter

90 Keirse, p.59-60, met verwijzing naar verdere rechtspraak en literatuur.

91 Bijv. CAO Zoetwarenindustrie.

92 Met dubbele toerekening naar redelijkheid, zowel van causaliteit als van de causale bijdrage aan de schade, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 034, nr.3, p.162-163.

de grens van de invloed van leefstijlfactoren trekt. Hier sla ik de brug met Duitsland. Bij het 'Verschulden' op basis waarvan de werknemer bij ziekte geen recht heeft op loon wordt als norm gehanteerd een '*groben Verstoß gegen das von einem verständigen Arbeitnehmer in eigenen Interesse zu erwartende Verhalten*'. Dat komt bijna naadloos overeen met de norm achter artikel 28 lid 1 WIA: 'tekort komen ten opzichte van het normale inzicht, waarvan een redelijk persoon in de gegeven omstandigheden in zijn eigen belang blij zou hebben gegeven ter voorkoming (of beperking) van de schade'. De toepassing van die norm in Duitsland heeft duidelijk gemaakt dat de werknemer schuld had aan zijn arbeidsongeschiktheid bij onder meer kickboksen, dronkenschap, orgaandonatie, roken met een hartaandoening of het niet dragen van de autogordel, maar niet bij deltavliegen, amateurboksen, inline-skating, een zelfmoordpoging en alcoholisme.⁹³ Dat sterkt mij in de gedachte dat in Nederland de scheidslijn met deze norm ook te trekken is.

Aanbeveling 4

Vervang het verval van het recht op loon als de ziekte door opzet van de werknemer is veroorzaakt door het schenden van een preventieplicht, die inhoudt dat de werknemer zijn recht op loon verliest als hij het ontstaan van arbeidsongeschiktheid niet voorkomt. Zo'n preventieplicht moet worden uitgelegd conform artikel 28 lid 1 WIA: er moet voldoende causaal verband bestaan tussen gedraging en arbeidsongeschiktheid én de gedraging moet aan de werknemer kunnen worden toegerekend.

10.4.3 Uitzonderingspositie kleinere bedrijven

Bij het terugdringen van het ziekteverzuim van de vangnetters heeft de wetgever voor een benadering gekozen waarbij rekening wordt gehouden met de omvang van een bedrijf. Afhankelijk van de loonsom wordt voor kleine, middelgrote en grote werkgevers een premie bepaald als hun werknemers gebruik maken van het vangnet van de ZW.⁹⁴ Zo'n soort benadering wil ik ook bepleiten waar het de loondoorbetaling bij ziekte betreft, te weten een uitzonderingspositie voor kleinere bedrijven.⁹⁵ Te pas en te onpas wordt het begrip 'MKB' gebruikt. *Wat* het MKB is, kan worden gemeten naar een Europese omschrijving:⁹⁶

- tot 10 werknemers is microbedrijf,
- tussen 10 en 50 werknemers is kleinbedrijf,
- tussen 50 en 250 werknemers is middenbedrijf,
- vanaf 250 werknemers is grootbedrijf.

93 Hanau/Adomeit, p.224-225 en ErfK/Dörner, p.1856-1858, BAG 11 november 1987, 5 AZR 497/86.

94 Wet Bezava, loonsomcategorieën: < € 307.000,- in 2012, tussen € 307.000,- en € 3.070.000,- en > € 3.070.000,- wat grofweg overeenkomt met een verdeling: 0-10 werknemers, 10-100 werknemers en meer dan 100 werknemers.

95 Onder gebruikmaking van de VAAN-presentatie van S.S.M. Peters van 13 mei 2014 en mijn interview met haar van 7 juli 2014.

96 Peters, p.666-667, waarbij zij aantekent dat naast werknemersaantallen ook jaaronzet en jaarlijks balanstotaal de ondernemingsomvang bepalen. In art. 2:153 lid 2 en 2:263 lid 2 BW wordt een verplichting gesteld als een onderneming voldoet aan én een werknemersaantal én een balanstotaal.

Uitgaande van deze omschrijving gaat de differentiatie die ik voor ogen heb meer precies om een uitzonderingspositie voor het micro- en het kleinbedrijf.⁹⁷ Voor de onderbouwing waarom de kleinere bedrijven moeten worden ontzien is een aantal argumenten te geven. Ten eerste begint dat met de basiswaarde van sociale rechtvaardigheid waaruit ongelijkheidscompensatie als één van de belangrijkste noties voortvloeit. Een vorm van rechtdoen daaraan is niet alleen het compenseren van de zwakkere, maar ook het temmen van de sterkere.⁹⁸ Met de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte voor alle werkgevers is dat gebeurd, maar de kleinere bedrijven zijn nauwelijks te zien als de sterkere. Peters stelt dat er minder reden is voor ongelijkheidscompensatie van de werknemer die bij een kleiner bedrijf werkt.⁹⁹ Hesselink meent dat het MKB als zwakkere partij in vergelijking met het grootbedrijf recht heeft extra bescherming.¹⁰⁰ Op basis van Rawls' *difference principle* is de ongelijke positie even zeer te verdedigen. Een uitzondering voor de kleinere bedrijven is namelijk rechtvaardig als die ongelijkheid wordt gebruikt ten behoeve van de minst bedeedden. Een uitzonderingspositie kan er aan bijdragen dat kleine werkgevers geen risicoselectie meer toepassen,¹⁰¹ iets wat ten goede komt van de werknemers met een mindere gezondheid of een grotere kans op ziekteverzuim.

Ten tweede omdat flexicurity er om vraagt. *Common Principle 8* omschrijft dat er aandacht moet zijn voor de bijzondere positie van het MKB. Ook het Parlement heeft bij het aannemen van de *Common Principles* opgeroepen oog te hebben voor de bescherming van het MKB.¹⁰² Die aandacht of de bescherming kan zitten in een andere vormgeving van rechten en plichten, afhankelijk van de grootte van de organisaties. Binnen de EU komt dat bij arbeidsongeschiktheid vaker voor.¹⁰³ De gedachte van onderscheid naar organisatieomvang is ook de ILO niet vreemd.¹⁰⁴

Ten derde is een onderscheid gerechtvaardigd omdat gebleken is dat de 'one size, fits all'- aanpak niet de beste methode is.¹⁰⁵ In de literatuur wordt er op gewezen dat er verschil is in de benadering van het ziekteverzuim tussen kleine en grote bedrijven.

97 Ik zal die hierna gezamenlijk de kleinere bedrijven noemen. Een onderscheid naar werknemersaantallen is volgens Peters (interview 7 juli 2014) niet altijd een goede maatstaf. Te overwegen is om voor last van de financiële loondoorbetalingsverplichting eerder aan te sluiten bij parameters die die financiële draagkracht bepalen (zoals wellicht omzet, balanstotaal). Daar staat de relatieve eenvoudigheid van het criterium van aantal werknemers tegenover, wat het praktisch hanteerbaar maakt.

98 J. Hartog, Van der Heijden-bundel p.35.

99 Peters, VAAN-presentatie 13 mei 2014.

100 Zie § 4.4.1.

101 B. Cuelenaere en T. Veerman, 'De zoektocht naar optimale loondoorbetaling bij ziekte', *TPE digitaal* 2013/7, p.31.

102 Europees Parlement: 'Calls on the Commission and the Member States to pay particular attention to the legal situation of the self-employed, small businesses and SMEs, which is characterised by a high level of economic dependence on their customers, and to consider the most appropriate legislative means to raise their level of social protection; Stresses that the specific challenges for SMEs, and those working in SMEs, need to be taken into account in this context', 9 februari 2007.

103 Bijvoorbeeld in Duitsland, Oostenrijk, Italië, Frankrijk en Spanje zijn kleine bedrijven uitgezonderd van een quotumplicht om arbeidsgehandicapten of gedeeltelijk arbeidsongeschikten in dienst te hebben, CPB 2014, p.7.

104 Art. 9 onder a ILO-Verdrag nr. 140 over scholingsverlof.

105 Zie *Common Principle 3*.

Waar grote bedrijven meer gericht zijn op re-integratie en het beëindigen van het verzuim, kiezen kleinere bedrijven eerder voor het vermijden van risico's, dus risicoselectie.¹⁰⁶ Dat hangt mede samen met het verschil in verzuimcijfers tussen grote en kleine bedrijven.

Tabel 1 Ziekteverzuim (exclusief zwangerschaps- en bevallingsverlof) naar bedrijfs-grootte, 2004-2010, in %

Periode	2004	2005	2006	2007	2008*	2009*	2010*	2011*	2012*
Bedrijfs-grootte (aantal werknemers)									
1-10	2,5	2,4	3,1	3,2	1,7	1,7	1,9	1,9	1,8
10-100	3,7	3,5	3,7	3,7	3,6	3,7	3,6	3,6	3,4
100 of meer	5,1	5,2	5,1	5,1	5,0	4,9	5,0	5,0	4,8

Bron: CBS 2013 Statline; *voorlopig cijfer; overgenomen uit Kok/Heyma/Lammers, p.12

Een verzuimcijfer van 0% is niet haalbaar; er blijft altijd enig niet-beïnvloedbaar verzuim over. De verzuimcijfers bij kleine bedrijven liggen echter dicht bij de ondergrens van wat nog beïnvloedbaar is.¹⁰⁷ Het punt waarop kleine bedrijven niets meer kunnen doen om de risico's te verminderen, is voor hen dus eerder bereikt. Omdat de kosten van ziekteverzuim voor kleine bedrijven relatief hoger zijn dan voor grote bedrijven is een minder sterke (extra) financiële prikkel nodig om het verzuim in de kleinere bedrijven te beperken.¹⁰⁸ De aandacht bij de kleinere bedrijven zou dus eerder moeten uitgaan naar het verkleinen van de kans op risicoselectie. Dat kan worden bereikt door de kosten van ziekteverzuim voor de kleinere bedrijven terug te brengen.¹⁰⁹ Effect is ook dat daarmee positief kan worden bijgedragen aan insluiting. De regering erkende bij de invoering van de Wet Bezava het verschil in prikkels en het gevaar van risicoselectie. In die wet werd daarom bewust voor een andere regeling voor kleine werkgevers gekozen:

'Bovendien blijkt uit onderzoek dat financiële prikkels effectiever zijn bij grote werkgevers dan bij kleine werkgevers en dat prikkels bij kleine werkgevers vaker leiden tot risicoselectie. Met de introductie van prikkels is een positieve gedragsreactie beoogd van de werkgever. Langs deze weg wordt de werkgever immers financieel geprikkeld om het ziekteverzuim te beperken. Een ander gedragseffect, namelijk meer risicoselectie bij de aanname van personeel blijkt vooral bij kleine werkgevers voor te komen. De regering

106 Cuelenaere/Veerman, p.31.

107 Kok/Heyma/Lammers, p.8 en 12.

108 Kok/Heyma/Lammers, p.14.

109 Cuelenaere/Veerman, p.31. Zij stellen verder: 'Wat betreft de negatieve effecten (van financiële prikkels md) zijn wij geneigd de loondoorbetalingsverplichting gedurende 2 jaar (en daarmee het ontslagverbod en de langdurige, 2- jarige verantwoordelijkheid voor re-integratie) als de meest zwaarwegende factor te beschouwen. Financiële incentives zoals loonkostensubsidies en de no-risk polis bieden daartegen te weinig tegenwicht, mede omdat de schade van hoog ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid voor bedrijven niet alleen de loonschade is maar ook de verstoring van de bedrijfsvoering waarvan de (indirecte) kosten veel hoger kunnen zijn dan die loonschade', p.30.

heeft om deze reden gekozen voor een sectorale premie bij kleine werkgevers, die dit ongewenste effect wegneemt.¹¹⁰

De prikkels voor grotere organisaties blijken tot op zekere hoogte wel effectief.¹¹¹ Die zouden dus niet op het gelijke niveau als de kleinere bedrijven hoeven komen liggen.

Een uitzonderingspositie voor de kleinere bedrijven bij de verplichtingen rond arbeidsongeschiktheid is overigens niet nieuw. In verschillende literatuur is al differentiatie naar ondernemingsomvang bepleit.¹¹² De notie is daarnaast in het Nederlandse sociaal recht niet vreemd. De gedachte dat een verschil in bedrijfsomvang ook een verschil in rechten en verplichtingen met zich meebrengt, is terug te zien in veel rechtspraak, met name op het gebied van ontslag.¹¹³ Ook de wetgever heeft er in verschillende sociale wetgeving bewust voor gekozen bedrijven met een bepaalde omvang een uitzonderingspositie te geven.¹¹⁴ Uit de wetsgeschiedenis bij de totstandkoming van het opzegverbod van twee jaar is te halen dat gediscussieerd is of die periode voor kleine werkgevers niet te lang zou zijn. De Minister vond het, alles afwegende, ook voor kleine werkgevers te verantwoorden.¹¹⁵ Als geschetst: die twee jaar van het opzegverbod is de basis voor de twee jaar loondoorbetaling bij ziekte. Een nog duidelijker voorbeeld is de Wet TZ. Bedrijven tot 15 werknemers hoefden bij arbeidsongeschiktheid maar twee weken door te betalen, grotere bedrijven zes weken. Bij de invoering van de Wulbz is het onderscheid in grote en kleine

110 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 241, nr.3, p.25. Op 8 april 2014, bij de opening van de Week van de Ondernemer, riep minister Asscher van SZW op de knelpunten van kleine ondernemers in kaart te brengen om hun loonkosten omlaag te brengen, <http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2014/04/08/asscher-loonkosten-voor-ondernemers-omlaag.html>.

111 Kok/Heyma/Lammers, p.8 en 15, Cuelenaere/Veerman, p.31.

112 Hofman/Pennings, p.139; zij willen dat combineren met een verplichte private verzekering voor minder daadkrachtige ondernemingen, om de rechtszekerheid en de solidariteit te bevorderen; Kok/Heyma/Lammers, p.14, Cuelenaere/Veerman, p.31. Bij een poll onder VAAN-leden was 83,33% het eens met de stelling: 'Een 'verlicht arbeidsrechtelijk regime' voor het MKB om daarmee kosten op arbeid te verlagen is een goede ontwikkeling'.

113 S.S.M. Peters, 'Kennelijk onredelijk ontslag en de omvang van de onderneming' in: W.H.A.C.M. Bouwens, *Herstel van de arbeidsovereenkomst*, Sdu Uitgevers bv: Den Haag 2013, p.49-63. Voorbeelden zijn Ktr. Enschede 18 december 2008, JAR 2009/46, Ktr. Enschede 18 april 2011, L/JN BQ2089, Ktr. Nijmegen 16 december 2011, L/JN BV8157, Ktr. Leeuwarden 8 mei 2012, L/JN BW5230, Ktr. Leiden 22 augustus 2012, JAR 2012/303, Hof Arnhem 2 oktober 2012, L/JN BCX8873, Conclusie A-G HR 18 januari 2013, L/JN BY2586, Hof Den Bosch 14 mei 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2540, Ktr. Arnhem 9 september 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:3060, Hof Den Bosch 21 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:81.

114 De getalsgrenzen zijn daarbij niet altijd consequent getrokken: < 10, < 15, < 20, < 25 en < 50 werknemers komen allemaal voor: Wet Bezava (kleine werkgever: vanwege loonsom: grofweg tot 10 werknemers), WOR (kleine werkgever: minder dan 10 werknemers), WAA (kleine werkgever: minder dan 10 werknemers), Wet TZ (oud) (kleine werkgever: vanwege loonsom: grofweg tot 15 werknemers), WMCO (kleine werkgever: minder dan 20 werknemers), Participatiewet (kleine werkgever: minder dan 25 werknemers), art. 7:673a en 673d BW (kleine werkgever: minder dan 25 werknemers), Wetsvoorstel Huis voor Klokkeluiders (kleine werkgever: minder dan 50 werknemers). Peters signaleert nog dat er geen systeemvisie aan ten grondslag lijkt te liggen bij welke onderwerpen wél en bij welke onderwerpen geen onderscheid naar ondernemingsomvang wordt gemaakt, interview 7 juli 2014.

115 *Handelingen II* 1952/53, 19 februari 1953, p.2349.

werkgevers vervallen. Volgens de regering was dat verantwoord omdat de markt voldoende mogelijkheden bood voor *alle* werkgevers om zich tegen een acceptabele premie te verzekeren.¹¹⁶ Die onderbouwing is volgens mij niet deugdelijk. Ik heb hiervoor al betoogd dat de redenering niet zou moeten zijn 'omdat het kan', maar dat de wetgever aan de hand van waarden en beginselen inzicht zou moeten geven in zijn overtuigingen 'waarom het moet'. Los daarvan blijkt uit onderzoek dat ondanks de mogelijkheid van verzekering, de kleinere bedrijven nog steeds kiezen voor risicomijdend gedrag. Een verzekering lost dus het nadeel van risicoselectie niet op.¹¹⁷ Daarom zou nu een andere afweging moeten worden gemaakt.

De *wens* kan wel bestaan om een differentiatie aan te brengen naar ondernemingsomvang,¹¹⁸ maar dat wil nog niet zeggen dat daarvoor een Europese juridische grondslag bestaat. Ik heb al *Common Principle 8* genoemd dat duidelijk maakt dat het zoeken naar een balans in rechten en verplichtingen moet gebeuren '*with particular attention to the specific situation of SMEs*'. Differentiatie past bij het streven naar flexicuritydoelen. Artikel 153 lid 2 sub b VWEU biedt een solide begin van onderbouwing omdat in sociale richtlijnen vanuit de EU moet worden '*vermeden zodanige administratieve, financiële en juridische verplichtingen op te leggen dat de oprichting en ontwikkeling van kleine en middelgrote ondernemingen daardoor zou kunnen worden belemmerd*.' Deze plicht richt zich bij het uitvaardigen van Richtlijnen tot Parlement en Raad.¹¹⁹ Die bepaling is niettemin aan de orde gekomen bij de Europese beoordeling of het Duitse *Kündigungsschutzgesetz* (KSchG) geoorloofd is. Het KSchG is namelijk niet van toepassing bij ontslagen binnen ondernemingen met minder dan tien werknemers¹²⁰ en in het Kirsammer-arrest heeft het HvJ EG met een beroep op deze bepaling uitgesproken dat het onderscheid naar ondernemingsomvang objectief gerechtvaardigd was.¹²¹ Ook de nationale Duitse rechters oordeelden dit onderscheid toelaatbaar.¹²² Dit doet vermoeden dat een onderscheid naar omvang van de onderneming bij het bepalen van een loondoorbetalingsperiode geoorloofd is. Een verdere juridische basis kan worden gevonden in artikel 16 Handvest Grondrechten EU: '*De vrijheid van ondernemerschap wordt erkend overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken*'. Onder die 'grondwettelijke' ondernemersvrijheid is te verstaan het recht een economische activiteit uit te oefenen, de contractsvrijheid en de vrijheid van mededinging.¹²³ Voor het HvJ

116 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr.3, p.18.

117 Cuelenaere/Veerman, p.29.

118 Peters signaleert daarbij overigens dat er geen systeemvisie aan ten grondslag lijkt te liggen bij welke onderwerpen wél en bij welke onderwerpen geen onderscheid naar ondernemingsomvang wordt gemaakt, interview 7 juli 2014.

119 Ik heb dat 'sociale richtlijnen' genoemd, maar heel precies betreft het richtlijnen op de gebieden als genoemd in art. 153 lid 1, sub a) tot en met i) VWEU.

120 En soms minder dan vijf werknemers, § 23 KSchG.

121 HvJ EG 30 november 1993, zaak C-189/91, *Jur.* 1993, p.1-6185, met name r.o. 17. Zie ook S.S.M. Peters, *Verdund sociaal recht. Onderscheid naar ondernemingsomvang bij medezeggenschap, ziekte en ontslag*, (diss.), Nijmegen 2006, p.403-405.

122 BAG 19 april 2000, *EzA* § 23 KSchG Nr.8, BVerfG 27 januari 1998, NZA 1998, 470, uitgebreider daarover Peters, p.410-422.

123 Barents, p.185.

EU werd een beroep op dit artikel gedaan om een te werknemersvriendelijke uitleg van Richtlijn 2001/23 (overgang van onderneming) te dwarsbomen. In het Parkwoord-arrest oordeelde het Hof dat de contractsvrijheid van de ondernemer mede van invloed is op de uitleg van de Richtlijn, waaruit volgt dat

*'de verkrijger, overeenkomstig de vrijheid van ondernemerschap, bij de totstandkoming van een overeenkomst waarbij hij partij is, zijn belangen doeltreffend moet kunnen doen gelden en met het oog op zijn toekomstige activiteit moet kunnen onderhandelen over de factoren die bepalend zijn voor de evolutie van de arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers.'*¹²⁴

Peters vat dit arrest samen in de zin dat de contractsvrijheid van de ondernemer zodanig zou kunnen worden beperkt dat de vrijheid van ondernemerschap in de kern dreigt te worden aangetast. Volgens haar zet het HvJ EU hiermee de deur open om bijvoorbeeld ook belastende arbeidsrechtelijke verplichtingen die de contractsvrijheid te zeer aantasten, met een beroep op de ondernemersvrijheid aan te vechten.¹²⁵ Dat zou ook op kunnen gaan voor de kleinere bedrijven bij arbeidsongeschiktheid. In Duitsland zijn de kleinere bedrijven (tot en met tien werknemers) bijvoorbeeld van een deel van hun re-integratieplichten vrijgesteld, gelet op de lasten die dat voor hen met zich meebrengt. Zij hoeven geen re-integratiemanagement te voeren. Uit het Beoordelingskader blijkt dat ook in Nederland ondernemingsomvang mee kan wegen bij de beoordeling van wat redelijkerwijs aan re-integratie-inspanningen van de werkgever te verwachten is.¹²⁶ De ondernemersvrijheid van artikel 16 Handvest Grondrechten EU speelt hierbij ook mee. De verplichting om een andere inrichting van de organisatie te *moeten* kiezen dan door de ondernemer wordt gewenst, weegt zwaarder naar mate een organisatie kleiner is en beperkt daarmee eerder diens ondernemersvrijheid.¹²⁷ Iets soortgelijks gaat op bij de loondoorbetaling bij ziekte. De vrijheid om werknemers aan te nemen kan zijn ingeperkt, omdat aan die arbeids-overeenkomst meteen grote financiële en re-integratieverplichtingen vast zitten, mocht de werknemer ziek worden. In deze redenering kan het herstellen van de balans in rechten en verplichtingen door te differentiëren naar ondernemingsomvang meer ruimte bieden voor de ondernemersvrijheid en dus meer recht doen aan het Handvest Grondrechten EU.¹²⁸

De uitzonderingspositie van de kleinere bedrijven bestaat in twee varianten. De eerste is het simpelweg bekorten van de duur van de loondoorbetalingsverplichting voor de kleinere bedrijven. De tweede is niet de duur aan te passen, maar de kosten daarvan te verlagen door een MKB-compensatie te betalen. Variant 1 is de meest eenvoudige. In de wet moet worden opgenomen dat voor bedrijven met gewoonlijk

124 HvJ EU 18 juli 2013, EUR C-426-11.

125 Peters, VAAN-presentatie 13 mei 2014.

126 Beoordelingskader par. 9, onder 'Verplichtingen van de werkgever'.

127 In tegenstelling tot het civiele recht is er uit de bestuursrechtspraak echter geen duidelijke lijn te halen dat re-integratie-inspanningen bij kleinere bedrijven eerder niet redelijk wordt gevonden.

128 In de uitwerking zal wel aandacht moeten worden geschonken aan het voorkomen van misbruik, bijvoorbeeld door een bedrijf op te knippen in meerdere kleine delen, waardoor zij elk afzonderlijk onder de getalsgrens van het aantal werknemers zouden blijven, terwijl in feite gezamenlijk één bedrijf wordt gevoerd.

een bepaald aantal werknemers de verplichting tot loondoorbetaling bij ziekte slechts voor een bepaald aantal weken geldt. De grens van het aantal werknemers moet niet door mij maar door de politiek worden getrokken, waarbij voor de hand ligt aan te sluiten bij de grens van grofweg 10 werknemers in de Wet Bezava. Dat is het meest recente voorbeeld rond dezelfde problematiek. Met evenveel recht is bijvoorbeeld de grens van 15 werknemers uit de Wet TZ aan te houden of de grens van 25 werknemers uit de Participatiewet.¹²⁹ Voor de duur hebben Cuelenaere/Veerman een goed doorzocht voorstel gedaan. Zij stellen voor de loondoorbetalingsperiode voor de kleinere bedrijven op drie maanden te bepalen. Voor de andere werkgevers zou de termijn op één jaar moeten worden gezet. Op die manier zouden grotere bedrijven voldoende stimulans blijven voelen om ziekteverzuim terug te brengen en re-integratie ter hand te nemen. Tegelijkertijd zou een evenwicht worden gevonden in wél een prikkel voor de kleine werkgever maar weer niet een zodanige prikkel waardoor het heil wordt gezocht in risicoselectie.¹³⁰ De voorman van het CNV zette in op een kleinere stap, met het terugbrengen van de periode voor het MKB naar een jaar.¹³¹

De tweede variant is geïnspireerd op het Duitse systeem van de zogeheten *Aufwendungsausgleich*. Bedrijven tot 30 werknemers moeten gedurende zes weken 100% van het loon doorbetalen, maar kunnen op aanvraag bij de *Krankenkasse* tot 80% van het doorbetaalde bedrag terugkrijgen. Deze MKB-compensatie wordt betaald uit een collectieve heffing onder de kleinere bedrijven. Op deze manier worden de kosten van ziekteverzuim voor individuele werkgevers in het uiterste geval teruggebracht tot 20% en wordt voor de rest voorzien in collectieve dus solidaire financiering. Na zes weken eindigt de financiële verantwoordelijkheid van de werkgever en valt die toe aan een collectief stelsel. Voor Nederland is een soortgelijk systeem mogelijk, waarbij de werkgever tot een bepaald deel van de 70% loondoorbetaling die hij moet dragen een compensatie zou kunnen krijgen uit een collectief gefinancierd fonds. Dat de werkgever een deel zelf moet betalen acht ik vanuit de gedachte van balans in rechten en plichten acceptabel. Het grote voordeel van deze MKB-compensatie is dat wordt tegemoet gekomen aan het bezwaar dat het Nederlandse stelsel niet voldoet aan ILO-verdrag nr. 102, op grond waarvan collectieve financiering verplicht is gesteld. Die collectieve financiering is geen doel op zich maar heeft vooral tot strekking risicoselectie uit te bannen. Ik heb geconstateerd dat dit een probleem is bij de kleinere bedrijven, zodat de MKB-compensatie daarvoor misschien een oplossing biedt. Een argument tegen de MKB-compensatie is wellicht te ontleen aan de Oostenrijkse ervaringen. De kleine werkgevers hadden daar recht op een volledige tegemoetkoming, de grote werkgevers op 70%. Bij afschaffing van de compensatie bleek het

129 Peters stelt dat geen argumenten zijn gegeven die pleiten voor hetzij de ene hetzij de andere omvang, maar dat dit vaak de resultante is van een politiek besluitvormingsproces, interview 7 juli 2014.

130 Cuelenaere/Veerman, p.18-34. Natuurlijk is een nog verder gedifferentieerd systeem denkbaar: 0-10, 10-50 en > 50-werknemers of welke andere getalsgrenzen dan ook.

131 Blog Jaap Smit, voorzitter CNV 26 februari 2013, <http://www.cnv.nl/blog/blog-from/2013-02-01/blog-to/2013-02-28/>. Hij motiveert dat met de ervaringen dat MKB-bedrijven nu nauwelijks mensen aan durven nemen, zie verder Cuelenaere/Veerman, p.29.

ziekteruim te dalen in aantal en duur. Dat veronderstelt dat het dragen van meer kosten leidt tot meer aandacht voor het voorkomen of bestrijden van ziekteruim.¹³² Omdat mij niet bekend is of die daling optrad in de kleinere bedrijven of -wat uit het voorgaande is te verwachten- met name bij de grotere bedrijven, kan ik niet met zekerheid zeggen dat dit onderzoek een contra-indicatie oplevert.¹³³

Bij een keuze voor variant 1 of variant 2 gaat mijn voorkeur uit naar variant 1 vanwege het relatief eenvoudige en dus praktisch beter uitvoerbare model.

Aanbeveling 5

Verkort de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte naar drie maanden voor bedrijven tot 10, 15 of 25 werknemers en voor de overige werkgevers naar één jaar. Als dat niet gewenst is, voer dan een collectief gefinancierde MKB-compensatie in, waarbij bedrijven tot 10, 15 of 25 werknemers op aanvraag een substantieel deel van de 70%-loondoorbetaling bij ziekte vergoed krijgen.

10.4.4 Loondoorbetaling bij ziekte beperkt in tijd en/of hoogte

Beperking in tijd

Wereldwijd kennen 145 van 192 landen enige mate van loondoorbetaling bij ziekte.¹³⁴ De gedachte dat de werkgever dus iets moet betalen bij ziekte van zijn werknemer is niet vreemd.¹³⁵ Geen enkel ander land kent echter een periode van twee jaar. Om meer balans te krijgen in vergelijking met andere EU-landen is te denken aan het beperken van de loondoorbetaling bij ziekte. De eerste optie is een bekorting van de periode van loondoorbetaling bij ziekte. Een belangrijk bezwaar tegen bekorting zou kunnen zijn dat het stelsel nu *werkt*. Daar is tegenover te stellen dat het doel niet alle middelen heiligt. De essentie van het probleem is niet dat het stelsel niet werkt, maar dat deze oplossing niet evenwichtig werkt. Bovendien heeft de verlengde loondoorbetaling de effectiviteit van re-integratie-inspanningen weliswaar versterkt, maar eerder heb ik al onderbouwd dat de motivering om de loondoorbetaling uit te breiden van één naar twee jaar niet overtuigend was (§ 6.1.4). Inhoudelijk laten De Jong en Velema in hun positieve evaluatie zien dat na één jaar loondoorbetaling de *extra* winst

132 Frierson/De Jong, p.8 en 19-20 Loondoorbetalingsperiode daar is max. 0-6 weken 100%, 6-10 weken 50%.

133 Bovendien gingen kleine werkgevers in Oostenrijk van 0% kosten naar 100% kosten, zodat de financiële prikkel voor hen nieuw was, terwijl kleine werkgevers in Duitsland altijd enige kosten zijn blijven dragen (en ook Nederlandse kleine werkgevers dat gewend zijn).

134 Frierson/De Jong, p.7. Uitzonderingen in het Westen zijn Frankrijk, Italië, Ierland, Canada en de Verenigde Staten. De VN kent inmiddels 193 leden en twee waarnemers (Palestina en Vaticaanstad), waarmee er 195 internationaal erkende onafhankelijke staten bestaan.

135 In de regel wordt gekozen voor een vaste periode. Een gedifferentieerd systeem is net zo goed denkbaar, zoals bijvoorbeeld bij een dienstverband van 0 tot 5 jaar recht op één maand loondoorbetaling bij ziekte, bij 5 tot 10 jaar, twee maanden, bij 10 tot 15 jaar, drie maanden en bij meer dan 15 jaar, vier maanden (analoog aan art. 7:672 lid 2 BW), in alle gevallen met aansluitend recht op een ZW-uitkering. Een gedifferentieerd systeem vraagt nadere overdenking.

op het voorkomen van WIA-instroom beperkt is.¹³⁶ Frierson/De Jong tonen aan dat de verwachting dat met een lange duur van de loondoorbetaling het ziekteverzuimpercentage en het WIA-instroompercentage, bij internationale vergelijking, laag zouden zijn niet blijkt te kloppen.¹³⁷ De meerwaarde van een extra jaar loondoorbetaling is niet zo groot.¹³⁸ Als daar dan bij wordt bedacht dat de inspanningen in het tweede jaar (ook) moeten worden gericht op het tweede spoor, waarvan de effectiviteit daadwerkelijk laag lijkt maar waarvoor wel kosten moeten worden gemaakt, dan bevestigt dat het beeld dat het tweede jaar weinig toevoegt.

Een stelsel als in Duitsland waarbij de kosten van kortdurende arbeidsongeschiktheid worden gedeeld tussen eerst de werkgever en daarna de overheid is evenwichtiger, dan een systeem waarbij die kosten -als in Nederland- twee jaar lang vrijwel volledig bij de werkgever liggen en alleen een rol voor de overheid bestaat bij langdurige arbeidsongeschiktheid. Het kiezen van een omslagpunt is lastig. Moet dat één jaar zijn zoals PvdA en SP wilden,¹³⁹ 13 weken zoals Groen Links bepleitte¹⁴⁰ of hooguit zes weken, zoals bij de Wet TZ en in een aantal andere EU-landen? Wat de optimale periode van loondoorbetaling is, zou moeten worden onderzocht.¹⁴¹ Een te lange periode kan op enig moment tot weinig meeropbrengsten en risicoselectie leiden. Een te korte periode kan leiden tot een stimulans náár langdurig verzuim, want herstelmelding en nieuwe uitval als dat herstel niet duurzaam is gebleken, betekent dat de werkgever wéér moet betalen. Doorlopend verzuim is dan goedkoper.¹⁴² Dat laatste effect zou overigens kunnen worden gedempt door aansluiting te zoeken bij de systematiek in Duitsland. Een nieuwe ziekteperiode uit dezelfde oorzaak levert daar pas een aanspraak op loondoorbetaling op, als die intreedt zes maanden na afloop van de vorige.¹⁴³ De werkgever loopt dan minder risico om een verzuimperiode met behulp van de bedrijfsarts als afgerond te beschouwen.

Gezien de cijfers uit § 1.2 lijkt op het eerste gezicht een periode van hooguit zes weken redelijk. Het meeste ziekteverzuim is kortdurend: bij een verzuimpercentage van 4% ongeveer 8 à 9 werkdagen gemiddeld per jaar. Meestal is het verzuim ook niet werkgerelateerd; griep is de meest genoemde verzuimoorzaak. Een zekere periode waarin de werkgever betaalt voor niet-werkgerelateerde arbeidsongeschiktheid is aanvaardbaar. Zes weken sluit daarnaast aan bij Duitsland, bij artikel 7:629 lid 2 BW (voor de werknemer die bij een particulier de huishouding verzorgt of zorg levert) en bij de nu gehanteerde periode in de Regeling procesgang als omslagpunt

¹³⁶ Frierson/De Jong, p.3, De Jong/Velema, p.38.

¹³⁷ Frierson/De Jong, p.26. Nederland scoort relatief hoog op ziekteverzuimpercentage en gemiddeld op het percentage instroom in WIA.

¹³⁸ Cuelenaere/Veerman menen dat de verlenging met een tweede jaar een negatief effect heeft op vangnetters en dus om die reden niets toevoegt, p.28.

¹³⁹ In hun verkiezingsprogramma's van 2012, Frierson/De Jong, p.1.

¹⁴⁰ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 678, nr.5, p.17-18.

¹⁴¹ Frierson/De Jong, p.29-33.

¹⁴² Frierson/De Jong, p.26-27.

¹⁴³ Er is pas sprake van een nieuwe ziekteperiode als de oude ziekteperiode is afgerond. De regel dat de ziekteperiode doorloopt bij een onderbreking van minder dan vier weken zou van kracht moeten blijven.

naar langdurig verzuim.¹⁴⁴ Teruggaan naar zes weken zou tegelijk betekenen dat aan effectiviteit rond re-integratie wordt ingeboet.¹⁴⁵ In § 10.4.3 heb ik gewezen op literatuur die suggereert dat bij een verkorting voor grote werkgevers tot één jaar en voor kleine werkgevers tot 13 weken de effectiviteit van het huidige stelsel in stand zou kunnen blijven zonder de kans op risicoselectie te vergroten.¹⁴⁶ Als geen differentiatie voor kleinere bedrijven zou worden gekozen, zoals ik die hiervoor heb aanbevolen, dan is de logische keus een periode van óf een jaar óf 13 weken. In beide gevallen zou namelijk een positief effect voor insluiting zijn te verwachten. De keuze voor een van de twee periodes hangt af immers van de vraag welk doel het zwaarst wordt gewogen: de effectiviteit van de re-integratie of het verhogen van arbeidsparticipatie door de kans op risicoselectie klein te houden.¹⁴⁷

Een verkorting van de periode van loondoorbetaling roept meteen de vraag op of dat ook een verkorting van de re-integratie-inspanningen met zich mee zou moeten brengen: vanuit flexicurityperspectief niet. De huidige re-integratievoorschriften dragen namelijk bij aan het bereiken van flexicuritydoelen. Het heeft er bovendien alle schijn van dat werkgevers er beter in slagen dan het UWV om succesvol te re-integreren. Als dan toch wordt gedacht in termen van prikkels dan is te overwegen de re-integratieverantwoordelijkheid te laten voortduren gedurende het gehele bestaan van de arbeidsovereenkomst, maar een ZW-uitkering te verhalen op de werkgever als die tekortschiet in de re-integratie.¹⁴⁸

Aanbeveling 6

Beperk voor alle werkgevers de periode waarin zij 70% van het loon bij ziekte moeten doorbetalen, waarbij ik pleit voor een periode van hetzij één jaar, hetzij 13 weken. Aan de periode moet de bepaling worden gekoppeld dat uitval uit dezelfde oorzaak binnen zes maanden na afloop van een vorige ziekteperiode, geen nieuw recht op loondoorbetaling bij ziekte doet ontstaan. Na de loondoorbetalingsperiode komt het recht op ZW tot uitkering, die op de werkgever kan worden verhaald als hij naar het oordeel van het UWV niet voldoende doet aan re-integratie.

Als niet wordt ingegrepen in de duur van de loondoorbetaling en die op twee jaar zou blijven staan, dan is de balans in rechten en verplichtingen ook op een andere manier te herstellen. De werkgever is momenteel bij elke ziekteperiode, ongeacht de oorzaak, verantwoordelijk voor loondoorbetaling. Dat kan ertoe leiden dat een arbeidsongeschikte werknemer de twee jaar 'vol' maakt, succesvol re-integreert en na een maand weer uitvalt. Duurt die nieuwe arbeidsongeschiktheid weer twee jaar dan

144 Hoogendijk wijst op een MKB Nederland-enquête uit 1998 waaruit volgt dat toen de helft van de werkgevers bij herinvoering van een collectieve verzekering zou kiezen voor een eigen risico van één of twee weken, p.305. Het zou interessant zijn zo'n onderzoek nu te herhalen.

145 Friperon/De Jong, p.26-27.

146 Cuelenaere/Veerman, p.30-31.

147 Fluit pleit voor het terugbrengen naar één jaar om meer evenwicht in de verantwoordelijkheden tussen werkgever, werknemer en het collectief aan te brengen, P.S. Fluit, 'De loonsanctie en het tweede spoor' in: G.C. Boot, *De zieke werknemer in beweging*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2014, p.42-43.

148 Vergelijkbaar met nu zieke werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, art. 39a lid 1 ZW.

heeft de werkgever vier jaar lang doorbetaald en heeft hij in die periode nagenoeg geen gebruik kunnen maken van de bedongen arbeid. De verhouding tussen kosten en opbrengsten is dan zoek.¹⁴⁹ Een suggestie zou zijn om in een dergelijke situatie voor de werkgever die bij ziekte een onafgebroken periode van twee jaar loon heeft doorbetaald de no-riskpolis van toepassing te verklaren.¹⁵⁰ Een nieuwe uitval binnen vijf jaar na de afloop van de vorige ziekteperiode zou dan betekenen dat het ZW-recht tot uitkering komt en de werkgever het loon niet opnieuw hoeft door te betalen.¹⁵¹ Dat zou insluiting ten goede komen. Een verkorte wachttijd lijkt mij daarbij wel aangevoelen, zodat niet bij elk griepje of sportblessure een ZW-uitkering moet worden aangevraagd.¹⁵² De aanspraak op de no-riskpolis zou niet moeten bestaan als de arbeidsongeschiktheid is ontstaan in de uitoefening van de werkzaamheden, in de zin van artikel 7:658 BW. Als de werkgever aansprakelijk is voor de schade dan moet de rekening daarvan niet op het collectief kunnen worden afgewenteld.¹⁵³

Aanbeveling 7

De werkgever die bij ziekte onafgebroken 104 weken lang het loon heeft doorbetaald moet, bij een nieuwe ziekteperiode van diezelfde werknemer, na een verkorte wachttijd aanspraak kunnen maken op de no-riskpolis. Het UWV betaalt dan na die verkorte wachttijd een ZW-uitkering, tenzij de werkgever aansprakelijk is voor de arbeidsongeschiktheid uit hoofde van artikel 7:658 BW.

Beperking in hoogte

Een aanspraak op loondoorbetaling gedurende twee jaar van ten minste 70% van het maximum dagloon is internationaal gezien aan de hoge kant.¹⁵⁴ Een verlaging van het percentage is te overwegen, waarbij de minimale grens van ILO-verdrag nr. 121 van 60% wel in acht moet worden genomen.¹⁵⁵ Daarmee worden de kosten voor werkgevers verminderd en wordt de inkomensprikkel voor werknemers groter zodat de balans in rechten en plichten wordt hersteld.¹⁵⁶ Zo'n stap is echter niet los te zien van het Nederlandse gebruik om het inkomen bij arbeidsongeschiktheid aan te vullen.

149 Mij zijn geen data bekend over de omvang van dit probleem. Uit eigen ervaring in mijn advocatenpraktijk weet ik wel dat het meer dan een theoretisch probleem is, dat zich met enige regelmaat voordoet.

150 Een nog verdergaand alternatief zou zijn de betaling bij ziekte in enige periode van vijf jaar te beperken tot ten hoogste het loon over 104 weken, dus met samentelling van alle (kort- of langdurende) periodes van arbeidsongeschiktheid. Uitvoeringstechnisch zal dat een stuk moeilijker zijn vorm te geven.

151 Of hooguit het bovenwettelijk deel als hij daartoe op basis van CAO of arbeidsovereenkomst verplicht is.

152 In de oude Amber-wetgeving was een soortgelijke regeling van kracht en gold een verkorte wachttijd van vier weken. Zes weken of 13 weken zijn eveneens een optie.

153 Aansprakelijkheid moet vaststaan en zolang die niet is erkend of is vastgesteld kan het UWV op voorschotbasis de ZW-uitkering verstrekken en die later terugvorderen.

154 Friperson/De Jong, p.8.

155 De verlaging zou tegelijkertijd moeten worden doorgevoerd in de ZW, om te voorkomen dat die aantrekkelijker wordt dan loon tijdens ziekte. Dat is de les van de parlementaire enquête van de commissie Buurmeijer, over de aanzuigende werking van de WAO, die gunstiger aanspraken bood dan de WW.

156 Art. 19 en 20 ILO-Verdrag nr. 121 en schema 2. Ik betwijfel overigens het effect van financiële prikkels bij werknemers.

In § 6.1.4 heb ik de motivering, om bij het Najaarsakkoord 2004 voor het tweede ziektejaar geen cao-aanvullingen meer mogelijk te willen maken, kritisch besproken. Diezelfde motivering gaat ook op voor het eerste ziektejaar. Nu heeft 98% van alle werknemers aanspraak op 170% van het loon gedurende de twee jaar arbeidsongeschiktheid. Meestal is dat het eerste jaar 100% en het tweede jaar 70%. Om de kosten daadwerkelijk te verlagen en de werknemer een deel van verantwoordelijkheid bij arbeidsongeschiktheid zelf te laten dragen, zou iets aan de aanvullingen moeten worden gedaan. De wetgever zou de mogelijkheid kunnen overwegen de cao-aanvullingen op het loon bij arbeidsongeschiktheid dwingendrechtelijk te beperken of af te schaffen.¹⁵⁷ Deze optie strandt volgens mij omdat die in strijd komt met de vrijheid om collectief te onderhandelen, op grond van onder meer artikel 4 ILO-verdrag nr. 98 en artikel 6 ESH. Die vrijheid is onder voorwaarden in te perken. Bij ILO-Verdrag nr. 98 is inperking alleen mogelijk door overheidsmaatregelen die uitzonderlijk zijn, proportioneel, een redelijke termijn niet overschrijden en gepaard gaan met de bescherming van de levensstandaard van de werknemers.¹⁵⁸ Die omstandigheden doen zich niet voor. Bij het ESH is inperking slechts toegestaan door wettelijke voorschriften die nodig zijn in een democratische samenleving om de rechten en vrijheden van anderen, de bescherming van de openbare orde, de nationale veiligheid, de volksgezondheid of de goede zeden te waarborgen (art. G lid 1 ESH). Geen van die gevallen doet zich voor. De enige variant die ik zie, is om een niet-dwingendrechtelijke afspraak te maken, net als bij het Najaarsakkoord 2004 is gedaan.¹⁵⁹

Aanbeveling 8

De mogelijkheid moet worden onderzocht om, in navolging van het Najaarsakkoord 2004, afspraken met sociale partners te maken over het verder beperken van cao-aanvullingen op het loon bij arbeidsongeschiktheid. Alleen dan heeft het zin een eventuele verlaging van het loondoorbetalingspercentage te overwegen.

Vervroegde IVA-aanvraag

Een bijzondere regeling rond de hoogte van de loondoorbetaling is de optie voor een werknemer die geen benutbare mogelijkheden heeft, om vervroegd een IVA-uitkering aan te vragen. Bij toekenning van een IVA-uitkering loopt de loondoorbetalingsplicht van de werkgever tot en met 104 weken door, maar mag hij daarop de IVA-uitkering in mindering brengen. Daardoor wordt de loondoorbetaling beperkt of vervalt die in sommige gevallen helemaal.¹⁶⁰ Het kan dus in het belang zijn van

157 Zie de aanbeveling in OESO 2008, p.38.

158 J. van Drongelen, *Collectiefarbeidsrecht. Vakverenigingsvrijheid. Het recht op collectief onderhandelen. Mededingingsrecht*, Paris: Zutphen 2009, p.62-63.

159 Hofman/Pennings wijzen op de internationaalrechtelijke waarborg van de vrijheid op collectief onderhandelen (ILO-Verdrag 87 en 98) en de (toegestane) afspraken die de regering met sociale partners maakte voor aanvullingsregelingen tot maximaal 170%, p.38. Een aanzegging van de Minister om cao's waarin wordt aangevuld niet meer algemeen verbindend te verklaren stuit mogelijk ook af op de collectieve onderhandelingsvrijheid.

160 De hoogte van de IVA-uitkering is 75% van het maximum dagloon of bij gevallen van hulpbehoefte 100% (art. 51 en 53 WIA). Loondoorbetaling bij ziekte is vaak in het eerste jaar 100%, in het tweede jaar 70%.

de werkgever dat aan de werknemer een IVA-uitkering wordt toegekend. Een IVA-uitkering wordt echter alleen toegekend op aanvraag (artikel 64 lid 1 WIA) dus het initiatief daarvoor ligt bij de werknemer. Die zal misschien hopen op een verbetering van zijn medische toestand of niet zitten te wachten op een 'IVA-stempel' en daarom geen vervroegde IVA *willen* aanvragen. Het uitblijven van een aanvraag zadelt de werkgever wel met een volledige loondoorbetaling op, terwijl in zo'n geval is vastgesteld dat er geen benutbare mogelijkheden bestaan en re-integratie-inspanningen daarom geen zin hebben.¹⁶¹ Daarmee ontvalt de rechtvaardiging voor een voortduurende loondoorbetaling bij arbeidsongeschiktheid. Om de balans te herstellen zijn twee oplossingen denkbaar.

Optie één is de werknemer te *verplichten* een IVA-uitkering aan te vragen zodra het ontbreken van benutbare mogelijkheden is vastgesteld. Dat past bij het beginsel van subsidiaire verantwoordelijkheid: er is een mogelijkheid om op een andere manier in inkomen te voorzien. In redelijkheid zal normaal gesproken van de werknemer kunnen worden gevraagd de vervroegde aanvraag daadwerkelijk te doen. Blijft die aanvraag uit, dan moeten daaraan gevolgen worden verbonden, zoals het verval van het recht op loon bij ziekte. De werknemer draagt op die manier de verantwoordelijkheid voor zijn keuze om de IVA-aanvraag achterwege te laten. Optie twee is om geen 'uitkeringsdwang' toe te passen en de werknemer niet te verplichten een uitkering aan te vragen. In plaats daarvan zou het UWV dan op aanvraag van de werkgever een compensatie aan hem moeten betalen, ter hoogte van de vervroegde IVA-uitkering die anders aan de werknemer betaald zou zijn. De rechtvaardiging daarvoor is dat het UWV de uitkering toch 'verschuldigd' is, omdat het ontbreken van duurzaam benutbare mogelijkheden vast staat. De aanspraak op de uitkering is daarmee materieel gegeven, zodat het niet zou moeten uitmaken of die wordt uitgekeerd aan de werknemer of aan de werkgever.¹⁶² Natuurlijk is de WIA een werknemersverzekering. Prestaties op grond van de verzekering komen in principe niet toe aan een ander dan de verzekerde. Maar het vorderingsrecht van de verzekerde werknemer zou wel over kunnen gaan op een derde, de werkgever. De wet zou kunnen voorzien in zo'n overgang van de aanspraak op 'verzekeringsspanningen' als vast zou staan dat de werknemer de vervroegde IVA-aanvraag inderdaad niet wenst. Op die manier keert het UWV uit wat op basis van de verzekering is verschuldigd, krijgt de werkgever een compensatie voor kosten die hij moet maken terwijl de rechtvaardiging voor die kosten is vervallen en behoudt de werknemer het inkomen dat hij anders ook zou hebben gehad.¹⁶³ Een dergelijke regeling is verder te billijken omdat zo'n

161 Het vaststellen dat geen benutbare mogelijkheden bestaan gebeurt in eerste instantie aan de hand van een beoordeling door de bedrijfsarts, art. 66 lid 3 WIA. Willen partijen zekerheid (omdat de vervroegde aanvraag behoudens nieuwe feiten of omstandigheden maar één keer mag worden gedaan, art. 66 lid 2 WIA) dan is in verband met die beoordeling van de bedrijfsarts een second opinion bij het UWV aan te vragen.

162 Uiteraard beseft ik dat technisch het recht op de uitkering niet vaststaat, omdat het recht pas *op aanvraag* wordt vastgesteld. Het gaat mij vooral om een denkrichting.

163 Als de werkgever slechts 70% zou hoeven doorbetalen en hij zou van het UWV een 'IVA-compensatie' van 75% of zelfs 100% krijgen, dan dient hij het meerdere boven waartoe hij verplicht zou zijn door te betalen aan de werknemer.

'IVA-compensatie' per definitie geldt voor een beperkte periode namelijk tot aan het einde van de wachttijd.

Aanbeveling 9

Maak de vervroegde aanvraag van een IVA-uitkering minder vrijblijvend, zodra het ontbreken van duurzaam benutbare mogelijkheden vaststaat. Verplicht de werknemer tot het aanvragen van een vervroegde IVA-uitkering, bij gebreke waarvan zijn recht op loondoorbetaling bij ziekte vervalt, óf vergoedt aan de werkgever na een daartoe strekkende aanvraag een bedrag gelijk aan de IVA-uitkering die de werknemer bij een vervroegde aanvraag zou zijn toegekomen en wel tot aan het einde van de wachttijd.

10.5 Aanbevelingen controlevoorschriften

Bij de controlevoorschriften zou ook kunnen worden gewerkt aan de balans in rechten en verplichtingen. Ik zie daarbij drie verbeterpunten.

10.5.1 Scherpere regeling rond de ziekmelding

Uit het Duitse recht is op te maken dat de regels rond de ziekmelding beter zijn doordacht. Ook de Nederlandse regeling rond controlevoorschriften draagt bij aan flexicurity maar misschien kan er uit het Duitse voorbeeld worden geput om de ziekmelding wat scherper te regelen. Nu beperken de controlevoorschriften zich vaak tot een ziekmelding voor 09.00u 's ochtends, waarbij iemand wordt aangewezen bij wie de ziekmelding moet binnenkomen. In de Duitse regeling wordt uitgegaan van een zo snel mogelijke ziekmelding, dus niet pas op de eerste werkdag, maar meteen. De arbeidsongeschikte werknemer is verplicht om zich telefonisch of per e-mail ziek te melden en als hij daartoe zelf niet in staat is, moet hij derden inschakelen voor die onmiddellijke ziekmelding. Bovendien moet hij de vermoedelijke duur meedelen, zodat de werkgever de afweging kan maken om voor vervanging te zorgen of op een andere manier de afwezigheid op te vangen. Bij de ziekmelding dient de werknemer zijn actuele contactgegevens, inclusief een eventueel verpleegadres door te geven. Aanwijzingen dat de Nederlandse regeling van de ziekmelding tekortschiet, zijn er niet, op één punt na. De gedetailleerdheid van de Duitse regels bij een ziekmelding levert in elk geval ideeën op om in Nederlandse controlevoorschriften wat meer werk te maken van de ziekmelding zelf. Het ene punt waar de Nederlandse regels achterblijven op de Duitse is het ontbreken van een formele rol van een bedrijfsarts bij het vaststellen van het *einde* van de arbeidsongeschiktheid. Dat kan van belang zijn bij het voorkomen van samengesteld verzuim, waarmee ik de opvolging van ziekmeldingen binnen vier weken bedoel, bij het formeel afsluiten van een re-integratietraject of bij het garanderen dat werkhervatting veilig en gezond is. Die rol kan zijn opgenomen in de controlevoorschriften, wat deels ook in de praktijk gebeurt. Een waarborg daarvoor ontbreekt, wat verstrend kan werken op de balans.¹⁶⁴

¹⁶⁴ De werkgever kan worden geconfronteerd met onduidelijkheden rond al dan niet samengesteld verzuim, het al dan niet geëindigd zijn van de re-integratie of vorderingen uit art. 7:658 BW.

Aanbeveling 10

De bedrijfsarts moet niet alleen de taak krijgen te controleren op het bestáán van de arbeidsongeschiktheid, maar ook formeel op het einde van de arbeidsongeschiktheid. In de controlevoorschriften kan dat dan worden geïncorporeerd, net als meer gedetailleerde regels rond de ziekmelding.

10.5.2 Een wettelijke plicht om mee te werken aan controle

De balans tussen rechten en verplichtingen kan worden versterkt als de wetgever expliciet duidelijk maakt dat de werknemer verplicht is om controle op arbeidsongeschiktheid mogelijk te maken. In controlevoorschriften staat regelmatig zo'n bepaling vermeld, zijnde een voorschrift als bedoeld in artikel 7:629 lid 6 BW en met de impliciete veronderstelling dat dit een redelijk voorschrift is. Dat laatste is uit de huidige wetgeving niet af te leiden. Uitgangspunt is dat bij een medische behandelovereenkomst alleen verrichtingen plaats vinden met toestemming van de patiënt (artikel 7:450 lid 1 BW). De controle door de bedrijfsarts is echter geen behandelovereenkomst (artikel 7:446 lid 4 BW). Desondanks is toestemming toch vereist, tenzij de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen verzet (artikel 7:464 lid 1 BW). Ik geloof niet dat de rechtsbetrekking zich verzet tegen het handhaven van de instemmingsplicht. De plicht om controle bij arbeidsongeschiktheid mogelijk te maken, kan dus niet rechtsgeldig in controlevoorschriften worden opgenomen, omdat de werknemer dat wettelijk gezien mag weigeren.¹⁶⁵ Veel verzuimregelingen die deze controleplicht kennen, zijn daarom in strijd met de wet, terwijl werkgever en werknemer dat wellicht niet weten. Als de wetgever vindt dat de werknemer mee moet werken aan controle dan moet *hij* een verplichting om mee te werken aan controle op arbeidsongeschiktheid in de wet opnemen, omdat een inbreuk op het grondrecht van bescherming van de lichamelijke integriteit alleen bij wet is toegestaan.

Het lijkt er veel meer op dat de wetgever meent dat de werknemer niet verplicht is zich te laten controleren, maar er wel een sanctie aan verbindt als hij dat niet doet. Een recht om te weigeren kan zo een stille dood sterven. Ik heb dat omschreven als de spanning tussen *de jure* mogen weigeren, maar *de facto* moeten doen. Als dat het geval is, is na te denken over een oplossing. Die kan aan de *de jure* kant liggen of aan de *de facto* kant. Bij de *de facto* kant heb ik overwogen of een gewetensbezwaardenregeling een oplossing zou zijn. De werknemer die er vanuit overtuiging voor kiest zich niet te laten controleren (bijvoorbeeld met een beroep op religieuze of grondwettelijke motieven) zou dan een beroep moeten kunnen doen op gewetensbezwaren. Met een geslaagd beroep zou de werkgever dan geen loonopschorting mogen toepassen, omdat de werknemer een deugdelijke grond zou hebben controle te weigeren. Ik kies hier echter niet voor. Het is principieel onjuist dat de werknemer moet motiveren waarom een inbreuk op dit grondrecht niet gerechtvaardigd is en hem geen sanctie moet worden opgelegd. In mijn beleving past een gewetensbezwaardenregeling niet

¹⁶⁵ Met als gevolg (nu) loonopschorting.

goed bij het gewicht van het grondrecht van lichamelijke onschendbaarheid. Een meer praktische reden is dat een beroep op gewetensbezwaren misschien al gauw zou verworpen tot een standaardverweer en het haast niet doenlijk en wenselijk lijkt hier een controlestelsel voor op te tuigen.

Ik heb de voorkeur voor een *de jure* oplossing. In navolging van Duitsland vind ik namelijk dat arbeidsongeschiktheid alleen kan worden aangenomen als dat door een arts wordt onderbouwd. Mij lijkt het zuiver om dat door een deskundige te laten vaststellen, want het voorkomt of beperkt om te beginnen onterecht verzuim. Een argument is ook dat het vaststellen van arbeidsongeschiktheid een startpunt is van re-integratie. Dat bij niet-controle een loonopschorting kan worden toegepast bevordert de re-integratie niet. In plaats daarvan moet de werkgever afwachten tot de werknemer geprikkeld wordt door de loonopschorting, om dan pas via de bedrijfsarts een start met werkherleving te kunnen maken. Het niet kunnen controleren kan dus voor vertraging zorgen. Ten slotte gebeurt de controle door een onafhankelijke bedrijfsarts, die is gebonden aan strikte regels zoals een geheimhoudingsplicht. Voor mij is dat voldoende reden om voor te stellen een controleverplichting in de wet op te nemen.¹⁶⁶ Daaronder valt ook de controle op het einde van de arbeidsongeschiktheid. In de vorige paragraaf heb ik aanbevolen die rol formeel toe te kennen aan de bedrijfsarts.

Vanuit een gedachte van subsidiaire verantwoordelijkheid heb ik een verdergaande optie overdacht. In § 9.3.1 heb ik geschetst dat een alternatief systeem denkbaar is. In Duitsland ligt de bewijslast van arbeidsongeschiktheid volledig bij de werknemer, die de arbeidsongeschiktheid door zijn huisarts laat controleren aan de hand van algemene richtlijnen. Dat zou input kunnen vormen voor een andere regeling van de Nederlandse controlevoorschriften. Als de bewijslast bij de werknemer komt te liggen, zou er in feite geen controle op arbeidsongeschiktheid meer nodig zijn. Daar staat tegenover dat bij betwisting van de arbeidsongeschiktheidsbeoordeling door de werknemer, de *werkgever* een deskundigenoordeel zou moeten aanvragen, met een investering in tijd (paar weken) en geld (€ 400,-). Uiteindelijk denk ik dat het huidige systeem niet zóveel nadelen herbergt dat de bestaande structuur zou moeten veranderen, met in deze optie mogelijk een nieuwe onbalans.¹⁶⁷

Aanbeveling 11

Er moet in de wet een plicht voor de werknemer worden opgenomen om zich op arbeidsongeschiktheid en het einde daarvan te laten controleren.

¹⁶⁶ Vanuit het oogpunt van transparantie van wetgeving vind ik het ook aan te bevelen om een plicht of een verbod op te nemen, inclusief sancties bij overtreding.

¹⁶⁷ Daarbij heb ik meegewogen dat Kaiser in 1992 de afstand van de verzekeringsgeneeskundige tot de diverse concrete bedrijven als probleem benoemde om re-integratie van de grond te krijgen. Kaiser, p.135. De huisarts staat op vergelijkbare afstand van het bedrijf maar moet wel arbeidsongeschiktheid vaststellen voor de bedongen arbeid in dat bedrijf.

10.5.3 Loonstop in plaats van loonopschorting

Om ervoor te zorgen dat de werknemer bij niet-naleving van zijn controleverplichtingen een reële sanctie voelt, zou moeten worden gekozen voor het omzetten van het middel van loonopschorting in het verval van het recht op loon (loonstop). Het klinkt paradoxaal om iemand het recht op loon te ontzeggen als hij niet meewerkt aan maatregelen om datzelfde recht op loon vast te stellen. Toch is dat bij nadere beschouwing niet merkwaardiger dan het opschorten van de uitbetaling van loon bij het niet meewerken om het recht op loon vast te stellen. In beide gevallen wordt de werknemer al iets ontzegd, waarvan nog niet zeker is of hij daarop aanspraak kan maken. De vraag is wat de meest redelijke sanctie is. Om twee redenen meen ik dat dit de loonstop moet zijn. De eerste reden is dat de werknemer bij een loonopschorting, afhankelijk van het tijdsverloop, de sanctie niet eens merkt of in elk geval de gevolgen niet draagt. Daarmee is de sanctie niet altijd effectief. De tweede reden is dat, hoe eerder de werkgever weet dat een werknemer arbeidsongeschikt is en de bedrijfsarts de situatie kan laten inschatten, hoe eerder hij kan starten met de re-integratie-inspanningen. De vertraging in de start van de re-integratie doordat de werknemer niet voldoet aan de controlevoorschriften moet voor zijn rekening komen.¹⁶⁸ Ik vind dat als een werknemer weet dat hij controlevoorschriften moet naleven en er voor kiest dat niet te doen, de nalatigheid ernstig genoeg is om verval van het recht op loon te rechtvaardigen. Dit is méér in overeenstemming met het beginsel van subsidiaire verantwoordelijkheid. Het niet-naleven van de controlevoorschriften met een deugdelijke grond betekent overigens géén verval van het recht op loon. De labiele werknemer die een afspraak met de bedrijfsarts vergeet, moet wel worden beschermd. Bijvangst in deze benadering is dat het onderscheid tussen een loonopschorting en een loonstop wordt opgeheven, wat gunstig is omdat het onderscheid voor veel werkgevers niet helder is. Het gebruik van een verkeerde maatregel voor de verkeerde situatie kan daarmee worden voorkomen.¹⁶⁹

Zou niet worden gekozen voor de omzetting van een loonopschorting in een loonstop dan richt mijn aandacht zich op de onverwijldheidseis van de aanzegging.¹⁷⁰ Ik meen dat die de zorgvuldige werkgever teveel beperkt door aan niet-onverwijldheid bij een vermoeden of de redelijke kans op een vermoeden, meteen het verval te koppelen van de mogelijkheid een loonopschorting (of loonstop) op te leggen.¹⁷¹ Het belang van de werknemer om op tijd te weten of zijn recht op loon in gevaar komt en daar dan actie op te ondernemen, is afdoende gedekt met artikel 6:2 BW,

168 Dat geldt zelfs als het slechts om een *mogelijke* vertraging zou gaan. Bijvoorbeeld als blijkt dat de werknemer niet op een controle bij de bedrijfsarts verschijnt, een loonstop krijgt en daarna alsnog wordt gecontroleerd. Blijkt hij geen benutbare mogelijkheden te hebben dan is de re-integratie niet vertraagd. Ik breng dat dan voor risico van de werknemer.

169 Zoals in Hof Leeuwarden 29 maart 2011, *LJN BQ0686*, Hof Den Bosch 21 augustus 2012, *LJN BX5669*.

170 De onverwijldheidseis geldt ook bij de loonstop, die gaat spelen bij het niet naleven van de verzuimvoorschriften en de re-integratievoorschriften. Ook daar pleit ik voor het laten vervallen daarvan, dus niet alleen bij loonopschorting.

171 Het gaat immers om 'onverwijld nadat bij hem het vermoeden van het bestaan daarvan is gerezen of redelijkerwijs had behoren te rijzen'.

dat via artikel 7:611 BW doorwerkt. Zekerder is om de redactie van artikel 7:629 lid 7 BW aan te passen en daarin 'een redelijke termijn' op te nemen. Om aan het nadeel van de onverwijldheidseis te ontkomen, is een gedachte om de controlevoorschriften te zien als een 'voorschrift van de arbeidsovereenkomst' als bedoeld in artikel 7:650 lid 1 BW. Op overtreding daarvan is een boete te stellen onder in dat artikel genoemde voorwaarden. Sparrius gaat er vanuit dat dit zonder meer mogelijk is, onder verwijzing naar literatuur.¹⁷² Ik ben daar niet van overtuigd. Volgens mij gaat het bij de voorschriften uit artikel 7:650 lid 1 BW om dezelfde voorschriften als bedoeld in artikel 7:660 BW. Het betreft dan regels rond het verrichten van de arbeid en ter bevordering van de goede orde in de onderneming. Controlevoorschriften zijn van een andere soort waarmee de 'huishoudelijke' boeteregeling van artikel 7:650 BW niet van toepassing is. Zelfs als de controlevoorschriften wél onder artikel 7:660 BW zouden vallen dan nog gaat denk ik voor, dat de wet de specifieke sanctie van loonopschorting noemt. Ik zie niet dat daarnaast nog een andere sanctie mogelijk zou zijn.

Aanbeveling 12

Op het zonder deugdelijke grond niet naleven van de controlevoorschriften moet de sanctie van verval van het loon worden gesteld. In elk geval moet de onverwijldheidseis (artikel 7:629 lid 7 BW) worden aangepast door het woord 'onverwijld' te vervangen door 'binnen een redelijke termijn'.

Het invoeren van een loonstop wordt misschien als te streng gezien voor de werknemer. Het herstellen van de balans in rechten en verplichtingen en het schenken van aandacht aan subsidiaire verantwoordelijkheid zou afbreuk kunnen doen aan het beginsel van bescherming en bestaanszekerheid. De werknemer krijgt in wezen de plicht om de loonstop in rechte aan te vechten als hij vindt dat die op onjuiste gronden is opgelegd. Als hij gelijk zou krijgen, is de loonstop onterecht geweest, maar heeft hij wel al enige tijd zonder inkomen gezeten. Aan zulke kritiek is tegemoet te komen door de voorschotregeling ZW terug in te voeren bij geschillen over de loonbetaling tussen werkgever en werknemer.¹⁷³ Bij invoering van de Wulbz is afgeschaft dat het UWV in zo'n geval een voorschot op de ZW-uitkering zou kunnen betalen, met een verhaalsmogelijkheid op werkgever of werknemer (art. 39c ZW oud). In Duitsland bestaat nog wel die mogelijkheid en het voorkomt dat de werknemer verstoken blijft van inkomen, terwijl hij in een rechtszaak verwickeld is met de werkgever. De optie van het verstrekken van een ZW-voorschot heeft er in Duitsland mede voor gezorgd dat de loondoorbetaling bij ziekte niet onder vuur ligt.¹⁷⁴ Wat bij de voorschotregeling kan helpen, is dat bij een loonvordering van de werknemer nu al de inschakeling van het

172 Sparrius, p.153.

173 Dit gaat niet alleen op bij een nieuw in te voeren loonstop bij controlevoorschriften, maar ook bij de loonstop bij verzuimvoorschriften of re-integratievoorschriften of bij de loonopschorting als die wordt gehandhaafd.

174 Hofman/Pennings, p.58 en p.139, die als bijkomend voordeel zien dat daarmee de strijd van de huidige regeling met internationale verdragen wordt verkleind, p.139.

UWV verplicht is¹⁷⁵ zodat het oordeel van het UWV over het recht op loon al is gegeven. Een afgeleide vorm kan dan zijn om een voorschot te verstrekken als uit het deskundigenoordeel volgt dat de werknemer recht op loon heeft. In die situatie is het risico voor het UWV zeer beperkt, omdat de rechter grote waarde hecht aan het deskundigenoordeel en de kans daarmee groot is dat de loonvordering wordt toegewezen en het UWV daadwerkelijk zal kunnen verhalen op de werkgever.¹⁷⁶ Vanuit de balansgedachte kan met een voorschotregeling worden gekozen om de betalingsverplichting bij het UWV te leggen, in plaats van de werknemer misschien onterecht tijdelijk loon te ontzeggen.

Aanbeveling 13

Bij een procedure tussen werkgever en werknemer over de verplichting tot loonbetaling tijdens arbeidsongeschiktheid moet de mogelijkheid weer worden ingevoerd dat het UWV vanuit de ZW een voorschot verstrekt aan de werknemer, met -afhankelijk van de uitkomst van de procedure- een verhaalsrecht op de werkgever of de werknemer. Eventueel is het voorschot aan voorwaarden te verbinden, zoals het alleen verstrekken daarvan bij een voor de werknemer positief deskundigenoordeel.

10.6 Aanbevelingen verzuimvoorschriften

Bij de verzuimvoorschriften gaat het om informatie- en medewerkingsplichten en om het genezingsvoorschrift. Bij elk zijn aanbevelingen te geven.

10.6.1 Duidelijkere informatie- en medewerkingsplicht

Om te beginnen moeten informatierechten van de werkgever beter wettelijk worden vastgelegd om een tegenwicht te bieden tegen het grote belang dat de wetgever heeft gehecht aan de privacy van de zieke werknemer. Artikel 38b ZW is een duidelijk voorbeeld van een werkgeversaanspraak op relevante informatie, maar die aanspraak omvat niet alle relevante gegevens. Bovendien staat er geen directe sanctie op het niet of niet juist nakomen van deze informatieplicht.¹⁷⁷ Ook hier strekt Duitsland tot voorbeeld. De wet stelt daar buiten twijfel dat de werknemer de vermoedelijke verzuimduur moet meedelen. Ook is hij verplicht alle gegevens over eventueel regres aan de werkgever te verstrekken en zijn medewerking te verlenen aan verhaal op een derde. Deze eisen zijn in Nederland wellicht te ontleen aan goed werknemerschap, maar de positie van de werkgever wordt verduidelijkt en versterkt als dit recht op informatie ook wettelijk wordt vastgelegd. Hoogendijk heeft bepleit om de werknemer te verplichten eveneens de aard van de ziekte mee te delen, tenzij daartegen

175 Het verplichte deskundigenoordeel ex art. 7:629a BW, uitgezonderd bij een kort geding.

176 De meerderheid van dit soort geschillen wordt bij kort geding aanhangig gemaakt, waar geen deskundigenoordeel verplicht is. In de praktijk wordt in veel gevallen bij kort geding niettemin zo'n deskundigenoordeel wel ingebracht. Een voorwaarde dat een voorschot pas wordt verleend bij een voor de werknemer positief oordeel kan stimuleren dat ook in kort geding nog vaker een deskundigenoordeel wordt ingebracht.

177 Toch denk ik dat onder omstandigheden het niet nakomen van artikel 38b ZW reden kan zijn voor ontslag.

medische privacybezwaren bestaan. Ik denk dat de werkgever dat niet altijd hoeft te weten, behalve bij informatie voor verantwoorde werkhervatting of informatie over de samenhang van de arbeidsongeschiktheid met de arbeidsomstandigheden, die de werkgever tot het nemen van arbo-maatregelen zou nopen. Bij een ruime toepassing van artikel 11 laatste volzin en sub f Arbeidsomstandighedenwet is aan te nemen dat die gegevens aan de bedrijfsarts moeten worden meegedeeld en langs die weg bij de werkgever terecht kunnen komen. Helder vastgelegd is dit niet, overigens net zo min als in Duitsland.

Aanbeveling 14

Wettelijk moet worden vastgelegd dat de werkgever recht heeft op informatie over de vermoedelijke verzuimduur, regresmogelijkheden en die informatie hetzij die van belang is voor verantwoorde werkhervatting, hetzij over een samenhang van arbeidsongeschiktheid met arbeidsomstandigheden, die noodzaken dat de werkgever de arbeidsomstandigheden verbetert.

Voor wat betreft de medewerkingsplicht ontbreekt de plicht voor de werknemer om mee te werken aan een deskundigenoordeel. Dit deskundigenoordeel is van groot belang voor de rechtspositie van de werknemer én de werkgever. De werknemer die door de bedrijfsarts arbeidsongeschikt wordt geacht, waarbij de werkgever twijfelt aan de juistheid van dat oordeel moet kunnen worden gecontroleerd door een onafhankelijke derde. Hetzelfde geldt voor het oordeel van de bedrijfsarts dat bepaalde werkzaamheden niet passend zijn; ook daar moet een second opinion mogelijk zijn. Als de werknemer niet meewerkt aan een deskundigenoordeel dan ontbreken de mogelijkheden voor de werkgever om het recht op loon onafhankelijk te laten vaststellen of om de juistheid van de re-integratie-inspanningen onafhankelijk te laten beoordelen. Een loonmaatregel is alleen toegestaan als de werkgever het vermoeden heeft dat er een grond voor bestaat, maar met alleen een oordeel van de bedrijfsarts zal dat moeilijk hard te maken zijn. Ik denk dat vanuit een gedachte van evenwicht de werknemer verplicht moet kunnen worden mee te werken aan een deskundigenoordeel. De ratio achter het deskundigenoordeel geldt namelijk deels ook in deze gevallen, te weten geschilbeslechting voorkomen of bij de rechter vereenvoudigen. Dezelfde motivering als in § 10.5.2 is gegeven om in afwijking van artikel 7:446 BW e.v. een plicht aan te nemen gaat hier op.

Aanbeveling 15

Uitdrukkelijk moet worden bepaald dat de werknemer verplicht is mee te werken aan een deskundigenoordeel dat de werkgever heeft aangevraagd.

Ten slotte acht ik het aansluiten bij subsidiaire verantwoordelijkheid dat een uitdrukkelijke sanctie komt te staan op het niet naleven van de informatie- of medewerkingsplicht. De werknemer die verantwoordelijkheid heeft en ervoor kan zorgen dat hetzij de kosten van de werkgever beperkt blijven, hetzij de werkgever in het belang van anderen kan handelen, dient die verantwoordelijkheid ook te nemen. Doet hij dat niet dan moet zijn nalaten niet voorbij gaan zonder sanctie. Welke sanctie

maakt mij uiteindelijk niet zo veel uit, als er maar een sanctie wordt gesteld. Een globaal idee kan ik wel geven. Ik heb in § 9.4.1 gewezen op de analogie met het algemene opschortingsrecht uit artikel 6:57 lid 1 BW. Een gemengd systeem waarin zowel de loonopschorting als de loonstop als sanctie voorkomen, vind ik niet gewenst (§ 10.5.3). Ik kan mij voorstellen dat het niet meedelen van de vermoedelijke verzuimduur en het niet geven van informatie over regresrecht of het verband met de arbeidsomstandigheden met een (arbeidsrechtelijke) boete zouden moeten kunnen worden bestraft. Het niet meewerken aan een deskundigenoordeel of het niet geven van informatie over een verantwoorde werkhervatting zijn zodanig zwaarwegend dat daarop de sanctie van een loonstop zou kunnen worden gezet. Zeker bij het niet-meewerken aan een deskundigenoordeel ben ik voorstander van zo'n maatregel, die ik ook vind passen bij de rest van de situaties waarin een loonstop geldt.

Aanbeveling 16

Voer een sanctie in op het niet verstrekken van de informatie waarop de werkgever recht heeft en op het niet meewerken aan een deskundigenoordeel dat de werkgever heeft aangevraagd. In elk geval bij het niet-meewerken aan zo'n deskundigenoordeel is het verval van het recht op loon op zijn plaats.

10.6.2 Invoeren behandelvoorschrift in plaats van genezingsvoorschrift

Het genezingsvoorschrift is onduidelijk en dubbelzinnig. Zowel vanuit het oogpunt van een betere balans in rechten en plichten als vanuit subsidiaire verantwoordelijkheid zou de kern van dit artikel 7:629 lid 3 aanhef en sub b BW beter moeten worden vormgegeven. Ik neem de suggestie van Hoogendijk om dit artikel te schrappen niet over, omdat ik de basis die zij in artikel 7:611 BW ziet voor de plicht om de genezing niet te belemmeren of te vertragen, onvoldoende en onvoldoende duidelijk vind. De grondslag voor verlies aan loon moet expliciet en transparant zijn en niet verscholen in de open norm van goed werknemerschap. Ik wil het genezingsvoorschrift niet benaderen vanuit de negatieve formulering van nu. Dat de werknemer bijvoorbeeld een verwijt moet kunnen worden gemaakt van het belemmeren voordat het recht op loon vervalt, blijkt in het geheel niet uit die tekst. Wat daarbij geldt bij vertraging is evenmin duidelijk. Voor mij is belangrijk dat de werknemer ten opzichte van de werkgever gehouden is *actief* te werken aan het herstel van zijn arbeidsgeschiktheid.¹⁷⁸ Dat is een positievere benadering dan alleen maar zorgen dat het genezingsproces binnen de lijntjes blijft. Ik heb daarbij gekeken naar Duitsland waarbij een plicht is opgenomen om zich onder behandeling te stellen, met weigeringsgronden die het recht op onschendbaarheid van de lichamelijke integriteit en de vrijheid van artskeuze waarborgen. De werknemer moet zich dus laten behandelen, tenzij dat van hem niet kan worden gevergd. Die notie is voor Nederland niet vreemd want op grond van

¹⁷⁸ In dat verband ook de wetsgeschiedenis bij artikel 28 lid 1 WIA: *'De verzekerde mag in ieder geval tijdens de wachttijd, dus voorafgaande aan zijn uitkering zijn reïntegratie niet belemmeren en is verplicht zich daarbij actief op te stellen...Door voldoende inzet in de wachttijd kan de verzekerde immers voorkomen dat de arbeidsongeschiktheid zodanig lang voortduurt dat een recht op een uitkering ontstaat.'* Kamerstukken II 2004/05, 30 034, nr.3, p.162-163.

artikel 28 lid 2 aanhef en sub c WIA is de werknemer verplicht gedurende de wachttijd een naar algemeen medische maatstaven adequate behandeling te ondergaan voor zijn ziekte of gebrek. Dit behandelvoorschrift gaat zelfs verder dan de regeling in Duitsland omdat er geen weigeringsgronden zijn genoemd, hoewel die naar alle waarschijnlijkheid via het begrip 'adequaat' een plek kunnen krijgen. Als de werknemer tegenover het UWV gebonden is aan het behandelvoorschrift in de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid, dan is geen goede rechtvaardiging te geven waarom *die* plicht ook niet in de verhouding tot de werkgever op de werknemer kan worden gelegd. Daaronder zou wellicht begrepen kunnen worden een behandeling die de werkgever voorstelt te ondergaan om de arbeidsgeschiktheid sneller te herstellen dan waar de behandeling die de werknemer verkiest uitzicht op biedt.

Artikel 28 lid 2 sub c WIA moet worden gelezen in combinatie met de bepaling in lid 1, dat de werknemer verplicht het bestaan van arbeidsongeschiktheid of verminderde arbeidsgeschiktheid te beperken. In de wetsgeschiedenis is daarover opgemerkt dat de werknemer schadebeperkende maatregelen moet nemen, behalve als dat in redelijkheid niet van hem kan worden verlangd. De maatstaf daarvoor is dat de verzekerde tekort komt ten opzichte van het normale inzicht, waarvan een redelijk persoon in de gegeven omstandigheden in zijn eigen belang blijk zou hebben gegeven (ter voorkoming of) ter beperking van de schade. Van een wegens RSI-klachten uitgevallen werknemer mag bijvoorbeeld worden verwacht dat hij zich er rekenschap van geeft dat zijn klachten zouden kunnen verergeren door gedurende de ziekteperiode langdurig thuis te internetten. Van een door ernstige rugklachten gevelde werknemer mag worden verwacht dat hij zich realiseert dat bepaalde activiteiten zoals gedurende de ziekteperiode stukadoren, niet herstelbevorderend zijn. In zulke situaties moet de werknemer zich onthouden van re-integratiebelemmerend gedrag.¹⁷⁹ Dit sluit letterlijk aan bij het onderzoek van Keirse naar schadebeperking in het civiele schadevergoedingsrecht. De wetgever heeft er geen bezwaar in gezien het civiele normenkader ook in de WIA toe te passen.¹⁸⁰ Daarbij hoeft het UWV zich er niets van aan te trekken of de werkgever al een loonstop heeft toegepast of niet.¹⁸¹

Aanbeveling 17

In plaats van het huidige genezingsvoorschrift zou een behandelvoorschrift moeten worden ingevoerd in het BW, analoog aan artikel 28 lid 2 sub c WIA, waarbij onder 'adequaat' dan moet worden begrepen het niet zonder deugdelijke grond beperken van het bestaan van arbeidsongeschiktheid of verminderde arbeidsgeschiktheid.

179 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 034, nr.3, p.162-163.

180 Keirse, p.320, vergelijk met *Kamerstukken II* 2004/05, 30 034, nr.3, p.162-163.

181 *'Het spreekt voor zich dat het UWV in het kader van de vraag of een maatregel moet worden opgelegd nagaat welke feiten en omstandigheden zich tijdens de wachttijd hebben voorgedaan. Dit betekent echter niet dat het enkele feit dat een werkgever heeft gesanctioneerd, voor het UWV reden zou moeten zijn om van het opleggen van een maatregel af te zien. Het handelen of nalaten van de werknemer tijdens de wachttijd kan ook consequenties hebben voor het recht op of de hoogte van de WIA-uitkering. Met dit aspect is door de werkgever bij het opleggen van zijn sanctie geen rekening gehouden en het zou onjuist zijn indien het UWV dit als poortwachter van de WIA niet meer zou mogen doen', Kamerstukken I* 2005/06, 30 034 en 30 118, nr. C, p.67.

Als de invoering van het behandelvoorschrift te ver zou gaan, laat dat onverlet dat het huidige artikel moet worden aangepast. Een verbetering van de balans is duidelijk als het begrip 'zonder deugdelijke grond' aan het artikel wordt toegevoegd. Daarmee wordt duidelijker dat een verwijt aan belemmering of vertraging ten grondslag moet liggen, wil het recht op loon komen te vervallen. In plaats van 'genezing' moet worden gesproken over 'herstel of behoud van de arbeidsgeschiktheid'. Ten slotte is het raadzaam ook bij deze discussie een rol voor het UWV in te ruimen, door -nadat de bedrijfsarts heeft vastgesteld dat het herstel of behoud van de arbeidsgeschiktheid zonder deugdelijke grond is belemmerd of vertraagd- de aanvraag van een deskundigenoordeel mogelijk te maken.¹⁸² De rechtsbescherming van de werknemer en het voorkomen of vereenvoudigen van juridische geschillen spelen net zo goed in deze situatie en het aantal aanvragen dat hierover is te verwachten, blijft naar mijn inschatting beperkt.

Aanbeveling 18

Pas in elk geval de tekst van artikel 7:629 lid 3 aanhef en sub b BW aan door toe te voegen 'zonder deugdelijke grond' en 'genezing' te vervangen door 'herstel of behoud van arbeidsgeschiktheid'. Maak ook het aanvragen van een deskundigenoordeel over deze problematiek mogelijk.

10.7 Aanbevelingen re-integratievoorschriften

De aanbevelingen rond de re-integratievoorschriften zijn er met name op gericht de balans in rechten en verplichtingen te herstellen.

10.7.1 Update diverse lagere regelgeving

Werkgever en werknemer moeten houvast hebben waar het gaat om de invulling van het criterium van artikel 65 WIA, namelijk of de werkgever en de werknemer in redelijkheid hebben kunnen komen tot de re-integratie-inspanningen die zijn verricht. Daarvoor moeten zij te rade gaan bij diverse (beleids)documenten die het UWV en de Minister hebben opgesteld: de Regeling procesgang, de Beleidsregels, het Beoordelingskader en de Werkwijzer. Sinds 2006 zijn er de nodige ontwikkelingen geweest, met name in de rechtspraak, die aanpassing en actualisering van de diverse documenten wenselijk maken. Ten minste moeten de Beleidsregels worden aangepast aan het verval van de standaardsancties. Verder is het gewenst dat de normen die de Landelijke Loos sanctie Commissie hanteert (circulaire 09C002) (makkelijk) toegankelijk worden gemaakt alsook dat het UWV beleid dat kennelijk wordt gevoerd rond schadevergoedingsaanspraken openbaart.¹⁸³ Meer duidelijkheid over de *actuele*

¹⁸² Of hoe de plicht dan ook komt te luiden.

¹⁸³ Er was kennelijk beleid om 3, 6 of 9 maandsalarissen schadevergoeding aan een werknemer toe te kennen bij een onterecht niet-opgelegde loos sanctie, later vervangen door beleid voor afgerond 10 maandsalarissen.

inhoudelijke aspecten kan vertraging in besluitvorming door werkgever en werknemer voorkomen en verkleint de kans dat re-integratiekansen worden gemist. Een voorbeeld daarvan is dat in de Werkwijzer de grens voor passendheid van arbeid wordt gesteld op 70% loonwaarde maar dat in het beoordelingskader voor bevredigende werkhervatting 65% loonwaarde voldoende zou kunnen zijn. Verduidelijking is op zijn plaats, zeker gelet op het arrest Goorhuis/Sons.¹⁸⁴ Als een blijvend arbeidsongeschikte werknemer geen passende arbeid heeft geduid, dan acht de HR datgene passend wat qua loon aanluit bij zijn resterende verdien capaciteit.

Aanbeveling 19

Het UWV zou de Regeling beleidsregels beoordelingskader poortwachter en de Beleidsregels verlenging loondoorbetaling poortwachter moeten actualiseren op de ontwikkelingen sinds 2006, om te voldoen aan de eigen opmerking dat het hier om dynamische documenten gaat. Daarnaast dienen de normen van de Landelijke Loonsanctiecommissie openbaar en eenvoudig benaderbaar te worden gemaakt, alsook enig ander UWV-beleid dat rond re-integratie wordt gevoerd.

10.7.2 Schaf tweede spoorverplichting af

De plicht om ook re-integratie bij een andere werkgever in gang te zetten gaat v er en heeft weinig succes. Een specifieke rechtsgrond voor de zorgplicht van de werkgever om een eigen zieke werknemer elders geplaatst te krijgen, ontbreekt. De op Europees niveau gegarandeerde ondernemingsvrijheid die ik heb aangehaald in § 10.4.3 kan in het gedrang komen als een organisatie zich niet meer bezig kan houden met zijn eigenlijke bedrijfsvoering, maar verantwoordelijk wordt voor optimale inspanningen om zieke werknemers gedetacheerd te krijgen. Bovendien is het tweede spoor niet in overeenstemming met een bekende succesfactor van re-integratie, namelijk het aansturen op terugkeer bij de eigen werkgever. Fouten in het tweede spoor zorgen voor de meeste loonsancties, terwijl die regelmatig verklaarbaar zijn gelet op de verwarring over het moeten volgen van verschillende sporen (sociaalzekerheidsrechtelijk) of niet (arbeidsrechtelijk). Door sociaalzekerheidsrechtelijk ook de verplichte volgorde van artikel 7:685a BW aan te houden moet deze laatste onduidelijkheid in alle gevallen uit de wereld worden geholpen.

Aanbeveling 20

De werkgever zou niet langer verplicht moeten worden zich ook voor re-integratie buiten de eigen werkgever in te spannen. In elk geval is gewenst ook sociaalzekerheidsrechtelijk de arbeidsrechtelijk verplichte volgorde aan te houden van eerst terugkeer in bedongen arbeid, pas als dat onmogelijk blijkt intern in passende arbeid en pas als dat vervolgens onmogelijk blijkt in passend werk bij een andere werkgever.

184 HR 18 maart 2005, JAR 2005/99.

10.7.3 Herijk de rolverdeling

De gedachte dat de werkgever zou moeten mogen afgaan op wat deskundigen adviseren, is al uitgesproken.¹⁸⁵ De werkgever blijft echter eindverantwoordelijk voor de re-integratie, zelfs als hij daarbij vertrouwt op ingeschakelde deskundigheid. Er is niet steeds sprake van een fout van de deskundige als het UWV tot een ander oordeel komt dan die deskundige. De werkgever is dan te goeder trouw afgegaan op dat oordeel, zodat het niet redelijk en billijk is hem de nadelige gevolgen te laten dragen van een meningsverschil tussen deskundigen, als de door hem ingeschakelde deskundige blijft binnen de grenzen van wat een redelijk opdrachtnemer behoort te doen of na te laten. De werkgever is bovendien *verplicht* om de deskundige in te schakelen zodat enig nadeel niet zonder meer tot zijn risicosfeer hoort. In de balans tussen rechten en plichten is verder de rol van het UWV te vergroten. Een deskundigenoordeel zou zich niet moeten beperken tot een momentopname, maar ook uitdrukkelijk advies voor het vervolg moeten bevatten.¹⁸⁶ De verantwoordelijkheid blijft dan weliswaar bij werkgever en werknemer liggen, maar de re-integratieperiode is zo lang dat van UWV in redelijkheid kan worden gevraagd op enig moment inzicht te geven wat nog concreet van hen wordt verlangd, als daar onzekerheid over bestaat. De kosten van het deskundigenoordeel zouden moeten worden verlaagd naar (als voorheen) € 50,- voor de werknemer en € 100,- voor de werkgever, zodat de drempel, die met de huidige kosten ernstig is verhoogd, door beiden wat makkelijker kan worden genomen.

Aanbeveling 21

De werkgever moet in beginsel af kunnen gaan op het oordeel van een voor arbeidsongeschiktheid en re-integratie ingeschakelde deskundige, behalve als hij reden heeft of redelijkerwijs zou moeten hebben om aan dat oordeel te twijfelen. Het deskundigenoordeel van het UWV ex art. 32 lid 2 en 3 SUWI moet een deskundigenadvies worden, waarbij het UWV concrete tips en aanwijzingen geeft aan werkgever en werknemer over het vervolg van de re-integratie. De kosten van een deskundigenoordeel moeten worden verlaagd naar € 50,- voor de werknemer en € 100,- voor de werkgever.

10.7.4 Duidelijkheid over nieuwe bedongen arbeid

De onduidelijkheid wanneer passende arbeid stilzwijgend overgaat in bedongen arbeid maakt dat de rechten en verplichtingen tussen werkgever, werknemer en UWV niet duidelijk zijn. Of van een balans op dit onderdeel kan worden gesproken, is daarom niet helder. De onduidelijkheid bestaat ná het verstrijken van de twee jaar arbeidsongeschiktheid. Eerder zijn twee suggesties besproken over de manier waarop de duidelijkheid kan worden vergroot.

¹⁸⁵ Rb. Assen 2 januari 2008, *LJN* BC1755.

¹⁸⁶ Uitgezonderd bij het deskundigenoordeel dat gaat over de vraag of de werknemer arbeidsongeschikt is of niet. Heida bepleit in elk geval een transparante procedure: R.A. Heida, 'Ontwikkelingen in deskundigenoordelen' in: G.C. Boot (red.), *De zieke werknemer in beweging*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2014, p.24-25.

De eerste suggestie is de methode-van Slooten.¹⁸⁷ Hij meent in navolging van arresten rond re-integratie en rond eenzijdige wijziging van de arbeidsovereenkomst dat een werknemer bij definitieve geschiktheid voor de passende arbeid een voorstel kan doen om die permanent te gaan vervullen. De werkgever zou daarop van zijn kant een voorstel moeten doen voor de daarbijbehorende arbeidsvoorwaarden. Doet de werkgever geen voorstel of er bestaat discussie over de definitieve geschiktheid òf over de arbeidsvoorwaarden dan zou een deskundigenoordeel bij het UWV kunnen worden gevraagd en desnoods de stap naar de rechter worden gemaakt. Die kan dan van recht verklaren wat tussen partijen geldt.¹⁸⁸ Van Slooten legt de oplossing bij de rechter.

Een tweede oplossing heeft de charme van de eenvoud en biedt zekerheid vooraf. Er kan in de wet voor een vaste periode worden gekozen waarna de passende arbeid ook zonder expliciete afspraak de bedongen arbeid wordt, tegen de arbeidsvoorwaarden die gewoonlijk (of redelijkerwijs) aan die arbeid zijn verbonden. Daarbij zou bijvoorbeeld kunnen worden aangesloten bij een termijn van zes maanden die ook in de ZW als minimale verzekeringsduur wordt gesteld, waarna een uitkering wordt betaald.¹⁸⁹ De norm van Hof Amsterdam over het gerechtvaardigd kunnen vertrouwen op de omzetting in bedongen arbeid zou ik daaraan willen koppelen, zodat het criterium zou kunnen worden dat de werknemer gedurende zes maanden arbeid heeft verricht waarvan de aard en de omvang tussen partijen niet ter discussie staat. Van belang is wél dat er in die periode geen materiële re-integratiestappen meer zijn gezet. Een tussentijdse controle bij de bedrijfsarts over de duurzaamheid van de werkhervatting acht ik geen materiële re-integratiestap, maar wel als de werknemer nog therapieën, trainingen, scholing e.d. ondergaat, die erop zijn gericht tot verdergaande re-integratie te komen. In zo'n geval is passende arbeid nog steeds passende arbeid in afwachting van het verdere verloop van re-integratie. Verder is een mee te wegen aspect dat de omzetting van passende in bedongen arbeid soms *wel* in het belang van de werknemer zal zijn, maar in andere gevallen *niet*. Het voordeel voor de werknemer is dat hij bij een nieuwe uitval vanwege arbeidsongeschiktheid aanspraak heeft op een nieuwe periode van twee jaar loondoorbetaling en re-integratie-ondersteuning. Door het aannemen van een vaste periode waarna de passende arbeid de bedongen arbeid wordt, verliest de werknemer tegelijk zijn mogelijkheid om nog terug te keren in de oorspronkelijke functie. Dat kan een nadeel zijn als de werknemer die functie liever zou willen blijven doen en hij meent dat die functie na verloop van tijd voor hem weer mogelijk kan zijn. De omzetting van passende in bedongen arbeid strekt in mijn beleving uitsluitend tot bescherming van de werknemer. Het zou aan zijn keus moeten worden overgelaten of hij de veiligheid van de nieuwe bedongen arbeid wenst, dan wel de mogelijke terugkeer naar de oorspronkelijke functie open wil houden. Het introduceren van een

187 Zie § 6.7.9.

188 Art. 3:302 BW.

189 Voor een specifiek geval, dus niet helemaal vergelijkbaar. Art. 44 ZW gaat over de weigeringsgrond als iemand binnen zes maanden na aanvang van de verzekering ziek wordt en de gezondheidstoestand van de verzekerde op de eerste dag van de verzekering het intreden van die ziekte kon doen verwachten.

weerlegbaar rechtsvermoeden kan er voor zorgen dat er voldoende ruimte over blijft voor een weging van de belangen van werkgever en werknemer, maar heeft tegelijk het voordeel dat er niettemin enige duidelijkheid vooraf wordt geboden. Ik spreek daarom de voorkeur uit voor deze wettelijke oplossing boven de methode-van Slooten, die overigens wel een rechterlijk handvat biedt zolang de wet niet is aangepast.

Aanbeveling 22

Bij gebreke van uitdrukkelijke overeenstemming over nieuwe bedongen arbeid moet de werknemer een beroep kunnen doen op een wettelijk weerlegbaar rechtsvermoeden. Dat rechtsvermoeden zou kunnen luiden: de arbeid die de arbeidsongeschikte werknemer gedurende ten minste zes maanden heeft verricht en waarvan de aard en de omvang tussen partijen niet ter discussie staat, wordt vermoed de bedongen arbeid te zijn. De werkgever kan het rechtsvermoeden weerleggen, bijvoorbeeld door de vastheid van aard en omvang van de arbeid te betwisten of door aannemelijk te maken dat in deze periode materiële re-integratie-inspanningen zijn gepleegd.

10.7.5 Overweeg een verhaalsanctie in plaats van een loonsanctie

Er is gewezen op de complexiteit van de rechtsfiguur van de loonsanctie. Die complexiteit bestaat hierin dat een bestuursrechtelijk besluit (loonsanctie) wordt genomen dat civielrechtelijke gevolgen (loonbetaling, opzegverbod) heeft. Tegen dat bestuursrechtelijke besluit staan bezwaar en beroep open waarvan de uitkomst achteraf de civielrechtelijke verplichtingen kan beïnvloeden. Bovendien lokt het bestuursrechtelijke besluit om een loonsanctie op te leggen wellicht een nieuw bestuursrechtelijk besluit uit rond bekorting van de loonsanctie. Ook tegen dat nieuwe besluit staan bezwaar en beroep open, terwijl dat nieuwe besluit zelfstandig invloed heeft op de civielrechtelijke aanspraken. Bij wijze van voorbeeld: de werkgever kan aan de werknemer loon moeten doorbetalen op grond van een UWV-besluit tot het opleggen van een loonsanctie. Na werkgeversbezwaar kan blijken dat de loonsanctie onterecht was zodat de werkgever recht kan hebben op terugvordering van loon van de werknemer dan wel een schadevergoeding van het UWV. Na werknemersberoep kan dan toch weer de juistheid van de loonsanctie worden vastgesteld, met schadevergoeding van het UWV voor de werknemer. Als de werkgever tegelijkertijd bekorting van de loonsanctie heeft gevraagd en niet gekregen kan hij daartegen in bezwaar of beroep. Als na beroep de bekorting toch zou worden toegekend, moet de werknemer wellicht (een deel van) de toegekende schadevergoeding weer terugbetalen.¹⁹⁰

Te overwegen is om in plaats van het dooreenlopen van civiel recht en bestuursrecht een strikt bestuursrechtelijke oplossing te kiezen. Daarin moeten wel zekere elementen uit de huidige regeling terugkomen: de tekortschietende werkgever moet een

¹⁹⁰ De complicerende factor van het verkrijgen van een ontslagvergunning en het rechtsgeldig opzeggen op het moment dat geen loonsanctie gold, terwijl dat achteraf onjuist blijkt te zijn, kan hier nog doorheen spelen.

financiële prikkel voelen om te blijven werken aan re-integratie, moet verantwoordelijk blijven voor re-integratie en moet niet voortijdig afscheid kunnen nemen van de zieke werknemer. Tegen die achtergrond zou ik de loonsanctie willen inruilen voor een verhaalsanctie. Ik veronderstel daarbij dat de periode van één jaar wordt gehandhaafd. Uitgangspunt is dat het opzegverbod tijdens ziekte gedurende die tijd blijft bestaan, totdat de tekortkoming is hersteld.

Hoe zou zo'n verhaalsysteem moeten werken? Stel de WIA-aanvraag wordt ingediend en het UWV constateert tekortkomingen van de werkgever in de re-integratie. In plaats van een gedwongen verlenging van het tijdvak waarin de loondoorbetalingsregels gelden, wordt de WIA-aanvraag in behandeling genomen; de claimbeoordeling wordt niet opgeschort. De werkgever wordt bij UWV-besluit geïnformeerd dat hij tekort is geschoten en dat een uitkering op hem zal worden verhaald. Tegen dat besluit staan bezwaar en beroep open. Komt uit de claimbeoordeling een IVA-uitkering dan is het tekortschieten van de werkgever in de re-integratie-inspanningen hem niet aan te rekenen: de werknemer is blijkbaar volledig en duurzaam arbeidsongeschikt, zodat aan re-integratie niet gewerkt hoefde te worden. Leidt de claimbeoordeling tot een WGA-uitkering dan wordt de uitkering aan de werknemer verstrekt en wordt die verhaald op de werkgever. De precieze vormgeving daarvan vergt aandacht, aangezien een WGA-uitkering in drie vormen voorkomt, te weten de loongerelateerde WGA-uitkering en daarna hetzij de loonaanvullingsuitkering of de WGA-vervolguitkering. Op het eerste gezicht lijkt het voor de hand te liggen de loongerelateerde uitkering te verhalen, eventueel gevolgd door de loonaanvullingsuitkering, waarbij bijvoorbeeld de inkomenseis buiten beschouwing wordt gelaten.¹⁹¹ De categorie 35-minners ontvangt geen WIA-uitkering, dus die uitkering is niet op de werkgever te verhalen. Omdat deze werknemers loon- en urenverlies hebben én beschikbaar zijn voor de arbeidsmarkt, komen zij in aanmerking voor een WW-uitkering. Daarop kan de verhaalsregeling op gelijke wijze worden losgelaten. Als de werknemer nog maar een kortdurend WGA- of WW-uitkeringsrecht heeft opgebouwd dan zou het verhaalsrecht uit te breiden zijn met verhaal van een eventuele bijstands-uitkering. De werkgever blijft verantwoordelijk voor re-integratie, krijgt met een verhaalsanctie een financiële prikkel buiten de werknemer om en zou ook hier de mogelijkheid moeten krijgen een bekortingsaanvraag te doen als de tekortkomingen zijn hersteld.

Het doel van zo'n verhaalsysteem is vereenvoudiging. Een voordeel is bijvoorbeeld dat maar twee partijen betrokken zijn bij de 'prikkelsanctie', te weten de werkgever en het UWV. Bezwaar en beroep tegen de verhaalsbeschikking hebben geen gevolgen voor de financiële positie van de werknemer. Er bestaan geen schadevergoedingsaanspraken voor werkgever of werknemer meer en de volledige implementatie van bestuursrechtelijke regels is eenvoudig vorm te geven.¹⁹² De rol van het UWV wordt vergroot zonder de financiële positie van de werknemer te verzwakken. Het UWV is

191 Art. 61 lid 2 WIA.

192 Over dat laatste zie de volgende paragrafen. Het ontbreken van een besluit over het niet-opleggen van een loonsanctie is bijvoorbeeld in zo'n systeem niet meer relevant.

daarbij bekend met de notie en de praktijk van een verhaalsanctie omdat die nu in ZW-gevallen ook al bestaat.¹⁹³ Niettemin onderken ik dat een verhaalsysteem verder moet worden uitgedacht, omdat er wel knelpunten zijn te zien. Hoe passen administratieve loonsancties, die immers voorafgaan aan het al dan niet toekennen van een WIA-aanvraag, in een verhaalsysteem? De financiële prikkel is daarnaast een stuk kleiner bij een kortdurend WGA-of WW-uitkeringsrecht, waarbij de werknemer niet in aanmerking komt voor een bijstandsuitkering, bijvoorbeeld vanwege een teveel verdienende partner of vanwege de uitkomsten van de vermogenstoets. Er moet een oplossing komen voor de werknemer die in dienst blijft maar waarvan de werkgever niet meewerkt aan het voldoen aan de inkomenseis, net als het niet-meewerken aan re-integratie in de fase daarvoor. Als een goede oplossing kan worden gevonden voor zulke knelpunten dan draagt een vereenvoudiging, door de keuze voor een verhaalsanctie, bij aan duidelijkheid en aan de balans tussen rechten en plichten, zonder nadelige gevolgen voor insluiting.

Aanbeveling 23

Er moet worden gestreefd naar een vereenvoudiging van de financiële prikkel voor de werkgever, bij het onvoldoende plegen van re-integratie-inspanningen. Het vervangen van de loonsanctie door een verhaalsanctie is te overwegen.

10.7.6 Strengere regels voor UWV bij opleggen loonsanctie

De regels voor het UWV rond het opleggen van een loonsanctie kunnen op vier punten worden aangescherpt, zodat een betere balans tussen werknemer, werkgever en UWV kan ontstaan.

De CRvB heeft ten eerste uitgemaakt dat een vertraging in de beslissing van het UWV een loonsanctie op te leggen, alleen leidt tot een vermindering van de duur van de loonsanctieperiode als de werkgever vervolgens de tekortkoming heeft hersteld.¹⁹⁴ Daarbij wordt geen doorslaggevend belang toegekend aan de omstandigheid dat door de vertraging in de besluitvorming tijd is verstreken waarin de werkgever niet aan re-integratie heeft gewerkt. Het missen van re-integratiekansen in die periode althans het vertragen van het verder zoeken naar mogelijkheden, is veroorzaakt door het UWV. Vanuit een oogpunt van evenwicht in hun beider positie is het beter de werkgever niet met de gevolgen te laten zitten van een fout die het UWV maakt. Het niet nakomen van de wettelijke beslistermijn moet daarom leiden tot het automatisch bekorten van de maximale periode van de loonsanctie. Stel dat het UWV twee weken te laat beslist, dan moet de maximale loonsanctieperiode worden verminderd van 52 weken naar 50 weken. Een werknemer mag evenwel ook niet de dupe worden van de fout van het UWV. Mocht blijken dat de tekortkoming in week 50 niet hersteld is dan eindigt de loonsanctie, waar die zonder de fout van het UWV nog twee weken zou zijn doorgelopen. De werknemer moet in die situatie een schadevergoeding van het UWV kunnen krijgen.

¹⁹³ Art. 39a ZW en de Regeling verhaal ziekengeld 4 januari 2005, Stcrt. 2005, 18.

¹⁹⁴ Art. 25 lid 10 jo. lid 14 WIA.

Het evenwicht in rechten en plichten is ten tweede verstoord omdat de werknemer niet op de hoogte wordt gesteld van de beslissing van het UWV om *geen* loonsanctie op te leggen. De werknemer die meent dat dat onterecht is, kan daar geen actie tegen ondernemen, anders dan zelf vooraf bij de WIA-aanvraag een verzoek te richten aan het UWV om een loonsanctie op te leggen. Zonder zo'n werknemersverzoek komt het besluit om geen loonsanctie toe te passen niet meer aan de orde. Door in het WIA-aanvraagformulier de vraag op te nemen of de werknemer tegelijk om een loonsanctie verzoekt, kan dit worden ondervangen. Voor het UWV is dit nauwelijks extra bezwaarlijk aangezien hij toch het al dan niet opleggen van een loonsanctie moet onderzoeken. Wellicht dat dit tot meer bezwaar- en beroepsprocedures leidt in zaken waarin het UWV geen loonsanctie oplegt. Dat is niet nadelig om twee redenen. Het dwingt het UWV om nauwgezet te motiveren waarom geen loonsanctie op zijn plaats is. Bovendien biedt het rechtszekerheid aan de werknemer.

Ten derde kan de informatievoorziening verbeteren. Bij het verlenen van een ontslagvergunning staat in de brief van de arbeidsjuridische dienst van het UWV steeds een waarschuwing aan partijen, dat er situaties bestaan waarin de toestemming om op te zeggen niet kan worden gebruikt. Analoog daaraan zou in de loonsanctiebeschikking een waarschuwing aan partijen moeten worden opgenomen dat er omstandigheden kunnen zijn waaronder het recht op loon ondanks de loonsanctie niet tot uitkering komt. Dat het UWV nu vermeldt dat het loon moet worden doorbetaald, is juridisch niet altijd juist en de stelligheid van die mededeling kan beide partijen op het verkeerde spoor zetten.

Het vierde verbeterpunt betreft de zorgvuldigheid. Bij het opleggen van een bestuursrechtelijke sanctie moeten alle normale waarborgen worden toegepast. De CRvB heeft consequent uitgemaakt dat de omstandigheid dat de werkgever (en de werknemer) verantwoordelijk zijn voor de re-integratie met zich meebrengt dat het UWV niet hoeft te motiveren op welke wijze tekortkomingen moeten worden hersteld, behalve in algemene termen. Dat plaatst het UWV in een toeschouwersrol, terwijl hij wel een besluit neemt met rechtsgevolgen. Vanuit het oogpunt van zorgvuldigheid wil ik pleiten voor een motiveringsplicht voor het UWV.¹⁹⁵ Uit hoofde van artikel 5:24 lid 1 Awb moet het UWV niet in algemene termen maar duidelijk en onvoorwaardelijk vermelden hoe de tekortkoming *kan* worden hersteld. Dit is geen plicht zodat een eigen aanpak voor werkgever en werknemer nog steeds mogelijk is, maar het biedt wel meer duidelijkheid vooraf wat het UWV verwacht.

Aanbeveling 24

De regels voor het UWV rond het opleggen van een loonsanctie moeten worden aangescherpt. Als het UWV te laat beslist op een WIA-aanvraag dan moet de duur van de vertraging meteen in mindering komen op de maximale duur van de loonsanctie. Het UWV dient op het WIA-aanvraagformulier de optie voor de werknemer

¹⁹⁵ In § 10.7.3 heb ik ook al een grotere betrokkenheid van het UWV aan de orde gesteld door van een deskundigenoordeel meer een advies te maken.

op te nemen om te verzoeken een loonsanctie op te leggen. Wordt een loonsanctie opgelegd dan moet het UWV in de beschikking vermelden dat er situaties kunnen zijn waarin de werkgever tijdens de loonsanctietermijn toch het loon niet hoeft uit te betalen. In de loonsanctiebeschikking dient het UWV preciezer dan nu weer te geven hoe de werkgever de tekortkoming kan herstellen.

10.7.7 *Reparatoir karakter benadrukken bij bekorting loonsanctie*

De loonsanctie is niet bedoeld als straf op een tekortschieten, maar als prikkel om te werken aan herstel van de fouten. Dit reparatoire karakter volgt uit de wet én is bevestigd in de rechtspraak. Toch zijn er twee situaties die in mijn ogen direct strijdig zijn met dit uitgangspunt. Beide situaties komen aan de orde nadat een loonsanctie is opgelegd en vragen om een correctie. De eerste situatie betreft de hernieuwde uitval in het verlengde loondoorbetalingstijdvak. De CRvB hanteert de strenge eis dat re-integratie-inspanningen niet mogen worden afgesloten als de zieke werknemer op redelijke termijn *mogelijk* weer belastbaar is. De kans op terugkeer staat niet vast, zodat niet helder is of er iets te repareren valt. Op de werkgever rust geen resultaatsverplichting rond re-integratie en als onduidelijk is of herstel van de tekortkomingen überhaupt mogelijk is, leidt het reparatoire karakter van de loonsanctie en de onderliggende redelijkheid ertoe dat een bekortingsverzoek van de werkgever, dat is ingediend vanwege de hernieuwde uitval, zou moeten worden toegewezen.

De tweede situatie vraagt een aanpassing van de wet. Als de werkgever er in slaagt de loonsanctie te bekorten door alsnog te voldoen aan zijn re-integratieplichten, dan heeft hij voldaan aan wat de wet van hem vraagt. Bij herstel dient de 'sanctie' meteen te eindigen, maar toch geeft artikel 25 lid 13 WIA een beslistermijn van drie weken aan het UWV en lid 14 vervolgens bij herstel een uitlooptermijn van zes weken. In het bestuursrecht is een *ex-nunc*-toetsing gebruikelijk. Dat het UWV ten hoogste drie weken nodig heeft om een besluit te nemen op het bekortingsverzoek past in de bestuursrechtelijke systematiek en zou daarom wellicht nog rechtvaardiging kunnen bieden voor de drie weken waarin de werkgever toch het loon zou moeten blijven betalen.¹⁹⁶ Voor de uitlooptermijn van zes weken zie ik geen goede grond en die termijn zou moeten worden afgeschaft.¹⁹⁷ Praktisch gezien zou het UWV kunnen werken met voorschotten aan de werknemer tegelijk bij de beslissing op bekorting. Zou dat niet haalbaar zijn dan is te bepalen dat het UWV een schadevergoeding aan de werkgever moet betalen voor het doorbetaalde loon over de periode vanaf de bekortingsbeslissing tot de ingangsdatum van de WIA-uitkering.

196 In § 6.9.3 heb ik ook aandacht geschonken aan de *ex tunc*-toetsing, die hier wellicht mogelijk is bij het bekortingsverzoek zelf, omdat met later gedane inspanningen vanuit de aard van het bekortingsverzoek geen rekening gehouden hoeft te worden.

197 Zonder dat daarmee de totale periode van loondoorbetaling onder 104 weken komt, iets wat theoretisch zou kunnen. Het schrappen van deze uitlooptermijn komt neer op het schrappen van artikel 25 lid 14 eerste volzin WIA.

Wordt niet gekozen voor de afschaffing van de uitlooptermijn dan is de balans nog op een andere manier te herstellen. Zoals in de vorige paragraaf is aangegeven, kan het UWV ook te laat beslissen op een bekortingsverzoek.¹⁹⁸ De termijn van drie weken die er voor staat, kan worden overschreden. Bij een beslissing dát de tekortkoming is hersteld, komt de vertragsperiode in mindering op de uitlooptermijn. Bij een negatieve beslissing (dus dat de tekortkoming niet is hersteld) is door het te late besluit van het UWV tijd verstreken waarin de werkgever niet heeft gewerkt aan re-integratie, in de veronderstelling de tekortkomingen hersteld te hebben. De vertragsperiode moet dan toch in mindering komen op de loonsanctietermijn, door die -bij bijvoorbeeld een vertraging van twee weken- niet meer op maximaal 52 weken maar op maximaal 50 weken te stellen.¹⁹⁹ Door die correctie worden de verplichtingen van de werkgever verminderd en meer in lijn gebracht met de verplichtingen van het UWV.

Aanbeveling 25

Als de werkgever zijn re-integratietekortkomingen heeft hersteld dan moet de loondoorbetalingsplicht eindigen, in elk geval vanaf het moment dat het UWV zijn bekortingsverzoek toewijst. Door het schrappen van artikel 25 lid 14 eerste volzin WIA verdwijnt de huidige 'uitlooptermijn' van zes weken. Wordt hier niet voor gekozen dan moet de vertragsperiode op de loonsanctietermijn in mindering komen als het UWV te laat is met het negatief beslissen op een bekortingsverzoek. Tevens moet een bekortingsverzoek worden toegewezen als de werknemer in het verlengde tijdvak opnieuw uitvalt en onduidelijk is of hij binnen redelijke termijn weer belastbaar zal zijn.

10.7.8 Laat UWV alle schade vergoeden

Bij een onterechte loonsanctiebeslissing pleegt het UWV een onrechtmatige daad. Op basis daarvan kunnen zowel werkgever als werknemer schadevergoeding vorderen van het UWV. Bij een schadevergoeding aan de werknemer is aanvaardbaar dat het UWV voor de loonbetaling aansluit bij de gemiddelde periode dat een loonsanctie duurt, te weten afgerond tien maanden. Dat andere schadeposten niet voor vergoeding in aanmerking komen, is minder goed te begrijpen. Uiteraard zijn het verlies van ontslagbescherming, de eerdere start van de uitkeringsduur of het missen van mogelijke re-integratiekansen lastige schadeposten, maar juist daarvoor heeft de wet het schatten of begroten van schade mogelijk gemaakt. Bij een schadevergoeding aan de werkgever is eveneens een beperking opgenomen die niet goed te rijmen is met de onrechtmatigheid van de gedraging van het UWV. De schade van de werkgever wordt slechts vergoed tot grofweg tot 70% van het doorbetaalde loon. De werkgever kan onder omstandigheden verplicht zijn meer te betalen dan die 70%. Als die verplichting

¹⁹⁸ Ter verduidelijking: in de vorige paragraaf ging het om te laat beslissen bij het opleggen van een loonsanctie, in deze paragraaf gaat het om het te laat beslissen op een bekortingsverzoek.

¹⁹⁹ Dit in mindering brengen moet ook cumulatief kunnen. Steeds als het UWV te laat is met een beslissing ex art. 25 lid 13 of een negatieve beslissing ex lid 14 komt die in mindering op de loonsanctietermijn.

om meer te betalen voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst dan is redelijk dat het bovenwettelijke deel niet door het UWV hoeft te worden vergoed. De werkgever had als contractspartij de vrijheid om dit niet overeen te komen.²⁰⁰ Is de werkgever lid van een werkgeversvereniging die een cao sluit met daarin een aanvullingsverplichting dan is het verband al wat verder verwijderd. Het lidmaatschap kan de werkgever dan verplichten tot betaling van meer dan 70% in het derde jaar, hoewel hij als individueel lid in de regel op zo'n verplichting niet of nauwelijks invloed kan uitoefenen. Geen invloed heeft de ongebonden werkgever die op basis van algemeenverbindendverklaring van een cao aan doorbetaling is gebonden. Ten minste voor deze laatste categorie geldt dat de verplichting tot vergoeding van de volledige schade door het UWV redelijk zou zijn.

Aanbeveling 26

Bij onrechtmatige loonsanctiebesluiten moet het UWV worden verplicht tot het vergoeden van méér schadeposten aan werknemer of werkgever dan nu het geval is.

10.8 Beantwoording van de centrale vraagstelling

10.8.1 Voldoet Nederland en zo nee hoe kan het beter?

De centrale vraagstelling die ik in dit boek wilde beantwoorden bestaat uit twee delen. Het eerste deel is of in de huidige Nederlandse arbeidsrechtelijke en werknemersverzekeringsrechtelijke rechten en verplichtingen met betrekking tot re-integratie van de arbeidsongeschikte werknemer, rekening is gehouden met de relevantste principes van flexicurity, de aangenomen EU-strategie voor werkgelegenheid? Zo nee, hoe kan Nederland daar dan wél rekening mee houden? Het tweede deel is of de Duitse regeling van re-integratie van de arbeidsongeschikte werknemer relevante inzichten oplevert voor de Nederlandse situatie? Zo ja, welke dan?

Daarbij zie ik dat aan flexicurity een procedurele en een materiële kant is verbonden. Procedureel is de vraag of sociale rechtsvorming voldoet aan de minimale eis van het moeten streven naar bevordering van sociale rechtvaardigheid. Dat heb ik gecontroleerd met de beginseltoets. Materieel is van belang of met die sociale rechtsvorming gericht wordt gewerkt aan enig inhoudelijk flexicuritydoel. Dat is getoetst met de flexicuritytoelichting.

Mijn conclusie bij het eerste deel van de vraagstelling is dat Nederland op procedureel waarden- en beginselniveau rekening houdt met flexicurity. Aan het beginsel van subsidiaire verantwoordelijkheid als één van de cruciale waarden en beginselen bij re-integratie zou wel méér aandacht kunnen worden geschonken. Nederland voldoet materieel op geen enkel onderdeel van het re-integratierecht (loondoorbetaling bij ziekte, controlevoorschriften, verzuimvoorschriften en re-integratievoorschriften) aan het flexicuritydoel van balans in rechten en verplichtingen tussen werkgever,

200 Als een variant van eigen schuld.

werknemer en overheid. Niettemin wordt op andere flexicitydoelen wel een voldoende gescoord bij de controlevoorschriften en de re-integratievoorschriften. Om op de onderdelen loondoorbetaling bij ziekte en verzuimvoorschriften ook naar flexicitydoelen te streven, heb ik een aantal aanbevelingen geformuleerd over wijzigingen die noodzakelijk zouden moeten worden doorgevoerd. Immers, nu wordt bij loondoorbetaling bij ziekte en bij verzuimvoorschriften in het geheel niet gewerkt aan flexicity. Op de onderdelen controlevoorschriften en re-integratievoorschriften heb ik aanbevelingen geformuleerd, die vanuit flexicity-oogpunt niet hoeven worden opgevolgd, maar waarvan dat wel wenselijk zou zijn, als de aanbevelingen die ik noodzakelijk acht niet zouden worden overgenomen. Die aanbevelingen kunnen namelijk ook de scheve balans in rechten en verplichtingen herstellen, hoewel dat strikt genomen volgens het toetsingskader niet vereist is.

10.8.2 Relevante Duitse inzichten

Op het tweede deel van mijn onderzoeksvraag luidt het antwoord bevestigend. De Duitse regels hebben zonder meer relevante inzichten opgeleverd voor de Nederlandse situatie. Voor mij is daarbij een belangrijk startpunt geweest dat een aantal cijfers rond arbeidsongeschiktheid in Duitsland gelijk of zelfs beter bleek dan in Nederland.²⁰¹ De vraag is te verwachten wat de vergelijking met Duitsland dan concreet heeft opgeleverd. Ik zet mijn bevindingen voor inspiratie en synthese op een rij:

- In Duitsland is meer dan in Nederland oog voor de fundamenteën van het sociaal recht.
- In Duitsland werkt het systeem rond betaling bij arbeidsongeschiktheid kennelijk goed: een korte periode voor rekening van de werkgever, het grotere deel voor rekening van de overheid en deels de werknemer, mét een onderscheid in regelingen voor professionele en privérisico's.
- Er wordt gedifferentieerd naar omvang van onderneming met een collectief gefinancierde compensatieregeling voor de loonkosten van arbeidsongeschiktheid voor het Duitse kleinbedrijf.
- Schuld aan het veroorzaken van de arbeidsongeschiktheid doet het recht op loonbetaling bij ziekte voor de werknemer vervallen.
- Hernieuwd ziekteverzuim uit dezelfde oorzaak leidt in Duitsland alleen tot een hernieuwde aanspraak op loondoorbetaling bij ziekte als de vorige ziekteperiode ten minste zes maanden voorbij is.
- De Duitse zieke werknemer is verplicht -behoudens bepaalde weigeringsgronden- zich onder medische behandeling te stellen.
- De Duitse zieke werknemer is verplicht zich door een arts te laten controleren op arbeidsongeschiktheid en op het einde daarvan.
- De Duitse werknemer is wettelijk verplicht informatie te verstrekken aan de werkgever over de vermoedelijke verzuimduur en over mogelijk regres op de veroorzaker van de arbeidsongeschiktheid.

²⁰¹ Zie § 1.3.

- Bij een geschil tussen de Duitse werknemer en zijn werkgever over het recht op loondoorbetaling bij ziekte bestaat recht op een voorschot op *Krankengeld* en bestaat een verhaalsrecht van de *Krankenkasse* op de werkgever of de werknemer.
- Kleinere bedrijven zijn uitgezonderd van bepaalde re-integratieplichten.
- Er is een duidelijke rol van de overheid weggelegd bij re-integratie, via het *Integrationsamt* dat zorgt voor informatieverschaffing en ondersteuning van werkgevers.

Deze elementen zijn in meer of mindere mate verwerkt in mijn aanbevelingen. De Duitse re-integratie-aandacht is langs een heel ander pad tot ontwikkeling gekomen dan de Nederlandse. Die aandacht spruit voort uit drie bronnen waaruit een combinatie lijkt te zijn gesmeed: regels voor werknemers waarbij de aandacht vooral uitging naar *medizinische Rehabilitation*, re-integratieregels voor gehandicapten gericht op deelname aan de arbeid en zelfontplooiing én de eisen aan ontslag van zieke werknemers waarbij het ultima ratio-uitgangspunt betekende dat alternatieven voor ontslag (zoals herplaatsing) eerst moesten worden onderzocht. Bij dat laatste heb ik nog overwogen of dat inspiratie oplevert voor de Nederlandse situatie. Zou de prikkel op de werkgever er niet nét als in Duitsland vooral in moeten bestaan dat ontslag van de arbeidsongeschikte werknemer niet mogelijk is, als niet genoeg aan re-integratie is gedaan? Dat betekent geen financiële prikkel maar bijvoorbeeld een ontslagverbod. Die gedachte is geopperd bij de invoering van de Wulbz II:

*'De leden van de CDA-fractie wijzen erop dat financiële prikkels niet in alle gevallen de gewenste effecten opleveren. Zou het daarom niet beter zijn als een werkgever aantoonbaar niet dan wel onvoldoende heeft meegewerkt aan de reïntegratie van zijn werknemer dat het dienstverband in stand blijft, aldus deze leden. Hierdoor wordt de werkgever wel gedwongen zich actief in te spannen voor de reïntegratie van zijn werknemer. Het in stand blijven van het dienstverband levert als zodanig geen stimulans op voor de werkgever om zich in te spannen voor de reïntegratie van de gedeeltelijke arbeidsongeschikte werknemer. De werkgever is immers bij ziekte van de werknemer op grond van artikel 7:629, lid 1, van het BW verplicht gedurende maximaal 52 weken 70% van het loon door te betalen. Na deze periode duurt het dienstverband voort zonder (betekenisvolle) financiële consequenties voor de werkgever. De suggestie van de leden van de CDA-fractie wijzigt in feite de bestaande situatie niet, waarin er na 52 weken geen directe financiële prikkel voor de werkgever resteert.'*²⁰²

De Minister zocht zijn heil bij de financiële prikkel. Ik zie de waarde van het argument wel dat het in stand houden van het dienstverband *op zichzelf* geen motivatie hoeft te zijn om meer aan re-integratie te doen. De werkgever hoeft immers de arbeidsovereenkomst na afloop van de loondoorbetalingsperiode niet te beëindigen. In § 6.1.4 heb ik er al bij stilgestaan dat de werkgever dat soms niet eens wil en dus niet doet. Daarom heeft het overnemen van de Duitse toetsing van re-integratie-inspanningen alleen bij ontslag in mijn ogen weinig zin om re-integratie te stimuleren.

202 *Kamerstukken II 2001/02, 27 678, nr.5, p.40* Om daarna onverkort te kiezen voor de financiële prikkel: *'Om werkgevers die in het eerste ziektejaar onvoldoende invulling geven aan hun reïntegratieverplichting wel een extra stimulans te geven, wordt de verlenging van de loondoorbetalingsplicht voorgesteld.'*

10.8.3 Afrondende opmerkingen

Nederland houdt niet op bij Enschede, Venlo of Tilburg. Dat Nederland deel uitmaakt van de EU betekent dat rechten en verplichtingen bestaan in Europees verband en daar is het streven naar flexicurity er één van. Het voeren van werkgelegenheidsbeleid waarin aandacht is voor zowel flexibiliteit als zekerheid kan bijdragen aan de Europa 2020-doelstellingen voor slimme, duurzame en inclusieve groei. Het uiteindelijke doel van een sterke sociale markteconomie wordt in Europa en in Nederland breed gedragen. Dat inclusieve groei bijzondere aandacht vraagt voor werknemers met een zwakkere positie op de arbeidsmarkt maakt het re-integratierecht relevant voor het werkgelegenheidsbeleid. Arbeidsongeschikte werknemers hebben behoefte aan ondersteuning om ervoor te zorgen dat zij gelijke kansen krijgen op deelname aan het arbeidzame leven. De manier waarop re-integratie bij arbeidsongeschiktheid is en wordt vorm gegeven, bepaalt mede of dat werkgelegenheidsbeleid aansluit bij Europese doelstellingen.

In het voorgaande zijn aanbevelingen geformuleerd die erop zijn gericht de balans in het re-integratierecht te herstellen zodat de rechten (aanspraken, bevoegdheden) en verplichtingen (verantwoordelijkheden, kosten) van alle betrokkenen evenrediger op elkaar aansluiten. De scheve verhouding die ik heb geconstateerd, heb ik vooral willen rechtzetten door minder verplichtingen voor werkgevers aan te nemen. De zieke werknemer en vooral de overheid zouden meer verantwoordelijkheden en kosten moeten dragen bij re-integratie, waarbij in de aanbevelingen aandacht is gegeven aan belangrijke re-integratiebeginselen als insluiting en subsidiaire verantwoordelijkheid waar dat relevant was. Voor de vormgeving van zo'n nieuwe verdeling van kosten en verantwoordelijkheden biedt het Duitse recht aanknopingspunten, maar ook uit het Nederlandse recht zelf zijn ideeën te halen.

Mijn afrondende gedachte is dat Nederland met het volgen van mijn aanbevelingen drie vliegen in een klap slaat. Nederland houdt op alle onderdelen van het re-integratierecht rekening met de flexicuritydoelstellingen en dus met Europese eisen van werkgelegenheidsbeleid. Tegelijk ontlast de nieuwe balans de werkgever op een manier die nog steeds past bij de basiswaarde van sociale rechtvaardigheid. Bovendien blijven werknemers met een zwakke arbeidsmarktpositie zoals arbeidsongeschikten nog steeds niet in de kou staan.

SAMENVATTING

Inleiding en vraagstelling

Arbeidsongeschiktheid leidt tot aanzienlijke aantallen mensen die niet werkzaam zijn in betaald werk, zowel in Nederland als in de EU. Participeren op de arbeidsmarkt is vanuit verschillende invalshoeken wel wenselijk. Voor de overheid ligt het belang in morele afwegingen en internationale verdragen, maar ook vanwege de kosten van en de rechtvaardiging voor het uitkeringsstelsel bij arbeidsongeschiktheid. Voor de werknemer geldt dat betaald werk hem in staat stelt zich te ontplooiën en sociale uitsluiting voorkomt. Het verwerven van meer inkomen en het voldoen aan verplichtingen of verwachtingen spelen eveneens een rol. Voor een werkgever zijn de belangrijkste redenen beperking van de kosten, herstel van het juridisch evenwicht en de eigen maatschappelijke overtuigingen. Re-integratie bij arbeidsongeschiktheid dient dus verschillende belangen.

Parallel daaraan wordt in de EU geprobeerd de arbeidsparticipatie te verbeteren, eerst in het kader van de zogeheten Lissabonstrategie, nu in het kader van de Europa 2020-doelstellingen. Het doel daarvan is het stimuleren van economische groei en tegelijkertijd het voorkomen van sociale uitsluiting. Concreet gebeurt dat door met een coördinatie van het arbeidsmarkt- en werkgelegenheidsbeleid van de diverse Lidstaten (de *European Employment Strategy*, EES) te streven naar 'flexicurity'. Bij flexicurity gaat het om het bereiken van een evenwichtige combinatie van flexibiliteit voor werkgevers en zekerheid voor werknemers met een zwakkere arbeidsmarktpositie.

In mijn onderzoek heb ik de onderwerpen re-integratie van de arbeidsongeschikte werknemer en flexicurity met elkaar verbonden. Nederland heeft als EU-lidstaat te maken met flexicurity, maar heeft daarnaast de afgelopen decennia flink ingezet op re-integratie bij arbeidsongeschiktheid. De groep arbeidsongeschikten lijkt tegelijk één van de groepen werknemers met een zwakkere arbeidsmarktpositie waarmee in flexicuritybeleid rekening moet worden gehouden. Daaruit volgt een centrale vraag. Is in de huidige Nederlandse arbeidsrechtelijke en werknemersverzekeringsrechtelijke rechten en verplichtingen met betrekking tot re-integratie van de arbeidsongeschikte werknemer rekening gehouden met de relevantste principes van flexicurity? Zo niet, hoe kan Nederland daar dan wél rekening mee houden? Een vergelijking met Duitsland is daarbij zinnig. Een onderzoek van systeemkenmerken laat om te beginnen zien dat Nederland en Duitsland bij ziekte een hoge

ontslagbescherming én een hoge inkomensbescherming bieden. De theorie laat zien dat daarom in beide landen een hoge prikkel voor re-integratie bij de eigen werkgever waarschijnlijk is, gekoppeld aan hoge kosten. Duitsland moet net als Nederland ook flexicuritydoelstellingen halen, op een arbeidsmarkt waarin evenzeer méér participatie gewenst is. Uit modelbeschrijvingen volgt dat er in Duitsland minder én andere interventies zouden plaatsvinden dan in Nederland. Ten slotte laten verschillende cijfers zien dat het Duitse systeem tot betere resultaten dan het Nederlandse leidt. Het is daarom interessant om de Duitse wet- en regelgeving rond re-integratie bij arbeidsongeschiktheid te onderzoeken om te bezien óf en hoe die kan inspireren bij of te combineren is met de Nederlandse inrichting van re-integratie, om in Nederland te voldoen aan flexicuritydoelen. Anders gezegd: levert de Duitse regeling van re-integratie van de arbeidsongeschikte werknemer relevante inzichten op voor de Nederlandse situatie? Zo ja, welke dan?

Onder re-integratie wordt in dit boek verstaan:

'het door actieve bevordering van herstel of behoud van de mogelijkheid om te werken, met niet-vrijblijvende ondersteuning door of namens de werkgever, bereiken van een zo optimaal mogelijke, duurzame terugkeer van een arbeidsongeschikte werknemer in betaalde arbeid'.

Bij arbeidsongeschiktheid betreft het: *'ongeschiktheid tot het verrichten van de bedongen arbeid als rechtstreeks en objectief medisch vast te stellen gevolg van ziekte of gebrek'.*

De centrale vraagstelling is onderverdeeld in zeven deelvragen.

1. Zijn Nederland en Duitsland gebonden aan werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid dat in of vanuit de EU wordt gevoerd?

Nederland en ook Duitsland hebben als Lidstaten van de Europese Unie de verplichting aan de gecoördineerde beleidsstrategie (EES) mee te werken. De juridische basis daarvoor is terug te vinden in verschillende verdragen, met name in het VWEU. Lidstaten moeten door middel van hun eigen beleid bijdragen aan de doelstellingen en daarbij rekening houden met globale richtsnoeren en sociale EU-doelen. De binding aan dat gecoördineerde beleid bestaat, maar is niet erg dwingend. Allereerst niet omdat er vanwege subsidiariteit alleen via *soft law* richting wordt gegeven. In plaats van harde normen wordt werkgelegenheidsbeleid gevormd door middel van het stellen van gezamenlijke doelen en richtsnoeren, het geven van aanbevelingen en het duiden van indicatoren voor monitoring. Bij de concrete invulling bestaat nog steeds volop nationale vrijheid. Daarnaast ontbreken harde sancties. Handhaving gaat via monitoring, het leren van elkaars beleid, het vaststellen van *best practices* door de Europese Commissie en beleidsoverdracht. Beïnvloeding om de werkgelegenheidsbeleidsdoelstellingen te halen, gebeurt via de politieke band.

De conclusie is dat Nederland en Duitsland zijn gebonden aan werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid dat in of vanuit de EU wordt gevoerd. Het streven naar flexicurity is zo'n beleid.

2. Is het EU-werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid relevant voor re-integratie van werknemers bij arbeidsongeschiktheid?

Bij de totstandkoming van flexicurity is vooral aandacht geschonken aan insiders en outsiders op de arbeidsmarkt te weten aan het verschil van werknemers met een standaard arbeidsovereenkomst en werkenden op basis van andere, meer flexibele vormen van arbeid. Daardoor kan de indruk ontstaan dat flexicurity zich niet richt op de arbeidsmarktpositie van de zieke werknemer, maar de noodzaak voor re-integratie bij arbeidsongeschiktheid wordt door de EU expliciet onderkend: *'The social inclusion of people with a disability or illness is essential in order to achieve the objectives of the Lisbon Summit and to promote a more inclusive society.'*

Daarnaast is in de academische definitie van Wilthagen van flexicurity de aandacht voor 'zwakkere groepen' op de arbeidsmarkt in het algemeen geformuleerd. Dat langdurig arbeidsongeschikten en werknemers met beperkingen of handicaps een zwakke positie hebben op de arbeidsmarkt hoeft geen verdere toelichting. Omdat flexicurity zich richt op *'employment security'* en op *'internal numerical flexibility'* heeft het niet alleen relevantie voor zieke werknemers die zich op de arbeidsmarkt begeven, maar ook voor zieke werknemers die in dienst blijven. Daar kan nog aan worden toegevoegd dat bij de gedachtevorming over flexicurity door verschillende betrokken organisaties in 2006 aandacht is geschonken aan de zieke werknemer. Flexicurity betekende volgens hen een brede aanpak, gericht op meer en betere banen maar ook versterking van sociale cohesie en het bestrijden van armoede en uitsluiting. Een van de wegen waarlangs flexicurity kan worden bereikt is het verbeteren van kansen voor uitkeringsgerechtigden/'disabled'. De langetermijnafhankelijkheid van een uitkering vermindert als arbeidsongeschikten in staat worden gesteld makkelijker over te stappen naar een interne of externe andere (minder belastende) functie, om op die manier uitval om gezondheidsredenen te voorkomen. Het kan er ook toe leiden dat een zo optimaal mogelijke inzet wordt bereikt. Activering van de arbeidsongeschikte werknemer kan dus worden gezien als een onderdeel van moderne sociale zekerheid.

Het antwoord op de tweede deelvraag luidt daarom dat flexicuritybeleid relevant is voor re-integratie van arbeidsongeschikte werknemers.

3. Op welke wijze moeten Lidstaten rekening houden met flexicurity als het EU-werkgelegenheids- en arbeidsmarktbeleid?

Flexicuritybeleid wordt gevoerd aan de hand van acht *Common Principles of flexicurity* (Bijlage 2) die de EU heeft geformuleerd. Een van die *Common Principles* is dat elke EU-lidstaat de vrijheid krijgt het voeren van flexicuritybeleid op een eigen manier in te richten, rekening houdend met de eigen bijzondere omstandigheden: de zogeheten *Open Method of Coordination* (OMC). De EU monitort of nationaal werkgelegenheidsbeleid overeenstemt met de *Common Principles*, waarbij elke Lidstaat wel ten minste sociale rechtvaardigheid moet bevorderen. Dat is de 'bodem' van de OMC. Sociale rechtsvorming door de wetgever is het belangrijkste instrument van werkgelegenheidsbeleid. De Lidstaten moeten dus rekening houden met

flexicuritydoelen bij hun sociale rechtsvorming, maar de wijze waarop staat hen vrij, zolang die wijze de sociale rechtvaardigheid maar bevordert.

4. Hoe is het 'rekening houden met flexicuritybeleid' te toetsen?

De beperking voor een Lidstaat om in alle vrijheid een eigen werkgelegenheidsbeleid te voeren zit in de gemeenschappelijke basiswaarde van het Europese sociale model: het streven naar sociale rechtvaardigheid. Anders gezegd: hoe in een Lidstaat ook wordt gestreefd naar flexicurity, er mag niet door de ondergrens van sociale rechtvaardigheid worden gezakt. Sociale rechtvaardigheid is een uitwerking van respect voor de menselijke waardigheid, maar *dé* sociale rechtvaardigheid bestaat niet. Er heersen daarover verschillende opvattingen afhankelijk van tijd en plaats en zelfs verschillende visies in dezelfde tijd en op dezelfde plaats. Mijn visie op sociale rechtvaardigheid haal ik uit een aantal besproken rechtvaardigheidstheorieën.

Sociale rechtvaardigheid omvat de volgende zes rechtsfilosofische elementen:

1. Gelijke startpositie

Gelijke basisvrijheden voor allen omdat iemand een te respecteren mens is.

2. Recht op een deel

Recht op een deel van de middelen omdat iemand een te respecteren mens is, dus los van verdienste.

3. De kans om eigen doelen na te streven

Ieder krijgt de gelijke kans om met het geheel van mogelijkheden waarover hij beschikt, de verschillende doelen die hij nastreeft te bereiken.

4. De vrijheid om te kiezen hoe

Ieder heeft de vrijheid om zelf te kiezen hoe hij van de eigen mogelijkheden gebruik maakt.

5. Eigen verantwoordelijkheid voor keuzes

Ieder draagt de verantwoordelijkheid voor de keuzes hoe hij van de eigen mogelijkheden gebruik maakt.

6. Gebruik van ongelijkheden ten behoeve minst bedeelden

Toevallige ongelijkheden waardoor de een beter af is, moeten worden gebruikt ten behoeve van de minst bedeelden.

In flexicuritybeleid moeten een of meerdere van deze zes elementen terugkomen om te kunnen spreken van het bevorderen van sociale rechtvaardigheid. Om dat te kunnen 'meten' moet een toetsingskader worden ontwikkeld.

Om te beginnen is uit de verschillende theorieën te halen dat de overheid een rol heeft bij sociale rechtsvorming. Een actief rechtsvormend optreden is vereist, omdat het de taak van de wetgever is niet alleen de liberale vrijheidsrechten te garanderen,

maar ook sociale rechtvaardigheid na te streven. Sociaal beleid moet zijn gericht op reële gelijkheid van kansen en middelen op de arbeidsmarkt. Het streven naar die gelijkheid staat toe dat verschillen tussen mensen worden weggenomen via belastingen of een collectief verzekeringsstelsel. De uitdaging is om de rol van de overheid zodanig in te vullen dat ze mensen aanspreekt op hun vermogen tot zelfsturing en probleemoplossing en tegelijkertijd voldoende ondersteuning biedt, aan mensen die door omstandigheden niet toekomen aan de verwezenlijking van hun centrale menselijke vermogens. Het *principle of multiple realizability* biedt overheden de mogelijkheid om dat te doen, rekening houdend met de eigen bijzonderheden van het land.

Dergelijke sociale rechtsvorming door de wetgever moet leiden tot concrete regels die sociaal rechtvaardig zijn. Maar hoe waarborgt de wetgever dat? De leidende sociaalrechtelijke waarden en beginselen zijn daarbij relevant. Als daarmee bij sociale rechtsvorming rekening wordt gehouden én als die waarden en beginselen rechtsfilosofische elementen van sociale rechtvaardigheid in zich dragen dan kunnen zij dienen als deel van het toetsingskader. Uit een overzicht van de vele verschillende opvattingen wordt echter meteen duidelijk dat geen overeenstemming bestaat over een actuele catalogus van leidende sociaalrechtelijke waarden en beginselen. Een uitzondering voor het arbeidsrecht is het alom aanvaarde principe van ongelijkheidscompensatie, wat er toe leidt dat sociaalrechtelijk 'beginselendenken' soms daarbij stukt. Ik heb een catalogus van zes leidende Nederlandse waarden en beginselen voor sociale rechtsvorming samengesteld. Daarbij is getoetst of daarin de zes verschillende elementen uit de rechtvaardigheidstheorieën terug kwamen. Dat is in elk geval zo bij de volgende waarden en beginselen:

- gelijke behandeling
- subsidiaire verantwoordelijkheid,
- bestaanszekerheid,
- bescherming (met daarin als onderdeel de ongelijkheidscompensatie),
- solidariteit
- insluiting

Als de Nederlandse wetgever wil voldoen aan flexicuritydoelstellingen moet bij sociale rechtsvorming ten minste rekening worden gehouden met deze zes waarden en beginselen. Die vormen namelijk de Nederlandse vertaling van de Europees nagestreefde bevordering van sociale rechtvaardigheid. Voor 'rekening houden' is nodig dat de wetgever zichtbaar rekenschap geeft van de rol die deze waarden en rechtsbeginselen spelen bij sociale rechtsvorming en inzicht geeft in afwegingen tussen deze waarden en rechtsbeginselen. Dit noem ik de beginselentoets. Als in rechtsvorming ten minste één waarde of rechtsbeginsel wordt geëerbiedigd dan opent dat de vrijheid voor de wetgever het werken aan enige flexicuritydoelstelling vorm te geven.

Bij sociale rechtsvorming zou er daarnaast een flexicuritytoelichting moeten worden gegeven: op welke flexicuritydoelstelling is een specifieke maatregel gericht? Op die manier ontstaat een expliciet verband tussen Europees werkgelegenheidsbeleid en nationale regelgeving, wordt voorkomen dat flexicurity wordt 'misbruikt'

als rechtvaardiging voor een bepaalde maatregel, wordt de voortgang van het werken aan flexicurity controleerbaar, wordt de evenwichtigheid van de maatregelen op flexicuritygebied in de gaten gehouden en kan tijdig worden bijgestuurd en al in de ontwerpfase worden gekozen voor de effectiefste flexicurityaanpak. Zou uit de flexicuritytoelichting blijken dat niet wordt gestreefd naar een flexicuritydoelstelling of juist teveel naar één flexicuritydoelstelling, terwijl dat bij een andere vormgeving of afweging beter zou uitpakken, dan zou dat alternatief voorrang moeten krijgen (voorrangsregel). Als andere vormgeving moet worden gekozen dan heeft de wetgever de beschikking over verschillende juridische technieken.

Het antwoord op de deelvraag hoe het 'rekening houden met flexicuritybeleid' is te toetsen, is door bij sociale rechtsvorming zowel een beginseltoets toe te passen als een flexicuritytoelichting te geven en bij een niet tot flexicurity leidende uitkomst een andere vormgeving te kiezen of een andere afweging voorrang te geven. Bij nieuw te vormen sociaal recht zou dit toetsingskader moeten worden toegepast.

5. Voldoet de manier waarop re-integratie van zieke werknemers in Nederland in het arbeidsrecht en werknemersverzekeringsrecht is vormgegeven, volgens het toetsingskader aan dat beleid? Zo ja, hoe, zo nee, waarom niet?

Bij het antwoord op de vraag of de Nederlandse vormgeving van re-integratie rekening houdt met het bereiken van de flexicuritydoelen is allereerst de totstandkoming besproken. Historisch zijn drie belangrijke momenten aan te wijzen voor de aandacht voor re-integratie. Ten eerste bij de invoering van de OW, waarbij de nadruk bestond op wat de arbeidsongeschikte werknemer nog wél kon. Ten tweede na de Tweede Wereldoorlog, toen de wederopbouw alle arbeidskrachten nodig maakte. Ten derde na de parlementaire enquête van de Commissie Buurmeijer, waarin de enorme instroom in de WAO mede werd verklaard door de verkeerde organisatie van de uitvoering en het te geringe belang bij lagere arbeidsongeschiktheidscijfers. Daarnaast hebben vier elementen uit het verleden op betekenisvolle wijze bijgedragen aan het huidige stelsel rond re-integratie:

- Invoering en behoud risque social
- Aandacht voor arbeidsgeschiktheid in plaats van arbeidsongeschiktheid
- Financiële prikkels voor werkgever en werknemer
- Meer verantwoordelijkheid bij arbeidsongeschiktheid bij werkgever

Om te kunnen beoordelen of er bij re-integratie sprake is van een evenwichtige combinatie van flexibiliteit voor de werkgever en zekerheid voor de arbeidsongeschikte werknemer moet vervolgens het positieve re-integratierecht worden besproken. Dat bestaat uit vier onderdelen:

- a) inkomensvoorziening bij arbeidsongeschiktheid
- b) controlevoorschriften
- c) verzuimvoorschriften
- d) re-integratievoorschriften

Inkomensvoorziening bij arbeidsongeschiktheid

In het Nederlandse systeem heeft een werknemer in de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte in de regel aanspraak op gedeeltelijke loon- doorbetaling van de werkgever. Nederland neemt hiermee een unieke positie in. De oorzaak van de arbeidsongeschiktheid doet er niet toe (risque social); de werkgever moet doorbetalen, tenzij de werknemer zijn arbeidsongeschiktheid opzettelijk heeft veroorzaakt, maar daarvan is vrijwel nooit sprake. Cijfers laten verder zien dat het grootste deel van het ziekteverzuim niet werkgerelateerd is. Op basis van de arbeidsovereenkomst of de cao wordt in veel gevallen de loondoorbetaling bij ziekte door de werkgever aangevuld tot een hoger bedrag. Niet ongebruikelijk is een aanvulling gedurende het eerste jaar tot 100%, met in het tweede jaar géén aanvulling meer. Het financiële risico dat een werkgever loopt bij ziekte van een werknemer kan zeer aanzienlijk zijn. De invloed die de werkgever kan uitoefenen om te voorkomen dat hij loon moet doorbetalen bij ziekte is vanwege het risque social beperkt. Verder is mogelijk kwalijk gedrag van de werknemer bij het ontstaan van arbeidsongeschiktheid nauwelijks van invloed op de loondoorbetalingsverplichting.

Heeft de werknemer geen werkgever meer, maar duurt de arbeidsongeschiktheid voort, dan zal recht kunnen bestaan op een ZW-uitkering. Heeft de werknemer wel een werkgever dan is er desondanks een beperkt aantal situaties waarin toch een ZW-uitkering wordt verstrekt. Na twee jaar arbeidsongeschiktheid kan aanspraak bestaan op een WW-uitkering of een WIA-uitkering, afhankelijk van de resterende verdien capaciteit. In dat eerste geval wordt een werknemer, ondanks vastgestelde beperkingen samenhangend met een arbeidsongeschiktheidspercentage tot 35%, niet langer arbeidsongeschikt geacht. Heeft de werknemer een verdien capaciteit van 35-80% (of tijdelijk van 80-100%) dan krijgt hij een WGA-uitkering. Bij volledige en duurzame arbeidsongeschiktheid van 80-100% bestaat recht op een IVA-uitkering. Als dat vroegtijdig duidelijk is, kan de werknemer al binnen de loondoorbetalingsperiode bij ziekte zo'n uitkering aanvragen.

Controlevoorschriften

Bij controlevoorschriften gaat het om regels rond het vaststellen van het bestaan van arbeidsongeschiktheid. De werkgever moet de voorschriften schriftelijk geven en zij moeten redelijk zijn. De controle zelf gebeurt door een bedrijfsarts, waarbij een spanningsveld bestaat rond het recht op medische privacy. Leeft de werknemer de controlevoorschriften niet na dan kan de werkgever de betaling van het loon bij ziekte opschorten totdat de controle wel heeft plaatsgevonden. De werkgever moet die opschorting wel onverwijld meedelen. De opschorting leidt tot nabetaling aan de werknemer als hij de controlevoorschriften alsnog naleeft, zodat de sanctie niet altijd effectief wordt gevoeld door de werknemer.

Er zijn verschillende waarborgen ingebouwd dat de werknemer niet onevenredig wordt geraakt. Allereerst doordat die voorschriften vooraf kenbaar zijn. Daarnaast dat zij niet onnodig belastend mogen zijn én dat de rol van de bedrijfsarts verzekert dat medische privacy niet wordt geschonden. Ten slotte is de maatregel op niet-nakoming niet onomkeerbaar: het opgeschorte loon wordt alsnog uitbetaald als de

werknemer zijn verzuim herstelt. Het recht van de werknemer om medische gegevens niet te delen met de bedrijfsarts lijkt vooral op papier te bestaan. De werknemer die dat weigert, moet zich een loonopschorting laten welgevalen. Als daardoor het levensonderhoud in het gedrang komt, heeft de werknemer geen echte keus en zal hij onder die druk vaak overstag gaan. Dat de controle door de bedrijfsarts of een verzekeringsarts zwaar weegt, stelt veilig dat niet ziekte het debat domineert, maar arbeidsongeschiktheid wegens ziekte. Door de onverwijldheidseis bij de aanzegging weet de werknemer 'zo spoedig mogelijk' of hij loon betaald krijgt of niet. De onverwijldheidseis lijkt niet in het belang van de werkgever. Een werkgever die, bij een vermoeden dat opschorting aan de orde zou kunnen zijn, bijvoorbeeld eerst nader feitenonderzoek wil doen, zou niet meer kunnen opschorten als de grond daarvoor vast komt te staan, maar hij heeft verzuimd zijn voornemen al eerder aan te kondigen.

Verzuimvoorschriften

Bij verzuimvoorschriften gaat het om medewerkings- en informatieplichten van de werknemer én de plicht om de genezing niet te belemmeren of te vertragen (genezingsvoorschrift).

Dát medewerkings- en informatieplichten bestaan voor (met name) de werknemer lijkt een normaal tegenwicht tegen de loon- en re-integratieverantwoordelijkheid die de werkgever heeft. Een medewerkingsplicht geldt in het algemeen voor de werknemer namelijk om de werkgever en de arbo-dienst bij te staan bij de uitvoering van hun verplichtingen en taken. Op niet-naleving van deze medewerkingsplicht staat geen directe sanctie. Bij de informatieplicht is van de werknemer te verlangen verschillende informatie te verstrekken:

- inschatting van de verwachte duur van arbeidsongeschiktheid
- informatieverstrekking aan de bedrijfsarts
- of de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid is gelegen in de arbeidsomstandigheden of niet
- of er een aansprakelijke partij is, waardoor regres mogelijk is
- of er reden is voor toepassing van de no-riskpolis, bijvoorbeeld vanwege het hebben van de status van 'arbeidsgehandicapte'

Slechts voor één informatieplicht, namelijk het mogelijke beroep op de no-riskpolis, is een directe wettelijke grondslag gegeven. De andere plichten zouden moeten worden gebaseerd op de redelijkheid. Op overtreding van informatieplichten is geen directe sanctie gesteld. Het evenwicht tussen het belang van de werknemer bij medische privacy en het financiële belang van de werkgever bij bepaalde informatie is relevant. Als gegevens aan de bedrijfsarts worden verstrekt lijkt privacy gewaarborgd; maar soms heeft de werkgever rechtstreeks recht op informatie. Dat is bijvoorbeeld het geval bij het melden van de verwachte duur of het vermelden of de arbeidsongeschiktheid samenhangt met de arbeidsomstandigheden. De werknemer, als deel van een groter geheel, moet een stapje terug doen ten behoeve van het collectief: het rekening houden met de belangen van anderen gaat vóór, boven het recht niets te hoeven melden over het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid.

Het genezingsvoorschrift betekent dat de zieke werknemer alles moet doen wat zijn genezing bevordert en alles moet nalaten wat daaraan in de weg kan staan. Tegelijk komt elke werknemer vrijheid van behandeling en vrijheid van artskeuze toe, zodat hij een behandeling ook moet kunnen weigeren zelfs als dat tot belemmering leidt. Die vrijheid volgt niet uit de wettekst, terwijl wel verwijtbaar weigeren is bedoeld. Dat moet in het begrip 'belemmeren' worden ingelezen terwijl onduidelijk is of dat ook geldt voor het begrip 'vertragen'. De begrenzing van het zelfbeschikkingsrecht van de werknemer tot wat redelijk is, lijkt weinig speelruimte voor de werkgever te geven om te werknemer te dwingen sneller beter te worden: de werknemer mag in redelijkheid veel weigeren met een beroep op het zelfbeschikkingsrecht. In artikel 28 lid 2 sub c WIA is de medische behandelingsplicht van de werknemer scherper geformuleerd. De werknemer die zijn genezing belemmert of vertraagt, verliest als sanctie zijn recht op loon tijdens ziekte, over de periode van belemmering of vertraging. Eenzelfde spanningsveld als bij controlevoorschriften speelt hier, te weten tussen de wettelijke vrijheid geen behandeling te ondergaan en de financiële drang dat toch te moeten doen.

Re-integratievoorschriften

De werkgever is verplicht om bij dreigend langdurig verzuim re-integratiestappen te zetten. Een belangrijk uitgangspunt bij de formele eisen aan re-integratie is dat die eisen er niet toe doen als een bevredigend resultaat is gehaald. De weg naar een bepaalde uitkomst is niet van belang, als de uitkomst maar voldoet. De werkgever is op voorhand echter niet verzekerd van het bereiken van een bevredigend resultaat en bij het uitblijven daarvan wordt het al dan niet volgen van de formele stappen weer wel beoordeeld.

De probleemanalyse, het plan van aanpak en de evaluaties daarvan, de eerstejaars-evaluatie, het deskundigenoordeel en het aanwijzen van een casemanager zijn allemaal instrumenten die in belangrijke mate kunnen bijdragen aan een deugdelijk, voortvarend en gestructureerd verloop van de re-integratie. Het deskundigenoordeel neemt daarbij een belangrijke plaats in. Het kan procedures voorkomen of het biedt de rechter meteen een belangrijk houvast bij het beslechten van geschillen. De deskundigenoordeelprocedure voorziet in een daadwerkelijke behoefte van zowel werkgever als werknemer. Toch zijn er vanuit het oogpunt van transparantie, zorgvuldigheid en rechtsbescherming belangrijke bezwaren verbonden aan de huidige regeling van het deskundigenoordeel. De privacybescherming van de zieke werknemer voldoet sociaalzekerheidsrechtelijk aan de eisen van het EHRM, maar is arbeidsrechtelijk echter nauwelijks geregeld. De Wbp geeft weliswaar een aantal regels, maar de uitleg daarvan door het Cbp is strenger dan de praktijk werkbaar acht.

Een werkgever is verplicht de re-integratie te richten op terugkeer naar het eigen werk, daarna op passende arbeid en daarna op ander werk buiten de organisatie ('tweede spoor'), waarbij de arbeidsovereenkomst met het eigen bedrijf wel in stand blijft. Arbeidsrechtelijk en sociaalzekerheidsrechtelijk is er verschil: strikt deze volgorde aanhouden, tegenover diverse sporen tegelijk moeten bewandelen. De werkgever moet gebruik maken van ondersteuners maar werkgever en werknemer blijven

gezaamenlijk de eindverantwoordelijkheid houden voor de re-integratie. Fouten van ondersteuners ontslaan werkgever en werknemer niet van hun verplichtingen. Een discussiepunt is de vraag wanneer de re-integratie is beëindigd. Dit komt aan de orde als de werknemer enige tijd passend werk verricht en dan weer uitvalt. Ik acht het verdedigbaar om arbeidsrechtelijk aan te nemen dat de passende arbeid stilzwijgend de bedongen arbeid is geworden als de passende arbeid een niet te korte periode is verricht, de aard en omvang niet ter discussie staat en er geen verdere re-integratie-inspanningen meer zijn gepleegd. Sociaalzekerheidsrechtelijk wordt deze lijn niet gevolgd: kleine (maar definitieve) wijzigingen maken nog geen nieuwe bedongen arbeid.

In de verhouding tussen werkgever en werknemer komen de re-integratieactiviteiten en tekortkomingen daarin met name aan bod in ontslagzaken. Voor de toets van de re-integratieactiviteiten door het UWV is de grondslag gegeven in artikel 65 WIA: de redelijkheid. Wat daaronder precies wordt verstaan, is vooraf maar moeilijk in te schatten. De nadere invulling daarvan is niet gedaan via wetgeving maar via beleidsregels van het UWV. Die beleidsregels zijn niet statisch maar dynamisch en zouden volgens het UWV berusten op bronnen die steeds verder ontwikkelen. Dat biedt weinig houvast omdat wat van een werkgever wordt verwacht dus steeds verandert. Bovendien wordt in de beleidsregels veel gebruik gemaakt van open normen als 'redelijk', 'adequaat', 'voldoende', 'zo nodig' en 'indien nodig', wat begrippen zijn die verder bijdragen aan onzekerheid. Het is daarom logisch dat werkgevers hun toevlucht zoeken tot het aanvragen van deskundigenoordelen. Zij willen zekerheid of zij op de goede weg zitten of op welke manier zij hun aanpak moeten aanpassen. Dat werkgever en werknemer dus een belangrijke begeleidende en corrigerende rol voor het UWV zien (op aanvraag) is begrijpelijk en verdedigbaar. Het doet geen afbreuk aan hun eigen verantwoordelijkheid want die kan goed daarnaast bestaan.

Als de werkgever in redelijkheid niet genoeg aan re-integratie heeft gedaan legt het UWV een loonsanctie op die in beginsel maximaal 52 weken duurt. Tijdens die periode moet de werkgever 70% van het loon doorbetalen. Die loonsanctieperiode is bedoeld om de tekortkomingen te herstellen, waarna de werkgever om bekorting van de periode kan vragen. Er lijkt bij de loonsanctie strijd met de rechtszekerheid te bestaan vanwege de onvoorspelbaarheid van de toetsing door het UWV. Het normenkader biedt vooraf weinig handvatten om te weten waaraan moet worden voldaan. Dat kan leiden tot verschil in beoordeling door het UWV. Volgens de CRvB is het stelsel van artikel 65 WIA, artikel 7:658a BW en artikel 25 lid 9 WIA echter duidelijk genoeg. Een ander rechtszekerheidsaspect is genoemd rond de motivering door het UWV van de loonsanctie. De CRvB stelt daaraan lichte eisen met verwijzing naar de eigen verantwoordelijkheid die werkgever en werknemer hebben bij de vormgeving van de re-integratie. De Awb stelt in het algemeen hogere eisen en vraagt om een duidelijke, onvoorwaardelijke omschrijving van te nemen herstelmaatregelen.

Het opleggen van een loonsanctie kan alleen ambtshalve door het UWV of als de werknemer daarom heeft gevraagd én als de wachttijd niet is verstreken. Het ontbreken van een expliciet besluit van het UWV om geen loonsanctie op te leggen, maakt dat de werknemer soms geen mogelijkheden meer heeft om daartegen zijn bezwaar te laten horen. De werknemer krijgt daarnaast een schadevergoeding van het UWV bij het (ondanks aanvraag) ten onrechte niet-opleggen van een loonsanctie, maar die schadevergoeding dekt niet alle schade. Bij het ten onrechte wel opleggen van een loonsanctie kan de werkgever schadevergoeding vorderen, die door de CRvB is gemaximeerd. Daardoor kan ook de werkgever met schadeposten blijven zitten die zijn veroorzaakt door het onrechtmatig handelen van het UWV.

Alles overziend blijken de re-integratieplichten van de werkgever v er te reiken. Niet alleen is hij verantwoordelijk voor controle en moet hij het loon doorbetalen, maar de werkgever draagt ook de kosten van ondersteuning, verzuimbegeleiding, training, scholing en aanpassingen van de werkplek. Daarnaast is hij verantwoordelijk voor het aanpassen van de organisatie van de arbeidsplaats, de arbeidsinhoud, de werkmethoden e.d., het creëeren van nieuwe functies om werknemers binnenboord te houden of het zoeken naar een andere werkgever. Het initiatief ligt bij voortdurend bij de werkgever, die dat misschien heeft uitbesteed maar wel verantwoordelijk blijft. De plichten van de werknemer lijken minder vergaand: het meewerken aan de administratieve verplichtingen en het verrichten van passende arbeid, intern of extern. De rol van het UWV is daarbij beperkt. Naast het op aanvraag en tegen betaling tussentijds geven van deskundigenoordelen bestaat die alleen uit het beoordelen van de re-integratie-inspanningen bij de WIA-aanvraag.

Toepassing toetsingskader

Grosso modo kan worden gezegd dat in het huidige Nederlandse re-integratierecht de juridische elementen worden geregeld die tot succesvolle re-integratie *kunnen* leiden: het richten op terugkeer naar de eigen werkgever, intensieve verzuimbegeleiding en -controle, het richten van de re-integratie-instrumenten op de werknemer en een goede organisatie van de re-integratie. Pas na toepassing van het toetsingskader, te weten de beginseltoets, de flexicuritytoelichting en de voorrangsregel, is te beoordelen of het huidige re-integratierecht ook rekening houdt met de relevantste principes van flexicurity. Daarvoor moeten de loondoorbetaling bij ziekte, de controlevoorschriften, de verzuimvoorschriften en de re-integratievoorschriften worden getoetst op hun verenigbaarheid met gelijke behandeling, subsidiaire verantwoordelijkheid, bestaanszekerheid, bescherming (met daarin als onderdeel de ongelijkheidscompensatie), solidariteit en insluiting. Wordt bij elk van die onderwerpen gewerkt aan ten minste  en van de zes sociaalrechtelijke waarden of beginselen, dan wordt voor dat onderwerp sociale rechtvaardigheid bevorderd. Vervolgens speelt de toepassing van de flexicuritytoelichting. Die is nader uitgewerkt omdat niet alle *Common Principles* even belangrijk zijn bij re-integratie.

Toepassing van de relevantste *Common Principles* betekent dat flexicurity voor arbeidsongeschikte werknemers vraagt om:

- een flexibele en betrouwbare contractuele positie, dat wil zeggen met beleidsvrijheid en voorspelbaarheid (contractpositie) en/of
- een zo optimaal mogelijke inzet van arbeidsongeschikte werknemers, door te zorgen voor flexibele maar zekere transitie, intern of extern (optimale inzet) en/of
- een balans in rechten en plichten en een eerlijke verdeling van kosten, ook rekening houdend met de bijzonderheden van het MKB (balans).

Bij de loondoorbetaling bij ziekte, de controlevoorschriften, de verzuimvoorschriften en de re-integratievoorschriften is de vraag: dragen die in hun huidige vorm bij aan het verwezenlijken van flexicuritydoelen, voor wat betreft de contractpositie, de optimale inzet en de balans (flexicuritytoelichting)?

Toetsing loondoorbetaling bij ziekte

Hoewel de loondoorbetalingsplicht bij ziekte recht doet aan de waarden en beginselen van bestaanszekerheid, bescherming en aan insluiting (maar slechts voor sommige categorieën werknemers), zijn er op andere vlakken wel problemen te onderkennen. Naast wat kleinere bezwaren is vooral de kans op en zelfs prikkel tot risicoselectie een belangrijk strijdpunt bij gelijke behandeling, solidariteit en bij insluiting (als het de toegang tot (vast) werk betreft). Ook als dat wordt beschouwd buiten het strikte kader van de wettelijke gelijkebehandelingsgronden kan dit -in elk geval theoretisch- leiden tot selectie op echte of veronderstelde gezondheidsaspecten bij aanneming, de keuze voor flexwerk dan wel inhuur als zelfstandige of voortijdig ontslag. De maatregelen om dat te voorkomen zijn niet afdoende en ook de regering lijkt dit voor kleine bedrijven te onderkennen. Er is extra strijdigheid met solidariteit, waarvan de 'hardste' het ontbreken van collectieve financiering is. De private verzekering heeft dat onvoldoende gecompenseerd. De subsidiaire verantwoordelijkheid wordt ten slotte miskend door het ontbreken van de eis 'al het redelijke te doen' voordat de werkgever verantwoordelijk wordt voor loonbetaling.

Aan flexicuritydoelstellingen wordt door loondoorbetaling bij ziekte evenmin bijgedragen, niet qua contractpositie, noch qua optimale inzet. Het lijkt qua balans zelfs een contra-indicatie, met de eenzijdige nadruk op versterking van de positie van de werknemer (bijvoorbeeld door de aanvullingen op het loon) en door de werkgever vrijwel alleen verantwoordelijk te maken.

Toetsing controlevoorschriften

De beginseltoets leidt tot de conclusie dat er geen noemenswaardige knelpunten zijn bij de controle op arbeidsongeschiktheid als het gaat om gelijke behandeling, bestaanszekerheid, solidariteit en insluiting. De problemen liggen bij bescherming en de subsidiaire verantwoordelijkheid. Fundamenteel is de observatie dat de werknemer *de jure* de vrijheid heeft zich niet te laten controleren, maar *de facto*

daartoe wel verplicht is. Daarnaast wordt subsidiaire verantwoordelijkheid niet gediend, door de werkgever de arbeidsongeschiktheid te laten aantonen en dat niet bij de werknemer neer te leggen.

Meer operationeel bestaat een bezwaar rond de onverwijldheidseis. Die doet afbreuk aan de door flexicurity nagestreefde balans in rechten en plichten, gelet op de werkgeverspositie. De balans is verder scheef, waar het de niet-effectief gevoelde prikkel bij niet-nakoming betreft en (met name voor de werknemer en het kleinbedrijf) met de kosten van een deskundigenoordeel. Niettemin zorgt de regeling rond de controlevoorschriften wel voor invulling van flexicuritydoelen, doordat het in een mate van betekenis bijdraagt aan een flexibele en betrouwbare contractpositie.

Toetsing verzuimvoorschriften

De verzuimvoorschriften leveren geen strijd op met gelijke behandeling, solidariteit of insluiting. Bij bestaanszekerheid, bescherming en subsidiaire verantwoordelijkheid is een belangrijk bezwaar dat niet voldoende duidelijk blijkt dat het verval van het recht op loon bij belemmering van de genezing alleen van toepassing is bij verwijtbaar gedrag en dat dit bij vertraging logischerwijs ook zo zou moeten zijn, maar daarvoor in het geheel geen aanwijzing is te vinden. Daarnaast wordt bescherming beïnvloed door het ontbreken van een secondopinionmogelijkheid bij het verval van het recht op loon vanwege overtreding van het genezingsvoorschrift en de drang die (ondanks de fundamentele 'medische vrijheid') kan worden gevoeld rond het ondergaan van enige medische behandeling. De subsidiaire verantwoordelijkheid komt verder in de knel door de onduidelijkheden rond met name informatieplichten (die nauwelijks wettelijk zijn uitgewerkt) en het ontbreken van sancties op overtreding daarvan.

De huidige vormgeving van de verzuimvoorschriften draagt niet of nauwelijks bij aan het bereiken van flexicuritydoelen. De contractpositie wordt niet flexibeler en betrouwbaarder, er is geen prikkel voor een zo optimaal mogelijke inzet en de balans tussen de rechten van werkgever en werknemer is verstoord.

Toetsing re-integratievoorschriften

Bij de re-integratievoorschriften is er voldoende oog voor bestaanszekerheid, bescherming en zeker insluiting. Bij gelijke behandeling speelt het euvel van de mogelijke risicoselectie een belangrijke rol. Solidariteit ontbreekt in het geheel omdat de re-integratie wordt overgelaten aan de individuele werkgever en zijn individuele werknemer, met een zeer beperkte rol voor het UWV. Ook op het vlak van subsidiaire verantwoordelijkheid schieten de re-integratievoorschriften te kort: er is geen plicht voor de werknemer opgenomen om eerst zelf al het redelijke te doen.

De re-integratievoorschriften dragen wel bij aan flexicurity. Niet omdat de rechten en verplichtingen in balans zijn, want de lasten liggen onevenredig bij de werkgever. Ook niet omdat er sprake is van een flexibele en betrouwbare contractpositie. Flexibiliteit is nog wel aan te nemen, maar de juridische positie is op veel

vlakken te onvoorspelbaar om betrouwbaar te heten. De bijdrage aan flexicurity komt vanwege de duidelijke impact van de re-integratievoorschriften neer op het werken aan optimale inzet naar vermogen en het vergemakkelijken van transities, zowel intern als extern.

Na de toetsing is een antwoord op de deelvraag te formuleren. De manier waarop de re-integratie in Nederland gestalte heeft gekregen voldoet aan de beginseltoets. Steeds zijn meerdere beginselen aan te wijzen, die de vormgeving schragen. Dat betekent dat daarmee boven de minimale drempel van de OMC wordt gebleven, te weten dat oog bestaat voor een of meerdere aspecten van sociale rechtvaardigheid. Met de loondoorbetaling bij ziekte én met de regeling van de verzuimvoorschriften wordt echter niet gestreefd naar het bereiken van een relevante flexicuritydoelstelling. Dat is wel zo met de controlevoorschriften, waar sprake is van een flexibele én betrouwbare contractpositie, en met de re-integratievoorschriften vanwege het effect dat optimale inzet wordt gestimuleerd.

6. Draagt de manier waarop re-integratie van zieke werknemers in Duitsland in het arbeidsrecht en 'Sozialrecht' is geregeld, bij aan het bereiken van flexicuritydoelen? Zo ja, hoe?

Voordat het Duitse re-integratierecht werd besproken, is stilgestaan bij een aantal kenmerken van het Duitse sociaal recht. Wat in het oog springt, is de belangrijke rol van grondrechten. Waar die in Nederland indirect doorwerken via de norm van goed werkgeverschap en goed werknemerschap, is de invloed in Duitsland 'actiever' met name door de rechterlijke plicht te toetsen aan grondrechten. Kenmerkend is verder de invloed die wordt toegekend aan partijen zelf (via het zich bewust blijven van en teruggrijpen op de wortels in het overeenkomstenrecht), de *Betriebsrat* en in de uitvoering van de sociale verzekeringen. Re-integratie kwam op in het kader van de regeling rond arbeidsongevallen, met als aanleiding de kosten van uitkeringen daarvoor. Deze ontwikkeling is zowel in Duitsland als in Nederland te constateren en in beide landen was sprake van een collectieve sociale verzekering voor een risqué professioneel én inzicht in het belang van re-integratie. Het Duitse oorlogsverleden maakte daarnaast aandacht voor re-integratie pure noodzaak. Grote groepen mensen waren getroffen en voor hen moest worden gezorgd. Het ging daarbij in sociale zekerheid primair om gezondheidsherstel; terugkeer naar de arbeid was maar een klein onderdeel van de re-integratieaandacht. Al vroeg ontstond wel de notie dat re-integratie belangrijker was dan een uitkering. Opmerkelijk is de contractsdwang die kon worden uitgeoefend om er voor te zorgen dat ook mensen met een handicap aan de slag zouden kunnen. Een verplicht quotum werd ingevoerd en is sinds 1923 niet weggeweest, maar zelfs versterkt met een boeteregeling. Haalde de werkgever het quotum niet dan bestond tot 1974 de mogelijkheid de werkgever te dwingen een gehandicapte in dienst te nemen. Bovendien werd ontslag bemoeilijkt door een preventieve ontslagtoets. Het zou een fout zijn de reikwijdte van de verplichtingen rond gehandicapten te beperkt te zien want veel zieke werknemers vallen onder dat begrip.

Met het verstrijken van de tijd en de bezuinigingen op de uitgaven voor sociale zekerheid, kreeg re-integratie nog maar weinig aandacht. Het quotum en de boete bleken nauwelijks prikkelende werking te hebben, maar bleven niettemin bestaan. Daarnaast zal ook de diffuse uitvoering van re-integratie door verschillende organen hebben verhinderd dat er werk van re-integratie werd gemaakt. Een keerpunt lijkt gekomen met het invoeren van SGB IX per 1 juli 2001. Door het BAG werd deze wet aangegrepen om -in ontslagzaken- duidelijk te maken dat een actievere werkgeversopstelling bij re-integratie werd verwacht. Voorheen bestond al wel de plicht voor herplaatsing en aanpassing van de arbeidsplaats en een preventieve ontslagtoets voor sommige arbeidsongeschikten, maar met SGB IX werd een strakker kader geschetst. Bovendien kwam de tot dan toe geldende vrijblijvendheid onder druk te staan: de werkgever *moest* vanaf dat moment werk maken van re-integratie.

De ruimte voor het Duitse beginsel van de vrije zelfbeschikking valt op, omdat dit een aandachtspunt laat zien in vergelijking met de Nederlandse situatie. *Rehabilitation* is maar in beperkte mate de verantwoordelijkheid van de werknemer (in elk geval op een metaniveau), blijkbaar vanwege het belang dat wordt gehecht aan die vrije zelfbeschikking. Feitelijk zal de werknemer weinig keus hebben en mee moeten werken aan *Rehabilitation* om niet zijn baan of zijn uitkering te verliezen. Samenattend geldt als leidraad voor de werkgever '*Reha vor Kündigung*' en voor de werknemer '*Reha vor Rente*'. De vier elementen van het Duitse re-integratierecht worden vervolgens geschetst, waarna de flexicuritytoelichting daarop los wordt gelaten.

Inkomensvoorziening bij arbeidsongeschiktheid

Bij arbeidsongeschiktheid wordt in de eerste zes weken het gemiddelde loon volledig door de werkgever doorbetaald. Werkgevers met niet meer dan dertig werknemers krijgen echter van de *Krankenkasse* 80% van die betaling terug. Na de loondoorbetalingsperiode heeft een werknemer gedurende 78 weken recht op *Krankengeld*, ter hoogte van 70% van het gemiddelde laatstverdiende loon. Die uitkering wordt betaald door de *Krankenkasse* waar de werknemer bij aangesloten is. Afhankelijk van de resterende mate van verdienvermogen kan een werknemer daarna in aanmerking komen voor een uitkering voor langdurige arbeidsongeschiktheid, of voor een overgangsuitkering, als de verwachting is dat re-integratiemaatregelen nog succes kunnen hebben. Dit systeem is alleen anders bij arbeidsongeschiktheid ten gevolge van een arbeidsongeval of beroepsziekte. Vanaf de eerste dag heeft de werknemer dan recht op een ongevallenuitkering van 80% van het laatst verdiende loon. Na hooguit 78 weken kan die uitkering voor onbepaalde tijd worden voortgezet, maar wordt de hoogte afhankelijk van de mate van beperking.

Controlevoorschriften

De regels rond ziekmelding zijn streng: de werknemer moet zijn arbeidsongeschiktheid ogenblikkelijk en volgens de juiste procedure melden, op straffe van mogelijk ontslag. De werknemer is verplicht zijn arbeidsongeschiktheid aan te tonen door middel van een verklaring van zijn huisarts, die dat toetst aan de hand van algemene richtlijnen. De arbeidsongeschiktheid wordt voor bepaalde tijd vastgesteld, waarna de werknemer een verlenging van zijn ziekteperiode opnieuw moet laten vaststellen.

De werkgever kan de medische dienst van de *Krankenkasse* verzoeken een second opinion af te geven. Vervolgens mag aan de werkgever worden meegedeeld of de arbeidsongeschiktheid voortvloeit uit dezelfde oorzaak of niet, wat van belang kan zijn voor de bepaling van de periode van zes weken loondoorbetaling. Zolang de werknemer geen medische verklaring overlegt, is de werkgever geen loon verschuldigd.

Verzuimvoorschriften

De Duitse werknemer heeft erkende en soms wettelijk vastgelegde informatieplichten als het gaat over zijn arbeidsongeschiktheid. Hij moet melden of de arbeidsongeschiktheid is veroorzaakt door een besmettelijke ziekte of door zijn eigen schuld. Voor zover hij weet, moet de werknemer ook melden of de arbeidsongeschiktheid voortvloeit uit dezelfde oorzaak als een vorige ziekmelding en of regres op een derde mogelijk is en daarover dan alle benodigde informatie te geven. De werknemer moet alles doen om zo snel mogelijk te herstellen en alles na te laten wat zijn genezing zou kunnen vertragen. Dat betekent dat zolang een ingreep of behandeling proportioneel is de werknemer die moet ondergaan als daarbij geen bijzondere gevaren of bijzondere pijnen te verwachten zijn.

Re-integratievoorschriften

De aandacht voor re-integratie is sinds 1 juli 2001 toegenomen. Dat hangt er mee samen dat onder invloed van rechtspraak de vrijblijvendheid aan de kant van de werkgever is weggenomen en omgezet in verplichtingen. Dat geldt zeker voor *Schwerbehinderten* en gelijkgestelden, maar geleidelijk aan ook voor andere arbeidsongeschikte werknemers. Ten eerste bestaat een preventieplicht om uitstroom van *schwerbehinderte* werknemers te voorkomen, van wie immers bekend is dat er beperkingen bestaan. Zodra uitval dreigt moet de werkgever in actie komen, en daarbij de hulp van derden zoals *Betriebsrat* of *Schwerbehindertenvertretung* inroepen, zodat de *Schwerbehinderte* binnen het bedrijf behouden kan blijven. Verder wordt bij *Schwerbehinderten* de instroom in betaalde arbeid gestimuleerd door een quotumregeling met een maandelijkse boete per niet-gevulde quotumplaats. De inrichting van de regeling maakt het mogelijk feitelijk te kiezen voor het betalen van de boete en verder niets aan instroom te doen.

In bredere zin is de kern van het Duitse re-integratierecht de plicht voor de werkgever tot het voeren van re-integratiemanagement. Van deze plicht is het kleinbedrijf (minder dan tien werknemers) uitgezonderd. Voor de toepasselijkheid gelden verder de drempels dat een arbeidsovereenkomst ten minste zes maanden moet hebben bestaan en dat de werknemer ten minste zes weken arbeidsongeschikt moet zijn. Voor de werknemer geldt slechts de plicht om over re-integratiemanagement te overleggen, maar niet om daar actief aan deel te nemen. Dat is terug te voeren op het wettelijke gegarandeerde zelfbeschikkingsrecht. Of het niet-deelnemen hem kan worden tegengeworpen, maakt onderdeel uit van een belangenafweging in elk individueel geval. Neemt de werknemer wél deel dan moet de werkgever het initiatief blijven nemen en er relevante derden bij betrekken. De werknemer kan niettemin op elk moment in het proces zijn instemming aan bepaalde stappen onthouden. De inhoud en het proces van het re-integratiemanagement is in hoge mate vrij, alsook

de bepaling van het concrete einddoel. Wel is duidelijk dat re-integratiemanagement in het teken moet staan van het 'overwinnen' van de arbeidsongeschiktheid en het behoud van de arbeidsplaats. Re-integratiemanagement berust voor een belangrijk deel op vertrouwen dat een goed gesprek mogelijk is. Voor de juridische positie is de bewijslastverdeling van belang waarbij de werknemer in het re-integratiemanagement zelf een belangrijke taak heeft, door aan te moeten wijzen welk werk nog wel kan of welke aanpassingen hem in staat zouden stellen ondanks zijn beperkingen te functioneren. Die bewijslast verschuift naar de werkgever als re-integratiemanagement niet is gevoerd of nergens toe leidt.

Inhoudelijk richt re-integratiemanagement zich op aanpassing van de eigen functie of herplaatsing in een andere passende functie, die desnoods moet worden gecreëerd of moet worden vrijgemaakt. De nadruk ligt daarbij op de eigen werkgever, waartoe ook andere ondernemingen in concernverband kunnen worden gerekend. De werknemer kan alleen tot aanvaarding van zo'n functie worden gedwongen door middel van een *Änderungskündigung*. Voor passendheid van een functie spelen aspecten mee als de aard van de arbeid, de arbeidsomstandigheden, de achtergrond van de werknemer, de reisafstand en de reismogelijkheden en de bijzonderheden van de nieuwe werkomgeving. Wezenlijk is dat het loon gelijk of maar minimaal minder moet zijn, wil van passendheid kunnen worden gesproken.

Onderdeel van het re-integratiemanagement kan ook zijn de geleidelijke werkhervatting in de eigen of passende arbeid. De werknemer kan met onderbouwing door een arts duidelijk maken dat het opbouwen van werkzaamheden bevorderlijk is voor de terugkeer in het werkzame leven. Hij zal dan moeten aangeven wat hij kan gaan doen, wat daarvoor nodig is en wat naar verwachting het resultaat zal zijn. Zo'n resultaat moet binnen zes maanden te zijn verwachten. Er geldt geen algemene verplichting voor de werkgever om met geleidelijke werkhervatting te starten, maar wel voor *Schwerbehinderten* en gelijkgestelden en regelmatig ook op basis van een ondernemingsovereenkomst met de *Betriebsrat*. Bij een initiatief van de werkgever is een werknemer (*Schwerbehinderte* of niet) in het algemeen evenmin verplicht mee te werken, aangezien de geleidelijke werkhervatting niet valt onder de gezagsverhouding. De werkgever en de werknemer die inzetten op geleidelijke werkhervatting hoeven niet buiten de eigen werkgever te kijken. Tijdens een overeengekomen geleidelijke werkhervatting hoeft de werkgever (na de eerste zes weken) geen loon door te betalen en gelden de meeste normale arbeidsrechtelijke rechten en plichten niet. De onderlinge verhouding is in deze periode een overeenkomst *sui generis*, waarbij de arbeidsovereenkomst slaapt. Als de grens van de werkhervatting is bereikt, heeft de beperkt belastbare werknemer geen recht op een aanstelling voor dat minder aantal uren. Wel is af te spreken om tijdelijk een deeltijdaanstelling bovenop de arbeidsovereenkomst af te spreken of om tijdelijk een aanpassing van de taken overeen te komen. Op die manier kan belasting worden uitgeteerd, terwijl de onderliggende arbeidsovereenkomst sluimerend blijft bestaan.

Naast het re-integratiemanagement en de geleidelijke werkhervatting heeft de werknemer tegenover de *Krankenkasse* aanspraak op een aantal re-integratiemaatregelen: een belastbaarheidsonderzoek, arbeidstherapeutische tewerkstelling of een proefplaatsing. Als de werknemer die aanvraagt moet de *Krankenkasse* de maatregel toekennen. Zo'n aanvraag is niet volledig facultatief. Als de *Krankenkasse* meent dat zich een situatie voordoet waarin zulke re-integratiemaatregelen mogelijk zijn dan kan de werknemer worden verplicht die aan te vragen. Een zwakke schakel in de re-integratie van zieke werknemers in Duitsland is de sanctie op naleving. Formeel is niet veel verplicht tijdens de looptijd van de arbeidsovereenkomst. De toets op naleving komt feitelijk alleen aan de orde als de werkgever ontslag wil geven en hetzij het *Integrationsamt* vooraf, hetzij de rechter achteraf zich over dat ontslag gaat buigen. Dat is overigens wel vaker dan in Nederland het geval omdat Duitsland de figuur van de *Änderungskündigung* kent. Een werkgever die geen afscheid van zijn werknemer wil nemen maar vanwege ziekte de voorwaarden van diens tewerkstelling wil wijzigen, moet ook rekening houden met de toets op het gevoerd hebben van re-integratiemanagement of het overwegen van geleidelijke werkhervatting. Zonder een ontslaaanvraag is de *Betriebsrat* de enige die controle uit zou moeten oefenen. De werknemer die niet meewerkt aan re-integratiemanagement of geleidelijke werkhervatting loopt het risico op een (wijzigings)ontslag of een korting op of weigering van zijn *Krankengeld*.

Flexicitytoelichting

Net als bij Nederland moeten de vier onderdelen van het Duitse re-integratierecht worden onderzocht op het streven naar flexicitydoelen, meer in het bijzonder op hun bijdrage aan de contractpositie, de optimale inzet en/of de balans.

Toetsing loondoorbetaling bij ziekte

De conclusie bij loondoorbetaling bij ziekte is dat er geen sprake is van een flexibele én betrouwbare contractpositie: de speelruimte voor flexibiliteit is vrijwel nihil. De bijdrage van de Duitse loondoorbetalingsregeling aan een optimale inzet zou moeten komen uit het ogenschijnlijk ontbreken van risicoselectie en uit de prikkel op de werknemer, die immers na zes weken in inkomen terugvalt. Die bijdrage lijkt marginaal gezien de nadruk op '*medizinische Rehabilitation*'. De verdeling van verantwoordelijkheden en kosten bij de loondoorbetaling tussen werkgever, werknemer en *Krankenkasse* is wél in balans en draagt bij aan het verwezenlijken van flexicitydoelstellingen.

Toetsing controlevoorschriften

De conclusie bij de controlevoorschriften is dat de regeling niet leidt tot flexibele én betrouwbare contractposities. De nadruk ligt sterk op termijnen en sancties bij niet-naleving, waarin ik weinig flexibiliteit maar des te meer betrouwbaarheid zie. Ook optimale inzet wordt niet bevorderd maar er lijkt een reëel evenwicht te bestaan in de rechten en plichten tussen werkgever en werknemer. De controlevoorschriften dragen vanwege dat laatste aspect bij aan flexicity.

Toetsing verzuimvoorschriften

De slotsom bij de verzuimvoorschriften is dat die in grote lijnen niet leiden tot een flexibelere én betrouwbaardere contractpositie. De nadruk ligt op betrouwbaarheid door, meer dan in Nederland, de verplichtingen vooraf beter uit te werken. De verzuimvoorschriften lijken niet helemaal in balans door de nadruk op bescherming van de werkgever. Toch is wel een bijdrage aan flexicuritydoelstellingen te bepleiten door de stimulans die uitgaat voor een optimalere inzet. De omstandigheid dat de Krankenkasse (en denkkelijk ook de werkgever) meer dwingend enige medische behandeling kunnen eisen, leidt eerder tot genezing en herstel van inzetbaarheid dan wel tot duidelijkheid over resterende arbeidsgeschiktheid, zodat interne of externe transitie eerder en beter zouden kunnen worden ingezet.

Toetsing re-integratievoorschriften

Conclusie bij de Duitse re-integratievoorschriften is dat voor *Schwerbehinderten* wel sprake is van een betrouwbare en flexibele contractpositie, maar voor andere arbeidsongeschikte werknemers niet, vanwege het ontbreken van betrouwbaarheid. Een balans lijkt niet te zijn gevonden, met name door het ontbreken van een afdwingbare medewerkingsplicht aan re-integratie voor zowel werkgever als werknemer, buiten de situatie van ontslag. Voor alle arbeidsongeschikte werknemers geldt dat de re-integratievoorschriften bijdragen aan een optimale inzet, waarbij mijns inziens met name de *Änderungskündigung* een belangrijke rol heeft. Dat laatste leidt tot de conclusie dat de re-integratievoorschriften in Duitsland bijdragen aan het behalen van flexicuritydoelstellingen.

Na de toetsing is het antwoord op de deelvraag te geven. In elk van de vier onderdelen van het Duitse re-integratierecht zitten elementen die bijdragen aan het halen van de ene of de andere flexicuritydoelstelling. Bij loondoorbetaling en bij controlevoorschriften luidt het oordeel dat een evenwicht is gevonden in de rechten en verplichtingen tussen werkgever, werknemer en *Krankenkasse*. Bij de verzuim- en re-integratievoorschriften zit de waarde vooral in het bijdragen aan een optimale inzet.

7. Zijn -met de Duitse regeling in het achterhoofd- verbeteringen in Nederland nodig of wenselijk, en zo ja welke?

Er kan een matrix worden opgesteld van de toetsingsconclusies voor Nederland en Duitsland:

	Loondoorbetaling bij ziekte	Controlevoorschriften	Verzuimvoorschriften	Re-integratievoorschriften
Gelijke behandeling	-	+	+	-
Bestaanszekerheid	+	+	-	+
Bescherming	+	-	-	+
Subsidiaire verantwoordelijkheid	-	-	-	-
Solidariteit	-	+	+	-
Insluiting	+/-	+	+	+
Flexicuritybijdrage Nederland	-	+	-	+
Flexicuritybijdrage Duitsland	+	+	+	+

De toepassing van de flexicuritytoelichting heeft tot doel inzichtelijk te maken of met re-integratierecht wordt gewerkt aan het bereiken van de flexicuritydoelen, zoals die zijn neergelegd in de *Common Principles*. Daarbij kwam naar boven dat de Nederlandse regeling rond controlevoorschriften zorgt voor een flexibele en betrouwbare contractpositie. De re-integratievoorschriften dragen bij aan een optimale inzet van werknemers. Voor de loondoorbetaling bij ziekte én voor de verzuimvoorschriften was de conclusie echter dat niet wordt bijgedragen aan flexicurity. Voor het *gehele* Nederlandse re-integratierecht samen kan worden gezegd dat niet voldoende aan flexicurity wordt gewerkt. De loondoorbetaling bij ziekte is namelijk zo'n essentieel en belangrijk onderdeel van het re-integratierecht, dat tekortschieten daar al voldoende is om tot die conclusie te komen. Wat verder opmerkelijk is, is dat bij geen enkel onderdeel van het re-integratierecht een balans is bereikt tussen de rechten en verplichtingen van de werkgever, de werknemer en de overheid. Zowel bij de loondoorbetaling bij ziekte, de controlevoorschriften, de verzuimvoorschriften als de re-integratievoorschriften heb ik vastgesteld dat het evenwicht (ook) is verstoord omdat de werkgever te zwaar wordt belast. De voorrangsregel moet hier worden toegepast. Flexicuritydoelen worden bij de loondoorbetaling bij ziekte en de verzuimvoorschriften namelijk niet bereikt. Een andere juridische vormgeving van deze onderdelen is denkbaar, waardoor wel aan flexicurity wordt gewerkt zonder dat dit ten koste gaat van de leidende waarden en beginselen. Om de *Common Principles* tot hun recht te laten komen moet er iets verbeteren op het gebied van hetzij de contractpositie, hetzij de optimale inzet, hetzij de balans. Ik dring aan op aanbevelingen

voor aanpassingen rond de balans want dat is de enige flexicuritydoelstelling waarop bij voortdurend tekort wordt geschoten. Bij de aanbevelingen is inspiratie en synthese te halen uit Duitse inzichten.

In deze studie zijn 26 aanbevelingen geformuleerd (Bijlage 1), waarbij de balans wordt gezocht in het verlagen van de kosten voor de werkgever, het meer benadrukken van de subsidiaire verantwoordelijkheid en het vergroten van de verantwoordelijkheid van het UWV.

Afronding

De centrale vraagstelling die ik in dit boek wilde beantwoorden bestaat uit twee delen. Het eerste deel is of in de huidige Nederlandse arbeidsrechtelijke en werknemers-verzekeringsrechtelijke rechten en verplichtingen met betrekking tot re-integratie van de arbeidsongeschikte werknemer, rekening wordt gehouden met de relevantste principes van flexicurity, de aangenomen EU-strategie voor werkgelegenheid? Zo nee, hoe kan Nederland dan wél voldoen? Het tweede deel is of de Duitse regeling van re-integratie van de arbeidsongeschikte werknemer relevante inzichten oplevert voor de Nederlandse situatie? Zo ja, welke dan?

Mijn conclusie bij het eerste deel van de vraagstelling is dat Nederland op beginse-lenniveau voldoet aan het kunnen werken aan flexicurity. Aan het beginsel van sub-sidiaire verantwoordelijkheid als één van de cruciale beginselen bij re-integratie zou wél meer aandacht kunnen worden geschonken. Nederland houdt op geen enkel onderdeel van het re-integratierecht (loondoorbetaling bij ziekte, controlevoorschrif-ten, verzuimvoorschriften en re-integratievoorschriften) rekening met het flexicuri-tydoel van balans in rechten en verplichtingen tussen werkgever, werknemer en overheid. Niettemin wordt op andere flexicuritydoelen wel een voldoende gescoord bij de controlevoorschriften en de re-integratievoorschriften. Om op de onderdelen loondoorbetaling bij ziekte en verzuimvoorschriften ook het streven naar flexicuri-tydoelen te kunnen baseren, heb ik een aantal aanbevelingen geformuleerd over wijzigingen die noodzakelijk zouden moeten worden doorgevoerd. Immers, nu wordt bij loondoorbetaling bij ziekte en bij verzuimvoorschriften in het geheel niet gewerkt aan flexicurity. Op de onderdelen controlevoorschriften en re-integratievoorschriften heb ik aanbevelingen geformuleerd, die vanuit flexicurity-oogpunt niet *hoeven* worden opgevolgd, maar waarvan dat wel wenselijk zou zijn als de noodzakelijke aanbevelingen niet zouden worden overgenomen. Die aanbevelingen kunnen name-lijk ook de scheve balans in rechten en verplichtingen herstellen, hoewel dat strikt genomen volgens het toetsingskader niet vereist is.

Mijn afrondende gedachte is dat Nederland met het volgen van mijn aanbevelin-gen drie vliegen in een klap slaat. Nederland voldoet op alle onderdelen van het re-integratierecht aan de flexicuritydoelstellingen en dus aan Europese eisen van werkgelegenheidsbeleid. Tegelijk ontlast de nieuwe balans de werkgever op een manier die nog steeds past bij de basiswaarde van sociale rechtvaardigheid. Boven-dien blijven werknemers met een zwakke arbeidsmarktpositie zoals arbeidsonge-schikten nog steeds niet in de kou staan.

SUMMARY

REINTEGRATION OF THE DISABLED EMPLOYEE. NETHERLANDS, GERMANY AND FLEXICURITY

Introduction and research question

Occupational disability leads to considerable numbers of people who do not work in paid employment, both in the Netherlands and in the EU. Yet participation in the labour market is desirable from a variety of perspectives. The interest of the government lies in moral considerations and international treaties, but also in the cost of and justification for the benefit system in case of occupational disability. Paid work enables employees to develop themselves and prevents social exclusion. Earning more income and meeting obligations or expectations also plays a part. For an employer, the key motives are cost reduction, restoration of the legal balance and their own social convictions. Reintegration, in the event of occupational disability, therefore serves various interests.

In parallel, in the EU, the intent is to increase labour participation, originally within the framework of the so-called Lisbon strategy, and now within the context of the Europe 2020 objectives. The aim is to stimulate economic growth and, at the same time, to prevent social exclusion. In concrete terms, this is done by striving for 'flexicurity' through coordination of the labour market and the employment policies of the various Member States (the *European Employment Strategy*, EES). Flexicurity entails achieving a balanced combination of flexibility for employers and security for employees with a weaker labour market position.

In my research, I have connected the issues of the reintegration of the disabled employee and flexicurity. An EU Member State, the Netherlands is involved in flexicurity, but, in addition, it has strongly focused on reintegration over the last few decades in the case of occupational disability. The occupationally disabled group appears to be one of the employee categories with a weaker labour market position to be considered in flexicurity policy. This produces a central question. Do the current Dutch rights and obligations in labour law and employee insurance law as regards reintegration of the occupationally disabled employee comply with the most relevant principles of flexicurity, the adopted EU strategy for employment? If not, how can the Netherlands comply? A comparison with Germany is meaningful here. To start with, a study of system characteristics shows that the Netherlands and Germany offer high

employment protection levels as well as high income protection in the event of illness. The theory shows that a strong incentive for reintegration with the same employer is therefore purported to exist in both countries, coupled with high costs. In addition, Germany also has to meet flexicurity objectives in a labour market in which more participation is desired. Finally, model descriptions show that, in Germany, fewer and other interventions are purported to take place than in the Netherlands. It is interesting to look into German legislation and regulations on reintegration in the case of occupational disability, in order to establish if and how it may inspire or may be combined with the Dutch organisation of reintegration, so as to be able to comply with flexicurity objectives in the Netherlands. Put differently: does the German arrangement of reintegration of the disabled employee yield any relevant insights for the Dutch situation? And if so, which?

In this book, reintegration is defined as:

'achieving an optimal and sustainable return of a disabled employee to paid labour through active promotion of recovery or preservation of the possibility to work, with obligatory assistance by or on behalf of the employer'.

Occupational disability is defined as: *'incapacity to perform stipulated labour as an immediate and objectively medically identifiable result of illness or disability'.*

The central question is subdivided into seven sub-questions.

1. Are the Netherlands and Germany bound to employment and labour market policies conducted in or from the EU?

As Member States of the European Union, the Netherlands and Germany are required to cooperate in the coordinated policy strategy (EES). The legal basis for this can be found in various treaties, most notably in the TFEU. Through their own policy, Member States are expected to contribute towards objectives, taking into account global guidelines and social EU objectives. Although Member States are bound by this coordinated policy, it is not strictly mandatory. Firstly, because due to subsidiarity, guidance only occurs via *soft law*. Employment policy is shaped through setting common targets and guidelines, making recommendations and identifying indicators for monitoring, rather than by hard standards. In the actual implementation, there is still plenty of national freedom. In addition, strong sanctions are lacking. Enforcement occurs through monitoring, through learning from each other's policy, the establishment of *best practices* by the European Commission and policy transfer. Influencing to achieve employment policy objectives occurs via the political relationship. In theory, the EU is not entirely powerless for that matter, as non-compliance may lead to proceedings at the EU Court of Justice.

The conclusion is that the Netherlands and Germany are bound by employment and labour market policies conducted in or from the EU. The striving for flexicurity is an example of such a policy.

2. Is EU employment and labour market policy relevant to the reintegration of employees in cases of occupational disability?

In the creation of flexicurity, particular attention has been paid to insiders and outsiders on the labour market, to the difference between employees with a standard contract of employment and workers on the basis of other, more flexible forms of labour. This may create the impression that flexicurity does not focus on the labour market position of the sick employee. This impression is not justified. The necessity for reintegration in the case of occupational disability is explicitly recognised by the EU: *'The social inclusion of people with a disability or illness is essential in order to achieve the objectives of the Lisbon Summit and to promote a more inclusive society.'*

In addition, in Wilthagen's academic definition of flexicurity, attention to 'weaker groups' in the labour market is formulated in general terms. That long-term occupationally disabled employees and employees with limitations or handicaps have a weak position on the labour market requires no further explanation. Because flexicurity is aimed at *'employment security'* and at *'internal numerical flexibility'*, not only is it relevant to sick employees who re-enter the labour market, but also to sick employees who continue to be employed. It may be added here that in reflections on flexicurity in 2006, various parties paid attention to the sick employee, albeit at the margins. According to them, flexicurity meant a broad approach focused on more and better jobs, but also strengthening social cohesion and tackling poverty and exclusion. One of the roads via which flexicurity may be achieved is the improvement of opportunities for benefit recipients *'disabled'*. Long-term dependence on benefits will decrease if the occupationally disabled are able to switch more easily to an internal or external other (less taxing) role, thus preventing absenteeism due to health reasons. It may also result in optimal employability, as a result of which dependence on benefits may be prevented or limited. Engaging the occupationally disabled employee may thus be regarded as being part of modern social security.

The answer to the second sub-question is therefore that a flexicurity policy is relevant to reintegration of occupationally disabled employees.

3. In what way must Member States take account of flexicurity as being the EU employment and labour market policy?

Flexicurity policy is conducted on the basis of eight *Common Principles of flexicurity* (Appendix 2) formulated by the EU. One of these *Common Principles* is that every EU Member State be given the freedom to organise the implementation of flexicurity policy in its own way, taking into account its own particular circumstances: the so-called *Open Method of Coordination* (OMC). The EU monitors whether national employment policy is in accordance with the *Common Principles*, where every Member State should promote social justice at the very least. This is the 'bottom' of the OMC. Social law-making by the legislator is the key instrument of employment policy. The Member States should therefore take account of flexicurity objectives in their social law-making, but they are free to choose their method, as long as it promotes social justice.

4. How may 'taking account of the flexicurity policy' be assessed?

The restriction imposed on a Member State to freely conduct its own employment policy lies in the common basic value of the European social model: the striving for social justice. Put differently: however much flexicurity is strived for in a Member State, it is important not to fall below the lower threshold of social justice. Social justice is developed out of respect for human dignity, but there is no such thing as *the* social justice. There are many different views on this, depending on the time, place and even various visions in the same time and at the same place. I derive my vision of social justice from a number of theories discussed with regard to justice. Social justice includes the following six legal-philosophical elements:

1. Equal starting position

Equal basic freedoms for all because everyone is a human being to be respected.

2. Entitlement to a portion

Entitlement to a portion of the resources because everyone is a human being to be respected, regardless of merit.

3. The opportunity to pursue personal goals

Everyone is given an equal opportunity to achieve the various goals they pursue with the range of possibilities available to them.

4. The freedom to choose how

Everyone has the freedom to choose how they use their own potential.

5. Personal responsibility for choices

Everyone shoulders the responsibility for the choices as to how they use their own potential.

6. Use of inequalities for the benefit of the most disadvantaged

Accidental inequalities as a result of which one person is better off than the other should be used to benefit the most disadvantaged.

Flexicurity policy should reflect one or more of these six elements so as to be able to speak of promoting social justice. In order to be able to 'measure' this, an assessment framework must be developed.

To start with, it may be derived from the various theories that the government plays a role in social law-making. Active law-making performance is required, as not only is it the task of the legislator to guarantee the liberal freedom rights, but also to pursue social justice. Social policy should be geared towards real equality of opportunities and resources on the labour market. The pursuit of this equality allows for differences between people to be eliminated via taxes or a collective insurance system. The challenge is to flesh out the role of the government in such a way that it appeals to the capacity of people for self-determinism and problem-solving, at the same time offering sufficient assistance to people who, due to circumstances, are unable to

realise their central human potential. The *principle of multiple realisability* offers governments the opportunity to do so, taking into account the characteristics of the country.

Such social law-making by the legislator should lead to specific rules that are socially just. But how does the legislator guarantee this? The leading values and principles with respect to social law are relevant here. If these are taken into account in social law-making, and if these values and principles carry legal-philosophical elements of social justice within them, they may serve as part of the assessment framework. Yet an overview of the many different views immediately makes clear that there is no consensus on a current catalogue of leading values and principles with respect to social law. An exception for labour law is formed by the universally accepted principle of inequality compensation, which leads to a situation where 'principle thinking' with respect to social law sometimes stalls here. I have compiled a catalogue of six leading Dutch values and principles for social law-making. It was assessed here whether the six different elements from the theories of justice were reflected in them. This is the case with at least the following values and principles:

- equal treatment,
- subsidiary responsibility,
- socio-economic security,
- protection (with inequality compensation being an aspect of this),
- solidarity,
- inclusion.

If the Dutch legislator is to meet flexicurity objectives, these six values and principles will have to be taken account of in social law-making, at least, as they constitute the Dutch translation of the EU's objective of social justice. 'Taking account of values and principles' means that the legislator shall visibly take on board the role played by these values and principles of law in social law-making and provide an insight into trade-offs between these values and principles of law. I call this the principles test. If at least one value or principle of law is respected in law-making (principles test), then this creates the freedom for the legislator to shape the development of a flexicurity objective.

A flexicurity explanation should furthermore be provided in social law-making: at what flexicurity objective is a specific measure aimed? This way, an explicit link between European labour market policy and national legislation emerges; flexicurity is prevented from being 'abused' as justification for a certain measure; the progress of work on flexicurity becomes assessable; the balance of measures in the field of flexicurity is monitored and adjustments can be made in time and; already in the design phase, the most efficient flexicurity approach may be selected. Should it become evident from the flexicurity explanation that a certain flexicurity objective is not pursued or that one flexicurity objective is pursued too much, while the result would be better with a different design or consideration, then the relevant alternative should be given priority (priority rule). If a different design is to be selected, the legislator has various legal techniques at its disposal.

The answer to the sub-question of how 'taking account of flexicurity policy' may be assessed, is in applying a principles test as well as providing a flexicurity explanation in social law-making and, in the event of an outcome that does not lead to flexicurity, selecting an alternative design or giving priority to a different consideration. This assessment framework should be used in the creation of new social law.

5. Does the way in which reintegration of sick employees is regulated in Dutch labour law and employee insurance law comply with this policy according to the assessment framework? If so, how; if not, why not?

In answering the question regarding whether the Dutch design of reintegration satisfies the conditions for achieving the flexicurity objectives, the coming into being is first discussed. Historically, three key moments may be identified with regard to the focus on reintegration. First of all, the introduction of the Industrial Accidents Act (Dutch abbreviation: OW), in which the emphasis was placed on the existing capability of the occupationally disabled employee. Secondly, the period after the Second World War, when the reconstruction and restoration required all manpower. Thirdly, after the parliamentary inquiry of the Buurmeijer Commission, in which the enormous inflow into the occupational disability benefit scheme (Dutch abbreviation: WAO) was partly accounted for by the incorrect organisation of the implementation and the minor importance given to lower occupational disability figures. In addition, four elements from the past significantly contributed to the current system surrounding reintegration:

- Introduction and maintenance of social risk ('risque social')
- Focus on occupational ability rather than on occupational disability
- Financial incentives for employer and employee
- More responsibility in the case of the occupational disability of the employer

In order to be able to assess if, in the event of reintegration, there is a balanced combination of flexibility for the employer and security for the occupationally disabled employee, the positive right of reintegration is to be subsequently discussed, which consists of four parts:

- a. income provision in the event of occupational disability
- b. control requirements
- c. absenteeism requirements
- d. reintegration requirements

Income provision in the event of occupational disability

In the Dutch system, an employee is generally entitled to partially continuing payment of wages from the employer in the first two years of occupational disability due to illness. The Netherlands occupies a unique position here. The cause of occupational disability is irrelevant (social risk); the employer should continue to pay, unless the employee deliberately caused their occupational disability, but this is hardly ever the case. Figures furthermore show that the major part of absence due to illness is non-work-related. Based on the contract of employment or the collective agreement (Dutch abbreviation: CAO), in many cases the continued payment of

wages during illness is topped up by the employer to a higher amount. A top-up to 100% is not unusual during the first year, with the top-up being removed in the second year. The financial risk incurred by an employer in the event of the incapacity of an employee can be quite considerable. The influence the employer may exercise to prevent them from having to continue to pay wages during incapacity is limited due to the social risk. Furthermore, any wrongful behaviour on the part of the employee when the occupational disability arises barely impacts the wage payment obligation.

If the employee no longer has an employer, and the occupational disability continues, then there may be entitlement to sickness benefits (Dutch abbreviation: ZW). If the employee does have an employer, then there is nevertheless a number of situations in which sickness benefits are provided after all. After two years of occupational disability, there may be entitlement to unemployment benefits (Dutch abbreviation: WW) or benefits based on the Work and Income according to Labour Capacity Act (Dutch abbreviation: WIA), depending on the remaining earning capacity. In the former case, an employee is considered to be no longer occupationally disabled, despite established limitations relating to an occupational disability percentage of up to 35%. If the employee has an earning capacity of 35-80% (or temporarily of 80-100%) they will receive benefits based on the Return to Work Scheme for the Partially Disabled (Dutch abbreviation: WGA). In case of full and permanent occupational disability of 80-100%, there is entitlement to benefits based on the Income Provision Scheme for Fully Occupationally Disabled People (Dutch abbreviation: IVA). If this is evident at an early stage, the employee may already apply for such benefits within the period of continued payment of wages during illness.

Control requirements

Control requirements involve rules concerning the determination of the existence of occupational disability. The employer should provide these requirements in writing and they should be reasonable. Inspection itself is performed by an occupational physician, where there is an area of tension surrounding the right to medical privacy. If the employee does not comply with the control requirements, the employer may suspend the payment of wages during illness until the inspection has occurred. The employer does have to promptly notify the employee of this suspension. The suspension will lead to back-payments to the employee if they comply with the control requirements after all. The sanction is therefore not always effectively felt by the employee.

There are several built-in safeguards ensuring the employee is not affected disproportionately. First of all, these requirements can be known in advance. In addition, they should not be unnecessarily burdensome. Also, the role of the occupational physician ensures that the right to medical privacy is not breached. Finally, the measure on non-compliance is not irreversible: the suspended wage will still be paid out if the employee rectifies their default. The right of the employee to not share medical information with the occupational physician appears to exist mainly on paper. The employee who refuses this shall have to accept a wage suspension. If their livelihood is jeopardised as a result of this, the employee will have no real choice,

and they will often change their mind under this pressure. The fact that the inspection by the occupational physician carries a great deal of weight ensures that it is not illness that dominates the debate, but occupational disability due to illness.

The promptness requirement that applies to the notification ensures that the employee knows 'as soon as possible' whether or not they will receive wages. The promptness requirement does not seem to be in the interest of the employer. An employer who, for example, first wants to further examine the facts when they suspect that suspension could occur, would no longer be able to suspend if the grounds for this were to be established but they failed to announce their intention at an earlier stage.

Absenteeism requirements

Absenteeism requirements involve cooperation and information commitments from the employee as well as the obligation not to impede or delay recovery (recovery requirement).

The very fact that cooperation and information obligations exist for the employee (in particular) seems a normal counterbalance to the wage and reintegration responsibility shouldered by the employer, as the cooperation obligation generally applies to the employee so as to assist the employer and the Occupational Health and Safety Service (Dutch name: ARBO-dienst) in the performance of their duties and tasks. Non-compliance with this obligation is not subject to an immediate sanction. The information requirement means that the employee may be expected to provide various types of information:

- estimate of the anticipated duration of the occupational disability
- information provision to the occupational physician
- information as to whether or not the cause of occupational disability lies in working conditions
- information as to whether there is a liable party, as a result of which the right of recourse may be exercised
- information as to whether there is a reason for applying the no-risk policy, for example due to having the status of 'disabled employee'

Only one information obligation is given a direct legal basis, namely the possible use of the no-risk policy. The other obligations would have to be based on reasonableness. Violation of information obligations is not subject to an immediate sanction. The balance between the importance the employee attaches to medical privacy and the financial importance the employer attaches to certain information is relevant. If data is provided to the occupational physician, privacy seems to be guaranteed; yet sometimes the employer is directly entitled to information. This is the case, for example, when giving the estimated duration or reporting whether or not occupational disability is related to working conditions. The employee, as part of a bigger picture, is expected to take a step backwards for the benefit of the collective: taking account of the interests of others takes precedence over the right to not have to report anything on the origin of occupational disability.

The recovery obligation means that the sick employee should do everything they can to promote their recovery, and should refrain from anything that may impede it. At the same time, every employee is entitled to freedom of treatment and freedom of choice of physician, so that they should also be allowed to refuse a given treatment, even if this leads to impediment. This freedom does not follow from legislation, while imputable actions are referred to here. This is to be read in the concept of 'impede' while it is not clear if this also applies to the concept of 'delay'. The boundary of the right to self-determination up to the limit of what is reasonable seems to offer the employer little scope to force the employee to recover sooner: in reasonableness, the employee may refuse a great deal, claiming their right of self-determination. In article 28 paragraph 2 sub c of the Work and Income according to Labour Capacity Act, the medical treatment obligation of the employee is formulated more sharply. The employee who impedes or delays their recovery, loses their entitlement to wages during illness as a sanction, over the period of impediment or delay. An area of tension similar to that which exists with control requirements plays a role here, namely the tension between the legal freedom not to undergo treatment and the financial urge to have to do so after all.

Reintegration requirements

In the event of the threat of long-term absenteeism, the employer is obliged to take reintegration steps. An important starting point with the formal requirements for reintegration is that these requirements are irrelevant when a satisfactory result is achieved. The route to a certain outcome is not relevant, as long as the outcome is adequate. However, the employer is not assured of achieving a satisfactory result in advance, and when such a result is absent, the fact of whether or not the formal steps were followed will be assessed after all.

The problem analysis, the plan of approach and its evaluations, the first-year assessment, expert opinion as well as the appointment of a case manager, are all instruments that may significantly contribute to a proper, efficient and structured progress of the integration. Expert opinion plays an important part here. It may prevent procedures or immediately offer the competent court an important framework in the settlement of disputes. The expert opinion procedure meets an actual need of both employer and employee. Yet from the perspective of transparency, carefulness and legal protection, there are major drawbacks to the current arrangement of expert opinion. The privacy protection of the sick employee complies with the requirements of the EU Court of Justice in terms of social security law, but there are hardly any provisions for it in terms of labour law. Although the Dutch Personal Data Protection Act (Dutch abbreviation: Wbp) does provide a number of rules, their interpretation by the Dutch Data Protection Authority (Dutch abbreviation: CBP) is stricter than is considered workable in practice.

An employer is obliged to focus reintegration on a return to the original employment situation, then on suitable employment and then on employment outside the organisation ('second track'), where the contract of employment with the original company remains intact. There is a difference in terms of labour law and social

security law: strictly following this order versus having to walk various tracks simultaneously. The employer should use assistants but employer and employee continue to share the final responsibility for the reintegration. Errors on the part of assistants will not release employer and employee from their obligations. A point of discussion is the question of when the reintegration is complete. This issue is addressed when the employee becomes absent again after having performed suitable employment for a while. I consider it defensible to assume, in terms of labour law, that the suitable employment has become the stipulated employment when suitable employment was pursued for not too short a period, its nature and scope are not called into question and no further reintegration efforts have been made. This line is not followed at the level of social security law: small (but permanent) adjustments do not yet make for new stipulated labour.

In the relationship between employer and employee, the reintegration activities and shortcomings therein are mainly addressed in dismissal cases. For the evaluation of the reintegration activities by the Institute for Employee Benefit Schemes (Dutch abbreviation: UWV), the basis is provided in article 65 of the Work and Income according to Labour Capacity Act: reasonableness. What exactly is understood by this is difficult to estimate in advance. Further implementation of this is not done through legislation but through policy rules of the Institute for Employee Benefit Schemes. These policy rules are not static but dynamic and, according to this institute, they are based on sources that continue to develop further. This offers little guidance as that which is expected from an employer thus constantly changes. Moreover, the policy rules frequently include norms that are open to interpretation such as 'reasonable', 'adequate', 'sufficient', as 'required' and 'if necessary', which are concepts that further contribute to uncertainty. It is therefore logical that employers seek refuge in requesting expert opinions. They desire certainty as to whether they are on the right track or in what manner they should adjust their approach. That employer and employee therefore see a major accompanying and corrective role for the Institute for Employee Benefit Schemes (on request) is understandable and defensible. This does not affect their own responsibility for it may easily exist alongside this. If, in reasonableness, the employer has not done enough in terms of reintegration, the Institute for Employee Benefit Schemes imposes a wage sanction which, in principle, lasts for a maximum of 52 weeks. During this period, the employer should continue to pay 70% of the wages. The aim of this wage sanction period is to correct any shortcomings, after which the employer may request a reduction of this period.

Wage sanctions seem to entail a breach with legal certainty due to the unpredictability of the evaluation by the Institute for Employee Benefit Schemes. The normative framework offers little guidance in advance with regard to compliance. This may lead to differences in assessment by the institute. Yet according to the Central Council of Appeal (Dutch abbreviation: CRvB), the system of article 65 of the Work and Income according to Labour Capacity Act, article 7:658a of the Dutch Civil Code, and article 25 paragraph 9 of the Work and Income according to Labour Capacity Act is clear enough. Another aspect of legal certainty mentioned has to do with the justification of the wage sanction by the Institute for Employee Benefit Schemes. The Central Council of Appeal

imposes minor requirements with regard to this, and refers to the personal responsibility of the employer and employee in the design of the reintegration process. The General Administrative Law Act (Dutch abbreviation: Awb) generally imposes higher requirements and asks for a clear, unconditional description of recovery measures to be taken.

The imposition of a wage sanction can only be done officially by the Institute for Employee Benefit Schemes, or if the employee has requested this and the waiting period has not expired. The absence of an explicit decision from the Institute for Employee Benefit Schemes to not impose a wage sanction means that the employee sometimes has no options left with regard to submitting their objection to this. In addition, the employee receives compensation from the Institute for Employee Benefit Schemes in the event of the unjustified non-imposition of a wage sanction (despite a request to do so), but this compensation does not cover all damages. In the event of unjustified imposition of a wage sanction, the employer may claim compensation, which is capped by the Central Council of Appeal. As a result, the employer may be left with damages caused by the unlawful conduct of the Institute for Employee Benefit Schemes.

Everything considered, the scope of the reintegration obligations of the employer proves to be broad. Not only are they responsible for control and should they continue to pay wages, but the employer also bears the cost of assistance, supervision of absenteeism, training, education and adjustments to the workplace. In addition, they have to ensure adaptation of the workplace organisation, work content, working methods and so on, as well as the creation of new roles to keep employees on board, or the search for a different employer. The initiative continually lies with the employer, who may have outsourced it but nonetheless remains responsible. The obligations of the employee seem to be less far-reaching: cooperating with administrative obligations and performing suitable employment. The role of the Institute for Employee Benefit Schemes is limited here. Besides the provision of interim expert opinions, on request and against payment, it only entails the assessment of the reintegration efforts during the application for benefits arising from the Work and Income according to Labour Capacity Act.

Application of the assessment framework

Grosso modo, it may be stated that the current Dutch reintegration law covers the legal elements that *may* lead to successful reintegration: the focus on a return to the original employer, intensive supervision and control of absenteeism, focusing the reintegration instruments on the employee and good organisation of reintegration. Only after application of the assessment framework, to wit the principles test, the flexicurity explanation and the priority rule, may it be judged whether the current reintegration law complies with the most relevant principles of flexicurity. This requires continued wage payment during illness, control requirements, absenteeism requirements and reintegration requirements to be assessed for their compatibility with equal treatment, subsidiary responsibility, socio-economic security, protection (including inequality compensation), solidarity and inclusion. If, in each of these areas, efforts are made

towards achieving at least one of the six values or principles with respect to social law, then social justice is promoted for this area. Application of the flexicurity explanation is then an issue. This is elaborated further as not all *Common Principles* are equally important in reintegration. Application of the most relevant *Common Principles* means that flexicurity for occupationally disabled employees requires:

- a flexible and reliable contractual position, i.e. with policy freedom and predictability (contractual position) and/or
- an optimal employability of occupationally disabled employees by guaranteeing flexible yet certain transitions, internally or externally (optimal employability) and/or
- a balance in rights and obligations and a fair cost division, which also takes into account the particular circumstances of the SME (balance).

In the case of continued wage payment during illness, control requirements, absenteeism requirements and reintegration requirements the question applies as to whether they, in their current form, contribute to the realisation of flexicurity objectives as far as the contractual position, optimal employability and balance is concerned (flexicurity explanation)?

Assessment of continued payment of wages during illness

While the obligation to continue to pay wages in the event of illness does justice to the values and principles of socioeconomic security, protection and inclusion (but only for some categories of employees), problems may be recognised in other areas. In addition to a few minor objections, in particular the probability of, and even the incentive for, risk selection is a major point of contention in the area of equal treatment, solidarity and inclusion (where it pertains to access to (permanent) employment). Even when considered outside the strict framework of legal equal treatment grounds, this may -at least theoretically- lead to selection, based on genuine or supposed health aspects, in the case of recruitment, the choice for flexible work or the hiring as self-employed or premature dismissal. Preventive measures are not adequate and the government also seems to acknowledge this in the case of small companies. There is an additional conflict regarding solidarity, of which the 'hardest' case in point is the lack of collective financing. Private insurance has not provided sufficient compensation for this. After all, subsidiary responsibility is disregarded due to the lack of the requirement to 'make every reasonable effort' before the employer becomes responsible for continued wage payment.

Continued wage payment during illness does not contribute towards flexicurity objectives either, both in terms of contractual position and in terms of optimal employability. As far as balance is concerned, it even seems to be a contraindication, because of the one-sided emphasis on the strengthening of the position of the employee (through the wage supplements, for example) and because the employer is virtually made solely responsible.

Assessment of control requirements

The principles test leads to the conclusion that there are no noteworthy issues in the control of occupational disability where equal treatment, socioeconomic security, solidarity and inclusion are concerned. The problems lie in the area of protection and subsidiary responsibility. At a fundamental level, it can be observed that the employee *de jure* has the liberty to not be controlled, but *de facto* they are required to be controlled. In addition, subsidiary responsibility is not served, as the employer is required to prove occupational disability, rather than placing this responsibility with the employee.

At a more operational level, there is an objection concerning the promptness requirement, which undermines the balance in rights and obligations with regard to the position of the employer. The balance is furthermore skewed where it concerns the ineffectively felt stimulus in the case of non-compliance and (particularly for the employee and small businesses) the cost of expert opinion. Regulation of the control requirements nevertheless ensures the fulfilment of flexicurity objectives, because it contributes towards a flexible and reliable contractual position to a significant extent.

Assessment of absenteeism requirements

Absenteeism requirements are not in violation of equal treatment, solidarity or inclusion. A significant objection with regard to socio-economic security, protection and subsidiary responsibility is that it does not become sufficiently clear that the lapse of entitlement to wages in the event of impediment of recovery only applies to culpable conduct, and that this should logically also be the case in the event of delay, yet no evidence of this can be found whatsoever. In addition, protection is impacted due to the lack of opportunities for a second opinion in the event of lapse of entitlement to wages due to violation of the recovery requirement and the pressure that may be felt in connection with undergoing treatment, despite the fundamental 'medical freedom'. The subsidiary responsibility is further impeded due to uncertainties, particularly those surrounding information obligations (which are barely developed in a legal framework) and the absence of sanctions for violations thereof.

The current design of absenteeism requirements does not, or barely, help to achieve flexicurity objectives. The contractual position does not become more flexible or more reliable, there is no incentive for optimal employability and the balance between the rights of employer and employee is disturbed.

Assessment of reintegration requirements

Reintegration requirements pay sufficient attention to socio-economic security, to protection and certainly to inclusion. In equal treatment, the problem of the potential risk selection plays a key role. Solidarity is lacking from these requirements as reintegration is left to the individual employer and their individual employee, with a very limited role for the Institute for Employee Benefit Schemes. In the field of subsidiary responsibility too, reintegration requirements leave a great deal to be desired: they do not include an obligation for the employee to first make every reasonable effort themselves.

Reintegration requirements do contribute to flexicurity. Not because the rights and obligations are in balance, for the burdens disproportionately lie with the employer. And neither because there is a flexible and reliable contractual position. It may just about be assumed there is flexibility, but the legal position is too unpredictable in many respects to be considered reliable. Because of the obvious impact of reintegration requirements, the contribution towards flexicurity comes down to working on optimal employability to the best of ability and the facilitation of transitions, both internally and externally.

After the assessment, an answer to the subquestion may be formulated. The way in which reintegration has materialised in the Netherlands meets the criteria of the principles test. Several principles that bolster its development may be continuously identified. This means that the minimum threshold of the OMC is maintained, namely that one or more aspects of social justice receive consideration. Yet continued wage payment during illness, as well as regulation of absenteeism requirements, does not contribute towards the realisation of a relevant flexicurity objective. Requirements that do contribute towards this are control requirements, where there is a flexible as well as reliable contractual position, and reintegration requirements, due to their effect of encouraging optimal employability.

6. Does the way in which reintegration of sick employees is regulated in German labour law and 'Sozialrecht' contribute towards the realisation of flexicurity objectives? If so, how?

Before German reintegration law was debated, a number of features of German social law were discussed. The most striking observation is the importance of fundamental rights. Where they have an indirect impact in the Netherlands via the standards of good employership and good employeeship, their impact is more 'active' in Germany, mainly because of the statutory obligation to assess them against fundamental rights. Another distinct feature is the influence assigned to 'civil society', namely to parties themselves (via continued awareness of and reference to the roots in contract law) and to the *Betriebsrat*. This influence is also noticeable in the implementation of social insurance schemes. The theme of reintegration emerged within the framework of the regulation on occupational accidents, with the cost of benefits being the immediate cause. This development can be identified both in Germany and in the Netherlands, and in both countries there was a collective social insurance for occupational hazards as well as an insight into the importance of reintegration. In addition, Germany's war history made a focus on reintegration a pure necessity. Large groups of people were affected and they had to be taken care of. Social security primarily revolved around recuperation; return to employment was only a minor segment of the focus on reintegration, although at an early stage it was recognised that reintegration took precedence over benefits. What is remarkable is the coercion that could be exercised to ensure people with a disability were also able to enter employment. A mandatory quota was introduced which has been in effect since 1923, and has even been reinforced with a fine system. If the employer did not meet the quota, then there

was the instrument of contract coercion, which existed until 1974. Dismissal was moreover complicated due to a preventive dismissal assessment. It would be a mistake to view the scope of the obligations concerning disabled people in too limited a way, for many sick employees fall under this concept.

With the passage of time and the expenditure cuts in social security, reintegration received little attention. The stimulating effect of the quota and fine system proved low yet these tools nevertheless remained in use. In addition, the diffuse implementation of reintegration by various bodies will also have prevented the promotion of reintegration. A turning point seems to have come with the introduction of SGB IX (Ninth Book of the Social Code) as of 1 July 2001. The German Federal Office for Goods Transport (German abbreviation: BAG) used this law to make it clear -in dismissal cases- that a more active attitude on the part of the employer was expected with regard to reintegration. While, previously, there were obligations in terms of redeployment and adjustment of the workplace and a preventive dismissal assessment for some occupationally disabled employees, the Ninth Book of the Social Code outlined a tighter framework. Moreover, the non-committal attitude prevalent up to that point came under pressure: from then on, the employer had an *obligation* to commit themselves to reintegration.

The space for the German principle of free self-determination is striking, for it demonstrates an important aspect in comparison with the Dutch situation. Only to a limited degree is *Rehabilitation* the responsibility of the employee (at least at a meta-level), apparently because of the importance attached to this free self-determination. In actual fact, the employee will have little choice and will have to participate in *Rehabilitation* so as not to lose their job or benefits. In summary, the guideline for the employer is '*Reha vor Kündigung*', and for the employee this is '*Reha vor Rente*'. The four elements of German reintegration law are subsequently sketched, after which the flexicurity explanation is applied to them.

Income provision in the event of occupational disability

In the event of occupational disability, the employer continues to fully pay the average wage in the first six weeks. However, the *Krankenkasse* refunds 80% of this payment to employers who employ no more than thirty staff. After the period of continued payment of wages, an employee is entitled to *Krankengeld* for a period of 78 weeks, at the level of 70% of the average last-earned wage. These benefits are paid by the *Krankenkasse* to which the employee is affiliated. Depending on the remaining level of earning capacity, an employee may subsequently be entitled to benefits for long-term occupational disability, or to transitional benefits, when it is expected that the reintegration measures may still be successful. This system only differs in the event of occupational disability as a result of an occupational accident or occupational disease. In such cases, the employee is entitled to industrial injuries disablement benefits at the level of 80% of the last-earned wage as of the first day. After 78 weeks at the latest, these benefits may be continued indefinitely, but then the level is dependent on the degree of limitation.

Control requirements

The sickness reporting rules are very strict: the employee must report their occupational disability immediately and in accordance with the correct procedure, under penalty of possible dismissal. The employee is obliged to demonstrate their occupational disability with a statement from their GP, who assesses the situation on the basis of general guidelines. Occupational disability is established for a definite period of time, followed by a reassessment concerning the extension of the sickness period. The employer may request the medical service of the *Krankenkasse* to provide a second opinion. The employer may subsequently be informed whether or not the occupational disability results from the same cause, which may be of importance for determining the six-week period of continued wage payment. As long as the employee has not submitted a medical statement, the employer does not owe any wages.

Absenteeism requirements

Where it concerns their occupational disability, the German employee has obligations which are recognised and sometimes legally binding. They should report whether the occupational disability is caused by a contagious disease or through a fault of their own. To the best of their knowledge, they should also report whether the occupational disability results from the same cause as the previous sickness notification and if recourse to a third party is possible, providing all the necessary information on this. The employee should make every effort to recover as soon as possible and refrain from anything that could delay their recovery. This means that as long as a procedure or treatment is proportional, it should be undergone by the employee if no specific hazards or specific pains are anticipated.

Reintegration requirements

The focus on reintegration has increased since 1 July 2001. This is due to the fact that, under the influence of law, the non-committal approach of the employer has been corrected and converted into obligations. This certainly applies to *Schwerbehinderten* and persons with a similar status, but gradually also to other occupationally disabled employees. First of all, there is a prevention obligation serving to prevent outflow of *schwerbehinderte* employees who, after all, are known to have limitations. As soon as absenteeism threatens to occur, the employer should take action, seeking assistance from third parties such as the *Betriebsrat* or *Schwerbehindertenvertretung*, so that the *Schwerbehinderte* may be retained within the company. The inflow of *Schwerbehinderten* into paid employment is furthermore stimulated by a quota system with a monthly fine for every unfilled quota place. The design of the system makes it possible to actually choose to pay the fine and no longer make efforts towards inflow.

In a broader sense, the core of German reintegration law is the obligation of the employer to conduct reintegration management. Small businesses (fewer than ten employees) are exempt from this obligation. Thresholds that furthermore apply to the applicability are the existence of a contract of employment for a period of at least six months and occupational disability of the employee for a period of at least six weeks.

The only obligation of the employee is to discuss reintegration management, but not to actively take part in it. This can be traced back to the legally guaranteed right to self-determination. Whether or not non-participation may be held against the employee depends on a balancing of interests in every individual case. If the employee does take part, the employer should continue to take the initiative and involve relevant third parties. The employee may nevertheless withhold their consent to certain steps at any moment in the process. The content and process of reintegration management is at their own discretion to a considerable extent, as is determining the specific final objective. What is clear though is that reintegration management should be aimed at 'overcoming' occupational disability and at preserving employment. For a major part, reintegration management is based on trust that a good conversation is possible. For the legal position, the distribution of burden of proof is important, and it is the employee who has an important task here in reintegration management, by having to identify which type of employment is still possible or which adjustments would enable them to function in spite of their limitations. This burden of proof shifts to the employer if reintegration management was not conducted or leads nowhere.

In terms of content, reintegration management is aimed at adjustment of the role of the employee or redeployment to a different, suitable role, which is to be created or made available if necessary. The focus here lies on the original employer, yet other companies may also be included in this in a group context. The employee can only be forced to accept such a role by means of an *Änderungskündigung* (English explanation of this term: "dismissal with the option of altered conditions of employment"). In terms of role suitability, aspects such as the nature of the work, the working conditions, the background of the employee, travel distance and travel options, and the particular features of the new working environment play a part. For role suitability, it is important that the wage level is the same or only slightly lower.

The gradual return to work in the original or suitable employment may also be part of reintegration management. With substantiation from a physician, the employee may make clear that a gradual build-up of the workload is conducive to a return to working life. They will have to indicate what they can do, what is required for this and what the result is expected to be. Such a result should be expected to be achieved within six months. There is no general obligation for the employer to start with a gradual return to work, but there is for *Schwerbehinderten* and persons with a similar status and also on the basis of a company agreement with the *Betriebsrat*. In the case of an initiative from the employer, an employee (*Schwerbehinderte* or not) is similarly not obliged to cooperate, since the gradual return to work does not fall under the employer-employee relationship. The employer and employee who are committed to a gradual return to work do not need to look beyond the initial employer. During an agreed gradual return to work, the employer is not required to continue to pay wages (after the first six weeks) and most normal rights and obligations in terms of labour law do not apply. During this period, the mutual relationship is an agreement *sui generis*, where the contract of employment is dormant. When the limit of the return to work is reached, the employee with limited work capacity is not entitled to an appointment

for this lesser number of hours. However, an agreement may be reached on a temporary part-time appointment on top of the contract of employment, or on a temporary adaptation of the tasks. This way, work capacity may be tested, while the underlying contract of employment remains intact, albeit dormant.

In addition to reintegration management and the gradual return to work, the employee may claim a number of integration measures from the *Krankenkasse*: a work capacity investigation, employment on the basis of occupational therapy or a trial placement. If the employee applies for it, the *Krankenkasse* is obliged to allocate the measure. Such an application is not optional. If the *Krankenkasse* is of the opinion that a situation occurs in which such reintegration measures are possible, the employee may be obliged to apply for them. A weak spot in the reintegration of sick employees in Germany is the compliance sanction. Formally, not a great deal is mandatory during the term of the contract of employment. Compliance assessment in fact only occurs when the employer wishes to dismiss and this dismissal is considered in advance by the *Integrationsamt*, or, subsequently, by the competent court. This is, incidentally, more often the case than in the Netherlands, because in Germany there is the notion of the *Änderungskündigung*. An employer who does not want to part ways with their employee but wishes to amend the conditions of their employment because of illness, should also take into account the assessment of the extent to which reintegration management was pursued or a gradual return to work was considered. In the absence of a dismissal permit, the *Betriebsrat* is the only party that should exercise control. The employee who does not participate in reintegration management or in a gradual return to work may face termination of employment (and an offer of re-employment under new terms) or a reduction or refusal of their *Krankengeld*.

Flexicurity explanation

As with the Netherlands, the four elements of German reintegration law should be screened for the extent to which flexicurity objectives are pursued, and more specifically for their contribution to the contractual position, optimal employability and/or balance.

Assessment of continued payment of wages during illness

The conclusion for continued wage payment in the event of illness is that there is no flexible and reliable contractual position: the scope for flexibility is virtually non-existent. The contribution by the German arrangement for continued wage payment towards optimal employability is supposed to originate from the apparent lack of risk selection and from the incentive for the employee whose income is reduced after six weeks after all. Viewed marginally, this contribution appears to be the focus on '*medizinische Rehabilitation*'. The division of responsibilities and costs in continued wage payment between employer, employee and *Krankenkasse* is indeed balanced, and contributes to the realisation of flexicurity objectives.

Assessment of control requirements

The conclusion regarding control requirements is that the regulation does not lead to flexible and reliable contractual positions. There is a strong focus on terms and sanctions in the case of non-compliance, in which I perceive little flexibility but all the more reliability. Optimal employability is not promoted either, but there seems to be an effective balance in the rights and obligations between employer and employee. Because of this latter aspect, the control requirements contribute to flexicurity.

Assessment of absenteeism requirements

The conclusion for absenteeism requirements is that they essentially do not lead to a more flexible and reliable contractual position. The emphasis is on reliability as, more so than in the Netherlands, the obligations are better developed in advance. The absenteeism requirements do not appear to be entirely balanced due to the focus on protection of the employer. Yet it may be argued there is a contribution towards flexicurity objectives because of the stimulus provided for more optimal employability. The fact that the *Krankenkasse* (and conceivably the employer as well) may more forcefully require any medical treatment, sooner leads to recovery and restoration of employability or to clarity regarding the remaining ability to work, so that internal or external transitions could be applied earlier and in a better way.

Assessment of reintegration requirements

The conclusion for German reintegration requirements is that for *Schwerbehinderten* there is a reliable and flexible contractual position, but for other occupationally disabled employees there is not, due to the lack of reliability. A balance does not appear to have been found, mainly due to the lack of an enforceable obligation to cooperate in reintegration activities for both employer and employee, outside of the circumstances of dismissal. For all occupationally disabled employees reintegration requirements contribute to optimal employability where, in my opinion, the *Änderungskündigung* in particular plays an important role. The latter leads to the conclusion that reintegration requirements in Germany contribute to the realisation of flexicurity objectives.

After assessment, an answer to the subquestion may be given. Each of the four elements of German reintegration law in turn feature elements contributing to the realisation of one or another flexicurity objective. For continued wage payment and control requirements it is considered a balance has been found in the rights and obligations between employer, employee and *Krankenkasse*. As far as absenteeism and reintegration requirements are concerned, the value mainly lies in the contribution towards optimal employability.

7. In view of the German regulations, are improvements necessary or desirable in the Netherlands and, if so, which?

A matrix may be drawn up of the assessment conclusions for the Netherlands and Germany:

	Continued payment of wages during illness	Control requirements	Absenteeism requirements	Reintegration requirements
Equal treatment	-	+	+	-
Socio-economic security	+	+	-	+
Protection	+	-	-	+
Subsidiary responsibility	-	-	-	-
Solidarity	-	+	+	-
Inclusion	+/-	+	+	+
Flexicurity contribution: the Netherlands	-	+	-	+
Flexicurity contribution: Germany	+	+	+	+

The application of the flexicurity explanation aims to provide an insight into whether reintegration law helps to achieve the flexicurity objectives, as laid down in the *Common Principles*. It emerged here that the Dutch regulation on control requirements ensures a flexible and reliable contractual position. Reintegration requirements contribute towards optimal employability of employees. However, for continued wage payment during illness as well as for absenteeism requirements the conclusion is that there is no contribution to flexicurity. The *entire* Dutch reintegration law as a whole may be said to be not committed enough to flexicurity. Indeed, continued wage payment during illness is such an essential and important part of reintegration law, that failure in this area alone is already sufficient to come to this conclusion. Furthermore, what is noteworthy is that in no part of reintegration law is a balance reached between the rights and obligations of the employer, the employee and the government. For continued wage payment during illness, control requirements, absenteeism requirements and reintegration requirements, I have established that the balance is (also) disrupted because the employer is overburdened. The priority rule should be applied here as flexicurity objectives are not realised with continued wage payment during illness nor with absenteeism requirements. A different legal design of these aspects is conceivable, as a result of which there is a commitment to flexicurity without compromising the principles that are served now. In order to do

justice to the *Common Principles*, something should change in either the contractual position, or in optimal employability or in the balance. I emphasise the need for recommending adaptations to the balance here, as this is the only flexicurity objective where there is continual failure to come up to the mark. For these recommendations, inspiration and synthesis may be derived from German insights.

In this study, twenty-six recommendations are formulated, where the balance is sought in cost reduction for the employer, more emphasis on subsidiary responsibility and increased responsibility of the Institute for Employee Benefit Schemes.

General (flexicurity) recommendations

Recommendation 1

In law-making in the field of labour law or social security law, it should be ensured that insight is provided into the question of which values and principles play a part, which values and principles are not assigned a role, and it should be justified why certain values and principles outweigh others in a specific case. At the same time, it should be ensured that in law-making in the field of labour law or social security law, a flexicurity explanation is provided comprising a motivated description of the specific *Common Principle* of flexicurity which is served by the relevant legislation and regulation. If it appears that a particular instance of law-making serves none of the leading social law principles, is not committed to any flexicurity objective and/or tends to be disproportionately committed to one flexicurity objective, then a priority rule should be applied. This rule ensures either that legislation or regulations are designed differently or that a different balance is struck at principle level, so that a principle is observed and a flexicurity objective is served.

Recommendations on continued wage payment during illness

Recommendation 2

The legislator should conduct a fundamental debate on the legal basis for the obligation of the employer to pay wages in the event of occupational disability *regardless* of the reason why the employee became occupationally disabled. There are reasonable doubts as to whether this is still just and fair, and there are plenty of arguments to choose a system that distinguishes between professional risks and private risks. Conducting further research may be considered, regarding the option of having private risks covered by a sickness benefits savings scheme, in which the employee (on the basis of the principle of subsidiary responsibility) saves up so as to be able to bridge part of their sickness period in the event of occupational disability.

Recommendation 3

In the absence of regulation of occupational hazards, there should be cancellation of the restriction that only the Institute for Employee Benefit Schemes has the right to reclaim benefits if the liable employer has recklessly caused the damage intentionally or consciously. Article 99 of the Work and Income according to Labour Capacity Act should apply, rather than article 100 of this act.

Recommendation 4

Replace the lapse of entitlement to wages if the illness is intentionally caused by the employee with the violation of a prevention obligation, which means that the employee will lose their entitlement to wages if they do not prevent the occurrence of occupational disability. Such a prevention obligation should be interpreted in accordance with article 28 paragraph 1 of the Work and Income according to Labour Capacity Act: there should be a sufficient causal link between conduct and occupational disability and this conduct should be attributable to the employee.

Recommendation 5

Reduce the term of the continued wage payment obligation during illness to three months for companies employing up to 10, 15 or 25 employees and to one year for other employers. If this is not desired, introduce collectively financed SME compensation where, on request, companies employing up to 10, 15 or 25 employees may be compensated for a substantial part of the 70% wage payment obligation during illness.

Recommendation 6

Restrict the period in which employers are obliged to continue to pay 70% of wages during illness for all employers, where I plead for a period of either one year or of 13 weeks. This term should be accompanied by the provision that absenteeism due to the same cause within six months of termination of a previous sickness period does not create a renewed entitlement to continued wage payment during illness. After this period of continued wage payment, entitlement to sickness benefits is allocated, which may be recovered from the employer, should they not make sufficient reintegration efforts in the opinion of the Institute for Employee Benefit Schemes.

Recommendation 7

In the event of a new sickness period for the same employee, the employer who has continued to pay wages for a consecutive period of 104 weeks should, after a reduced waiting period, be entitled to the no-risk policy. In this case, the Institute for Employee Benefit Schemes pays out sickness benefits after this reduced waiting period, unless the employer is liable for the occupational disability under article 7:658 of the Dutch Civil Code.

Recommendation 8

Following on from the 2004 Autumn Agreement, there should be exploration of an option to reach agreements with social partners on the further reduction of collective agreement supplements to wages in the event of occupational disability. Only then does it make sense to consider a possible reduction of the continued wage payment percentage.

Recommendation 9

Make the early application for benefits based on the Income Provision Scheme for Fully Occupationally Disabled People less non-committal, so that the lack of sustainably usable opportunities is a given. Make it mandatory for the employee to apply for early benefits based on the Income Provision Scheme for Fully

Occupationally Disabled People, in default of which their entitlement to continued wage payment during illness lapses, or compensate the employer, after a request to that effect, for an amount equal to the sum of the benefits based on the Income Provision Scheme for Fully Occupationally Disabled People to which the employee would have been entitled in the event of an early application, until the end of the waiting period.

Recommendations on control requirements

Recommendation 10

Not only should the occupational physician be given the task of checking for the existence of initial occupational disability, but they should also formally do so at the end of the period of occupational disability. This, as well as more detailed rules on sickness reporting, may be incorporated into the control requirements.

Recommendation 11

The law should include an obligation for the employee to have occupational disability tested at the beginning and at the end.

Recommendation 12

The sanction of forfeiture of wages should apply for non-compliance with the control requirements without valid reason. In any event, the promptness requirement (article 7:629 paragraph 7 of the Dutch Civil Code) should be adjusted by replacing the word 'prompt' with 'within a reasonable period of time'.

Recommendation 13

In the event of a procedure between employer and employee on the obligation to continue to pay wages during illness, the option of the Institute for Employee Benefit Schemes paying an advance to the employee based on the Sickness Benefits Act should be reintroduced with recourse to the employee or the employer, depending on the outcome of the procedure. The advance may be made subject to conditions such as payment only in case of a positive expert opinion for the employee.

Recommendations on absenteeism requirements

Recommendation 14

It should be legally established that the employer is entitled to information on the suspected duration of absenteeism, to recourse as well as to information relevant to a responsible return to work, or to the correlation between occupational disability and working conditions, necessitating the improvement of working conditions by the employer.

Recommendation 15

It should be expressly determined that the employee is obliged to participate in the formation of an expert opinion requested by the employer.

Recommendation 16

Introduce a sanction for non-provision of the information to which the employer is entitled, and for non-participation in the formation of an expert opinion requested by the employer. In any event, non-participation in the formation of an expert opinion warrants forfeiture of entitlement to wages.

Recommendation 17

Rather than the current recovery requirement, a treatment requirement should be introduced in the Dutch Civil Code, analogous to article 28 paragraph 2 sub c of the Work and Income according to Labour Capacity Act, where 'adequate' should be understood to mean reducing the existence of occupational disability without reasonable grounds or a reduced ability to work.

Recommendation 18

In any event, amend the text of article 7:629 paragraph 3, opening lines and sub b of the Dutch Civil Code by adding 'without reasonable grounds' and replacing 'recovery' with 'restoration or preservation of the ability to work'. Also facilitate the request for an expert opinion on this issue.

Recommendations on reintegration requirements

Recommendation 19

The Institute for Employee Benefit Schemes should update the Assessment Framework Policy under the Eligibility for Permanent Incapacity Benefits (Restrictions) Act as well as the Policy on the extension of continued wage payment under the Eligibility for Permanent Incapacity Benefits (Restrictions) Act on the basis of the developments since 2006, so as to respect its own view that it concerns dynamic documents here. In addition, the standards of the National Wage Sanctions Committee should be publicised in an easily accessible way, as should any other policies on reintegration conducted by the Institute for Employee Benefit Schemes.

Recommendation 20

The employer should no longer be obliged to arrange for external reintegration as well. In any event, it is desirable to also follow the order that is mandatory in labour law with respect to social security law: a return to agreed employment, when this proves impossible, a return to suitable employment internally and, only when this proves impossible, employment with a different employer.

Recommendation 21

In principle, the employer should be able to trust the opinion of an expert hired for occupational disability and reintegration, except if they see reason or should reasonably see reason to doubt this opinion. In a number of cases, the expert opinion of the Institute for Employee Benefit Schemes should become expert advice, where the Institute for Employee Benefit Schemes provides the employer

and the employee with specific tips and suggestions regarding the next phase of reintegration. The cost of expert opinion should be reduced to €50 for the employee and €100 for the employer.

Recommendation 22

In the absence of an explicit agreement on new agreed employment, the employee should be able to rely on a rebuttable presumption. This presumption could be: the work performed by the occupationally disabled employee for at least six months, and of which the nature and scope are not disputed between the parties, is presumed to be the agreed employment. The employer may rebut this presumption, for example by disputing the permanence of the nature and scope of the employment or by proving that material reintegration efforts were made in this period.

Recommendation 23

Efforts should be made to simplify the financial incentive for the employer in the case of insufficient reintegration efforts. There may be consideration of replacing the wage sanction with a redress sanction.

Recommendation 24

The rules for the Institute for Employee Benefit Schemes on the imposition of a wage sanction should be tightened up. If the Institute for Employee Benefit Schemes is too late in deciding on an application for benefits based on the Work and Income according to Labour Capacity Act, the duration of the delay should be immediately deducted from the maximum term of the wage sanction. On the application form, the Institute for Employee Benefit Schemes should include an option for the employee to request the imposition of a wage sanction. If a wage sanction is imposed, the Institute for Employee Benefit Schemes should mention in the decision that there may be situations in which the employer is not required to pay wages in the wage sanction period after all. In the wage sanction decision, the Institute for Employee Benefit Schemes should indicate more precisely than is currently the case how the employer may rectify their shortcoming.

Recommendation 25

If the employer has rectified their shortcomings in terms of reintegration, the obligation to continue to pay wages should terminate, in any case as of the moment the Institute for Employee Benefit Schemes grants their reduction request. By deleting article 25 paragraph 14, first sentence of the Work and Income according to Labour Capacity Act, the current six-week 'extension period' disappears. If this is not opted for, the delay period should be deducted from the wage sanction period, in case the Institute for Employee Benefit Schemes is late in making a negative decision on a reduction request. In addition, a reduction request should be granted if the employee becomes absent again, and if it is unclear whether they will have the capacity to work again within a reasonable period of time.

Recommendation 26

In the event of unlawful wage sanction decisions, the Institute for Employee Benefit Schemes should be obliged to compensate the employee or employer for more losses than is currently the case.

Conclusion

The central research question I wished to answer in this book consists of two parts. The first part is: do the current Dutch rights and obligations in labour law and employee insurance law as regards reintegration of the occupationally disabled employee comply with the most relevant principles of flexicurity, the adopted EU strategy for employment? If not, how may the Netherlands ensure it complies? The second part is: do the German regulations on reintegration of the occupationally disabled employee deliver insights that are relevant for the Dutch situation? If so, which?

I perceive here that flexicurity has a procedural and a material side. In terms of procedure, the question is whether social law-making meets the minimum requirement of having to pursue the promotion of social justice. I have tested this with the principles test. Materially, it is important to establish whether this social law-making is used to focus on any substantive flexicurity objective. This has been tested with the flexicurity explanation.

My conclusion for the first part of the research question is that the Netherlands, at a procedural principle level, complies with the requirements for being able to work on flexicurity. However, more attention could be paid to the principle of subsidiary responsibility, which is one of the crucial principles in reintegration. In a material sense, in no section of reintegration law whatsoever does the Netherlands comply with the flexicurity objective of balance in rights and obligations between employer, employee and government (continued wage payment during illness, control requirements, absenteeism requirements and reintegration requirements). Nevertheless, for other flexicurity objectives, sufficient efforts are made in terms of control requirements and reintegration requirements. In order to also be able to base the pursuit of flexicurity objectives on the aspects of continued wage payment during illness and absenteeism requirements, I have formulated a number of amendments that should necessarily be implemented. After all, with continued wage payment during illness and absenteeism requirements, there is currently no commitment to flexicurity at all. For control requirements and reintegration requirements I have formulated recommendations which, from a flexicurity point of view, do not *need* to be followed up, but which would be desirable if the necessary recommendations were not adopted, as these recommendations may also restore the skewed balance in rights and obligations, although, strictly speaking, this is not required according to the assessment framework.

Summary

My closing thought is that the Netherlands kills three birds with one stone by following my recommendations. The Netherlands meets the flexicurity objectives and thus the European requirements of employment policy for all aspects of reintegration law. At the same time, the new balance unburdens the employer in a way that still fits in with the basic value of social justice. Besides, employees with a weak labour market position, such as occupationally disabled people, are still not left out in the cold.

BIJLAGE 1

Aanbevelingen

Algemene (flexicurity)aanbeveling

Aanbeveling 1

Er moet bij rechtsvorming op het gebied van het arbeidsrecht of het socialeverzekeringsrecht inzicht worden gegeven welke waarden en beginselen een rol spelen, welke waarden en beginselen geen rol toebedeeld krijgen én moet worden gemotiveerd waarom bepaalde waarden en beginselen in dat geval zwaarder wegen dan andere. Er moet tegelijk voor worden gezorgd dat bij rechtsvorming op het gebied van het arbeidsrecht of het socialeverzekeringsrecht een flexicuritytoelichting wordt gegeven, die er uit bestaat dat gemotiveerd wordt beschreven welk *Common Principle* van flexicurity wordt gediend met de betreffende wet- en regelgeving. Als blijkt dat met bepaalde rechtsvorming geen van de leidende sociaalrechtelijke waarden en beginselen wordt gediend, niet wordt gestreefd naar enig flexicuritydoel en/of juist onevenredig naar één flexicuritydoel dan moet een voorrangregel worden toegepast. Die regel voorziet er in dat hetzij de wet- en regelgeving anders vorm krijgen, hetzij een andere afweging op waarden- en beginselenniveau wordt gemaakt, zodat wél een waarde of beginsel in acht wordt genomen én een flexicuritydoel wordt gediend.

Aanbevelingen loondoorbetaling bij ziekte

Aanbeveling 2

Door de wetgever zou een fundamentele discussie moeten worden gevoerd over de rechtsgrond van het moeten betalen van loon bij arbeidsongeschiktheid door de werkgever *ongeacht* de oorzaak waarom de werknemer arbeidsongeschikt is geworden. Er zijn gegronde twijfels of dat wel rechtvaardig is en er zijn de nodige argumenten om te kiezen voor een systeem met een onderscheid in professionele risico's en privérisico's. Het is te overwegen verder onderzoek te doen naar de mogelijkheid om de privérisico's onder te brengen in een spaar-ZW, waarbij de werknemer (vanwege het beginsel van subsidiaire verantwoordelijkheid) spaart om bij arbeidsongeschiktheid een deel van zijn ziekteperiode zelf financieel te overbruggen.

Aanbeveling 3

Zonder een risqué professionnel-regeling moet de beperking vervallen dat het UWV alleen verhaalsrecht van de verstrekte uitkering heeft als de aansprakelijke werkgever de schade opzettelijk of bewust roekeloos heeft veroorzaakt. Artikel 99 WIA moet worden toegepast in plaats van artikel 100 WIA.

Aanbeveling 4

Vervang het verval van het recht op loon als de ziekte door opzet van de werknemer is veroorzaakt door het schenden van een preventieplicht, die inhoudt dat de werknemer zijn recht op loon verliest als hij het ontstaan van arbeidsongeschiktheid niet voorkomt. Zo'n preventieplicht moet worden uitgelegd conform artikel 28 lid 1 WIA: er moet voldoende causaal verband bestaan tussen gedraging en arbeidsongeschiktheid én de gedraging moet aan de werknemer kunnen worden toegerekend.

Aanbeveling 5

Verkort de loondoorbetalingsverplichting bij ziekte naar drie maanden voor bedrijven tot 10, 15 of 25 werknemers en voor de overige werkgevers naar één jaar. Als dat niet gewenst is, voer dan een collectief gefinancierde MKB-compensatie in, waarbij bedrijven tot 10, 15 of 25 werknemers op aanvraag een substantieel deel van de 70%-loondoorbetaling bij ziekte vergoed krijgen.

Aanbeveling 6

Beperk voor alle werkgevers de periode waarin zij 70% van het loon bij ziekte moeten doorbetalen, waarbij ik pleit voor een periode van hetzij één jaar, hetzij 13 weken. Aan de periode moet de bepaling worden gekoppeld dat uitval uit dezelfde oorzaak binnen zes maanden na afloop van een vorige ziekteperiode, geen nieuw recht op loondoorbetaling bij ziekte doet ontstaan. Na de loondoorbetalingsperiode komt het recht op ZW tot uitkering, die op de werkgever kan worden verhaald als hij naar het oordeel van het UWV niet voldoende doet aan re-integratie.

Aanbeveling 7

De werkgever die bij ziekte onafgebroken 104 weken lang het loon heeft doorbetaald moet, bij een nieuwe ziekteperiode van diezelfde werknemer, na een verkorte wachttijd aanspraak kunnen maken op de no-riskpolis. Het UWV betaalt dan na die verkorte wachttijd een ZW-uitkering, tenzij de werkgever aansprakelijk is voor de arbeidsongeschiktheid uit hoofde van artikel 7:658 BW.

Aanbeveling 8

De mogelijkheid moet worden onderzocht om, in navolging van het Najaarsakkoord 2004, afspraken met sociale partners te maken over het verder beperken van cao-aanvullingen op het loon bij arbeidsongeschiktheid. Alleen dan heeft het zin een eventuele verlaging van het loondoorbetalingspercentage te overwegen.

Aanbeveling 9

Maak de vervroegde aanvraag van een IVA-uitkering minder vrijblijvend, zodra het ontbreken van duurzaam benutbare mogelijkheden vaststaat. Verplicht de werknemer tot het aanvragen van een vervroegde IVA-uitkering, bij gebreke waarvan zijn recht op loondoorbetaling bij ziekte vervalt, óf vergoedt aan de werkgever na een daartoe strekkende aanvraag een bedrag gelijk aan de IVA-uitkering die de werknemer bij een vervroegde aanvraag zou zijn toegekomen en wel tot aan het einde van de wachttijd.

Aanbevelingen controlevoorschriften

Aanbeveling 10

De bedrijfsarts moet niet alleen de taak krijgen te controleren op het bestáán van de arbeidsongeschiktheid, maar ook formeel op het einde van de arbeidsongeschiktheid. In de controlevoorschriften kan dat dan worden geïncorporeerd, net als meer gedetailleerde regels rond de ziekmelding.

Aanbeveling 11

Er moet in de wet een plicht voor de werknemer worden opgenomen om zich op arbeidsongeschiktheid en het einde daarvan te laten controleren.

Aanbeveling 12

Op het zonder deugdelijke grond niet naleven van de controlevoorschriften moet de sanctie van verval van het loon worden gesteld. In elk geval moet de onverwijldheidseis (artikel 7:629 lid 7 BW) worden aangepast door het woord 'onverwijld' te vervangen door 'binnen een redelijke termijn'.

Aanbeveling 13

Bij een procedure tussen werkgever en werknemer over de verplichting tot loonbetaling tijdens arbeidsongeschiktheid moet de mogelijkheid weer worden ingevoerd dat het UWV vanuit de ZW een voorschot verstrekt aan de werknemer, met -afhankelijk van de uitkomst van de procedure- een verhaalsrecht op de werkgever of de werknemer. Eventueel is het voorschot aan voorwaarden te verbinden, zoals het alleen verstrekken daarvan bij een voor de werknemer positief deskundigenoordeel.

Aanbevelingen verzuimvoorschriften

Aanbeveling 14

Wettelijk moet worden vastgelegd dat de werkgever recht heeft op informatie over de vermoedelijke verzuimduur, regresmogelijkheden en die informatie hetzij die van belang is voor verantwoorde werkhervatting, hetzij over een samenhang van arbeidsongeschiktheid met arbeidsomstandigheden, die noodzaken dat de werkgever de arbeidsomstandigheden verbetert.

Aanbeveling 15

Uitdrukkelijk moet worden bepaald dat de werknemer verplicht is mee te werken aan een deskundigenoordeel dat de werkgever heeft aangevraagd.

Aanbeveling 16

Voer een sanctie in op het niet verstrekken van de informatie waarop de werkgever recht heeft en op het niet meewerken aan een deskundigenoordeel dat de werkgever heeft aangevraagd. In elk geval bij het niet-meewerken aan zo'n deskundigenoordeel is het verval van het recht op loon op zijn plaats.

Aanbeveling 17

In plaats van het huidige genezingsvoorschrift zou een behandelvoorschrift moeten worden ingevoerd in het BW, analoog aan artikel 28 lid 2 sub c WIA, waarbij onder 'adequaat' dan moet worden begrepen het niet zonder deugdelijke grond beperken van het bestaan van arbeidsongeschiktheid of verminderde arbeidsgeschiktheid.

Aanbeveling 18

Pas in elk geval de tekst van artikel 7:629 lid 3 aanhef en sub b BW aan door toe te voegen 'zonder deugdelijke grond' en 'genezing' te vervangen door 'herstel of behoud van arbeidsgeschiktheid'. Maak ook het aanvragen van een deskundigenoordeel over deze problematiek mogelijk.

Aanbevelingen re-integratievoorschriften

Aanbeveling 19

Het UWV zou de Regeling beleidsregels beoordelingskader poortwachter en de Beleidsregels verlenging loondoorbetaling poortwachter moeten actualiseren op de ontwikkelingen sinds 2006, om te voldoen aan de eigen opmerking dat het hier om dynamische documenten gaat. Daarnaast dienen de normen van de Landelijke Loonsanctiecommissie openbaar en eenvoudig benaderbaar te worden gemaakt, alsook enig ander UWV-beleid dat rond re-integratie wordt gevoerd.

Aanbeveling 20

De werkgever zou niet langer verplicht moeten worden zich ook voor re-integratie buiten de eigen werkgever in te spannen. In elk geval is gewenst ook sociaalzekerheidsrechtelijk de arbeidsrechtelijk verplichte volgorde aan te houden van eerst terugkeer in bedongen arbeid, pas als dat onmogelijk blijkt intern in passende arbeid en pas als dat vervolgens onmogelijk blijkt in passend werk bij een andere werkgever.

Aanbeveling 21

De werkgever moet in beginsel af kunnen gaan op het oordeel van een voor arbeidsongeschiktheid en re-integratie ingeschakelde deskundige, behalve als hij reden heeft of redelijkerwijs zou moeten hebben om aan dat oordeel te twijfelen. Het deskundigenoordeel van het UWV zou in een aantal gevallen een deskundigenadvies moeten

worden, waarbij het UWV concrete tips en aanwijzingen geeft aan werkgever en werknemer over het vervolg van de re-integratie. De kosten van een deskundigenoordeel moeten worden verlaagd naar € 50,- voor de werknemer en € 100,- voor de werkgever.

Aanbeveling 22

Bij gebreke van uitdrukkelijke overeenstemming over nieuwe bedongen arbeid moet de werknemer een beroep kunnen doen op een wettelijk weerlegbaar rechtsvermoeden. Dat rechtsvermoeden zou kunnen luiden: de arbeid die de arbeidsongeschikte werknemer gedurende ten minste zes maanden heeft verricht en waarvan de aard en de omvang tussen partijen niet ter discussie staat, wordt vermoed de bedongen arbeid te zijn. De werkgever kan het rechtsvermoeden weerleggen, bijvoorbeeld door de vastheid van aard en omvang van de arbeid te betwisten of door aannemelijk te maken dat in deze periode materiële re-integratie-inspanningen zijn gepleegd.

Aanbeveling 23

Er moet worden gestreefd naar een vereenvoudiging van de financiële prikkel voor de werkgever, bij het onvoldoende plegen van re-integratie-inspanningen. Het vervangen van de loonsanctie door een verhaalsanctie is te overwegen.

Aanbeveling 24

De regels voor het UWV rond het opleggen van een loonsanctie moeten worden aangescherpt. Als het UWV te laat beslist op een WIA-aanvraag dan moet de duur van de vertraging meteen in mindering komen op de maximale duur van de loonsanctie. Het UWV dient op het WIA-aanvraagformulier de optie voor de werknemer op te nemen om te verzoeken een loonsanctie op te leggen. Wordt een loonsanctie opgelegd dan moet het UWV in de beschikking vermelden dat er situaties kunnen zijn waarin de werkgever tijdens de loonsanctietermijn toch het loon niet hoeft uit te betalen. In de loonsanctiebeschikking dient het UWV preciezer dan nu weer te geven hoe de werkgever de tekortkoming kan herstellen.

Aanbeveling 25

Als de werkgever zijn re-integratietekortkomingen heeft hersteld dan moet de loon-doorbetalingsplicht eindigen, in elk geval vanaf het moment dat het UWV zijn bekortingsverzoek toewijst. Door het schrappen van artikel 25 lid 14 eerste volzin WIA verdwijnt de huidige 'uitlooptermijn' van zes weken. Wordt hier niet voor gekozen dan moet de vertragingsperiode op de loonsanctietermijn in mindering komen, als het UWV te laat is met het negatief beslissen op een bekortingsverzoek. Tevens moet een bekortingsverzoek worden toegewezen als de werknemer in het verlengde tijdvak opnieuw uitvalt en onduidelijk is of hij binnen redelijke termijn weer belastbaar zal zijn.

Aanbeveling 26

Bij onrechtmatige loonsanctiebesluiten moet het UWV worden verplicht tot het vergoeden van méér schadeposten aan werknemer of werkgever dan nu het geval is.

BIJLAGE 2

De Common principles of flexicurity

'Towards Common Principles of Flexicurity-More and Better Jobs through Flexibility and Security, COM(2007)359 final, 27/07/08, aangenomen op de vergadering van de Raad op 6 en 14 december 2007, nr. 16201/07 SOC 523 ECOFIN 503

- (1) Flexicurity is a means to reinforce the implementation of the Lisbon Strategy, create more and better jobs, modernise labour markets, and promote good work through new forms of flexibility and security to increase adaptability, employment and social cohesion.¹*
- (2) Flexicurity involves the deliberate combination of flexible and reliable contractual arrangements, comprehensive lifelong learning strategies, effective active labour market policies, and modern, adequate and sustainable social protection systems.²*
- (3) Flexicurity approaches are not about one single labour market or working life model, nor about a single policy strategy: they should be tailored to the specific circumstances of each Member State. Flexicurity implies a balance between rights and responsibilities of all concerned. Based on the Common Principles, each Member State should develop its own flexicurity arrangements. Progress should be effectively monitored.³*
- (4) Flexicurity should promote more open, responsive and inclusive labour markets overcoming segmentation. It concerns both those in work and those out of work. The inactive, the unemployed, those in undeclared work, in unstable employment, or at the margins of the labour market need to be provided with better opportunities, economic incentives and supportive measures for easier access to work or stepping-stones to assist progress into stable and legally secure employment. Support should be available to all those in employment to remain employable, progress and manage transitions both in work and between jobs.*
- (5) Internal (within the enterprise) as well as external flexicurity are equally important and should be promoted. Sufficient contractual flexibility must be accompanied by secure transitions from job to job. Upward mobility needs to be facilitated, as well as*

1 'Better jobs' sluit aan bij het ILO-concept van *Decent work* (ILO Report of the Director-General: Decent Work, Geneve 1999), A. Tangian, 'Is Europe Ready for Flexicurity? Empirical Evidence, Critical Remarks and a Reform Proposal', *Forum* maart/april 2008, p.99.

2 De vier componenten van de Commissie, zie ook Wiltthagen 2008, p.10-11.

3 De bedoeling is om Lidstaten aan te sporen en te helpen om een eigen traject uit te stippelen richting flexicurity, rekening houdend met hun specifieke achtergrond, Vandeputte, p.382.

between unemployment or inactivity and work. High-quality and productive workplaces, good organisation of work, and continuous upgrading of skills are also essential. Social protection should provide incentives and support for job transitions and for access to new employment.

- (6) Flexicurity should support gender equality, by promoting equal access to quality employment for women and men and offering measures to reconcile work, family and private life.*
- (7) Flexicurity requires a climate of trust and broadly-based dialogue among all stakeholders, where all are prepared to take the responsibility for change with a view to socially balanced policies. While public authorities retain an overall responsibility, the involvement of social partners in the design and implementation of flexicurity policies through social dialogue and collective bargaining is of crucial importance.*
- (8) Flexicurity requires a cost effective allocation of resources and should remain fully compatible with sound and financially sustainable public budgets. It should also aim at a fair distribution of costs and benefits, especially between businesses, public authorities and individuals, with particular attention to the specific situation of SMEs.⁴*

⁴ Bekker, p.254-255.

LITERATUURLIJST

Nederland

- Adviescommissie Arbeidsongeschiktheid (Commissie Donner II), *Werk maken van arbeidsongeschiktheid*, Den Haag, 30 mei 2001
- K. Armstrong, *Governing Social Inclusion. Europeanization through Policy Coordination*, Oxford University Press 2010
- R. van Arkel, 'De eeuwig re-integrerende werknemer', *ArbeidsRecht* 2012/18
- D. Ashiagbor, *The European Employment Strategy. Labour Market Regulation and New Governance*, Oxford University Press 2005
- I.P. Asscher-Vonk, *Dienend sociaal recht?*, afscheidsrede, Kluwer: Deventer 2009
- I.P. Asscher-Vonk, *Rechtvaardigheid in de arbeidsrelatie. Over de betekenis van maatschappelijk verantwoord ondernemen voor de arbeidsrelatie*, Thijmessay, Valkhof Pers 2010
- I.P. Asscher-Vonk, 'Reïntegratie' in: I.P. Asscher-Vonk e.a., *De zieke werknemer*, Kluwer: Deventer 2003, p.147-199
- Astri, *Onderzoek naar de positie van de bedrijfsarts*, juni 2011
- D. Bannink, *The Reform of Dutch Disability Insurance. A Confrontation of a Policy Learning and a Policy Feedback Approach to Welfare State Change*, (diss.) Enschede 2004
- C. von Bar e.a. (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Sellier: München 2009
- R. Barents, *Het Verdrag van Lissabon. Achtergronden en commentaar*, Kluwer: Deventer 2008
- R. Barents, *Verdrag van Lissabon. Geconsolideerde teksten*, Kluwer: Deventer 2008
- B. Barentsen, *Arbeidsongeschiktheid. Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie*, (diss.), Kluwer: Deventer 2003
- B. Barentsen en J.M. Fleuren-van Walsem, *Wet verbetering poortwachter*, Deventer: Kluwer 2002
- B. Barentsen, 'Voor de poort van de WAO-de wet verbetering poortwachter en de toegang tot de WAO', *SMA* 2003/10, p.451-460
- B. Barentsen, noot onder V.zr. Rb. Rotterdam, 25 juni 2004, *USZ* 2004/254.
- B. Barentsen, 'Een ongelijkzijdige driehoek', noot onder Rb. Roermond, 11 januari 2005, *USZ* 2005/90.
- B. Barentsen, noot onder CRvB 13 juli 2005, *USZ* 2005/289.
- C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford University Press 2006

- U. Becker, 'Introduction to the General Principles of Social Security Law in Europe' in: U. Becker (red.), *Security: A General Principle of Social Security Law in Europe*, Europa Law Publishing: Groningen 2010
- P. de Beer, 'Arbeid: bittere pil of Haarlemmerolie?' in: R.P. Hortulanus en J.E.M. Machielse, *De waarde van werk*, Elsevier bedrijfsinformatie BV: Den Haag 2001
- S. Bekker, 'The EU's stricter economic governance: a step towards more binding coordination of social policies?' discussion paper SP IV 2013-501, January 2013, Social Science Research Center Berlin (WZB) p.2-3
- S. Bekker, *Flexicurity: explaining the development of a European concept*, (diss.) Ipskamp: Nijmegen 2011
- R. Beltzer, 'De arbeidsovereenkomst als handelswaar', *Arbeidsrechtblog* BJu, 25 augustus 2013
- P.G.J. van den Berg, *Rechtvaardigheid en privaatrecht*, (diss.) Gouda Quint: Deventer 2000
- L. van den Berg en W.H.A.C.M. Bouwens, 'De wettelijke loondoorbetalingsverplichting' in: I.P. Asscher-Vonk e.a., *De zieke werknemer*, Deventer: Kluwer 2003
- L. Betten e.a. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Kluwer: Deventer 1997
- W. Beveridge, *Social Insurance and Allied Services*, november 1942
- V. Bij de Vaate, 'Sociaal Akkoord en hervorming van het ontslagrecht. Lessen uit Duitsland' in: *NJB* 2013, p.1624-1630
- A. Birkhoff en A. Swets, 'Wat 'verdient' een zieke, weigerachtige werknemer?' *ArbeidsRecht* 2006/37
- R. Blanpain, 'Europa, arbeid en het recht' in: R. Blanpain e.a., *Europa na het Verdrag van Amsterdam. Institutioneel en Sociaal*, Peeters: Leuven 1998
- R. Blanpain, 'The world of work in the XXI Century. From globalization to flexicurity' in: F. Hendrickx (ed.), *Flexicurity and the Lisbon Agenda. A Cross-disciplinary Reflection*, Intersentia: Antwerp-Oxford-Portland 2008
- A.E. Bles, *De wet op de arbeidsovereenkomst*, Belinfante: Den Haag 1907-1909 deel I-III
- Blik op werk 'Definities van re-integratie. Voor gemeenten en re-integratiebedrijven' februari 2009
- F.S. Bloch en R. Prins (red.), *Who Returns to Work and Why? A Six-Country Study on Work Incapacity en Reintegration*, Transaction Publishers: New Brunswick New Jersey 2001
- F.C. Boel, 'Passende arbeid na verbeterde Poortwachter', *ArbeidsRecht* 2002/30
- W.H.A.C.M. Bouwens en E.W. de Groot, 'Niet werken vanwege een arbeidsconflict: recht op loon?', *TRA* 2009/2
- G.C. Boot, 'Wet verbetering poortwachter: nieuwe regels, nieuwe tactiek', *Arbeids-Recht* 2002/1
- G.C. Boot, 'De zieke werknemer: de publiekrechtelijke kant', *ArbeidsRecht* 2003/39
- G.C. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, (diss.) Sdu Uitgevers: Den Haag 2004
- G.C. Boot (red.), *De zieke werknemer in beweging*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2014
- I.W.C.M. Borghouts-van de Pas, *Securing job-to-job transitions in the labour market. A comparative study of employment security systems in European countries*, (diss.) WLP: Nijmegen 2012

- F.A.J. van den Bosch en C. Petersen, *Aspecten van ziekte en arbeidsongeschiktheid in het stelsel van sociale zekerheid*, Kluwer: Deventer 1983
- F.A.J. van den Bosch en C. Petersen, 'Omvang verborgen werkloosheid in WAO', in: F.A.J. van den Bosch en C. Petersen (red.), *Arbeidsongeschiktheid. Een multidisciplinaire benadering*, Kluwer: Deventer 1981
- W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, *Van der Grinten. Arbeidsovereenkomstenrecht*, Kluwer: Deventer 2008
- W.H.A.C.M. Bouwens, M.S. Houwerzijl en W.L. Roozendaal, *H.L. Bakels, Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Kluwer: Deventer 2011
- L. Bovenberg en T. Wilthagen, 'On the Road to Flexicurity: Dutch proposals for a pathway towards better transition security and higher labour market mobility', Tilburg University, september 2008
- A.F.M. Brenninkmeijer en G.J.J. Heerma van Voss 'Beginselen van sociale rechtsvorming. Bespreking preadvies NJV 2001' in: *NJB* 2001/21, p.975-982
- J.J.H. Bruggink, *Op zoek naar het recht. Rechtsvinding in rechtstheoretisch perspectief*, Wolters Noordhoff: Groningen 1990
- D.J. Buijs, 'De weigering passende arbeid te verrichten rechtvaardigt een volledige loonsanctie', *TRA* 2013/83
- D.J. Buijs, 'Loonvordering in verband met mislukte reïntegratie', *Sociaal Recht* 2003/3 p.87
- W. van der Burg en S. Taekema, *The Importance of Ideals. Debating Their Relevance in Law, Morality, and Politics*, P.I.E.-Peter Lang: Brussel 2004
- P.H. Burger, 'Tussen WIA, ZW en loondoorbetaling gevallen: het inkomensgat van de gere-integreerde werknemer die voor minder dan 35% gedeeltelijk arbeidsongeschikt is', *Sociaal Recht* 2007/4, nr.27
- H. Cairns, *Legal philosophy from Plato to Hegel*, The Johns Hopkins Press: Baltimore 1967
- B. Cantillon, 'Europa heeft een sociaal beleid nodig' in: Herman Van Rompuy e.a., *Meer Europa, voor meer vrede*, Halewijn: Antwerpen 2011
- D. Christe, *Arbeidsovereenkomst* (losbl.), Deventer: Kluwer aant. bij art. 7:658a BW, 7:658b BW en 7:660a BW
- P.B. Cliteur, *Rechtsfilosofie. Een thematische benadering*, Ars Aequi Libri: Nijmegen 2002
- M. Colucci, 'Europese werkgelegenheidsstrategie' in: R. Blanpain e.a., *Europa na het Verdrag van Amsterdam. Institutioneel en Sociaal*, Peeters: Leuven 1998
- Commissie Gelijke Behandeling, *Zonder vallen en opstaan. Bevindingen van de Commissie Gelijke Behandeling over de werking van de Wet Gelijke Behandeling op grond van Handicap of Chronische Ziekte in de praktijk*, november 2008
- Commissie Klachtenbehandeling Aanstellingskeuringen, *Afstemming Wet op de medische keuringen en Wet gelijke behandeling op grond van Handicap of Chronische Ziekte*, juni 2009
- Council of the European Union, 'Council conclusions. Towards Common Principles of flexicurity', nr. 16201/07, 6 december 2007
- CPB, *Werken in goede gezondheid. Werkgeversprikkel verbeteren. Perverse effecten tegengaan*, Policy Brief, 2014/03

- A. Cudd, 'Contractarianism', in: E.N. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2012 Edition)* (<http://plato.stanford.edu/archives/fall2012/entries/contractarianism/>)
- B. Cuelenaere en T. Veerman, 'De zoektocht naar optimale loondoorbetaling bij ziekte', *TPE digitaal* 2013/7, p.31 e.v.
- D.P.O. den Daas, 'De loonsanctie: socialezekerheidsrechtelijk schouwspel voor arbeidsrechtelijk publiek' *ArbeidsRecht* 2006/2
- C.C. van Dam, *Politieke infiltratie in het privaatrecht. Beleidsmatige wetgeving in het vermogensrecht*, oratie VU, Law en Practice Publishers: Deventer 1994
- M. Dawson en B. de Witte, 'The EU Legal Framework of Social Inclusion and Social protection' in: *Social Inclusion and Social Protection in the EU: Interactions between Law and Policy*, B. Cantillon, H. Verschuere en P. Ploscar (red.) Intersentia: Antwerpen 2012
- *Decent Work op de Agenda. Nederland en de normen van de Internationale Arbeidsorganisatie*, Den Haag: Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, maart 2008
- G.A. Diebels, *Reïntegratie en de praktijk van de wet*, Sdu Uitgevers: Deventer, 2003
- G.A. Diebels, 'Ontslag en ziekte: waar een "wegens" is, is een weg', *Sociaal Recht* 2005, p.174-181
- G.A. Diebels 'Voorbij de Poort wacht de WIA', *Arbeid Integraal* 2007/3, p.89-99
- G.A. Diebels, 'Arbeidsongeschiktheid' in: *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2013, p.549-624
- T. Dijkhoff, 'Het universele recht op sociale zekerheid op de (wereld)agenda', *TRA* 2013/55
- C.E. Dingemans en O. van der Kind, 'Ongelijkheids-compensatie en onduidelijke bedingen', *ArbeidsRecht* 2001/4
- V. Disselkoen, 'De zieke werknemer: reïntegratie vanuit de civielrechtelijke invalshoek', *ArbeidsRecht* 2003/40
- I. van Domselaar, *The Fragility of Rightness. Adjudication and the Primacy of Practice*, (diss.) Amsterdam 2014
- M.J.A.C. Driessen, 'Loonsanctie vernietigd', *Sociaal Recht* 2004, p.288-289
- M.J.A.C. Driessen, 'Passende arbeid in het licht van WIA: opdracht aan de wetgever!', *Sociaal Recht* 2005/4, nr.32
- M.J.A.C. Driessen, 'Centrale Raad van Beroep, maar ook de wetgever spreken zich uit over de loonsanctie', *Sociaal Recht* 2006/3, nr.26
- M.J.A.C. Driessen, 'Nogmaals de loonsanctie', *TRA* 2010/82
- M.J.A.C. Driessen, 'ILO en WIA; haat en liefde?', *TRA* 2011/8/9
- J. van Drongelen, *Collectief arbeidsrecht. Vakverenigingsvrijheid. Het recht op collectief onderhandelen. Mededingingsrecht*, Paris: Zutphen 2009
- H.L. Drucker, 'Eenige opmerkingen naar aanleiding der jongste literatuur over het arbeidscontract', *R.M.* 1887, p.60 e.v.
- H.L. Drucker, 'Het Arbeids-contract', *Sociaal Weekblad* 1887, p.83
- Th.G. Drupsteen e.a. (red.) *Rechtsvorming in de sociale rechtsstaat*, Kluwer: Deventer 1989
- J.A. Duivenvoorden e.a., *Stelselherziening sociale zekerheid*, Kluwer: Deventer 1987

- R.A.A. Duk, 'Rechtvaardigheid in de arbeidsrelatie. Over de betekenis van maatschappelijk verantwoord ondernemen voor de arbeidsrelatie', TRA 2011/65
- R. Dukes, 'Hugo Sinzheimer and the Constitutional Function of Labour Law' in: G. Davidov en B. Langille (red.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, 2011
- J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht. Contractenrecht*, deel 1, Kluwer: Deventer 2004
- R. Dworkin, 'Equality of Resources' (extracts of 'What is Equality? Part 2: Equality of Resources', 1981) in: M. Clayton en A. Williams (red.), *Social Justice*, Blackwell Publishing: Oxford 2004
- R. Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press: Cambridge 2002
- R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth & Co.: London 1977
- P. van Echtelt en S. Hoff, *Wel of niet aan het werk. Achtergronden van het onbenut arbeidspotentieel onder werkenden, werklozen en arbeidsongeschikten*, Den Haag: SCP 2008
- W.M.G. Eekhof-de Vries, 'Terug bestaat niet - maar hóe vooruit?', Rede bij de 127^e vergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging, 8 juni 2001, *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging*, jrg.131, deel 2001-II, Kluwer: Deventer 2001
- A. Eleveld, 'Arbeidsplicht, rechtvaardigheid en de grondslagen van het socialezekerheidsrecht', *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2012/1, p.28-43
- J.J.B. van den Elsaker, 'Re-integratie-inspanningen anno 2012: do's en don'ts', TRA 2012/65
- H. Emanuel, 'Achtergronden van het arbeidsongeschiktheidsverschijnsel in Nederland' in: *Arbeidsongeschiktheid. Een multidisciplinaire benadering*, F.A.J. van den Bosch en C. Petersen (red.), Kluwer: Deventer 1981
- F.A. Engelen, *Over waarden en normen. Het beginsel van goede trouw in het (fiscale) verdragenrecht*, oratie 2006, Kluwer: Deventer 2006
- M.H.Y.G. Erkens, *Rechtspleging in arbeidszaken*, (diss.) Kluwer: Deventer 2013
- N.E.H. van Esveld 'Arbeidsrecht en gerechtigheid', oratie Rotterdam 1953 in: *Van sociale politiek naar sociaal recht. Een bundel arbeidsrechtelijke oraties sinds 1885*, N. Samsom BV: Alphen aan den Rijn 1966
- N.E.H. van Esveld 'Sociale rechtsvorming', oratie Leiden 1967 in: H.L. Bakels (red.) *Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, Kluwer: Deventer 1977
- European Expert Group on Flexicurity, 'Flexicurity Pathways. Turning hurdles into stepping stones', juni 2007
- Europese Commissie, *De modernisering van het arbeidsrecht met het oog op de uitdagingen van de 21^e eeuw*, COM (2006) 708
- Europese Commissie, *Implementation of the Lisbon Strategy Structural Reforms in the context of the European Economic Recovery Plan*, COM (2009) 34 final
- Europese Commissie, *An agenda for new skills and jobs: A European contribution towards full employment*, COM (2010) 682 (final)
- Europese Commissie, *European Disability Strategy 2010-2020: A Renewed Commitment to a Barrier-Free Europe*, SEC (2010) 1323 en 1324
- Europese Commissie, *Europe 2020, A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth*, Com (2010), 2020

- Europese Commissie, *Towards a job-rich recovery from the crisis*, Com (2012), 173 final
- R. Euwals, D. van Vuren en B. ter Weel, *Werken in goede gezondheid*, CBP Policy Brief 2014/3
- G. Evers en T. Wilthagen, *De toekomst van de arbeidsrelatie. Een essay over wederkerig risicomangement*, Den Haag: Van Gorcum 2007
- W.J.P.M. Fase, *Inleiding Sociaal Recht*, Wolters-Noordhoff: Groningen 1987
- W.J.P.M. Fase, 'Wie zal dan de wachter bewaken?', *SMA* 1999/7/8, p.335
- W.J.P.M. Fase, 'Sociale rechtsvorming of scharrelrecht?', *SMA* 2001/5, p.249-255
- W.J.P.M. Fase, 'Het geamendeerde wetsvoorstel verbetering poortwachter, wordt de zieke werknemer er beter van?', *SMA* 2001, p.468-469
- R. Fernhout, 'Instrument en norm' in: Th.G. Drupsteen e.a. (red.) *Rechtsvorming in de sociale rechtsstaat*, Kluwer: Deventer 1989
- M. Ferrera, 'Modest Beginnings, Timid Progress' in: B. Cantillon, H. Verschuere en P. Ploscar, *Social Inclusion and Social Protection in the EU: Interactions between Law and Policy*, Intersentia: Antwerpen 2012
- S. Fleischacker, *A short history of distributive justice*, Harvard University Press: Cambridge 2004
- J.M. Fleuren-Van Walsem, 'WULBZ en haar gevolgen', *SMA* 1996/3, p.159-169
- J.M. Fleuren-Van Walsem, 'Passende arbeid bij een derde anno 2004', *Sociaal Recht* 2004/3, p.95-101
- J.M. Fleuren-Van Walsem, 'Naschrift bij Van Stigt Thans', *Sociaal Recht* 2004/9, p.315
- P.S. Fluit, *Verzekeringen van solidariteit*, (diss.) Kluwer: Deventer 2001
- P.S. Fluit en A.J.C.M. Wilthagen, 'Het risqué social' in: *'De gemeenschap is aansprakelijk. Honderd jaar sociale verzekering 1901-2001'*, A.Ph.C.M. Jaspers e.a. (red.), Koninklijke Vermande: Den Haag 2001
- P.S. Fluit, 'Regeling procesgang eerste ziektejaar', *Sociaal Recht* 2001, p.354 e.v.
- P.S. Fluit, 'Beoordelingskader re-integratie-inspanningen', *Sociaal Recht* 2003, p.93-95
- P.S. Fluit, 'Twee jaar loondoorbetaling bij ziekte', *Sociaal Recht* 2004, p.26-33
- P.S. Fluit, 'Het deskundigenoordeel van het UWV (deel 1)', *Sociaal Recht* 2004, p.245-247
- P.S. Fluit, 'Een nieuw kind van de poortwachter: de verhaalsanctie', *Sociaal Recht* 2005, p.122-125
- P.S. Fluit, 'WIA en reïntegratie', *Sociaal Recht* 2006, p.7-15
- P.S. Fluit, 'De loonsanctie na 104 weken in de praktijk', *ArbeidsRecht* 2011/27
- P.S. Fluit, 'Ziek-zijn' en 'zo-zijn'. Commentaar op het arrest Beckeringh/I-Control', *TAP* 2011/3, p.106-111
- P.S. Fluit, 'Het procesbelang in WIA-zaken', *TRA* 2013/56
- C.J. Frikkee, 'De bedongen arbeid na twee jaar loondoorbetaling', *Sociaal Recht* 2008/11, p.320-322
- C.J. Frikkee, 'Hoogte loondoorbetalingsverplichting bij sanctie' *TRA* 2010/70
- C.J. Frikkee, 'Wijziging passende arbeid in de bedongen arbeid', *TRA* 2009/4, p.21-22

- A. Geers, 'Kanttekeningen bij het preadvies van Rauws' in: T. Hartlief en S. Klosse (red.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2003
- A.J.C.M. Geers, *Recht en humanisering van de arbeid*, (diss) Kluwer: Deventer 1988
- Gezondheidsraad, *Beoordelen, behandelen, begeleiden. Medisch handelen bij ziekteverzuim en arbeidsongeschiktheid*, 22 juli 2005
- J.K.M. Gevers, 'De bedrijfsarts en de uitwisseling van medische gegevens bij ziekteverzuim', *SMA* 1996/11/12, p.683-695
- P.A.M.J. Graat, 'Privatisering en de verantwoordelijkheid van de overheid' in: G.H. Addink, A.M. Hol en R. Knegt (red.), *Privatisering: effectiviteit en legitimiteit*, W.E.J. Tjeenk Willink: Utrecht 1998
- E.W. de Groot, 'Uitval na arbeidsconflict: ziek of toch niet? Hoe dan ook: nooit (meer) situatie!', *TAP* 2010/4, p.140-146.
- B.P. ter Haar, *Open Method of Coordination. An analysis of its meaning for the development of a social Europe*, (diss.) E.M. Meijers Instituut: Leiden 2012
- B.P. ter Haar, 'De onzichtbare hand van Europa', *TRA* 2013/13
- R.J. van der Ham en M. Zaman, 'Van passende arbeid naar de nieuwe bedongen arbeid: een perpetuum mobile?', *TRA* 2011/13
- T. Hartlief en S. Klosse (red.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2003
- J. Hartog, 'Bescherming: op de hand gewogen', G. Heerma van Voss en E. Verhulp (red.), *De waarde(n) van het arbeidsrecht. Liber amicorum voor prof. mr. Paul F. van der Heijden*, Sdu: Den Haag 2013
- M. van Hasselt, 'Verbetering reïntegratie en verhoging arbeidsparticipatie: volksverlakkerij?', 17 maart 2008, <http://basisinkomen.nl/wp/ opinie/>
- G.J.J. Heerma van Voss en S. Klosse, 'Arbeidsrechtelijke sociale zekerheid: wat is dat eigenlijk?' in: M. Herweijer, G.J. Vonk en W.A. Zondag (red.), *Sociale zekerheid voor het oog van de meester*, Kluwer: Deventer 2006
- G.J.J. Heerma van Voss, *Inleiding Nederlands sociaal recht*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2007
- G.J.J. Heerma van Voss en F.J.L. Pennings (red.), *Socialezekerheidsrecht. Tekst en Commentaar*, Kluwer: Deventer 2008
- G.J.J. Heerma van Voss, 'Behoorlijkheid bij het deskundigenoordeel van het UWV', *TRA* 2008/1
- G.J.J. Heerma van Voss, *Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Asser 7-V*, Kluwer: Deventer 2008
- G.J.J. Heerma van Voss, 'De goede werkgever', lezing Vereniging voor Arbeidsrecht 26 mei 2011
- G. Heerma van Voss en E. Verhulp (red.), *De waarde(n) van het arbeidsrecht. Liber amicorum voor prof. mr. Paul F. van der Heijden*, Sdu: Den Haag 2013
- T. Heerts, <http://www.socialevraagstukken.nl/site/2013/12/10/al-het-werk-is-zin-gevend-ook-het-vrijwillige/geraadpleegd> op 25 januari 2014
- R. Heida, 'Adviezen van de bedrijfsarts, hoe komen ze tot stand en wat zijn ze waard?', *Arbeid Integraal* 2007, p.56-60
- R.A. Heida en D.J. Buijs, 'Het deskundigenoordeel '(on)geschiktheid tot werken' kritisch beschouwd', *Sociaal Recht* 2007/12, p.394-403

- P.F. van der Heijden, 'Ongelijkheden in beweging', in: L. Betten et al. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Kluwer: Deventer 1997
- P.F. van der Heijden, 'Een nieuwe rechtsorde van de arbeid' in: P.F. van der Heijden, R.H. van het Kaar en A.C.J.M. Wilthagen (red.), *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, Sdu Uitgevers: Den Haag 1999
- P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, *De waarde(n) van sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, Preadvies NJV, W.E.J. Tjeenk Willink: Deventer 2001
- P.F. van der Heijden, 'Grondslagen van arbeids(overeenkomsten)recht' in: S. Klosse (red.), *Had Geers het geweten! Arbeid en gezondheid. Schippers tussen verantwoordelijkheid en bescherming*, Kluwer: Deventer 2006
- G. Hekkelman, *Tekorten in het arbeidsrecht*, oratie Amsterdam 1967, N. Samsom NV: Alphen aan den Rijn 1967
- I. van der Helm, 'Controlevoorschriften in cao's en de privacy van de zieke werknemer', *TRA* 2009/87
- I. van der Helm, *De privacybescherming van de zieke werknemer*, (diss.) Kluwer: Deventer 2009
- I. van der Helm, 'De spanning tussen recht op eerlijk proces werkgever en recht op privacy werknemer bij een beslissing over ziekte en arbeidsongeschiktheid', *TRA* 2012/ 11, p.30-32
- F. Hendrickx en M. Van Putten, 'Report of the Discussion Forum on the Green Paper on Modernising Labour Law', *Tilburg Law Review*, Vol. 14 nr.1 en 2, 2007, p.107-127
- F. Hendrickx, 'Regulating flexicurity and responsive labour law' in: F. Hendrickx (ed.), *Flexicurity and the Lisbon Agenda. A Cross-disciplinary Reflection*, Intersentia: Antwerp-Oxford-Portland 2008
- F. Hendrickx, 'Het Europese arbeidsrecht van Rome tot Lissabon' in: W. Plessen, H. van Drongelen en F. Hendrickx (red.), *Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing*, Paris: Zutphen 2011
- K. Henrard, 'Plichten tot redelijke aanpassingen: waarom zij niet enkel relevant zijn voor personen met een handicap', *TAP Special* 2011/3
- K.H. Hermans, *De WW en nieuwe sociale risico's. Internationaalrechtelijke grenzen aan hervormingsvoorstellen*, (diss.) Kluwer: Deventer 2014
- M.W. Hesselink, *CFR and Social Justice. A short study for the European Parliament on the values underlying the draft Common Frame of Reference for European private law: what roles for fairness and social justice?*, Sellier: München 2008
- M. Hesselink, 'The CFR and Social Justice' in: A. Somma (red.), *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Kluwer Law International: Alphen aan den Rijn 2006
- L.H. van den Heuvel, 'Ongelijkheidscompensatie bij gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid' in: L. Betten et al. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Kluwer: Deventer 1997
- A.J. Hoekema en N.F. van Manen, *Typen van legaliteit: ontwikkelingen in recht en maatschappij*, Kluwer: Deventer 2000
- Y. Hoekstra, 'SUWI: private en publieke verantwoordelijkheden. Van inkomenszekerheid naar baan zekerheid.', *Sociaal Recht* 2002, p.118 e.v.

- B. Hofman, *Tekst & Commentaar Sociale Zekerheid*, aantek. bij art. 19 ZW Kluwer: Deventer 2000
- B. Hofman en F.J.L. Pennings, *Privatisering en activering in de Nederlandse sociale zekerheid en solidariteit - een internationaal perspectief*, Kluwer: Deventer 2013
- A.M. Hol, 'Pleidooi voor een Jurisprudentia. Over recht en wetenschap' in: J.W.L. Broeksteeg en E.F. Stamhuis (red.), *Rechtswetenschappelijk onderzoek. Over object en methode*. Boom: Den Haag 2003
- E.H. Hondius, 'De zwakke partij in het contractenrecht; over verandering van paradigma van het privaatrecht' in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999
- B. Hoogendijk, *De loondoorbetalingsverplichting gedurende het eerste ziektejaar*, (diss.) Gouda Quint: Rotterdam, 1999
- A.R. Houweling, *Eigenaardig Arbeidsrecht*, oratie 2012, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag 2012
- H. Houwing, *A Dutch Approach to Flexicurity? Negotiated change in the organisation of temporary work*, (diss.) Maastricht 2010
- P. Huffman en J.H. Bennaars, 'De opzegging met instemming of toestemming' in: L.G. Verburg e.a. (red.), *Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (33 818). Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA*, Kluwer: Deventer, 2014
- Hugo Sinzheimer, 'Das Wesen des Arbeitsrechts' in: O. Kahn-Freund en T. Ramm (eds.), *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Aufsätze und Reden I*, Europäische Verlagsanstalt: Frankfurt am Main 1976, 111
- A. Ilsøe, 'The Danish Flexicurity Model - a Lesson for the US?' in: F. Hendrickx (ed.), *Flexicurity and the Lisbon Agenda. A Cross-disciplinary Reflection*, Intersentia: Antwerp-Oxford-Portland 2008
- IWI, *Duurzaamheid van re-integratie. Korte- en langetermijneffecten van re-integratie van arbeidsgehandicapten*, december 2006
- IWI, *De voorlichting aan WGA'ers*, juli 2011
- A.T.J.M. Jacobs, *Inleiding tot het Duitse arbeidsrecht*, Gouda Quint: Arnhem 1993
- A.T.J.M. Jacobs, 'Veranderend socialezekerheidsrecht', Koninklijke Vermande: Lelystad 1997
- A.T.J.M. Jacobs, 'Kleine mythologie van de ongelijkheidscompensatie' in: L. Betten et al. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Kluwer: Deventer 1997
- A.T.J.M. Jacobs, *Sociaal recht*, Paris: Zutphen 2010
- A.T.J.M. Jacobs, 'Sociaal recht en sociale politiek na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon (2)', *TRA* 2010/11
- A.T.J.M. Jacobs, 'Een persoonlijke reactie op Sociaal Recht: tussen behoud en vernieuwing', *TRA* 2011/80
- N. Jansen en M. Opdam, 'Perikelen rond de deskundigenverklaring bij ziekte: lang niet altijd een noodzakelijk middel', *TRA* 2013/35
- A.Ph.C.M. Jaspers, 'Arbeidsongeschiktheid' in: *Kluwer Schets van het Sociaal zekerheidsrecht*, A.Ph.C.M. Jaspers en J. Riphagen (red.), Kluwer: Deventer 1991
- A.Ph.C.M. Jaspers, 'De herwaardering der waarden van het sociaal recht?', *Sociaal Recht* 2001/5, p.147-151

- A.Ph.C.M. Jaspers, 'De politiek en de sociale verzekering' in: *'De gemeenschap is aansprakelijk. Honderd jaar sociale verzekering 1901-2001'*, A.Ph.C.M. Jaspers e.a. (red.), Koninklijke Vermande: Den Haag 2001
- E.S. de Jong en C.J. Loonstra, 'Kwalificatie' in: *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2013
- Ph. De Jong en W. Velema, *Nederland is niet ziek meer. Van WAO-debakel naar WIA-mirakel*, APE/Astri 2010
- Ph. de Jong, T. Everhardt en C. Schrijvershof, *Toepassing van de Wet verbetering poortwachter*, APE: Den Haag 2011
- C.P. Kaiser, *Het verzekeringsgeneeskundig handelen en de verzuimduur. Een studie naar het handelen en de taakopvattingen van verzekeringsgeneeskundigen en met verzekeringsgeneeskundige taken belaste bedrijfsartsen in de regio Zuid-Limburg*, (diss.) Universitaire Pers: Maastricht 1992
- T. Kappelhof, 'Omdat het historisch gegroeid is', *Tijdschrift voor sociale en economische geschiedenis*, 2004/2, p.71-91
- C.S. Kehrer-Bot, 'Driemaal is scheepsrecht: de loondoorbetaling in het derde ziektejaar', *TAP* 2010/4, p.145-152
- A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade*, (diss.) Kluwer: Deventer 2003
- J. Kenner, *EU Employment Law. From Rome to Amsterdam and Beyond*, Hart Publishing: Portland Oregon 2003
- P. Kerklaan, 'De lange houdbaarheid van de Ongevallenwet in Nederland 1901-1967', *Tijdschrift voor sociale en economische geschiedenis* 2006, p.80
- J.G.F.M. van Kessel, 'Sociale zekerheid en recht', oratie 24 juni 1985, in: F.M. Noordam (red.) *Sociaalrechtelijke Oraties 1977-1997*, Kluwer: Deventer 1998
- M. Keune en M. Jepsen, 'Not balanced and hardly new: the European Commission's quest for flexicurity', ETUI-REHS, WP 2007.01, p.11
- M. Keune, 'Flexicurity: a Contested Concept at the Core of the European Labour Market Debate', *Forum*, maart/april 2008, p.97-98
- M. Keune, 'Is het flexizekerheidsconcept (in) de beperking meester?' in: E. Sol en C. Nysten, *Wat is de zekerheid in flex en zeker?* Amsterdam, Flexwork Research reeks nr. 1, 2011
- S. Klosse, *Bevordering van arbeidsparticipatie ofwel: Werk boven 'wig' of 'wig' boven werk? Over achtergronden, doelstelling en middelen tot bevordering van arbeidsparticipatie*, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 22, Samsom H.D. Tjeenk Willink: Alphen aan den Rijn 1995
- S. Klosse en H.J. van Dijk, 'Met zekerheid naar de toekomst? Van reagerende naar activerende sociale zekerheid' in: S. Klosse en J.J. Schippers (red.), *Met zekerheid naar de toekomst. Sociale zekerheid in Nederland op de drempel van de 21ste eeuw*, Maklu: Antwerpen-Apeldoorn 1996
- S. Klosse e.a. (red), *Rehabilitation of Partially Disabled People. An International Perspective*, Thesis Publishers: Amsterdam 1998
- S. Klosse, 'Europees werkgelegenheidsbeleid', *SMA* 2000/7/8, p.341-342
- S. Klosse, 'Meerwaarde van alternatieve (vergoedings)systemen' in: T. Hartlief en S. Klosse (red.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2003

- S. Klosse, *Socialezekerheidsrecht*, Kluwer: Deventer 2012
- R. Knecht en E.C. Mudde, 'Privatisering en de zorg voor ziekteverzuim en arbeidsomstandigheden' in: G.H. Addink e.a. (red.), *Privatisering: effectiviteit en legitimiteit*, W.E.J. Tjeenk Willink: Utrecht 1998
- R. Knecht e.a., *Tweede evaluatie Wet flexibiliteit en zekerheid*, Amsterdam Hugo Sinzheimer Instituut en TNO 2007
- R. Knecht, 'The Idea of Labour Law', *TRA* 2014/20
- L. Kok, A. Heyma en M. Lammers, 'Verlaag kosten loondoorbetaling voor kleine bedrijven', *TPE digitaal* 2013/7, p.11
- D. Kokkini-Iatridou e.a., *Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek*, Kluwer: Deventer 1988
- Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit? Een onderzoek naar de invloed van privaatrechtelijke leerstukken op de arbeidsovereenkomst*, (diss.) Boom Juridische Uitgevers: Den Haag 1999
- P. Koning, 'Beter een stok dan een wortel. Toeleiding naar werk' in: J. Uitermark, A. Gielen en M. Ham, *Wat werkt nu werkelijk? Politiek en praktijk van sociale interventies*, Van Gennep: Amsterdam 2012
- T. Koopmans, 'Reflexions on the future of labour law', R.M. Themis 1999, p.81 e.v.
- C. van der Krogt, 'Het tweede-spoortraject als struikelblok voor een juiste re-integratie van de zieke werknemer', *ArbeidsRecht* 2013/12 nr.58
- E.J. Kronenburg-Willems, *PS-special: Dossier WAO*, Kluwer: Deventer 2002
- E.J. Kronenburg-Willems, 'SUWI en Poortwachter: meer reïntegratie?', *Sociaal Recht* 2003/4, p.111-118
- E.J. Kronenburg-Willems, 'Verlenging van de loondoorbetalingsperiode door de UWV', in: *Flexibele arbeidsrelaties (losbl.)*, deel C, par. 115.1, Deventer: Kluwer
- J.H. Kwantes 'Verzuim en reïntegratie' in: J.P. Popma (red.), *Het recht op veilige, gezonde en waardige arbeid*, Nieuwerkerk aan den IJssel: Gelling Publishing 2008
- J.J.M. de Laat, 'Nogmaals; loonvordering na mislukte reïntegratie', *Sociaal Recht* 2003/4
- I.J. de Laat en R.A. Heida, 'Privacy en de zieke werknemer: de gespannen verhouding tussen theorie en praktijk', *ArbeidsRecht* 2013/12 nr.57
- G.E. Langemeijer en E.J.H. Schrage, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1994
- B. Langille, 'Labour Law's Theory of Justice' in: G. Davidov en B. Langille (red.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press 2011
- L.J.M. de Leede, 'Verdeling van verantwoordelijkheden in de sociale zekerheid', *SMA* 1996/11/12, p.659-662
- K. Lenaerts en P. van Nuffel, *Europees recht*, Intersentia: Antwerpen 2011
- V.I. Lenin, *Staat en Revolutie*, 1917
- M.G. Levenbach, 'Arbeidsrecht als deel van het recht', openbare les 1926 in: *Van sociale politiek naar sociaal recht. Een bundel arbeidsrechtelijke oraties sinds 1885*, N. Samsom BV: Alphen aan den Rijn 1966
- M.G. Levenbach, 'Het Nederlandse in onze arbeidswetgeving' (in: *Nederland tussen de natiën, deel II, 1948*), in: *Arbeidsrecht, een bundel opstellen van Prof. mr. M.G. Levenbach*, Alphen aan den Rijn 1951

- M.G. Levenbach, 'Mens en gemeenschap in het arbeidsrecht', diësprede 1958 in: *Van sociale politiek naar sociaal recht. Een bundel arbeidsrechtelijke oraties sinds 1885*, N. Samsom BV: Alphen aan den Rijn 1966
- M.G. Levenbach 'Veertig jaar arbeidsrecht', afscheidscollege 1966 (Amsterdam) in: H.L. Bakels (red.), *Arbeidsrechtelijke geschriften 1962-1977*, Kluwer: Deventer 1977
- W.M. Levelt-Overmars, 'De wet is goed en rechtvaardig. Geldt dit ook voor AAW en WAO?' in: F.A.J. van den Bosch en C. Petersen (red.), *Arbeidsongeschiktheid. Een multidisciplinaire benadering*, Kluwer: Deventer 1981
- M. Liedorp, *Twintig jaar ziekteverzuim- en arbeidsongeschiktheidsbeleid. Het dilemma tussen sturingsbehoefte en sturingsmogelijkheden*, (diss.) Utrecht 2002
- B. van Lierop, *Reïntegratie na scholing. De brug tussen arbeidsongeschiktheid en arbeidsparticipatie*, (diss.) Den Haag: Elsevier Bedrijfsinformatie BV 2001
- C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag 2010
- P.K. Madsen, 'Flexicurity: A New Perspective on Labour Markets and Welfare States in Europe', *Tilburg Law Review* Vol. 14 nr.1 en 2, 2007, p.63-68
- C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Kluwer Law International: Alphen aan den Rijn 2008
- H. Manschot, 'Martha Nussbaum (1947)', (http://www.humanistischecanon.nl/humanisering_en_zingeving/martha_nussbaum, geraadpleegd 8 november 2012)
- M.R. Marella, 'Human dignity in a Different Light' in: S. Grundmann, *Constitutional Values and European Contract Law*, Kluwer Law International: Alphen aan den Rijn 2008
- C.W. Maris en F.C.L.M. Jacobs, *Recht, orde en vrijheid. Een historische inleiding in de rechtsfilosofie*, Kluwer: Deventer 2011
- C.W. Maris, 'Rechtvaardigheid' in: P.W. Brouwer (e.a. red.), *Drie dimensies van recht. Rechtstheorie. Rechtsgeleerdheid. Rechtspraktijk*, Boom: Den Haag 1999
- E.M. Meijers, *De arbeidsovereenkomst*, H.D. Tjeenk Willink 1924
- E.M. Meijers, *Algemene leer van het burgerlijk recht. Deel 1 De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Universitaire Pers: Leiden 1958
- P.E. Minderhoud, I.P. Asscher-Vonk en T. Havinga, 'Procederen inzake weigering loondoorbetaling bij ziekte: een zeer zeldzaam verschijnsel', *SMA* 1999, p.145-152
- A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht. Eerste Deel. Algemeen gedeelte*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1953
- A.N. Molenaar, *Arbeidsrecht. Tweede deel B Het geldende recht*, W.E.J. Tjeenk Willink; Zwolle 1957
- P. Molenaar-Cox, Ph. de Jong en C. van der Burg, *Werken VLZ en WIA? De toegenomen mate van werkhervatting na 12 maanden ziekte verklaard*, *TBV* (18), december 2010
- S. Montebovi, 'Arbeidsrechtelijke sociale zekerheid in grensoverschrijdende situaties' in: W. Plessen, H. van Drongelen en F. Hendrickx (red.), *Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing*, Paris: Zutphen 2011
- R. Muffels, C. Crouch en T. Wilthagen, 'Flexibility and security: national social models in transitional labour markets', *Transfer* 2014, Vol. 20 (1), p.109-114

- Th.B.C. Mulder, 'Rechtvaardiging in de sociale ontwikkeling' in: P.A.J.M. Steenkamp en G.M.J. Veldkamp (red.), *Sociale politiek opnieuw bedacht*, Kluwer: Deventer 1972
- A.G. Nagelkerke en A.C.J.M. Wilthagen, *Arbeidsverhoudingen in ontwikkeling*, Reeks VvA 32, Kluwer: Deventer 2002
- F.M. Noordam, *Recht en reïntegratie*, oratie 1987, Kluwer: Deventer 1987
- F.M. Noordam, 'Aard, plaats en opbouw van het sociale-zekerheidsrecht' in: W.H.A. C.M. Bouwens e.a. (red.) *Sociaal recht: de grenzen verkend*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1994
- F.M. Noordam, 'Sociale zekerheid: van wachtwoord tot product', *SMA* 1998, p.168-175
- F.M. Noordam, 'Sociale zekerheid maal kwaliteit is somberheid', *SMA* 1999/1, p.18-28
- F.M. Noordam, 'Prothesen en scheerzeep. Honderd jaar re-integratie en activering' in: *De gemeenschap is aansprakelijk. Honderd jaar sociale verzekering 1901-2001*, A.Ph.C.M. Jaspers e.a. (red.), Den Haag: Koninklijke Vermande 2001
- F.M. Noordam, *Socialezekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2002
- F.M. Noordam, 'Donner is overbodig: over de samenhang van Donner, SUWI en poortwachter', *SMA* 2002/3, p.157-167
- F.M. Noordam, 'De loonsanctie, beslist niet het mooiste kind van de poortwachter', *SMA* 2003/10, p.439-450
- F.M. Noordam, 'Een kontje van de wetgever' in: L. Betten et al. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Kluwer: Deventer 1997
- F.M. Noordam, *Rechtsgrond en sociale zekerheid*, afscheidsrede 23 november 2006, Kluwer: Deventer 2007
- M.C. Nussbaum, 'Capabilities as fundamental entitlements: Sen and social justice', *Feminist Economics* 2003/2-3, p.33-59
- M.C. Nussbaum, *Frontiers of justice. Disability, nationality, species membership*, Harvard University Press: Cambridge Massachusetts/London England 2006
- F.A. Oeijenga, T.J. Veerman en N. van den Berg, *Onderzoek evaluatie wet verbetering poortwachter*, maart 2006
- M.M. Olbers, *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, Deventer: Kluwer aant. 19 bij artikel 7:628 BW.
- B. van Oortmarssen, *Reïntegratie bij langer durend ziekteverzuim. Een longitudinaal onderzoek naar (inter)acties van werknemer, leidinggevende en bedrijfsarts*, (diss.) Utrecht 2014
- J.H.R. van der Pas, 'Arbeidsongeschiktheidscriteria-van ongevallenwetten naar arbeidsongeschiktheidswetten' in: F.A.J. van den Bosch en C. Petersen (red.), *Arbeidsongeschiktheid. Een multidisciplinaire benadering*, Kluwer: Deventer 1981
- T. van Peijpe, 'Toepassing van EU-grondrechten in nationaal arbeidsrecht', *TRA* 2012/76
- F.J.L. Pennings, 'De Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen in het licht van de IAO-verdragen', *Arbeid Integraal* 2005/3
- F.J.L. Pennings, *Nederlands socialezekerheidsrecht in een internationale context*, Kluwer: Deventer 2006
- S.S.M. Peters, *Verdund sociaal recht. Onderscheid naar ondernemingsomvang bij medezeggenschap, ziekte en ontslag*, (diss.) Kluwer: Deventer 2006

- S.S.M. Peters, 'Kennelijk onredelijk ontslag en de omvang van de onderneming' in: W.H.A.C.M. Bouwens, *Herstel van de arbeidsovereenkomst*, Sdu Uitgevers bv: Den Haag 2013
- S.S.M. Peters, 'Franse zaak over medezeggenschapsrechtelijke getalscriteria werpt nieuw licht op het Küçükdeveci-correctief', VAAN AR Updates annotaties AR 2014/0051, 28 januari 2014
- D.C.H.M. Pieters, 'Aan het werk...beschouwingen over het arbeidsethos in het sociale zekerheidsrecht van vandaag en morgen.' oratie 19 september 1986 in: F.M. Noordam (red.), *Sociaalrechtelijke Oraties 1977-1997*, Kluwer: Deventer 1998
- D.C.H.M. Pieters, *Sociale-zekerheidsrechtsvergelijking ten dienste van Europa*, Pre-advies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Kluwer: Deventer 1992
- W. Plessen, H. van Drongelen en F. Hendrickx (red.), *Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing*, Paris: Zutphen 2011
- P.E. van der Poest Clement en A.H.M. Boere (red.), *Handboek Arboret rechten en verplichtingen toegelicht voor werkgever en werknemer*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002
- J.M. Polak, 'Theorie en praktijk van de rechtsvorming' in: Th.G. Drupsteen e.a. (red.) *Rechtsvorming in de sociale rechtsstaat*, Kluwer: Deventer 1989
- B.M.S. van Praag, 'Ontwikkelingen in arbeidsongeschiktheid' in: F.A.J. van den Bosch en C. Petersen (red.), *Arbeidsongeschiktheid. Een multidisciplinaire benadering*, Kluwer: Deventer 1981
- R. Prins, 'Rising disability benefits: In search of innovative policies' in: *Developments and trends supporting dynamic social security. Report World social security forum 29th ISSA general assembly 2007*
- D.J. Prins, 'De ziekte komt te post gereden. Maar gaat terug met ezelstreden' De sanctionering van de zieke werknemer: opschorting en stopzetting van loon', *ArbeidsRecht* 2011/41
- Europese Raad, 'Towards Common Principles of Flexicurity-Draft Council Conclusions', 23 november 2007, nr. 15497/07, SOC 476 ECOFIN 483,
- Europese Raad, 'Council conclusions. Towards Common Principles of flexicurity', 6 december 2007, nr. 16201/07, SOC 523 ECOFIN 503.
- Raad voor de Rechtspraak, Jaarbericht 2013, www.jaarverslagrechtspraak.nl/pagina/voorzitter-over-kwaliteit, geraadpleegd op 29 mei 2014
- Raad voor Werk en Inkomen, *Factsheet re-integratie*, november 2009
- W. Rauws, 'Werk maken van arbeidsongeschiktheid: risque professionnel of risque social?' in: T. Hartlief en S. Klosse (red.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2003
- J. Rawls, 'On Justice as Fairness' (extracts of 'A Theory of Justice' revised edition 1999) in: M. Clayton en A. Williams (red.), *Social Justice*, Blackwell Publishing: Oxford 2004
- J. Rawls, *Justice as Fairness. A Restatement*, The Bellknap Press of Harvard University Press: Cambridge 2001
- Research voor Beleid, *Bouwen op vertrouwen. Professionals over de arbeidsmarktpositie van mensen met een arbeidsbeperking*, Leiden 9 januari 2007

- Research voor Beleid, *Weerbarstige denkbelden. De beeldvorming van leidinggeven en werknemers over mensen met een arbeidsbeperking*, Leiden 9 januari 2007
- S. Riepema, *Ziekte of verzuim?*, VKBanen.nl, 11 oktober 2011
- A.M.P. Rijpkema en A. Tollenaar, 'Verlengde loondoorbetaling: een bestuursrechtelijke blik op bijzondere besluiten', *TRA* 2010/97
- A.M.P. Rijpkema, *Toegang tot het recht bij ziekte en arbeidsongeschiktheid*, (diss.) Kluwer: Deventer 2013
- P. Rijpkema, *Rechttersrecht. Over de rechtsvormende rol van de rechter in een democratische rechtsstaat*, (diss.) Boom juridische uitgevers: Den Haag 2001
- J. Riphagen, 'Ongelijkheidscompensatie in het sociaal-zekerheidsrecht' in: L. Betten et al. (red.), *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Kluwer: Deventer 1997
- J. Riphagen, 'Knelpunten rechtspositie werknemer gedurende eerste ziektejaar' in: C.J. Loonstra (red.), *De onderneming en het arbeidsrecht in de 21e eeuw. Liber amicorum voor prof. mr. F. Koning*, Boom juridische uitgevers: Den Haag, 2000
- J. Riphagen, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, aantek. bij WAO, Deventer: Kluwer 2004
- L. Robbins, *An essay on the nature and significance of economic science*, Londen, 1932
- R. Rogowski, 'Governance of the European Social Model: The Case of Flexicurity', *Forum*, maart/april 2008, p.82
- A.F. Rommelse, 'Kan de werknemer worden verplicht een medische behandeling te ondergaan?', *SMA* 1997/1, p.27-53
- A.F. Rommelse, *De arbeidsongeschiktheidsverzekering tussen publiek en privaat. Een beschrijving, analyse en waardering van de belangrijkste wijzigingen in het Nederlandse arbeidsongeschiktheidsstelsel tussen 1980 en 2010*, (diss.) Leiden University Press 2013
- H. Van Rompuy, 'De Europese gedachte, de grootste vredesgedachte' in: H. Van Rompuy e.a., *Meer Europa, voor meer vrede*, Halewijn: Antwerpen 2011
- M.G. Rood, 'Vage normen in het sociaal recht' in: P. Tuit e.a. (red.), *Gratia Commercii*, W.E.J. Tjeenk Willink: Zwolle 1981
- M.G. Rood, 'Labour Law in the 21st Century' in: Lord Wedderburn et al., *Labour Law in the Post-Industrial Era*, Aldershot 1994
- M.G. Rood, 'Internationalization; a new incentive for labour law and social security law' in: J.R. Bellace en M.G. Rood, *Labour law at the crossroads: Changing employment relationships*, Kluwer Law International: Den Haag 1997
- M.G. Rood, 'Naar een nieuw sociaalrechtelijk denkraam', afscheidscollege 1997 in: F.M. Noordam (red.), *Sociaalrechtelijke Oraties 1977-1997*, Kluwer: Deventer 1998
- M.G. Rood, 'Over de arbeidsovereenkomst, toen, nu en straks' in: C.J. Loonstra (red.), *De onderneming en het arbeidsrecht in de 21e eeuw. Liber amicorum voor prof. mr. F. Koning*, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag 2000
- M.G. Rood, *Introductie in het sociaal recht*, Gouda Quint: Deventer 2000
- W.L. Roozendaal, 'Arbeidsrechtelijke aspecten van de wet verbetering poortwachter', *SMA* 2002/5, p.308-317
- W.L. Roozendaal 'De zorgende werkgever. Over de grondslagen van de verantwoordelijkheid voor ziekte van de werknemer', *Arbeid Integraal*, 2005/3

- W.L. Roozendaal 'The buck stops here!? Gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer heeft geen recht op loonbetaling bij uitval wegens ziekte na 104 weken', Commentaar AR-2011-0792
- W.L. Roozendaal, *Werk en privé. De strijd om tijd in het arbeidsovereenkomstenrecht*, (diss.) Nijmegen 2011
- R. Rose, *Learning from comparative public policy, a practical guide*, Routledge Oxon/ New York 2005
- J. Rothfusz, 'Martha Nussbaum: Frontiers of Justice', http://www.filosofiegroningen.nl/documents/2006/Jacquelien200611_Martha%20Nussbaum%20dispuut.htm, geraadpleegd 8 november 2012
- RWI Arbeidsmarktanalyse 2010
- F. Samsom en E.N. van Amstel, 'Een aantal loopplanken', *TRA* 2011/37
- M. Sandel, *Justice. What's the Right Thing to do?*, Farrar, Straus and Giroux: New York 2004
- SER-advies inzake de herziening van de Invaliditeitsverzekering 1957/01
- SER-advies inzake de opnemng van gehandicapten in het arbeidsproces 1975/09
- SER-advies, *Vermijdbaar verzuim wegens ziekte en arbeidsongeschiktheid*, 1982/01
- SER-advies, *Kabinetsvoornemens ZW, AAW en WAO*, 1995/05
- SER-advies, *Werken aan arbeidsgeschiktheid: voorstellen WAO-beleid*, 2002/05
- SER-advies, *Europa 2020: de nieuwe Lissabon-strategie*, 2009/04
- SER-studie, *Verantwoordelijkheidsverdeling sociale zekerheid. Een terrein-verken-nende studie over de verdeling van verantwoordelijkheden op het terrein van de sociale zekerheid*, 1994
- W.A. Sinninghe Damsté e.a., *Reductie en preventie ziekteverzuim*, Kluwer: Deventer 1993
- J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Kluwer: Deventer 1999.
- J.M. van Slooten, 'De derde in het sociaal recht', oratie 2005, Amsterdam
- J.M. van Slooten en G.C. Boot, 'Een brug tussen de wal en het schip', *TRA* 2011/1
- J.M. van Slooten, 'Hoe wordt de 'passende arbeid' die een zieke werknemer verricht de 'bedongen arbeid'? Pleidooi voor toepassing van de re-integratiejuris-prudentie van de Hoge Raad', *TRA* 2013/14
- L.C. van Soeren, *Vijfen zestig jaren sociale verzekering 1901-1966*, Den Haag: Sociale Verzekeringsbank 1966
- C.F. Sparrius, *Wulbz in rechtshistorisch perspectief: trendbreuk of continuïteit?*, *SMA* 1996/9
- C.F. Sparrius, 'Risicoselectie van werknemers op basis van gezondheid of (poten-tieel) ziekteverzuim: de juridische mogelijkheden', *SMA* 1997/4
- C.F. Sparrius, *De verantwoordelijkheidsverdeling voor de inkomensbescherming van zieke werknemers*, (diss.) Shaker Publishing BV: Maastricht 2001
- V. Spidla en G. Larcher, *Report of the Mission on Flexicurity*, december 2008, 17047/1/08 REV 1
- L.C.J. Sprengers, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, art. 27 WOR, aant.5
- H.W.M.A. Staal, 'Heden, verleden en toekomst van de arbeidsovereenkomst', voordracht Justitie/SZW/SER-symposium, 6 november 2007
- M. Stavenuiter, 'Van verzekering voor 'oude werklieden' tot WAO', *Demos*, 1999-10

- H.G. van der Stelt en M. Staal, 'WAO-toetreding vóór en na TBA', *SMA* 1997/2, p.102-114
- G.A.M. Stevens (red.), 'Wegwijzer sociale zekerheid. Handleiding voor de praktijk. Deel 4 Arbeidsongeschiktheid', Koninklijke Vermande: Lelystad 1987
- E. Steyger, 'Sociaalrechtelijke rechtsvorming, European style', *SMA* 2000/7/8, p.273
- E.H. van Stigt Thans, 'Reactie op het artikel 'Passende arbeid bij een derde anno 2004'', *Sociaal Recht* 2004/9, p.314
- E.H. van Stigt Thans, 'Verrekening ex artikel 7:629 lid 5 BW', *ArbeidsRecht* 2013/17
- J. Svensson, W. Trommel en T. Lantink, 'Reemployment Services in the Netherlands: A Comparative Study of Bureaucratic, Market and Network Forms of Organization', *Public Administration Review*, jrg.68 (2008) nr.3, p.505-515
- A. Tangian, 'Flexibility-Flexicurity-Flexinsurance: Response to the European Commission's Green Paper 'Modernising Labour Law to Meet the Challenges of the 21st Century'', WSI-Diskussionspapiere, No. 149, 2007 (<http://hdl.handle.net/10419/21595>)
- A. Tangian, 'Is Europe Ready for Flexicurity? Empirical Evidence, Critical Remarks and a Reform Proposal', *Forum* maart/april 2008, p.99 e.v.
- A.J.C. Theunissen, 'Ziekte' in: *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2013
- W. Thomassen, *Fundamentele waarden in het recht*, oratie 2007, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag 2007
- A. Tollenaar en M. Plantinga, 'Publieke belangen van de sociale zekerheid', *SMA* 2008/11, p.466 e.v.
- F. Tros, 'Flexicurity in Europe: can it survive a double crisis?', working paper to be presented in ILERA World Congress 2012, Philadelphia USA, July 2012
- S.E. den Uijl, *Succesvolle reïntegratieprocessen. Een zoektocht naar factoren van succesvolle reïntegratie van gedeeltelijk arbeidsgeschikte werknemers in de arbeidsorganisatie in Nederland, Duitsland en Zweden*, (diss.) Eburon: Delft 2002
- L. van der Valk, *Werkgevers, Centrale Werkgevers Risico-Bank en de uitvoering van -de Ongevallenwet (1900-1940)*, Rotterdam 2007
- W. Vandeputte, *Ontslagrecht tussen arbeidsmarktdenken en ontslagbescherming. Onderzoek naar modernisering van het Belgische ontslagrecht*, (diss.) K.U. Leuven, 2011
- P.C. Vas Nunes en H. Funke, 'Poortwachter: nieuwe lente of 1-aprilgrap?(1)', *ArbeidsRecht* 2002/39
- P.C. Vas Nunes en H.J. Funke, 'Poortwachter: nieuwe lente of 1-aprilgrap?(2)', *ArbeidsRecht* 2002/48
- F.J.H.M. van der Ven, 'Over stelselmatigheid in het streven naar sociaal-economische ordening', oratie 1946 in: *Van sociale politiek naar sociaal recht. Een bundel arbeidsrechtelijke oraties sinds 1885*, N. Samsom BV: Alphen aan den Rijn 1966
- L.G. Verburg, 'Gedachten over enige functies van het arbeidsrecht' in: G. Heerma van Voss en E. Verhulp (red.), *De waarde(n) van het arbeidsrecht. Liber amicorum voor prof. mr. Paul F. van der Heijden*, Sdu: Den Haag 2013

- P.C. Vas Nunes en R.A. Heida, 'Niet werken vanwege een arbeidsconflict: recht op loon?', *TAP* 2009/3, p.105-106
- P.C. Vas Nunes, 'Küçükdeveci: een wake up call', *TAP* 2010, p.147
- T.J. Veerman en M. Cavé, 'Reïntegratieprocessen bij oude en nieuwe werkgevers', *SMA* 1994, p.79 e.v.
- T.J. Veerman en E. Palmer, 'Work Resumption and the Role of Interventions', in: F.S. Bloch en R. Prins (red.), *Who Returns to Work and Why? A Six-Country Study on Work Incapacity en Reintegration*, Transaction Publishers: New Brunswick New Jersey 2001
- M.S.A. Vegter, noot onder Hof Arnhem 9 november 2004
- J.J. Veld, *Ziektewet*, Lexplicatie deel 5.21a Kluwer: Deventer 2008
- E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht*, Reeks VvA 28, Kluwer: Deventer 1999
- E. Verhulp, *Maatwerk in het arbeidsrecht?*, oratie 2003, Amsterdam
- E. Verhulp, 'Arbeidsrechtelijke beginselen of systemen?', *SMA* 2007, p.213 e.v.
- E. Verhulp, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, Kluwer: Deventer 2012, aantek. bij diverse artikelen
- D.W.F. Verkade, conclusie onder HR 23 april 2004, *JAR* 2004/116
- M. Versantvoort en P. van Echtelt (red.), *Belemmerd aan het werk. Trendrapportage ziekteverzuim, arbeidsongeschiktheid en arbeidsdeelname personen met gezondheidsbeperkingen*, Den Haag: SCP augustus 2012
- J. Verschuuren en T. Oudenaarden, 'The Role of Ideals in Legal Development: Sustainable Development and the Conservation of Biological Diversity as Cases in Point' in: W. van der Burg en S. Taekema, *The Importance of Ideals. Debating Their Relevance in Law, Morality, and Politics*, P.I.E.-Peter Lang: Brussel 2004
- H. Vinke, *Werknemers-compensatie bij beroepsgebonden schade*, (diss.) Sdu: Den Haag 1997
- E. van Vliet, noot bij *JIN* 2011/322
- G.J. Vonk, *Recht op sociale zekerheid. Van identiteitscrisis naar hernieuwd zelfvertrouwen*, oratie 2008, Sdu: Den Haag 2008
- G.J. Vonk en B. Marseille, 'Country Report on the Netherlands' in: U. Becker (red.), *Security: A General Principle of Social Security Law in Europe*, Europa Law Publishing: Groningen 2010
- G.J. Vonk en G. Katrougalos, 'The public interest and the welfare state: a legal approach' in: G.J. Vonk en A. Tollenaar, *Social Security as a Public Interest. A Multidisciplinary Inquiry into the Foundations of the Regulatory Welfare State*, Intersentia: Antwerpen 2010
- G. Vonk, 'Kroniek jurisprudentie werknemersverzekeringen en bijstand 2011', *TRA* 2012/1, p.25-26
- M. Van Voorde, 'We zijn Europeanen geworden, maar nog geen 'Europeeërs' in: Herman Van Rompuy e.a., *Meer Europa, voor meer vrede*, Halewijn: Antwerpen 2011
- M. Westerveld, 'Klantgericht re-integratierecht. Een kijkje in de snoeptrommel van de overheid', *TRA* 2009/76
- M. Westerveld, C.C.A.M. Sol en R. Knecht, *Naar een samenhangend re-integratierecht*, RVO 03/2011

- M. Westerveld, 'Re-integratierecht, plichten, sancties samenhang-Voor iedereen die straf verdient, straf', *TRA* 2011/68
- E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, (diss.) Kluwer: Deventer 2009
- C.W.J. Wevers, J.J.M. Besseling en E.L. de Vos, "*De Realiteit*" in kort bestek. *Samenvatting en conclusies van de integrale rapportage evaluatie Wet Rea*, Elsevier: Doetinchem 2001
- D.V.E.M. van der Wiel-Rammeloo, *De dienstbetrekking in drievoud. Het bereik in arbeidsrecht, fiscaal recht en socialeverzekeringsrecht*, (diss.) Kluwer: Deventer 2008
- P. Willems, 'Vier jaar wettelijke re-integratieplicht van de werknemers', *Arbeids-Recht* 2006/41
- T. Wilthagen, *Flexicurity: a new paradigm for labour market policy reform?*, WZB discussion paper, FS I 98-102, Berlijn 1998
- T. Wilthagen, 'De transitionele arbeidsmarkt en flexicurity' in: N. van den Heuvel, F. Holderbeke en R. Wielers (red.), *De transitionele arbeidsmarkt. Contouren van een actief arbeidsmarktbeleid*, Den Haag: Elsevier 2001
- T. Wilthagen, *The flexibility-security nexus: new approaches to regulating employment and labour markets*, OSA working paper, nr.2002-18, Tilburg 2002
- T. Wilthagen en F. Tros, 'The Concept of "Flexicurity": a new approach to regulating employment and labour markets', *Transfer* 10 (2) 2004, p.166-186
- T. Wilthagen, 'Flexicurity Pathways. The Expert Group on Flexicurity', *Tilburg Law Review*, Vol. 14 nr.1 en 2, 2007, p.80-89
- T. Wilthagen en S. Bekker, 'In Search of the Best of Both Worlds? Questions and Answers Regarding the Green Paper on the Modernisation of Labour Law', *Tilburg Law Review*, Vol. 14 nr.1 en 2, 2007, p.128-144
- T. Wilthagen, 'Flexicurity Practices', Brussel, 24 mei 2007
- T. Wilthagen, 'Mapping out flexicurity pathways in the European Union', maart 2008, Tilburg University
- T. Wilthagen en S. Bekker, 'Flexicurity-a European Approach to Labour Market Policy', *Forum*, maart/april 2008, p.69
- T. Wilthagen, 'Flexicurity: A New Paradigm for the Analysis of Labor Markets and Policies Challenging the Trade-Off Between Flexibility and Security', *Sociology Compass* 7/2 (2013)
- A. Winkler, 'Integration of Persons with Disabilities into the Labour Market and State Intervention: Crucial Design Features and the Effectiveness of Compulsory Employment Policy from a German Perspective', in: S. Klosse e.a. (red), *Rehabilitation of Partially Disabled People. An International Perspective*, Thesis Publishers: Amsterdam 1998
- M.A.C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht*, (diss.) Kluwer: Deventer 1999
- E.B. Wits, 'De zieke werknemer en zijn werkgever: uit het oog uit het hart?' in: L.G. Verburg e.a. (red.), *Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (33 818). Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA*, Kluwer: Deventer 2014
- H.E.S. Woldring, 'Bevrijdende waarden en bindende normen in de publieke moraal' in: P.T. de Beer en C.J.M. Schuyt, *Bijdragen aan waarden en normen*, WRR-Verkenning Amsterdam University Press: Amsterdam 2004

- D.J.B. de Wolff, 'Arbeidsongeschiktheid en de opzegging van de arbeidsovereenkomst', *Arbeid Integraal* 2002
- D.J.B. de Wolff, 'Wat 'verdient' een zieke, weigerachtige werknemer?; een reactie' *ArbeidsRecht* 2006/58
- D.J.B. de Wolff, 'Hoge Raad legitimeert wijzigingsontslag', *ArbeidsRecht* 2011/14
- D.J.B. de Wolff, 'Arbeid, opleiding of re-integratie: de reikwijdte van artikel 7:610 BW', *ArbeidsRecht* 2012/16
- A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding*, (diss.) Kluwer: Deventer 2009
- N.T.A. Zeeuwen, 'De opzegverboden' in: L.G. Verburg e.a. (red.), *Wetsvoorstel Wet werk en zekerheid (33 818). Commentaar en aanbevelingen werkgroep ontslagrecht VvA*, Kluwer: Deventer 2014
- N. Zekic 'Arbeidsrechtelijk normatief kader en ongelijkheidscompensatie' in: W. Plessen, H. van Drongelen en F. Hendrickx (red.), *Sociaal recht: tussen behoud en vernieuwing*, Paris: Zutphen 2011
- N. Zekic, *Werkzekerheid in het arbeidsrecht*, (diss.) Kluwer: Deventer 2014
- W.A. Zondag, 'De grenzen van het arbeidsrecht', oratie 2004, Groningen
- B.C.H. de Zwart e.a., *Versterken melding beroepsziekten. Resultaten vragenlijstonderzoek*, Astri 23 april 2014
- K. Zweigert en H. Kötz, *Introduction to Comparative Law Volume I - The Framework*, Oxford: Clarendon Press 1987

Duitsland

- I. Becker, *Arbeits- und sozialrechtliche Beurteilung der stufenweisen Wiedereingliederung in das Erwerbsleben gem.§ 74 SGB V*, (diss.) Centaurus: Pfaffenweiler 1995
- N. Berger, *Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter*, Inngau: Rosenheim 1950
- W. Berkowsky, 'Vergleich im Kündigungsschutzprozeß' in: *Münchener Handbuch* Band 2, Beck: München 2000
- J. Breuer, 'Geschichtliche Entwicklung', in: B. Schulin (red.) *Handbuch des Sozialversicherungsrechts* Band 2, Unfallversicherungsrecht, Beck: München 1996
- J. Castendieck en G. Hoffmann, *Das Recht der behinderten Menschen*, Nomos: Baden-Baden 2009
- E. Eichenhofer, *Sozialrecht*, Mohr Siebeck: Tübingen, 2012
- E. Eichenhofer en U. Wenner, *Kommentar zum Sozialgesetzbuch V*, Luchterhand: Köln 2013
- S. Fiebig e.a., *Kündigungsschutzrecht. Handkommentar*, Nomos: Baden-Baden 2012
- A. Gagel, 'Rehabilitation in Betrieb unter Berücksichtigung des neuen SGB IX -ihre Bedeutung und das Verhältnis von Arbeitsgebern und Sozialleistungsträgern' *NZA* 2001, 988
- A. Gagel, 'Betriebliches Eingliederungsmanagement. Rechtspflicht und Chance.', *NZA* 24/2004
- W. Gitter, 'Arbeitsrechtliche Probleme der stufenweise Wiedereingliederung arbeitsunfähiger Arbeitnehmer', *ZfA* 1995, 123
- W. Gitter en J. Schmitt, *Sozialrecht*, Beck: München 2001
- P. Hanau en K. Adomeit, *Arbeitsrecht*, Luchterhand: Neuwied 2007

- C. Harmsen, *Der Schwerbehinderte und seine Rechte*, Decker en Müller: Heidelberg 1988
- H. Hess, 'Einleitung' in: H. Hess e.a. (red.), *Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, Luchterhand: München 2003
- D. Hold, 'Einleitung' in: H. Kaiser, H. Dunkl, D. Hold en G. Kleinsorge, *Entgeltfortzahlungsgesetz*, Otto Schmidt, Köln 2000
- E. Jung in: E. Eichenhofer en U. Wenner, *Kommentar zum Sozialgesetzbuch I, IV, X*, Luchterhand: Köln 2012
- M. Horcher, 'Vorrang der Änderungskündigung und betriebliches Eingliederungsmanagement', *Recht der Arbeit* 2009
- W. Kohte, aant. 1 bij § 28 SGB IX in: R. Kreikebohm, W. Spellbrink en R. Waltermann, *Kommentar zum Sozialrecht*, Beck: München 2009
- P. Kostorz, *Sozialstaatliche Interventionen zu Gunsten von Menschen mit Behinderung*, (diss.) Nomos: Baden-Baden, 2008
- A. Lepke, *Kündigung bei Krankheit*, Erich Schmidt: Berlin 2012
- M. Löschau en A. Marschner, *Das neue Rehabilitations- und Schwerbehindertenrecht. Praxishandbuch zum neu eingeführten Neunten Buch Sozialgesetzbuch (SGB IX)*, Luchterhand: Neuwied 2001
- R. Minninger, W. Hinterholz en B. Westermann, *Rechte behinderter Menschen. Der Ratgeber für Betroffene, Angehörige und Interessenvertretungen*, Bund-verlag: Frankfurt am Main 2007
- S. Muckel en M. Ogorek, 'Sozialrecht', Beck: München 2011
- D. Neumann, *Schwerbehindertengesetz. Bundesversorgungsgesetz*, Beck: München 1998
- D. Neumann in: D. Neumann, R. Pahlen en M. Majerski-Pahlen, *Sozialgesetzbuch IX - Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen. Kommentar*, Beck: München 2010
- A. Nicolai, aant. 5 bij § 80 BetrVG in: H. Hess e.a. (red.), *Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz*, Luchterhand: München 2003
- W. Ost, G. Mohr en M. Estelmann, *Grundzüge des Sozialrechts*, Franz Vahlen: München 1998
- U. Preis in: R. Müller-Glöge, I. Schmidt, U. Preis, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, Beck: München 2011
- R. Richardi, 'Arbeitsrecht als Teil der sozialen Ordnung' in: R. Richardi en O. Wlotzke (red.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Band 1, Beck: München 2000
- R. Richardi, *Arbeitsgesetze*, Beck: München 2011
- *Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit und die Maßnahmen zur stufenweise Wiedereingliederung*, 1 januari 2004 (AU-Richtlinien)
- R. Schlenker, 'Geschichte und reformperspektiven der gesetzlichen Krankenkassen' in: B. Schulin (red.), *Handbuch des Sozialversicherungsrechts* Band 1, Krankenversicherungsrecht, Beck: München 1994
- B. Schmidt in: R. Richter (red.), *Rehabilitationsrecht*, Nomos: Baden-Baden 2008
- B. Schmidt, *Sozialversicherungsrecht in der arbeitsrechtlichen Praxis*, Beck: München 2013

-
- B. Schulin, *Sozialgesetzbuch*, Beck: München 2009
 - J. Seiler en L. Sparty, *Rehabilitationseinrichtungen in der Bundesrepublik Deutschland und in West-Berlin*, Kohlhammer: Stuttgart 1960
 - V. Subatzus, *Das Fehlverhalten des Arbeitnehmers bei Arbeitsunfähigkeit*, (diss.) Verlag dr. Kovac: Hamburg 2007
 - G. Thüsing in: M. Henssler, H.J. Willemsen, H. Kalb, *Arbeitsrecht Kommentar*, Dr. Otto Schmidt: Köln 2010
 - U. Tschöpe, 'Krankheitsbedingte Kündigung und betriebliches Eingliederungsmanagement', *NZA* 2008, 398-400
 - R. Wank, aantekening IX. onder § 106 GewO in: P.J. Tettinger, R. Wank en J. Ennuschat, *Gewerbeordnung*, Beck: München 2011
 - J. Wasem, 'III. Gestaltungsprinzipien der gesetzlichen Krankenversicherung aus sozialpolitischer Sicht' in: B. Schulin (red.), *Handbuch des Sozialversicherungsrechts* Band 1, Krankenversicherungsrecht, Beck: München 1994
 - E. Wiedemann en E. Kunze, *Das neue Schwerbehindertenrecht*, Leitfadenverlag Dieter Sudholt: Assenhausen/Obb 1976
 - F. Welti, *Behinderung und Rehabilitation im sozialen Rechtsstaat. Freiheit, Gleichheit und teilhabe behinderter Menschen*, Mohr Siebeck: Tübingen 2005
 - F. Welti, 'Das betriebliches Eingliederungsmanagement nach § 84 Abs.2 SGB IX- sozial- und arbeitsrechtliche Aspekte', *NZS* 2006, 623
 - F. Wetzling en M. Habel, 'Betriebliches Eingliederungsmanagement und Mitwirkung des Mitarbeiters', *NZA* 2007, p.1130-1132
 - D. Zöllner, 'Ein Jahrhundert Sozialversicherung in Deutschland' in: *Schriftreihe für Internationales und Vergleichendes Sozialrecht*, band 6a, Duncker en Humblot: Berlin 1981

CURRICULUM VITAE

Mark Diebels (1968) studeerde in 1993 af in zowel het Nederlands recht als het Vrij doctoraal recht (studierichting sociaal recht) aan de Katholieke Universiteit Brabant in Tilburg. Vanaf 1995 werkt hij bij KZO|O13 Advocaten in Tilburg in een arbeidsrechtelijke praktijk, waar hij zich heeft toegelegd op arbeidsongeschiktheidszaken. Diebels staat daarin vooral werkgevers bij. Hij heeft de Grotiuspecialisatieopleiding arbeidsrecht afgerond en is onder meer lid van de Vereniging Arbeidsrechtadvocaten Nederland (VAAN). In de loop van de jaren heeft hij als (co-)auteur ongeveer twintig (jaar)boeken geschreven op arbeidsrechtelijk gebied met name gericht op P&O-ers. De bekendste daarvan zijn de *Praktijkgids Arbeidsrecht* en de *Kleine Gids voor het Nederlandse arbeidsrecht*.

