EEN TRIP LANGS DE HAGEN
van het socialezekerheidsrecht

EEN TRIP LANGS DE HAGEN
van het socialezekerheidsrecht

Liber amicorum voor prof. mr. J. Riphagen

Onder redactie van:
Mr. dr. drs. B.B.B. Lanting
Mr. dr. S.S.M. Peters
Prof. mr. M. Westerveld

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2011

© 2011 B.B.B. Lanting, S.S.M. Peters en M. Westerveld (red.) / Boom Juridische uitgevers

Omslagfoto: Dirk Gillissen

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

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

ISBN 978-90-8974-439-5
NUR 825

www.bju.nl

INHOUDSOPGAVE

LIJST VAN AFKORTINGEN vii

EEN TRIP LANGS DE HAGEN van het socialezekerheidsrecht 1

STELSEL IN BEWEGING

1 Verwijtbare werkloosheid en incentivering: two is company, three is none 5
Robert Knegt

2 Activerend sociaal recht, een rechtsgebied op het snijvlak 19
Mies Westerveld

3 Dynamiek en bescherming: waar liggen de grenzen? 35
Saskia Klosse en Saskia Peters

VOETANGELS EN KLEMMEN

4 De loonsanctie 51
Edith Franssen

5 Volg het spoor terug 65
Jaap van Slooten

6 Een gat in het vangnet 73
Willem Bouwens

RECHTSBESCHERMING

7 Nooit recht op WW na strafontslag? 85
Anita Damsteegt en Linda Lanting

8 De omvang van het geding en ongelijkheidscompensatie 103
Pieter Fluit

9 Schadevergoeding na arbeidsongeval en beroepsziekte 117
Wim Eshuis

SUPRANATIONALE NORMSTELLING, NATIONALE VORMGEVING

10 Grensoverschrijdend socialezekerheidsrecht: Nederland en het Hof van Justitie 135
Frans Pennings

11 Socialezekerheidsrecht en mededingingsrecht 149
Eddy Dijt

12 De internationaalrechtelijke grenzen van re-integratie 161
Malva Driessen

BIBLIOGRAFIE VAN JAAP RIPHAGEN 177

OVER DE AUTEURS 185

LIJST VAN AFKORTINGEN

AAW	Algemene Arbeidsongeschiktheidswet
Abbb	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur
ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State
Abw	Algemene Bijstandswet (1996)
AKW	Algemene Kinderbijslagwet
AOW	Algemene Ouderdomswet
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWBZ	Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten
AWW	Algemene Weduwen- en Wezenwet
BW	Burgerlijk Wetboek
CAO	Collectieve arbeidsovereenkomst
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CWI	Centrum voor Werk en Inkomen
EC	Europese Commissie
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschap
ECRM	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
EGB	Extra Garantieregeling Beroepsrisico's
EHRM	Europese Hof voor de Rechten van de Mens
ESH	Europees Sociaal Handvest
EVRM	Europees Verdrag van de Rechten van de Mens
EU	Europese Unie
FML	Functionele Mogelijkheden Lijst
HR	Hoge Raad
HvJ	Hof van Justitie
IAO	Internationale Arbeidsorganisatie
ILO	International Labour Organization
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en Politieke Rechten
IVESCR	Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
Mb-SZW	Maatregelenbesluit socialezekerheidswetten
Mw	Mededingingswet
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
OPS	Organisch Psycho Syndroom
PEMBA	Wet Premiedifferentiatie en marktwerking bij arbeidsongeschiktheid
RWW	Rijksgroepregeling Werkloze Werknemers
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid

SUWI	Wet Structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen
SZR	Socialezekerheidsrecht
SZW	Sociale Zaken en Werkgelegenheid
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
WAZ	Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekering Zelfstandigen
WGA	Werkhervatting Gedeeltelijk Arbeidsgeschikten
Wet REA	Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten
Wet WIA	Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen
WIJ	Wet Investeren in Jongeren
WMO	Wet maatschappelijke ondersteuning
Wulbz	Wet uitbreiding loondoorbetalingsverplichting bij ziekte
WVG	Wet Voorzieningen Gehandicapten
WW	Werkloosheidswet
WWB	Wet Werk en Bijstand
WWV	Wet Werkloosheidsvoorziening
Zvw	Zorgverzekeringswet
ZW	Ziektewet

EEN TRIP LANGS DE HAGEN
van het socialezekerheidsrecht

De carrière van Jaap Riphagen staat in het teken van combineren: van functies zowel als rechtsgebieden. Jarenlang combineerde hij het werk als rechter met dat van hoogleraar; jarenlang doceerde hij en sprak hij recht op de rechtsgebieden socialezekerheidsrecht en ambtenarenrecht. Combineren impliceert het verkennen van scheidslijnen, een kenmerk van het werk van Jaap. Die verkenning is een zoektocht naar verbinding, maar kan ook tot een pleidooi voor aanscherping van de grenzen leiden. Op die verkenningstocht stuit men nu eens op rechtsgebieden waartussen ondoordringbare hagen zijn opgetrokken, dan weer op gebieden die door meer open heggetjes zijn omzoomd, waar een blik op wat er aan de andere kant gaande is heel wel mogelijk is of zelfs wordt aangemoedigd.
Socialeverzekeringsrecht hoort tot deze laatste categorie. Zonder te willen treden in het mijnenveld van de definiëring, stellen we vast dat socialeverzekeringsrecht als rechtsgebied ligt ingeklemd tussen aan de ene kant het arbeidsovereenkomstenrecht en aan de andere het socialevoorzieningenrecht. En tussen deze buurlanden is vanouds een levendig verkeer gaande van taal, uitgangspunten en gedachtevorming. De discussie over ontslagrecht en WW moge actueel lijken, zij is al zo oud als het bestaan van de WW.
Op vrijwel alle deelgebieden van het socialezekerheidsrecht zien we door de wetgever gecreëerde of door de rechter geïnitieerde vormen van doorwerking en zien we dwarsverbanden ontstaan of juist door de wetgever worden doorgesneden. De geslotenheid van de grenzen varieert in de jaren als die van hagen in de seizoenen. Bij een raadpleging van Jaap's publicatielijst komen haast vanzelf woorden op als aansluiting, grensvlak, doorwerking en dwarsverband. Het was voor de diverse amici die dit liber hebben volgeschreven dan ook niet zo moeilijk zich door dit thema te laten inspireren. Daarbij hebben zij zich laten leiden door uiteenlopende invalshoeken. Wij hebben deze teruggebracht tot vier thema's.

Onder de noemer *Stelsel in beweging* gaan Robert Knegt, Mies Westerveld, Saskia Klosse & Saskia Peters in op wat misschien het meest actuele thema van het socialezekerheidsrecht is, de juridische vormgeving van het beleidsadagium 'werk boven inkomen'. Knegt (Verwijtbare werkloosheid en incentivering) bespreekt het dilemma van de overheid die zich heeft voorgenomen op afstand te blijven teneinde met een juiste dosering van prikkels een proces van zelfsturing op gang te houden. De aanduiding 'dilemma' laat zien dat hier een probleem speelt: incentivering lijkt eerder te moeten leiden tot intensivering dan

tot de beoogde afzijdigheid. Westerveld (Activerend sociaal recht) beschrijft de ontwikkelingen in de wetgeving op het terrein van arbeid en ziekte in achtereenvolgens het arbeidsrecht, het socialeverzekeringsrecht en het bijstandsrecht. Zij stelt vast dat hier een eigen rechtsterrein is ontstaan dat om een consistente vormgeving vraagt. En Klosse & Peters (Dynamiek en bescherming) stellen zich de vraag of bij een beleidsadagium 'werk boven inkomen' het streven naar activering per definitie de bescherming van de werknemer aantast. Aan de hand van recente wijzigingen in de WW wordt onderzocht of hierin een nieuw evenwicht kan worden c.q. is gevonden.

Fundamentele wijzigingen in de sociale zekerheid gaan vaak gepaard met kinderziektes en soms met welhaast onbehandelbare aandoeningen. Deze problematiek staat centraal in het tweede deel, getiteld *Voetangels en klemmen*. Edith Franssen (De loonsanctie) bespreekt het – vaak bekritiseerde en al even zoveel malen aangepaste – instrument van de verlengde loondoorbetalingsplicht voor de werkgever die niet loyaal aan het door de overheid beoogde proces van zelfsturing meewerkt. Net als diverse auteurs voor haar, betoont zij zich kritisch jegens dit middel. Er kleven nog steeds de nodige onvolkomenheden aan, zo luidt haar conclusie, en deze zijn ten dele te herleiden tot een gebrekkige aansluiting van het socialezekerheids-1recht, het arbeidsrecht en het bestuursrecht. Jaap van Slooten (Volg het spoor terug) ontrukt aan de vergetelheid dat het Jaap Riphagen was, die de aandacht vroeg voor een lacune in de arbeidsrechtelijke bescherming na 'Roovers/De Toekomst', één van de oeruitspraken over het recht op re-integratie. Van daaruit maakt hij een sprong naar het hier en nu. Net als Riphagen destijds, signaleert hij een tekortkoming in het bestaande systeem en, eveneens net als Riphagen, schuwt hij het aanreiken van de zijns inziens best denkbare oplossing niet. Hij eindigt zijn bijdrage met een citaat van de emeritus dat we hier niet zullen verklappen. Willem Bouwens (Een gat in het vangnet) sluit de reeks af met de signalering van een leemte in het systeem van inkomensbescherming van zieke werknemers. Werknemers die na twee jaar loondoorbetaling bij de eigen werkgever re-integreren in passend werk en vervolgens weer ziek worden, kunnen op een zeker moment qua sociale bescherming tussen wal en schip vallen. Hun werkgever betaalt niet meer, hoeft dat ook niet, het UWV (lees: de vangnetregeling) geeft eveneens niet thuis. Hier lijkt ingrijpen door de wetgever geboden, aldus Bouwens.

Deel drie van de rondleiding staat in het teken van *Rechtsbescherming*. Anita Damsteegt & Linda Lanting (Nooit recht op WW na strafontslag?) behandelen de rechtspositie van de ontslagen ambtenaar na het (nagenoeg) verdwijnen van de haag tussen het ambtenarenrecht en het reguliere socialezekerheidsrecht. De aansluiting tussen het ontslagrecht en het werkloosheidsrecht ligt de emeritus

vanouds na aan het hart, zo stellen zij vast. Het was namelijk het onderwerp van zijn in 1985 verschenen dissertatie, getiteld 'Ontslag en het recht op WW-uitkering'. In hun bijdrage bespreken zij een aantal rechtsvragen met betrekking tot de aansluiting tussen de WW en het ambtenarenrecht dat zich na strafontslag van een ambtenaar kan voordoen en waarover de rechter zich nog niet heeft uitgesproken. Nu Jaap als rechter nog volop actief is, zouden deze vragen op een zeker moment zomaar bij hem ter behandeling kunnen komen. Mocht dat gebeuren, dan is de cirkel daarmee op een mooie manier rond. Pieter Fluit en Wim Eshuis gaan in op onderdelen van de sociale zekerheid waar de rechtsbescherming tekortschiet. Fluit (De omvang van het geding en ongelijkheidscompensatie) signaleert een kloof tussen burger en toegang tot recht als gevolg van het complexe bestuursprocesrecht, de formele invulling van rechtsregels door de bestuursrechter en het feit dat burgers hun geschillen zonder procesvertegenwoordiging aan de rechter kunnen voorleggen. Hij stelt vast dat zonder corrigerende maatregelen van de kant van de wetgever de ongelijkheidscompensatie ernstig in het geding is. Eshuis (Schadevergoeding na arbeidsongeval of beroepsziekte) bespreekt de positie van werkenden die zijn getroffen door een bedrijfsongeval of beroepsziekte en die de daardoor geleden schade gecompenseerd willen zien. Ook zijn analyse luidt dat er gaten zitten in de rechtsbescherming en ook hij draagt voor dit tekortschieten een mogelijke oplossing aan.

Na de rondleiding door de binnentuin is het tijd voor een blik over de veel hogere nationale hagen. Sociale zekerheid wordt vanouds gerekend tot de nationale soevereiniteit, waar ingevolge het subsidiariteitsbeginsel 'Europa' niets te zoeken heeft. Dit uitgangspunt is echter eerder een vrome wens van de politiek dan de juridische werkelijkheid. Dat neemt niet weg dat de nationale hagen rond het socialezekerheidsrecht niet alleen hoger zijn, maar ook dichter aangeplant dan de veel lossere afscheidingen tussen de nationale rechtsgebieden. En als er al eens een schaar in de haag wordt gezet, gebeurt dat eerder van buitenaf (EU-regelgeving) of door de nationale rechter, dan door de nationale wetgever. Onder de noemer *Supranationale normstelling, nationale vormgeving* gaat Frans Pennings (Grensoverschrijdend socialezekerheidsrecht: Nederland en het Hof van Justitie) in op de bemoeienis van het EU-Hof met de werknemersverzekeringen, waarbij hij zich beperkt tot het thema coördinatie. Echte botsingen hebben zich hier niet voorgedaan, aldus Pennings. Wel vergt de jurisprudentie van het Hof steeds meer kennis van zaken, creativiteit en dus ook bijscholing, zowel van uitvoeringsinstanties als van rechters die met grensoverschrijdende geschillen geconfronteerd worden. Het lijkt ons – de bijdrage van Fluit indachtig – geen gek idee in die bijscholing ook de diverse procesgemachtigden te betrekken. Eddy Dijt (Socialezekerheidsrecht en

mededingingsrecht) bespreekt de relevantie voor de sociale zekerheid van het (Europese) mededingingsrecht. Beide rechtsgebieden raken elkaar op het moment dat de overheid onderdelen van de uitvoering naar de markt brengt, zoals in de jaren negentig is overwogen ten aanzien van de werknemers-verzekeringen en zoals daarna is gebeurd is met de verplichte ziektekosten-verzekeringen. Centraal in zijn bijdrage staat de vraag wanneer uitvoerders van dit type arrangementen worden aangemerkt als 'onderneming', wanneer ze 'economische activiteiten' ontwikkelen en welke consequenties daar dan aan verbonden zijn. Malva Driessen (De internationaalrechtelijke grenzen van re-integratie) sluit het onderdeel af met een inventarisatie van de grenzen die het recht stelt aan de beleidsvrijheid bij het stellen van regels aan werkzoekenden. Haar bijdrage richt zich op twee regelingen aan de onderkant van de arbeids-markt, de Wet Werk en Bijstand en de Wet Investeren in Jongeren. Het belang van deze inventarisatie gaat verder dan de twee door haar geselecteerde regelingen. Het raakt tevens aan de plannen van het kabinet-Rutte om alle regelingen aan de onderkant van de arbeidsmarkt – ook de Wajong en de WSW – om te bouwen tot één raamwet à la de WWB.

Een liber amicorum komt niet alleen tot stand door vrienden die een inhoudelijke bijdrage leveren en een redactie die deze beoordeelt en vervolgens indeelt. De redactie bedankt Astrid Ornstein, office manager van het Hugo Sinzheimer Instituut en Sakina Kodad, studentenassistent bij de Leerstoelgroep Arbeidsrecht en Socialezekerheidsrecht, beiden van de Universiteit van Amsterdam, voor het vele werk dat zij hebben verricht om het boek drukklaar te maken. De redactie bedankt Sakina Kodad bovendien voor het samenstellen van de bibliografie van Jaap Riphagen én voor haar titelidee.

Linda Lanting
Saskia Peters
Mies Westerveld

1 Verwijtbare werkloosheid en incentivering: two is company, three is none

Robert Knegt

Responsabilisering, intencivering en gedragseisen bij werkloosheid

Op verschillende gebieden van overheidsbeleid is sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw een ontwikkeling op gang gekomen van decentralisering en decollectivering, van het overdragen van bevoegdheden maar bovenal van verantwoordelijkheden naar lagere organisatieniveaus en naar de burgers zelf. Binnen het bestek van deze bijdrage kan deze ontwikkeling kortweg in verband worden gebracht met beperkingen van de fiscale mogelijkheden van de staat sinds de economische teruggang die de tweede helft jaren zeventig inzette, met verloren vertrouwen in de 'maakbaarheid van de samenleving' en met de door de neoliberale economie geïnspireerde beleidsagenda die het overheidsbeleid van de laatste twee decennia in de greep heeft. Het lijkt erop dat de overheid zich aanpast door pragmatischer te worden en haar pretenties naar beneden bij te stellen (managementperspectief; 'de boel een beetje bij elkaar houden'), maar tegelijkertijd moralistischer wordt ten opzichte van de burgers ('normen en waarden', rookverbod, belemmeren van prepensioen). Beide processen brengen mee dat de overheid verantwoordelijkheid als het ware retourneert naar de burgers. Garland heeft voor de daarbij behorende overheidsstrategie, in de context van het veiligheidsbeleid, de term 'responsabilisering' geïntroduceerd.[1] Deze strategie bestaat er kort gezegd in dat de overheid nog slechts stuurt op de voorwaarden, maar de uitvoering aan decentrale organen, private organisaties of de burgers zelf overlaat. Dit sturen baseert zich veelal op een beleidstheorie die neo-liberaal is geïnspireerd en er vanuit gaat dat een juiste ordening van *incentives*, van positieve en negatieve prikkeling van het eigenbelang van burgers, een in hoge mate zelfsturend proces in gang kan houden waarbij van rechtstreeks overheidsingrijpen kan worden afgezien.

Ook op het beleidsterrein van de sociale zekerheid is die ontwikkeling duidelijk zichtbaar. Pregnant voorbeeld zijn de sinds de jaren negentig in Nederland doorgevoerde herzieningen van de regelingen met betrekking tot ziekte en arbeidsongeschiktheid van werknemers. Het ontwerp van die herzieningen is er telkens op gericht betrokkenen te 'prikkelen' om zich zo te gedragen dat het 'volume' van arbeidsongeschiktheid zou worden teruggebracht.[2]

In de sancties die voor dat 'prikkelen' worden gebruikt, kunnen we twee typen onderscheiden:

---

1 D. Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago: Chicago University Press, 2001.

2 Zie over de achtergrond van de herzieningen: P.S. Fluit, *Verzekeringen van solidariteit,(diss. Amsterdam UvA)*, Deventer: Kluwer 2001.

1. *retrospectieve* sancties: gedrag van betrokkenen dat voorafgaat aan, en in oorzakelijk verband wordt gezien met het uitvallen van een werknemer uit het arbeidsproces wordt van een negatieve sanctie voorzien
2. *prospectieve* sancties: inspanningen van betrokkenen die moeten bijdragen aan een adequate heropname in het arbeidsproces, worden beloond of het achterwege blijven van die inspanningen wordt negatief gesanctioneerd.

Het in 1992 geïntroduceerde bonus-malussysteem combineerde beide typen sancties.[3] Een werkgever kreeg een bonus als hij een arbeidsongeschikte werknemer aan werk hielp. De meest omstreden sanctie, de malus, bestond in een extra premiebetaling die aan een werkgever werd opgelegd in geval een van zijn werknemers aangewezen raakte op een arbeidsongeschiktheidsuitkering; zij voldoet daarmee aan de kenmerken van een retrospectieve sanctie. De Wulbz en de Wet verbetering poortwachter hebben prospectieve sancties geïntroduceerd die moeten bevorderen dat werkgevers en werknemers zich gezamenlijk inspannen voor re-integratie van door arbeidsongeschiktheid uitgevallen werknemers.[4] Daartoe zijn onder meer de financiële lasten van het uitvallen van een werknemer voor een aanzienlijk deel 'geprivatiseerd' en bij de werkgever gelegd.[5]

Bij deze maatregelen zien we dat de mate van collectivering afneemt en de mate waarin gedragseisen aan burgers worden gesteld toeneemt. Ook ten aanzien van de WW kunnen deze trends worden vastgesteld. Opeenvolgende aanscherpingen van de voorwaarden en van de referte-eis passen in de trends van decollectivering en van sterkere 'prikkeling' via prospectieve sancties (wie geen ander werk vindt, valt eerder terug op de bijstand) en tot 1999 ook via retrospectieve sancties (strengere voorwaarden aan het gedrag van de werknemer voorafgaand aan ontslag). Men zou verwachten dat de strategie van responsabilisering op alle gebieden tot een versterking van de voorwaardelijkheid van uitkeringen en tot een ruimer gebruik van prikkels en sancties zou leiden. Maar juist de retrospectieve sancties lijken *niet* door deze trend te worden gedragen. Tegen de malus rees veel verzet van werkgevers dat, in combinatie met een aantal moeilijk op te lossen juridische problemen, ertoe heeft geleid dat deze sanctie na korte tijd al weer is afgeschaft.[6] En in 1999 zowel als in 2006 werden wijzigingen doorgevoerd die inhielden dat de 'verwijtbaarheid' van werkloosheid werd ingeperkt en in *mindere* mate eisen

---

3 Onderdeel van de Wet TAV, van kracht geworden op 1 maart 1992.

4 Wulbz: *Stb*. 1996, 134; haar strekking werd uitgebreid door de Wvlz: *Stb*. 2003, 555; Wvp: *Stb*. 2001, 628.

5 R. Knegt & M. Westerveld, 'Sickness and disability: going Dutch as a cure for a "Dutch disease"', in: R. Knegt (ed.), *The Employment Contract as an Exclusionary Device*. Antwerpen – Oxford – Portland: Intersentia 2008, p. 75-100.

6 R. Knegt, 'Ten halve gekeerd: de "malus" als financieel instrument ter preventie van arbeidsongeschiktheid', in: P. de Jong, e.a. (ed.), *Arbeid, recht en risico*, Amsterdam: SISWO 1995, p. 55-70.

werden gesteld aan het gedrag van werknemers dat voorafging aan het ontstaan van hun werkloosheid.[7] Hoe kunnen we deze paradox begrijpen?
In deze bijdrage wordt getracht daarop een antwoord te vinden langs twee wegen. Ten eerste wordt systematisch voortgebouwd op beschouwingen die Riphagen aan de relatie tussen ontslagrecht en werkloosheidswet heeft gewijd. En ten tweede wordt vanuit een breder historisch perspectief nagegaan in hoeverre in de gedragseisen die in verband met aanspraken op een uitkering aan werknemers worden gesteld sprake is van continuïteit dan wel van verandering. In hoeverre en in welke gedaante zijn die gedragseisen ook in vroegere arrangementen terug te vinden en hoe kunnen veranderingen in die eisen vanuit dat historisch perspectief worden begrepen en verklaard?

Verwijtbare werkloosheid

In veel van de juridische regelingen die voorzien in inkomensvervangende uitkeringen in geval van werkloosheid wordt de werknemer die "niet onvrijwillig" dan wel "verwijtbaar" werkloos is, geheel of gedeeltelijk van het recht op uitkering uitgesloten. In zijn dissertatie uit 1985 wierp Riphagen onder meer de vraag op naar de juridische ratio van de sancties die de werknemer in verband daarmee worden opgelegd.[8] Hij wijst een aantal denkbare grondslagen gemotiveerd af en vindt uiteindelijk het antwoord in de verantwoordelijkheid van de overheid in zijn *collecterende* functie in de sociale zekerheid: ten opzichte van het collectief van hen die premies opbrengen is elke verzekerde gehouden een nodeloos beroep op gebruik van het collectief fonds te voorkómen en het is de overheid, tussengeschakeld als uitvoeringsinstantie, die de verzekerde zonodig met sancties op die plicht moet wijzen. De eis van "niet-onvrijwilligheid" (in de formulering van de toenmalige WW) vormt dus een scharnierpunt tussen het individuele belang van een adequate uitkering in geval van weggevallen looninkomsten en het collectieve, huishoudelijke belang schaarse inkomsten te verdelen naar de 'echte' behoeften van deelnemers in het collectief.
Of we nu de vroegere WW-term "niet onvrijwillig" of de huidige term "verwijtbaar" gebruiken, duidelijk is dat de vooronderstelling van de wetgever die is van een ruimte waarin een werknemer vrijelijk al dan niet tot een bepaald handelen kan besluiten. Op grond van de aanname van die vrijheid kunnen de consequenties van dat handelen hem of haar ook worden toegerekend. Op deze

---

7 In 1999 werd in art. 24 lid 3 WW opgenomen dat er in geen geval sprake is van verwijtbaarheid als een ontslagvergunning is verleend op basis van een aanvraag op uitsluitend bedrijfseconomische gronden; per 1 oktober 2006 werd bij wijziging van de WW, *Stb.* 2006, 303 de notie 'verwijtbaar' praktisch beperkt tot het zonder noodzaak zelf ontslag nemen dan wel gedrag vertonen dat voor de werkgever een grond zou kunnen zijn voor ontslag op staande voet. Zie ook nader hierover "Verwijtbare werkloosheid" van deze bijdrage.

8 J. Riphagen, *Ontslag en het recht op werkloosheidsuitkering*, Deventer: Kluwer 1985, i.h.b. p. 49-58.

formele hoofdregel zijn vervolgens uitzonderingen van materiële aard mogelijk: als bijvoorbeeld voor een werknemer geldt dat "aan voortzetting van de dienstbetrekking voor hem zodanige bezwaren zijn verbonden dat deze voortzetting redelijkerwijs niet van hem zou kunnen worden gevergd" (art. 24 lid 2 sub b WW), dan wordt de 'verwijtbaarheid' van zijn actieve of passieve medewerking aan beëindiging van de arbeidsovereenkomst daardoor opgeheven.
De verbinding met het collectief belang van de premiebetalende deelnemers in het fonds resulteert dus in collectieve voorwaarden die aan het gedrag van verzekerden worden gesteld. Wil dit nu zeggen dat we het bij "niet-onvrijwillige" of "verwijtbare werkloosheid" in feite altijd hebben over *morele schuld* van de werknemer aan zijn of haar situatie van werkloosheid? Dat is niet het geval. Soms zijn de criteria op grond waarvan een recht op uitkering wordt onthouden van louter administratieve aard. Een pregnant, zij het gedateerd voorbeeld daarvan is de situatie van vrouwen in de jaren vijftig die na hun huwelijk niet meer geacht werden betaald werk buitenshuis te verrichten en door hun werkgever na hun huwelijk mochten worden ontslagen. De rechter achtte de huwende vrouw "niet onvrijwillig werkloos" omdat zij immers had kunnen voorzien dat de daad van het aangaan van een huwelijk voor haar werkgever aanleiding zou kunnen zijn haar te ontslaan.[9] Van een morele afkeuring van de daad die tot beëindiging van de arbeidsverhouding heeft geleid, is dan geen sprake.
In de in 1952 in werking getreden WW noch in verwante wetten uit het midden van de jaren zestig WWV, RWW werd het begrip "niet onvrijwillig werkloos" nader gedefinieerd; aangenomen werd dat invulling daarvan aan de uitvoeringsinstanties en de rechtspraak kon worden overgelaten.[10] Blijkens de jurisprudentie die sinds de jaren vijftig is ontwikkeld, zijn er in hoofdzaak twee criteria voor de 'niet-onvrijwilligheid' van werkloosheid:

1. een in het gedrag gelegen grondslag voor beëindiging: er is sprake van een handelen of nalaten van de werknemer dat voor de werkgever een erkende, en door de werkgever ook als zodanige aangevoerde grond is voor beëindiging van de dienstbetrekking;
2. geobjectiveerde voorzienbaarheid: de (gemiddelde) werknemer had redelijkerwijs kunnen en moeten begrijpen dat zijn gedrag grond zou kunnen vormen voor beëindiging van de dienstbetrekking.

Als aanvulling op beide criteria geldt dat het *ontbreken* van schuld alsnog tot het oordeel 'onvrijwillig' kan leiden, namelijk als (1) er geen 'vrije wil' was in het handelen van de werknemer waarop de werkgever zijn beslissing tot beëindiging van de dienstbetrekking heeft gebaseerd, of (2) de werknemer niet had kunnen of behoren te voorzien dat zijn gedrag voor de werkgever aanleiding zou kunnen zijn tot beëindiging over te gaan.[11]

---

9 CRvB 6 januari 1953, *AB* 1953, 43.

10 In die zin expliciet de MvT bij het voorontwerp-Romme van 1938; vgl. Wittert van Hoogland, *Parlementaire geschiedenis der sociale verzekering*, dl. II, p. 516v.

11 Riphagen (1985, 34) onderscheidt drie elementen en formuleert deze in termen van oorzaak en gevolg: (1) causaal verband tussen het handelen/nalaten van de werknemer en

In vergelijking daarmee legt de nieuwe WW sinds 1987 in haar terminologie ("zich verwijtbaar gedragen") en aanvankelijk ook in haar bepalingen veel sterker nadruk op de verantwoordelijkheid van de werknemer voor allerlei gedragingen die van invloed kunnen zijn op (de omvang van) het beroep dat op de WW-fondsen wordt gedaan. Zowel de oude als de nieuwe WW kennen gedragingen die worden gekwalificeerd als het "benadelen van de werkloosheidsfondsen" en om die reden leiden tot sancties. Als we alle gedragingen (juridisch gesproken: zowel handelen als nalaten) die vóór 1999[12] tot sancties kunnen leiden samennemen – en opnieuw proberen in de omschrijving causale termen te vermijden – dan kunnen we onderscheid maken tussen gedragingen die:

(a) *voor de werkgever een erkende grond opleveren voor (eenzijdige) beëindiging:*
gedrag vertonen (1) waarvan de aard zodanig is dat de werknemer had moeten begrijpen dat de werkgever daarin een legitieme grond kon vinden voor beëindiging van de dienstbetrekking en (2) dat in voldoende mate voortkomt uit handelingsvrijheid van de werknemer om de consequenties van dat gedrag voor rekening van de werknemer te laten komen;

(b) *een eigen bijdrage leveren aan het beëindigen van de arbeidsverhouding:*
zelf beëindigen, of actief dan wel passief (door onvoldoende op te komen tegen een door de werkgever geïnitieerd ontslag of door een aangeboden nieuw contract niet te aanvaarden) meewerken aan beëindiging van de dienstbetrekking zonder dat aan voortzetting ervan zodanige bezwaren zijn verbonden dat die voortzetting redelijkerwijs niet van de werknemer zou kunnen worden gevergd;

(c) *ertoe bijdragen dat de toestand van werkloosheid niet via het verrichten van ander werk wordt opgeheven:*
werkloos zijn en in onvoldoende mate trachten passende arbeid te verkrijgen, te aanvaarden of te behouden.

Voor alle drie de categorieën van gedragingen geldt dat werknemers, in verband met hun (eventueel) beroep op het collectief fonds en dus vanuit een potentiële of al gerealiseerde positie van afhankelijkheid, aan gedragsregels worden onderworpen. Als we bovenstaande voor sanctionering vatbare gedragingen een slag draaien en ze in positieve gedragseisen omzetten, dan kan de drieledige opdracht aan werknemers als volgt worden samengevat:

(a) *goed gedrag*: elke werknemer moet zich binnen een door een arbeidsovereenkomst bezegelde arbeidsverhouding als een 'goed werknemer' gedragen;

(b) *voorkómen* van werkloosheid: als een werknemer een aanspraak op WW eventueel geldend zou willen maken, behoort die werknemer zich in te zetten voor behoud van het bestaande dienstverband, ook als zijn/haar werkgever een voornemen tot beëindiging van dat dienstverband kenbaar maakt, en zo nodig de beschikbare juridische middelen daarvoor in te zetten;

---

het ontslag; (2) verwijtbaarheid van dat handelen/nalaten, en (3) de voorzienbaarheid van ontslag als gevolg van het handelen/nalaten. Ook al wordt de causaliteit in een juridisch kader geplaatst (adequatietheorie), zij lijkt mij hier minder op zijn plaats waar het gaat om een intern-juridisch vertoog over de legitimiteit van rechtshandelingen. Het tweede element is niet constitutief voor het 'niet onvrijwillig' karakter (vgl. de in de hoofdtekst genoemde casus van de 'huwende vrouw').

12 Zie noot 7.

(c) *opheffen* van werkloosheid: een werkloos geworden werknemer die aanspraak op WW wil geldend maken of behouden, behoort zich in te spannen om via ander werk weer zelf in zijn of haar levensonderhoud te kunnen voorzien.

Bij de eerste twee categorieën gaat het om eisen ten aanzien van gedrag binnen het kader van de arbeidsverhouding. Als criteria voor het geldend kunnen maken van WW-aanspraken zien zij vanuit het moment van beoordeling retrospectief op het voorafgaand gedrag van een werkloos geworden werknemer. In de omgekeerde richting kunnen en zullen veel werknemers, zich bewust van de risico's van ontslag, anticiperen op deze beoordeling waaraan hun handelen op enig moment onderworpen zou kunnen worden. Daardoor is het disciplinerend effect van deze eisen breed: het raakt niet alleen werknemers die hun baan kwijtraken maar strekt zich uit over alle werknemers die in een situatie van werkloosheid terecht *zouden kunnen* komen. Voor de laatste categorie ('opheffen') geldt dat de gedragseisen alleen van toepassing zijn als die situatie daadwerkelijk is ingetreden; zij zijn niet op gedrag in het verleden georiënteerd maar op de inspanningen voor de toekomst van het vinden van ander werk.

Nog een paar kanttekeningen zijn hier van belang. De gedragsregels onder (a) ('goed gedrag') staan relatief los van de specifieke context van de werkloosheidsverzekering. Gedragingen die op zich niet moreel verwerpelijk hoeven te zijn, maar op grond van het recht consequenties hebben voor het voortbestaan van de arbeidsverhouding hebben, voor zover die consequenties legitiem aan de werknemer kunnen worden toegerekend, *ook* gevolgen voor het recht op werkloosheidsuitkering.

Voor de gedragsregels onder (b) ('voorkómen') is dat anders. Op zich is er immers niks mis mee als werknemers met inachtneming van de juiste termijnen een arbeidsovereenkomst beëindigen, integendeel: de vrijheid daartoe is een essentieel onderdeel van de liberale conceptie van de arbeidsmarkt. Daar komt nog bij dat het bereiken van een grotere mate van arbeidsmobiliteit zelfs een belangrijke doelstelling is van het arbeidsmarktbeleid van vele opeenvolgende Nederlandse regeringen. Waar komt dan de wat conservatieve strekking van de gedragsregels onder (b) uit voort? Zij hangt enerzijds samen met het geldende ontslagrecht, dat aan eenzijdige beëindiging voorwaarden stelt waaronder die van een deugdelijke motivering van de noodzaak daartoe, anderzijds komt zij voort uit de principes met betrekking tot de huishouding van de werkloosheidsfondsen.

De rol die het ontslagrecht hier speelt, illustreert opnieuw de driehoeksverhouding tussen werkgevers, werknemers en overheid die op zoveel terreinen van regulering van arbeidsverhoudingen een bestendige rol speelt. 'Two is company, three is none' is een bekende tegeltjeswijsheid die het risico aanduidt dat in een drievoudige figuratie twee samenspannen tegen de derde. Dat risico is ook hier relevant: als werkgevers en werknemers hun vrijheid op de arbeidsmarkt ten volle zouden kunnen benutten en als werknemers na elke beëindiging zonder meer een beroep op de werkloosheidsfondsen zouden kunnen doen, dan zouden de financiële lasten van de beslissing tot beëindiging voor een groot deel bij de fondsen, voor een kleiner deel bij werknemers en

(vrijwel) niet bij werkgevers worden gelegd. Dat zou alleen al uit huishoudelijk oogpunt onwenselijk zijn: het totale beroep op de fondsen zal daardoor groter zijn dan wanneer gedragsregels van het type (b) relevant zijn voor uitkeringsrechten en ook zouden zowel de premies als de maatschappelijke kosten van de werkloosheidsverzekering dus hoger zijn. Maar het zou ook onwenselijk zijn vanuit het oogpunt van handhaving van het ontslagrecht; immers, ook als de werkgever in zijn beslissing tot beëindiging niet voldoet aan de voorwaarden en motiveringseisen die in het ontslagrecht worden gesteld, zouden de financiële gevolgen van de beëindiging voor rekening van anderen dan de werkgever zijn. De overheid is, kortom, wel genoodzaakt werkloosheidsrecht en ontslagrecht aan elkaar te koppelen, wil zij niet het risico lopen door een collusie van werkgevers en werknemers buitenspel te worden gezet.

Maar die koppeling heeft wel een aantal curieuze en deels onvoorziene en ongewenste praktische gevolgen. Riphagen heeft gewezen op de eigenaardigheid dat op deze manier regels van ontslagrecht waarvan de *werkgever* de adressaat is, indirect worden gehandhaafd door de *werknemer* sancties op te leggen. Als bijvoorbeeld de uitkeringsinstantie een WW-aanspraak afwijst omdat een werknemer geen bezwaar heeft aangetekend tegen het onvoldoende gemotiveerde ontslag dat zijn werkgever hem heeft gegeven, dan is het vreemd "dat de werknemer een sanctie krijgt opgelegd die in wezen haar grondslag vindt in een 'overtreding' die niet hij, maar zijn werkgever (…) heeft begaan, terwijl die sanctie afkomstig is van een instelling, die als zodanig niet de taak heeft om de naleving van de overtreden regel te waarborgen."[13]

De ongewenste praktische gevolgen van de regeling van de WW, zeker in de vorm waarin deze tot 1999 gold, bestaan daarin dat onnodige procedures worden uitgelokt, partijen in die procedures ertoe worden verleid hetzij 'met modder te gooien' hetzij de waarheid van hun conflict met de mantel der liefde te bedekken en beslissers in ontslagprocedures onder druk blijken te staan doordat ook zij ertoe neigen te anticiperen op de consequenties van de WW-besluitvorming voor de werknemer.[14] Werknemers brachten op advies van hun rechtshulpverleners in veel gevallen gewichtiger bezwaren in tegen ontslagvoornemens dan zij gezien de economische positie van het bedrijf of gelet op hun eigen positie in de te beëindigen arbeidsverhouding passend zouden vinden. Dit had tot gevolg dat Nederland een relatief groot aantal formele procedures kende met betrekking tot beëindiging van de arbeidsverhouding.

Daar is sinds 1999 verandering in gekomen. Eerst werd in 1999 vastgelegd dat als een werknemer de aanzegging krijgt van ontslag op bedrijfseconomische gronden, hij mag volstaan met een verklaring van geen bezwaar en dat UWV dan niet langer bevoegd is hem een sanctie op te leggen op grond van verwijtbaarheid (art. 24 lid 3 WW). Vervolgens zijn per 1 oktober 2006 de gedragseisen die hierboven onder (b) staan vermeld ('voorkómen') sterk ingeperkt: voortaan is binnen deze categorie alleen zelf ontslag nemen zonder

---

13 Riphagen a.w., 140.

14 Dit is uitgewerkt in: R. Knegt,'Verwijtbare werkloosheid: de Januskop van de WW', *SMA*, 2001-56, nr. 11/12, p. 546-554.

dat daar een dringende noodzaak toe is nog vatbaar voor een sanctie; de eis dat de werknemer zich met de beschikbare middelen moet verzetten tegen zijn ontslag is vervallen.
De praktische consequentie van deze wijziging van de WW is een wijziging van het ontslagrecht van een zodanig formaat als in de ontslagwetgeving politiek sinds 1953 niet meer mogelijk is gebleken. Zij opent namelijk – met als enige voorwaarde dat de werkgever het initiatief tot de beëindiging op zich neemt – de weg voor in onderling overleg te sluiten beëindigingsovereenkomsten, waarbij toetsing van het ontslagvoornemen door een externe instantie niet langer nodig is. Evenzeer als vroeger is het mogelijk dat werkgever en werknemer 'in company' UWV om de tuin leiden (door bijvoorbeeld wangedrag van de werknemer toe te dekken), maar zij hoeven de kantonrechter daar niet meer in te betrekken.
Deze opmerkelijke *vermindering* van de eisen waaraan werknemers moeten voldoen om voor WW in aanmerking te komen, is blijkens de Memorie van Toelichting bij het wijzigingsvoorstel vooral ingegeven door de wens een einde te maken aan de vele procedures die uitsluitend vanuit de vrees voor het verwijtbaarheidsoordeel van UWV worden gevoerd (de zogenaamde 'proforma-problematiek'). Hoewel de directe kosten voor de overheid ten gevolge van een toename van het aantal WW-uitkeringen niet af- maar toenemen, is vermindering van de totale maatschappelijke kosten een gewichtige reden om de proforma-procedures 'uit te bannen'.[15]

Een nieuw regiem?

Het voorgaande leidt tot een voorlopige, drievoudige conclusie. Er is een ontwikkeling in het overheidsbeleid die met de term 'responsabilisering' kan worden aangeduid: burgers worden in toenemende mate aangesproken op een actieve bijdrage aan het realiseren van maatschappelijke doelstellingen (veiligheid, gezondheid, een hoog niveau van arbeidsparticipatie). De middelen, ten tweede, die de overheid inzet om die aanspraak kracht bij te zetten, hebben in hoge mate het karakter van *incentives*: een structuur van 'prikkels', van positieve of negatieve sancties die geacht worden de gedragscondities van calculerende burgers zodanig voor te structureren dat die burgers vervolgens individueel die beslissingen nemen die bijdragen aan het realiseren van die doelstellingen. Deze *incentivering* van het overheidsbeleid brengt, ten derde, mee dat prospectieve sancties, waarmee toekomstgericht handelen wordt

---

15 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 370, nr. 3, p. 24-25. In mijn 'Januskop'-artikel (zie vorige noot) heb ik indertijd de totale besparingen op de maatschappelijke kosten, die door een beperking van de verwijtbaarheid gerealiseerd zouden kunnen worden, berekend op een jaarlijks bedrag van 180 miljoen gulden (± 85 miljoen euro). Daarin is nog *niet* verdisconteerd (want lastig te kwantificeren) de vermindering van de immateriële schade die partijen oplopen doordat zij tegen hun zin elkaar in juridische procedures moeten bevechten.

gestimuleerd, de voorkeur krijgen en retrospectieve sancties uit de gratie geraken.
In hoeverre vertegenwoordigen deze ontwikkelingen een breuk met overheidsstrategieën uit het verleden? Is hier sprake van een variatie op bestaande patronen of moet deze verandering als iets essentieel nieuws worden gekwalificeerd? Dit is een vraag waarvan een adequate beantwoording enige distantie vereist ten opzichte van de actualiteit. Daarom is het tijd ons blikveld te verbreden en aandacht te besteden aan de geschiedenis van de sociale zekerheid.

Collectieve arrangementen en gedragseisen

In de historiografie van het Nederlandse recht is het niet ongebruikelijk de geschiedenis van de sociale zekerheid pas laat in de tweede helft van de negentiende eeuw te laten beginnen, met de parlementaire discussies rond de Ongevallenwet 1901 of, als men zich niet tot wetgeving beperkt, met de oprichting van het eerste werkloosheidsfonds in 1862.[16] Dat sluit aan bij een geschiedopvatting waarin het begin van de negentiende eeuw als een soort liberale *Stunde Null* van contractuele vrijheid en gelijkheid wordt voorgesteld, die pas in de loop van de eeuw door de ontnuchtering van de ontdekking van economische ongelijkheid zou zijn gevolgd. Dit is een voorstelling van zaken die veel zegt over het perspectief van de historiografen, maar nauwelijks te verenigen is met de toenemende kennis die we hebben over vormen van organisatie op het terrein van arbeid en sociale zekerheid. Het lijkt alsof de retoriek van de omwentelingen rond 1800 ons nog steeds het zicht beneemt op alles wat in de voorafgaande periodes tot ontwikkeling is gebracht.
Wat daarmee op het terrein van de sociale zekerheid over het hoofd wordt gezien, is een lange traditie van onderlinge hulpfondsen, die deel uitmaakten van de associatieve organisatie van het arbeidsleven in een periode die zich in Nederland uitstrekte van de dertiende tot diep in de negentiende eeuw.[17] Op deze fondsen en op de vroege vormen van verzekering die daarop volgden, ga ik hieronder kort in.

---

16 In november 1862 werd in Amsterdam het Onderling Hulpfonds Boekdrukkunst opgericht dat te boek staat als de eerste werkloosheidsverzekering van Nederland. Zie J. van Genabeek, *Met vereende kracht risico's verzacht: de plaats van onderlinge hulp binnen de negentiende-eeuwse particuliere regelingen van sociale zekerheid.* Diss. VU, 1999, p. 135-6. Ongevallenwet: wet van 2 januari 1901, *Stb*. 1901, no. 1.

17 Van de ongeveer tweeduizend gilden waarvan in de Noordelijke Nederlanden het bestaan is gedocumenteerd, dateert de oudste uit 1264. Het oudste onderlinge hulpfonds is dat van het Dordtse timmerliedengilde (1387). Zie o.m. S.B. Bos, *"Uyt liefde tot malcander": onderlinge hulpverlening binnen de Noord-Nederlandse gilden in internationaal perspectief (1570-1820)*, (diss. Amsterdam VU), IISG, 1998; E.M.A. Timmer, *Knechtsgilden en knechtsbossen in Nederland: arbeidersverzekering in vroeger tijden*, (diss. Amsterdam UvA), Haarlem: Kleynenberg, 1913.

Bossen

In Nederland is binnen de context van de gildenstructuur het bestaan van zogenaamde 'bossen', associatieve fondsen ter compensatie van de gevolgen van ziekte, arbeidsongeschiktheid en overlijden, vanaf de zestiende eeuw goed gedocumenteerd. Gilden zorgen van oudsher voor ondersteuning van behoeftige leden (meesters). Gezellen, die wel onder de regels van de gilden vallen maar er geen volwaardig lid van zijn, gaan ertoe over associatieve verbanden te vormen met zo'n twintig tot honderd deelnemers. Zij kiezen en benoemen hun eigen fondsbeheerders. Vaak is lidmaatschap verplicht gesteld; die verplichting werd onder meer afgedwongen door een tot werkgevers gericht verbod gezellen die niet deelnamen in het fonds in dienst te nemen. Het verplichte karakter maakt het mogelijk één van de twee problemen van dit soort verzekeringen op te lossen: dat van de 'antiselectie' (vrijwillig verzekeren 'slechte' risico's zich eerder dan 'goede'); het tweede probleem, dat van het 'moreel risico' (wie zich verzekerd weet, wordt onachtzaam of helpt de voorwaarden voor uitkering intreden) is beheersbaar doordat de leden van de associatie elkaar kennen, vertrouwen en een oogje op elkaar houden.[18] Het fiat van de overheid draagt bij aan de handhaving van de regeling tegenover onwilligen en 'derden'.

Van de vele 'knechtsbossen' noem ik er hier slechts één als voorbeeld. Op 5 juni 1598 krijgen de hoedenmakersgezellen in Utrecht van de raad van de stad toestemming een 'bos' op te richten. De regeling houdt in dat alle knechts verplicht zijn wekelijks anderhalve stuiver in de gezamenlijk beheerde pot bij te dragen; een bedlegerige zieke ontvangt uit de pot wekelijks twee gulden en tien stuivers, is hij 'op gaande been' dan een gulden minder. Maar wie door 'moedwil' of 'vechten' gekwetst is geraakt, wordt uitgesloten van een uitkering.[19]

Met dit laatste zijn we terug bij het hoofdthema van deze bijdrage: gedragseisen die in het kader van zekerheidsarrangementen aan verzekerden/uitkeringsontvangers worden gesteld. Ten aanzien van de onderlinge hulpfondsen gelden die in twee instanties, bij de criteria voor toelating tot lidmaatschap van het fonds en bij de criteria voor toekenning van een uitkering uit het fonds. De toelatingscriteria getuigen deels van een vroeg actuarieel besef; zo werd aan aspirant-leden boven een bepaalde leeftijd hetzij geen toegang verleend, hetzij wel toegang verleend maar tegen een hogere premie of met een beperkter claimrecht.[20] Naast deze criteria gold soms de eis van een 'onbesproken levenswandel'.[21] En ten tweede vinden we morele gedragseisen terug in de uitsluitingsgronden: er wordt geen uitkering verstrekt als men niet kan werken

---

18 M. van Leeuwen, 'Vakbondszorg circa 1890-1960', in: J. van Gerwen & M. van Leeuwen (eds), *Studies over zekerheidsarrangementen*, Amsterdam/Den Haag: NEHA/VvV 1998, p. 625-635 (629).

19 Timmer, *a.w.*, p. 89.

20 Geen toegang bij een leeftijd boven resp. 30, 36, 40 of 50 jaar: vgl. Timmer, *a.w.*, p. 40, 69, 78, 109, 123, 129 en 136; pas een claimrecht na 7 of 10 jaar lidmaatschap: vgl. idem, p. 139 en 190.

21 Timmer, *a.w.*, p. 109 en 123.

ten gevolge van moedwil, dronkenschap, vechten, een venerische ziekte of een 'ontuchtig leven'.[22] Deze morele gedragseisen kunnen worden begrepen vanuit de onderlinge afhankelijkheden waarin mensen in beroepsmatige associatieve verbanden verkeren. Deze afhankelijkheden brengen mee dat gedrag als pijnlijk wordt ervaren wanneer onvoldoende beheersing de interne vreedzame co-existentie binnen de groep in gevaar brengt of – in die tijd minstens zo belangrijk – de externe reputatie van de groep binnen de stedelijke omgeving schaadt.[23] Collectieve regelingen bieden gelegenheden tot disciplinering van zulk ongewenst gedrag en worden daarvoor dan ook gebruikt. Zij zijn tevens uiting van een streven naar respectabiliteit van ambachtslieden die niet het risico wilden lopen afhankelijk te worden van de armenzorg en die zich met zo'n regeling wisten te onderscheiden van hun lotgenoten.[24]
Vanuit het perspectief van de ontwikkeling van het recht is hier van belang dat morele normen in de context van de gemeenschappelijke uitkeringsregelingen de juridische vorm krijgen van in stedelijke keuren neergelegde uitsluitingsgronden. Daarbij wordt in het juridisch vertoog een causale relatie gelegd tussen kwaadwillig of onbeheerst handelen en het ontstaan van de toestand dat men niet in staat is via werk in het eigen levensonderhoud te voorzien. De sancties zijn retrospectief; er wordt niet gerefereerd aan inspanningen gericht op hervatten van het werk. Vaak waren leden overigens verplicht een uitkering uit het fonds te aanvaarden, kennelijk om schroom of 'scheve ogen' ten aanzien van een beroep op het fonds tegen te gaan.[25]

Ondernemingsfondsen
Hoewel de afschaffing van de gilden in de periode 1799-1819 niet onmiddellijk het einde betekent van het bestaan van de gemeenschappelijke fondsen, raken vele in de problemen, onder andere door het wegvallen van het verplichte lidmaatschap en door de concurrentie van private, zogenaamde 'directie-fondsen'. Een aantal ondernemers voorziet in de ontstane leemte door het oprichten van ondernemingsfondsen, die voornamelijk voorzien in het risico van ziekte en arbeidsongeschiktheid, maar in een aantal gevallen ook een ouderdomspensioen verzorgen. Zij passen in een negentiende-eeuwse patriarchale opvatting waarin de zorg voor de arbeiders een 'heilige plicht' van de patroon is. Zij vormden ook een middel om werknemers aan het bedrijf te binden. Ook in de hier bedoelde regelingen zijn gedragsvoorwaarden aan de orde die een uitkering bij 'onvoorzichtigheid, dronkenschap of opzet' uitsluiten.[26]

---

22 Timmer, *a.w.*, p. 43, 70, 91, 94, 111, 126, 135 en 193.
23 Vgl. o.m. G. Althoff, *Verwandte, Freunde und Getreue*. Darmstadt 1990; W. van Vree, *Nederland als vergaderland*. Groningen 1994, p. 54v.
24 M. Hoogenboom, *Standenstrijd en zekerheid*, Amsterdam: Boom 2004.
25 Timmer, *a.w.*, p. 70, 95 en 135.
26 Hoogenboom, *a.w.*, p. 103-4.

Onderlinge hulpfondsen
Een tweede manier waarop, in de traditie van de eerdere bossen, in de leemte wordt voorzien, nu door betrokken werknemers zelf, is door de oprichting van onderlinge hulpfondsen in de tweede helft van de negentiende eeuw. Genoemd is al het Onderling Hulpfonds Boekdrukkunst te Amsterdam dat voorziet in "uitkeering van geld wanneer men buiten eigene schuld zonder werk geraakt" en dus ook het werkloosheidsrisico dekt. Deze niet-verwijtbaarheid vertegenwoordigt een element van continuïteit ten opzichte van de eerdere regelingen.
Maar er is bovendien een voorwaarde die op zich niet nieuw is, maar die nu voor het eerst als zodanig wordt geformuleerd: het niet-aanvaarden van werk tegen een lager tarief dan dat van het standaardloon. Daaruit blijkt de vakbondsfunctie van de regeling die, door te voorzien in een adequate inkomensvervangende uitkering, mede ten doel heeft 'onderkruipen' te voorkómen en daardoor de onderhandelingspositie van het werknemerscollectief ten opzichte van de werkgevers te versterken.[27] Hier treedt voor het eerst een prospectief element naast het retrospectieve van de niet-verwijtbaarheid.

Conclusies
Regelingen voor inkomensvervangende uitkeringen aan hen die niet zelf via werk in hun bestaan kunnen voorzien kennen een geschiedenis die terug gaat tot vroege associatieve verbanden (gilden, bossen) uit de late Middeleeuwen. Zowel voor de participatie in die regelingen als voor het geldend maken van een aanspraak op uitkering golden gedragseisen. Aanvankelijk hebben deze eisen een *moreel* en *retrospectief* karakter: ze wijzen gedrag dat ook overigens als in strijd met de waardigheid of interne orde van de associatie wordt beschouwd, aan als oorzaak van het niet-kunnen-werken en vormen dan de juridische grondslag voor het afwijzen van een aanspraak op uitkering.
In toenemende mate treedt bij onderlinge hulpfondsen in de tweede helft van de negentiende eeuw daarnaast een *prospectieve* gedragseis naar voren: de eis dat de werkzoekende geen werk zal aanvaarden onder het standaardtarief. Vervolgens komt op nationaal niveau wetgeving tot stand (in Nederland vanaf 1917), die een term 'onvrijwillig werkloos' hanteert waarin retro- en prospectieve elementen zijn gecombineerd. De met de associatieve organisatie van de arbeid verbonden elementen van moraliteit en respectabiliteit ruimen in de regeling op nationaal niveau het veld voor functionele gedragseisen die verband houden met de comptabiliteit van de fondsen en de wenselijkheid van werkhervatting.
In het overheidsbeleid zoals dat in de laatste decennia van de twintigste eeuw sterk door de neo-liberale economie wordt geïnspireerd, is op veel gebieden sprake van *incentivering*: in plaats van rechtstreeks in te grijpen vertrouwt de

[27] I. Kuijpers & P. Schrage, 'Squaring the circle: employment Insurance in the Netherlands from wage bargaining instrument to compulsory legislation, 1861-1949', in: A. Knotter, B. Altena & D. Damsma (eds), *Labour, social policy, and the welfare state*, Amsterdam: IISG 1997, p. 83-97 (84).

overheid op een door haar gecreëerde prikkelstructuur die gewenst gedrag van de burgers op basis van eigenbelang als vanzelf de goede kant op doet gaan. Men zou verwachten dat deze incentivering gepaard zou gaan met een hogere mate van voorwaardelijkheid en strengere gedragseisen in de WW. Dit blijkt echter deels niet het geval te zijn. Er is in zoverre sprake van een breuk in de historische ontwikkeling dat retrospectieve sancties deze trend niet volgen en naar de achtergrond verdwijnen ten gunste van meer en strengere prospectieve eisen. In het nieuwe regiem staat niet meer het werkloos *worden*, maar het werkloos *blijven* centraal: het onvoldoende gericht zijn op *toekomstig* werk is dat wat wordt gesanctioneerd.

Tot slot drie overwegingen van waaruit deze trend kan worden begrepen. Ten eerste is er, zoals Riphagen in zijn dissertatie al onderstreepte, vanuit de verzekeringsprincipes geen strikte noodzaak tot retrospectieve sancties. Ze kunnen worden gemist, mogelijk alleen met uitzondering van boos opzet.[28] Ten tweede staat de retrospectieve beoordeling op gespannen voet met het liberale principe van het vrijelijk aangaan en beëindigen van arbeidsrelaties. Een neo-liberaal, op competitie gericht beleid zou daar dus eigenlijk afstand van moeten nemen. En ten slotte is de betrokkenheid van de overheid bij de werkloosheids-verzekering van karakter veranderd zowel door de 'fiscal crisis' als door de wijze waarop zij zich in EU-verband heeft gecommitteerd aan te bereiken niveaus van arbeidsparticipatie (de 'Lissabon-doelstellingen'). Hoezeer de overheid ook mag wensen terug te treden, haar belang bij ieders deelname in het arbeidsproces is alleen maar groter geworden en de nadruk op prospectieve sancties in de WW is slechts een van de uitingen daarvan.

[28] Riphagen, *a.w.*, p. 49v.

2 Activerend sociaal recht, een rechtsgebied op het snijvlak

Mies Westerveld

Inleiding

Het thema 'grenzen', 'snijvlak' en 'overlappende rechtsgebieden' is voor de beoefenaren van het sociaal recht een onuitputtelijke bron van inspiratie. Het liber voor De Leede uit 1994 was aan dit thema gewijd, met bijdragen als "Het BW-ontslagrecht tussen privaatrecht en publiekrecht", "Op de grenzen van arbeidsmarktbeleid" en "Die Unterscheidung von Arbeitsrecht und Sozialrecht in Deutschland".[1] In het voor Frits Noordam samengestelde liber onderwerpen Heerma van Voss en Klosse het door hem geïntroduceerde rechtsgebied "arbeidsrechtelijke sociale zekerheid" aan een kritische inspectie, evenals – maar dan vanuit een ander perspectief – Jacobs.[2] Ook Jaap Riphagen was gedurende zijn lange loopbaan als rechter en hoogleraar socialeverzekeringsrecht door dit thema geïnspireerd. In deze bijdrage benader ik het onderwerp als een dynamisch proces, dat wil zeggen dat ik naga hoe de grenzen van de deelgebieden van het sociaal recht zijn verschoven en wat die ontwikkeling betekent voor de stand, de toegankelijkheid en de rationaliteit van het sociaal recht.

Voor een dergelijke exercitie is naar ik meen alle reden. Het klassieke arbeidsrecht van de zwakkere werknemer tegenover de per definitie sterkere werkgever staat al geruime tijd ter discussie. En het socialezekerheidsrecht zoals dit bestond toen Riphagen als hoogleraar aantrad, is ook al niet meer wat het geweest is. Grenzen zijn verlegd, accenten zijn verschoven, maar vooral: het uitgangspunt van sociale zekerheid als een ezeltje-strek-je voor bescherming tegen armoede is, als dit al bestaan heeft, definitief verlaten. Dat heeft niet alleen een budgettaire verklaring, hoewel dat aspect zeker ook een rol speelt. Maar belangrijker dan dat is het intussen breed geaccepteerde uitgangspunt, dat het socialer is mensen te stimuleren op wat voor manier dan ook 'mee te doen' dan ze tot levenslange uitkeringsafhankelijkheid te veroordelen. Op de terechtheid van deze stelling en de op basis daarvan getroffen maatregelen zal ik hier niet ingaan. Dat zou een veel langere bijdrage vergen. Ik wil mij in deze bijdrage

---

1 W.J.J. Beurskens, 'Het BW-ontslagrecht tussen privaatrecht en publiekrecht', A.J.C.M. Geers, 'Op de grenzen van arbeidsmarktbeleid, grondrechten, arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht: de banenpool' resp. B. van Maydell, 'Die Unterscheidung von Arbeidsrecht und Sozialrecht in Deutschland; Eigenständiges und Gemeinsames' in: W.H.A.C.M. Bouwens, e.a. (red.), *Sociaal recht: de grenzen verkend*, Zwolle: W.E.J Tjeenk Willink 1994, p. 13-28, 71-86 resp. 341-350.

2 M. Herweijer, G.J. Vonk en W.A. Zondag, *Sociale zekerheid voor het oog van de meester*, opstellen voor prof. mr. F.M. Noordam, Deventer: Kluwer 2006.

richten op de vraag wat deze 'paradigmawisseling'[3] heeft betekend voor het sociaal recht en hoe dit rechtsgebied zich na die wisseling (ook) laat benaderen.

Een korte terugblik

Het is misschien goed vooraf te benadrukken dat de paradigmawisseling nooit de hele sociale zekerheid heeft betroffen, evenmin als overigens het hele arbeidsrecht. Sociale zekerheid omvat naast aan arbeid gerelateerde regelingen ook regelingen die hier geen enkele relatie mee hebben, zoals de WMO, de AWBZ en de AKW. Doordat op universiteiten sociaal recht doorgaans wordt bestudeerd en gedoceerd als equivalent van wat de Britten labour law noemen, blijven deze voor het arbeidsrecht buitendijkse regelingen in de meeste publicaties over sociale zekerheid buiten beeld. Ook Noordam gaat in zijn bijdrage aan het liber amicorum voor Ad Geers stilzwijgend van dit beperkte socialezekerheidsbegrip uit. Wel betrekt hij in zijn analyse ook de WWB.[4] Ik duid beide, arbeidsrecht en het aan arbeid gerelateerde socialezekerheidsrecht, verder aan als 'sociaal recht' en beschouw me daarmee gelegitimeerd de onderdelen van het sociaal recht die geen relatie hebben met arbeid (gezondheidsrecht, woonrecht, detentierecht) buiten beschouwing te laten.

Dit gezegd zijnde, laten zich drie relevante hervormingslijnen benoemen. De eerste lijn betreft de regelingen ten aanzien van de onzelfstandige arbeid. Onder die noemer passen de uitgebreide en verlengde loonplicht bij ziekte, de regels procesgang eerste en tweede ziektejaar, de doorbreking van het opzegverbod bij een nalevingsverzuim van de kant van de werknemer en de loonsanctie-WAO/Wet WIA voor de nalatige werkgever. De tweede raakt aan de institutionele kant van het sociaal recht en betreft kwesties als de marktwerking binnen de uitvoering, premiedifferentiatie en eigenrisicodragerschap voor arbeidsongeschiktheidsregelingen, en de inrichting van één publiek uitvoerings-loket voor de werknemersverzekeringen en de arbeidsvoorzieningsorganisatie. Centrale regeling in deze lijn is de wet SUWI. De derde lijn versterkte de activerende werking van de bijstand, individueel in de richting van de bijstandsaanvrager, institutioneel in de richting van de uitvoerende gemeente. Wegbereider en aanjager tot deze ontwikkelingen waren twee beleidsrapporten uit de jaren negentig: voor de eerste en tweede lijn het rapport van de Commissie Buurmeijer en voor de derde lijn het rapport van de Commissie Van

---

3 Hierover uitgebreider: E. Sol, M. Sichert, H. van Lieshout en T. Koning, 'Activation as a socio-economic and legal concept: laboratorium the Netherlands', in: W. Eichhorst, O. Kaufman, R. Konle-Seidle (eds.), *Bringing the jobless to work? Experiences with activation schemes in Europe and the US,* Springer-Verlag, Berlin: Heidelberg, 2008.

4 F.M. Noordam, 'Socialezekerheidsrecht: ingewikkeld, ingewikkeld', in: S. Klosse (red.), *Schipperen tussen verantwoordelijkheid en bescherming. Had Geers het geweten!*, Universitaire Pers Maastricht, 2006.

der Zwan.[5] Liever dan de ontwikkelingen en detail te beschrijven, geef ik de voornaamste regelingen die onder deze noemers zijn getroffen hieronder schematisch weer.

De keuze voor wel en niet genoemde regelingen is wat willekeurig, evenals bij tijd en wijle de situering van een regeling in de ene of de andere kolom. Zo heb ik het activeringsinstrumentarium uit de Wet REA achterwege gelaten, evenals de bonus malus regeling als voorloper op de Wet PEMBA. Ook de hervorming van de Wajong ongeveer langs de lijnen van de Wet WIA laat ik ongenoemd. Doel van dit schema is ook niet om alle relevante regelingen te laten zien, maar om een analysekader te geven van regels die onder eenzelfde noemer, maar op verschillende beleidsdomeinen zijn getroffen.

[5] Parlementaire enquête uitvoeringsorganen sociale verzekeringen, (rapport commissie Buurmeijer), Den Haag 1993. Onderzoekscommissie toepassing Abw, (rapport Commissie van der Zwan) Den Haag 1993.

Opkomst en ontwikkeling van het activerende sociaal recht 1990-2010

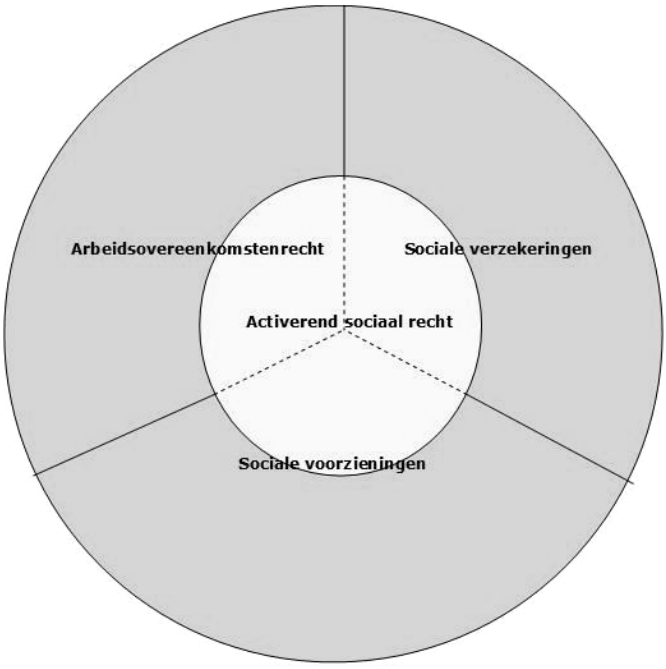
	Arbeidsovereen-komstenrecht	**Institutioneel sv-recht**	**Bijstands-recht**
1992	Loonplicht bij ziekte (zes weken). Verplichting tot uitbesteding van controle en begeleiding.	Wachttijd in de ZW (zes weken) voor werknemers met een loonplichtige werkgever	
1996	6 weken wordt 52 weken	6 weken wordt 52 weken; invoering ARBO-rol UWV	Klassieke ABW wordt meer activerende Abw
1998	Keuringsverbod bij aanstelling en bij toelating tot aan de arbeidsovereenkomst gerelateerde verzekering	Premiedifferentiatie WAO naar instroom, invoering van de mogelijkheid van eigen risico dragen	
2001	Precisering van de norm goed-werkgever- en goed-werknemer-schap (GW/GW) bij ziekte; versoepeling opzegverbod	Regeling procesgang; publieke invulling van GW/GW norm; invoering werkgeversboete bij overtreding	
2002	Opname in SUWI van het element 'second opinion' bij geschillen rond ziekte en re-integratie	Oprichting UWV. Wettelijke basis voor concurrerende markt van re-integratiedienstverlening	
2004	52 weken wordt 104 weken	52 weken wordt 104 weken	Decentralisering bijstand: Awb wordt WWB
2005	Eigen risicodragende werkgever wordt zelfstandig bestuursorgaan t.o.v. zijn (voormalige) gedeeltelijk arbeidsgeschikte werknemers	Precisering rechten en plichten gedeeltelijk arbeidsgeschikte werknemers tijdens en na de periode van loonplicht	
2009		Samenvoeging CWI en UWV: één loket voor uitvoering en arbeidsvoorziening	Recentralisering van de verantwoordelijk-heid voor activering van jongeren

Ontschotting; de benoeming van het rechtsgebied
Minstens zo belangrijk als de rubricering van regels is hun onderlinge samenhang. Deze zit in de focus waarop de regels gericht zijn. Die focus wordt doorgaans aangeduid als re-integratie, maar noem ik liever activering. Die benaming doet meer recht aan het feit dat de in het systeem ingebouwde prikkels niet alleen gericht zijn op mensen die weer aan het werk proberen te komen, maar ook op de instituties die hen daarbij behulpzaam moeten zijn. Activering brengt ook beter dan re-integratie tot uitdrukking dat het niet per se gaat om inschakeling in reguliere arbeid, maar ook om het verkleinen van de afstand tussen de mens en zijn mogelijkheden tot zinvolle 'participatie', in arbeid of anderszins.

De verbinding die uit deze paar zinnen spreekt, impliceert een rechtsgebied-overstijgende benadering waarbij het voor het instrumentarium niet zoveel uitmaakt of de normadressaat een werkgever is, een werknemer of een al dan niet verzekerde werkzoekende. Die benadering leidde tot maatregelen die over de diverse rechtsgebieden heengaan en tegelijk inhoudelijk geschakeld zijn. Bij bepaalde maatregelen spreekt die schakeling voor zich, bijvoorbeeld bij de loonplicht bij ziekte die noodzakelijkerwijs gepaard ging met een op nul stelling van ZW-uitkeringsrechten.[6] Op andere plaatsen vergt het meer denkkracht om de koppeling te blijven zien. Dat geldt bijvoorbeeld voor de paragraaf die in de Wet WIA 'wachttijd' heet en die feitelijk de rechten en plichten benoemt van werkgevers en werknemers in de periode die voor hen beheerst wordt door boek 7:10 BW. Of de participatieplaats (werken met behoud van uitkering) die inmiddels in alle socialezekerheidsregelingen met een werkloosheidscomponent staat. Beter dan amfibieaanduidingen zoals arbeidsrechtelijk socialezekerheidsrecht of de tegenhanger socialezekerheidsrechtelijk arbeidsrecht, komt me een aanduiding voor het hele rechtsgebied voor, waarin zowel het terreinoverstijgende als het inhoudbeperkende tot uitdrukking komt. Die benaming is activerend sociaal recht (ASR): sociaal recht om aan te geven dat zowel arbeidsrechtelijke als socialezekerheidsrechtelijke regelingen relevant zijn, activerend om tot uitdrukking te brengen dat het daarbij alleen gaat om die onderdelen die zien op activering. Grafisch geeft dit het volgende, ietwat gesimplificeerde, beeld.

---

6 De wetten TZ-Arbo, Wulbz en Wvlbz. In het liber voor De Leede uit 1994 laat Fase zien dat die vanzelfsprekendheid niet altijd tot in de uiterste consequentie is onderkend. Ik kom hierop terug. W.J.P.M. Fase, 'Om ziek van te worden', in: W.H.A.C.M. Bouwens, e.a. (red.), *Sociaal recht: de grenzen verkend*, Zwolle: W.E.J Tjeenk Willink 1994, p. 53-61.



Het plaatje geeft de drie rechtsgebieden weer met potentieel relevante regelingen. Het laat zien dat van deze rechtsgebieden een deel relevant is en een deel niet. En het stelt de vraag naar samenhang – die er is of misschien zou moeten zijn – van regels die met hetzelfde doel en voor dezelfde doelgroep zijn gemaakt. Om dit laatste te benadrukken is de streep die de compartimenten verdeeld houdt in de binnenring gearceerd in plaats van doorgetrokken zoals in de buitenring.

ASR, grondslagen en samenhang

Het als samenhangend geheel nemen is één ding, de volgende noodzakelijke stap is het benoemen van de grondslagen van wat ik hier als apart rechtsgebied heb neergezet. Nu is de herbezinning op grondslagen ook op het bredere terrein van het sociaal recht al enige tijd aan de gang. En dat komt niet alleen doordat de ongelijkheidcompensatie ter discussie staat. Ook de ontwikkeling die Jaspers aanduidt als de 'precarisering van de arbeid' is debet aan de noodzaak nader stil te staan bij de vraag voor wie en wat het sociaal recht is bedoeld.[7] De komst van

[7] A.Ph.C.M. Jaspers, 'Eén Europees sociaal model: convergerende diversiteit?', in: Klosse (red.), *Arbeid en gezondheid. Schipperen tussen verantwoordelijkheid en bescherming*, Maastricht: UPM 2006, p. 243-257. Onder precarisering verstaat Jaspers 'het ontstaan

het ASR zet die discussie verder op scherp. Op het moment immers dat de wetgever het bedrijfsleven ontdekte als mogelijke bondgenoot bij het terugdringen van de WAO-instroom en daartoe de uitgebreide en later de verlengde loonplicht bij ziekte op tafel legde, vergrootte hij daarmee de kloof tussen degenen die arbeidsrechtelijk 'binnen' zijn en de werkenden buiten de randen van het vaste contract. Wel probeerde hij dit verschil te verkleinen door het UWV een arborol toe te kennen, maar het behoeft nauwelijks betoog dat de 'claim' op het vervullen van die rol van een andere orde is dan die van de werknemer die zijn werkgever vanuit een vast contract aanspreekt op goed werkgeverschap. Een tweede complicerende factor trad op toen werkgevers, in reactie op de verzwaarde looplicht, de voorwaarde stelden dat ze onwillige werknemers zouden moeten kunnen sanctioneren. De honorering van die wens leidde tot de introductie in het arbeidsovereenkomstenrecht van werknemers-verplichtingen en sancties die voorheen in socialezekerheidsregelingen stonden. Ten slotte betekent dit gedeelte van het ASR een extra complicatie voor de discussie over de versoepeling van het ontslagrecht. Stel dat men het de werkgever gemakkelijker wil maken zijn vaste krachten te ontslaan, gaat dat dan ook gelden voor degene die zijn loonaanspraak ontleent aan art. 7:629 BW? Een 'nee' op die vraag creëert een lastig te verdedigen ongelijkheid, een 'ja' schiet alles wat de wetgever met het preventieve deel van het ASR[8] heeft opgebouwd aan flarden.

Ook de grondslagen van het SZR behoeven met de komst van het ASR nadere doordenking. Noordam benadrukte, en Noordam en Klosse benadrukken, dat sociale zekerheid twee functies heeft, beschermen/waarborgen en activeren.[9] Dat suggereert dat beide functies elkaar uitsluiten of misschien zelfs elkaars tegenhanger zijn. Ik zou daarbij kunnen aansluiten door aan te geven dat beschermen de basis vormt van het niet-activerende SZR en activeren de grondslag is van het SZR in de binnenring. Maar daarmee doe ik geen recht aan de complexiteit en de intenties van het ASR. In de meeste toelichtingen op maatregelen die onder de noemer 'activering' zijn getroffen, wordt benadrukt dat de beste bescherming die de overheid of de werkgever de burger kan bieden de bevordering van diens re-integratie is. Recent nog, bij de voorbereiding van de Europese Raad van 17 juni 2010, sprak minister Donner zijn zorg uit over de EU-target van armoedebestrijding. Het opnemen van zowel een armoede- als een werkgelegenheidstarget leidt tot een gebrek aan focus op banencreatie, aldus de minister, terwijl in de Nederlandse opvatting het aan het werk helpen van mensen de meest effectieve vorm van armoedebestrijding is.[10] In die

---

van een veelvoud van arbeidsvormen met een toenemende verscheidenheid aan bescherming'.

8 Ik kom op het begrip 'preventief' nog terug.

9 F.M. Noordam en S. Klosse, *Socialezekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 29.

10 Verslag Raad voor de WSBV&C van 7 juni 2010, *Kamerstukken II* 21501-31, nr. 217. In reactie stelde Commissaris Andor dat een louter op arbeids-participatie gerichte aanpak de problematiek negeert van de 'working poor'.

beleidsvisie zijn beschermen en activeren niet elkaars tegenpool, maar is activeren een *specialis* van beschermen en wel, voor degene die het aangaat, van een beter kaliber. Wie dit onderkent begrijpt beter waarom de overheid van geen wijken wil weten in het taaie conflict met de ILO over de toelaatbaarheid van de WGA-regeling in het licht van ILO-verdrag 121.[11] Als men ervan uitgaat dat activeren socialer is dan uitkeringen verstrekken – 'dood geld' in het jargon – is de stelling dat de WGA-regeling minder sociaal is dan de WAO lastig te aanvaarden.

ASR brengt, kort samengevat, een verschuiving teweeg 'van herkomst naar toekomst' en neemt daarmee op een veel ingrijpender manier afstand van de verzekeringsgedachte dan Veldkamp voor ogen had toen hij zijn oratie aan dit thema wijdde.[12] Maar afstand is nog niet afscheid, de V-gedachte lijkt via de achterdeur van de werkgeversaansprakelijkheid weer te worden binnengehaald.[13] Pennings ziet in beide ontwikkelingen – de opstelling van de overheid in het 'dossier ILO 121' en het annexeren door het civiele recht van wat vroeger een werknemersverzekering was – een aanleiding om te pleiten voor een hernieuwde discussie over aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen.[14] Dat thema hoort thuis in de buitenring (het inkomenbeschermende deel) van het sociaal recht en laat ik dus daar.

De verschuiving van herkomst naar toekomst (ook wel: van nazorg naar voorzorg) is tevens de verklaring van het feit dat het re-integratie-instrumentarium redelijk gelijk is, of het nu bestemd is voor een werknemer op arbeidscontract of een werkzoekende met of zonder uitkeringsrechten. Vanuit re-integratieperspectief is het alleen maar contraproductief om voor de toekenning van re-integratie-instrumenten onderscheid te maken naar iemands arbeidsrechtelijke positie of de mate waarin hij of zij aan het premiestelsel heeft bijgedragen.[15] Van nazorg naar voorzorg impliceert ook een breuk met het onderscheid tussen *deserving* en *undeserving*, waarvoor Holtmaat in haar proefschrift uit 1992 de aandacht vroeg.[16] Maar schijn bedriegt, die breuk is wel aan de orde ten aanzien van de inzet van activeringsinstrumenten, maar niet voor

---

11 Hierover onder meer M.S.A. Vegter, 'Arbeidsongevallen en beroepsziekten: aansprakelijkheid en/of verzekeringsplicht', *TRA* 2009, p. 6-7.

12 G.M.J. Veldkamp, *Afscheid van de verzekeringsgedachte: over het oneigenlijk gebruik van het begrip verzekering in het Nederlandse systeem van sociale zekerheid*, Deventer: Kluwer 1978.

13 Vegter (2009) o.v.n. T. Hartlief en S.D. Lindenbergh (red.), *Tien pennenstreken over personenschade*, Den Haag: SDU 2009, p. 1-23.

14 F.J.L. Pennings, 'Het is tijd voor een open discussie over arbeidsongevallen', *TRA* 2009-4, p. 3-4.

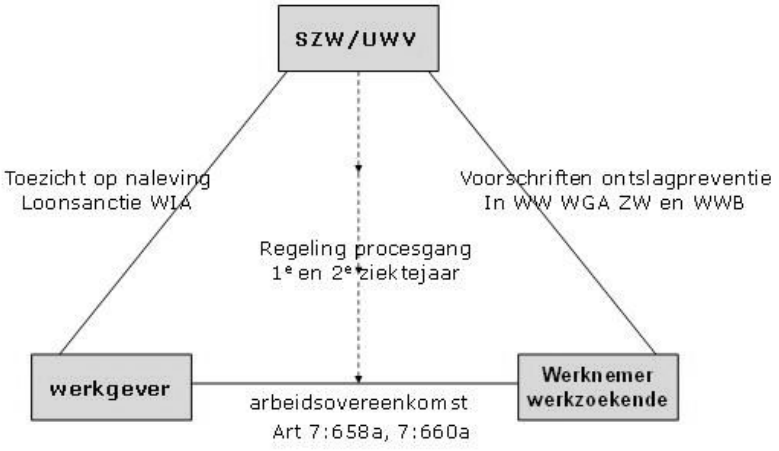
15 Ook die ontwikkeling is niet van vandaag of gisteren. Zie: M. Westerveld, 'Monniken en kappen, één Rea-instrumentarium voor drie populaties arbeidsgehandicapten?' *SR* 1998-12, p. 379-384.

16 R. Holtmaat, *Met zorg een recht?: een analyse van het politiek-juridisch vertoog over bijstandsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

de erkenning in de sociale zekerheid van zorgverplichtingen in de privésfeer, het centrale thema van dit proefschrift. Ik zou eerder zeggen, integendeel; onder 'meedoen' in de termen van het ASR valt zo'n beetje elke vorm van maatschappelijk participeren, als het maar buiten de muren van de eigen woning is. Zorg in de privésfeer telt in 2010 al net zo weinig mee als in het stelsel uit 1992.

Private rechtsbetrekkingen, publieke regels: een onwenselijke verstrengeling?

Sociaal recht is altijd een mengeling geweest van private rechtsbetrekkingen en publiekrechtelijke regels. ASR heeft die verwevenheid versterkt, zoals onderstaand – alweer behoorlijk gesimplificeerd – plaatje laat zien.



De driehoek toont de doorwerking van publieke instructienormen op de wederzijdse rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst. Hij maakt de basis zichtbaar van publieke sancties voor werkgever en werknemer, als deze laatste zich als werkzoekende bij een uitkeringsloket meldt. Voor de werkgever is zo'n sanctie (de verlengde loonplicht van art. 25 lid 9 Wet WIA[17]) alleen aan de orde, als de werknemer WGA-rechthebbend wordt. Over de logica van dat criterium valt te twisten. Waarom zou het voor de 'beboetbaarheid' uitmaken, of de te reintegreren werknemer aan het eind van de twee jaar loonplicht gewoon werkloos is, of werkloos met een verlies aan verdiencapaciteit van minder of meer dan 35%? Die vraag heb ik nog niet eerder gesteld gezien. De enkeling die zich over het onderwerp druk maakt, doet dat vanwege de mogelijke onrechtmatigheid

[17] Hierover uitgebreider de bijdrage van E. Franssen elders in deze bundel.

van de boete[18] of vanwege de ongerijmdheid van het door elkaar lopen van publiekrechtelijke normen en privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen. Zo sluit Ridder zijn (overigens lezenswaardige) bespreking van de jurisprudentie over de loonsanctie af met de stelling dat deze uit de Wet WIA verwijderd zou moeten worden. "De werknemer zou dan zijn werkgever die niet voldoende re-integreert via de rechter moeten kunnen dwingen tot langere loondoorbetaling, waarbij dan een deskundigenoordeel gevraagd moet worden aan het UWV. Het UWV houdt dan nog enigszins een vinger in de pap, maar het primaat ligt dan bij de werknemer en het oordeel bij de rechter".[19] Wanneer de wetgever zou doen wat Ridder voorstelt, is inderdaad wel de curiositeit van de publieke doorwerking in private rechtsbetrekkingen weggenomen, maar wordt de balans die de wetgever in 2001 heeft proberen te slaan tussen werkgevers en werknemers verstoord ten gunste van de eersten. Bovendien ontneemt de overheid zich daarmee het enige middel om op te treden tegen werkgevers die het met hun activeringsverantwoordelijkheid niet zo nauw nemen. De last om zo'n werkgever te prikkelen om datgene te doen wat de overheid van hem als goed werkgever verlangt – niet alleen arbeidsrechtelijk maar ook arbeidsmarktvoorwaardelijk – komt dan geheel te liggen bij de individuele werknemer. Het lijkt geen gewaagde veronderstelling dat daarvan dan niet zoveel meer terecht zal komen. Ik zou het onderwerp eerder vanaf de andere kant benaderen en de vraag opwerpen of zo'n op straffe van loondoorbetaling op te leggen re-integratieplicht een vertrekpunt kan zijn voor de discussie over een ander vergoedingensysteem in het reguliere ontslagrecht.

De functionaliteit van de ASR-benadering

Deze laatste observatie is illustratief voor de vragen die opkomen wanneer men het sociaal recht beziet vanuit wat ik maar de ASR-benadering zal noemen. Die benadering is daarmee hulpmiddel om de systematiek te laten zien van beleidsinhoudelijk verwante regelclusters, en handvat om het stelsel te toetsen op criteria als systeemlogica, gelijke behandeling en (dis)proportionaliteit. Ik ga op beide functies kort in.

* ASR als didactisch instrument.

Sociaal recht en meer in het bijzonder socialezekerheidsrecht is nooit een gemakkelijk te doorgronden rechtsgebied geweest. Naar verluid heeft Veldkamp in de jaren zeventig nog eens een poging gedaan een logischer systeem te

---

18 F.M. Noordam, 'De loonsanctie, beslist niet het mooiste kind van Poortwachter', *SMA* 2003, 10. Die observatie stamt uit de begintijd van de bepaling en is door de diverse aangebrachte correcties nu wel achterhaald.

19 N. Ridder, 'De loonsanctie, het ongewenste kind van Poortwachter', *PS Documenta* 2010, 6. Met 'de werkgever die onvoldoende re-integreert' wordt uiteraard bedoeld de werkgever die zich onvoldoende inspant om de werknemer in de eigen arbeidsorganisatie of elders onder dak te krijgen.

ontwerpen en heeft hij die taak na ruim tien jaar moeten teruggeven.[20] Heel verwonderlijk is dat mijns inziens niet. Sociale zekerheid is een in hoge mate gepolitiseerd rechtsgebied, waarin kabinetten van verschillende signatuur steeds wisselende sporen trekken. Zo wordt in het verkiezingsprogramma van wat nu de grootste partij van het land is alweer de ontmanteling aangekondigd van de recent gewijzigde Wajong.

Dat neemt niet weg dat er met de komst van het ASR wel een zekere lijn te ontdekken valt van hervormingen die alle ongeveer dezelfde kant op gaan. Dat vergroot de mogelijkheid tot de benoeming van een samenhangend rechtssysteem. De wetgever is dat naar het mij voorkomt ook aan zijn stand verplicht. ASR stelt nogal wat eisen aan iedereen die hiermee als normadressaat te maken krijgt: werkgevers, werknemers, werkzoekenden, maar ook uitvoerders zoals het UWV, de ERD/ZBO-werkgever en de gemeenten. Het minste wat deze adressaten van de overheid mogen verwachten, is dat de gestelde regels eenduidig zijn en het systeem als zodanig logisch in elkaar zit.

De eerste stap voor een samenhangend rechtssysteem is een goede werkdefinitie. Eerder omschreef ik re-integratierecht (nu: ASR) als "de juridische vormgeving van het beleid dat gericht is op het verwerven of behouden van werk voor wie dat, vanwege persoonsgebonden of arbeidsmarkt-gerelateerde omstandigheden, niet vanzelf spreekt". Daarbinnen bracht ik een tweedeling aan van regels die gericht zijn op de partijen onderaan de driehoek – werkgevers, werknemers, werkzoekenden – en regels voor de instanties die hen in beweging moeten zien te krijgen. Die tweedeling benoemde ik als 'individueel' en 'institutioneel'.[21] Opnieuw is de indeling van actoren in de ene of de andere categorie soms aanvechtbaar. Zo zou men (regels voor) werkgevers ook in de categorie 'institutioneel' kunnen onderbrengen. Door dat te doen wordt de toekenning van de status van zelfstandig bestuursorgaan aan ERD-werkgevers al iets minder ongerijmd. Een tweede tweedeling betreft de fase waarin het in beweging krijgen zich afspeelt. Is dit gedurende de periode dat de te re-integreren persoon nog een arbeidsrelatie met een werkgever heeft, dan laten de regels zich benoemen als preventief. Ze zijn erop gericht te voorkomen dat de relatie onnodig uitloopt in uitkeringsafhankelijkheid. De fase daarna of daarbuiten bestempel ik als curatief. Dit leidt tot de volgende vierdeling voor de regels van het ASR.

---

20 Hierover F.M. Noordam, 'Socialezekerheidsrecht: ingewikkeld, ingewikkeld', in: S. Klosse (red.), *Schipperen tussen verantwoordelijkheid en bescherming. Had Geers het geweten!*, Universitaire Pers Maastricht, 2006.

21 M. Westerveld, 'Klantgericht re-integratierecht. Een kijkje in de snoeptrommel van de overheid', *TRA* 2009-10.

De vier domeinen van het activerende sociaal recht (ASR)
(geïllustreerd met een voorbeeld)

ASR Institutioneel/Preventief Voorbeeld: art. 27 jo 24 lid 1 sub b ten derde WW	ASR Institutioneel/Curatief Voorbeeld: WIJ
ASR Individueel/Preventief Voorbeeld: art. 7:660a BW	ASR Individueel/Curatief Voorbeeld: art. 30 lid 1 ZW

De voorbeelden zijn willekeurig gekozen en nog zonder inhoudelijke samenhang. Voor een gebruik als didactisch instrument ligt een selectie voor de hand van regels die corresponderen, of die dat zouden moeten doen. Doet men dit dan ziet het schema er bijvoorbeeld zo uit:

Corresponderende regels uit de vier domeinen van het ASR

Institutioneel/Preventief Loonsanctie, art. 25 lid 9 Wet WIA.	ASR Institutioneel/Curatief Art. 27 lid 3 WW
Individueel/Preventief Regels bevordering re-integratie 1e en 2e ziektejaar	ASR Individueel/Curatief Art. 24 lid 1b ten eerste WW

* ASR als toetsingsinstrument
Voor een toets op logica, rechtsgelijkheid en proportionaliteit neem ik twee voorbeelden van regelingen die meerdere segmenten van het ASR bestrijken. Het eerste voorbeeld betreft het deskundig medisch oordeel in de situatie dat werknemer en werkgever (althans diens arboarts) van mening verschillen of de werknemer ziek is, het tweede voorbeeld is geselecteerd uit het rijtje plichten en sancties van werknemers en werkzoekenden.

Vb. 1. Institutionele taken, individuele rechten
Een regel die met SUWI zijn intrede in het arbeidsovereenkomstenrecht heeft gedaan, is het voorschrift voor de zieke werknemer een vordering tot loondoorbetaling vergezeld te doen gaan van een verklaring van een door het UWV benoemde deskundige (art. 7:629a lid 1).
De verplichting is negatief geformuleerd[22]: de rechter wijst de vordering af als bij de eis tot loondoorbetaling een zodanige verklaring ontbreekt, tenzij het niet overleggen in redelijkheid niet van de werknemer kan worden gevergd.

In de bijdrage aan het liber voor De Leede beschrijft Fase de aanloopproblemen met de voorloper van de regeling. Die regeling (art. 39c ZW) was, in

[22] Dat wil zeggen dat de verplichting niet als zodanig wordt genoemd, maar wel de voor de betrokkene negatieve consequenties, als er niet aan is voldaan.

vergelijking met de huidige, van een adembenemende werknemersvriendelijkheid. In een geschil tussen werkgever en werknemer over de loonplicht bij ziekte kon de werknemer de (toen nog) Bedrijfsvereniging een deskundig oordeel vragen. Viel dit in zijn voordeel uit, dan keerde de Bedrijfsvereniging ziekengeld uit en verhaalde dit vervolgens op de werkgever. Deze regeling bevatte een 'constructiefout' (terminologie Fase) die ertoe kon leiden dat het te betalen ziekengeld hoger uitviel dan het tijdens ziekte verschuldigde loon.[23] Tegenwoordig staat de regeling als een verplichting van de werknemer in boek 7.10 BW en als taakstelling van het UWV in de wet SUWI. Die situering in een overwegend institutionele regeling heeft geresulteerd in een ander type constructiefout (mijn kwalificatie). Het afgeven van het oordeel is een taak van het UWV, maar als dit orgaan niet tijdig levert kan het daarop niet worden aangesproken. Het oordeel is geen besluit in de zin van de Awb[24] en een civielrechtelijk kort geding om een oordeel af te dwingen is een paardenmiddel, waarvan zeer de vraag is of de werknemer daar veel mee opschiet. Tegelijk verbindt het arbeidsovereenkomstenrecht grote gevolgen aan het uitblijven van het oordeel.

Heerma van Voss, die dit probleem naar aanleiding van een aantal praktijkcases signaleert, noemt als oplossing dat het UWV haast maakt met een behoorlijke procedureregeling, deze publiceert en *zich hier ook aan houdt*. Gebeurt dat niet, aldus Heerma van Voss, dan is wetswijziging geboden.[25] Ik kan me in die analyse wel vinden, zij het dat ik niet erg optimistisch ben over de kans dat het UWV de regels van tijdigheid steeds zal (kunnen[26]) naleven. De door Heerma van Voss gewenste protocollen zijn er inmiddels, maar raadpleging van de periodieke voortgangsrapportages leert dat de target 'tijdigheid' er nogal eens bij inschiet.

Conclusie voorbeeld 1

Mijn (systeemtechnische) conclusie over dit onderdeel luidt, dat de wetgever het hier niet had mogen laten bij een louter institutionele taakstelling van een monopolistisch bestuursorgaan. De werknemer voor wie het (uitblijven van een) oordeel zulke zware arbeidsrechtelijke gevolgen heeft, moet reële mogelijkheden gegeven worden om tijdig en tegen overzienbare kosten dit voor hem zo

---

23 W.J.P.M. Fase, 'Om ziek van te worden', in: in: W.H.A.C.M. Bouwens, e.a. (red.), *Sociaal recht: de grenzen verkend*, Zwolle: W.E.J Tjeenk Willink 1994, p. 53-61.

24 CRvB 27 augustus 1997, *LJN* ZB 7154.

25 G.J.J. Heerma van Voss, 'Behoorlijkheid bij het deskundigenoordeel van het UWV', *TRA* 2008-1. Cursivering MW.

26 UWV-*bashing* is voor iedereen die met dit orgaan te maken heeft een geliefde sport. En hoewel ik de laatste zal zijn om te ontkennen dat er in de uitvoering en klantbejegening veel mis gaat, denk ik dat het bij de beoordeling van het voor de burger zo belangrijke speerpunt 'tijdigheid' zaak is ook de 'institutie achter de institutie' te betrekken, ofwel de overheid die van dit orgaan nu al zo'n twintig jaar een 'winkel in aanbouw' maakt. Voor een lezenswaardig relaas hierover, zie H. Bekke en N. Van Gestel, *Publiek verzekerd, voorgeschiedenis en start van het UWV 1993-2003*, Apeldoorn: Garant 2004.

belangrijke document te krijgen. Dat kan eenvoudig door ook andere instanties bevoegd te verklaren het verlossende woord te spreken, bijvoorbeeld een andere arbo-dienst. Dit laatste is nu al mogelijk als de CAO hierin voorziet, maar het kan toch niet zo zijn dat een voor werknemers zo wezenlijk punt afhankelijk is van de vraag of hun CAO op dit punt uitkomst biedt.

Vb. 2. Rechtsgelijkheid en proportionaliteit: plichten en sancties in het ASR
ASR kent veel met activering samenhangende verplichtingen, variërend van het voorkomen onnodig werkloos te worden tot het meewerken aan een geneeskundig onderzoek of een voor re-integratie noodzakelijk geachte medische behandeling. Als voorbeeld voor deze bijdrage neem ik de verplichting loyaal mee te werken aan het opstellen, evalueren en bijstellen van een plan van aanpak of re-integratieplan. Ik noem die verplichting verder 'lichte medewerkingsplicht' in contrast tot bijvoorbeeld de verplichting passend werk te aanvaarden of een scholing te volgen. Bij de vergelijking kijk ik, behalve naar de gevolgen van niet naleven, ook naar de manier waarop de verplichting geformuleerd is. Een afwijkende formulering leidt namelijk al snel tot een verschillende uitleg en van daaruit tot rechtsongelijkheid.

De arbeidsrechtelijke lichte medewerkingsplicht staat in art. 7:660a sub b BW. De zieke werknemer is verplicht zijn medewerking te verlenen aan het opstellen, evalueren en bijstellen van een plan van aanpak als bedoeld in art. 7:658a lid 3 BW. Die bepaling schrijft voor dat de werkgever in overeenstemming met de werknemer een plan van aanpak opstelt als bedoeld in (art. 71a lid 2 WAO en) art. 25 lid 2 Wet WIA. Het plan wordt met medewerking van de werknemer regelmatig geëvalueerd en zo nodig bijgesteld. Art. 25 lid 2 Wet WIA – geschreven als opmaat voor een eventueel te treffen loonsanctie – bepaalt dat de werkgever binnen een bij ministeriële regeling nader te bepalen termijn, een plan van aanpak opstelt in overeenstemming met de werknemer (in de Wet WIA: de verzekerde). De afspraken in het plan van aanpak worden door werkgever en werknemer nageleefd; ('worden nageleefd', niet 'moeten worden nageleefd'). Het plan wordt (niet: moet worden) periodiek geëvalueerd. De arbeidsrechtelijke sanctie op niet naleving van de kant van de werknemer is tweeërlei. Hij verbeurt zijn loonaanspraak voor de tijd gedurende welke hij zonder deugdelijke grond zijn medewerking aan deze verplichting weigert (art. 7:629 lid 3 sub e BW). En het zonder deugdelijke grond geen gehoor geven kan een reden zijn het opzegverbod tijdens ziekte opzij te zetten (art. 7:670b lid 2 sub c BW).

De lichte medewerkingsplicht in de WW en de Wet WIA is gelijkluidend. Art. 26 lid 1 onder k WW benoemt de verplichting mee te werken aan het opstellen van de re-integratievisie, bedoeld in art. 30a lid 1 wet SUWI, en het re-integratieplan bedoeld in art. 30a lid 3 van deze wet. Wet WIA schrijft voor dat de WGA-rechthebbende in het kader van zijn inspanningsplicht om passende arbeid te behouden of te verkrijgen meewerkt aan het opstellen van een re-

integratievisie en een re-integratieplan (art. 29 lid 2 onder d). De ZW kent geen positief geformuleerde verplichtingen. In deze wet staat praktisch alles wat de verzekerde moet doen of laten om zijn recht op uitkering niet in gevaar te brengen in één centrale sanctiebepaling. Art. 45 lid 1 is een aanbouwbepaling, waaraan steeds nieuwe overtredingen zijn toegevoegd, zonder dat daarbij acht is geslagen op een logische volgorde of samenhang. Die ontbreekt dan ook. Sub a) benoemt als overtreding het niet binnen een redelijke termijn inroepen van geneeskundige hulp, de vooralsnog laatste overtreding (sub q) is het niet verrichten van algemeen geaccepteerde arbeid door de jonggehandicapte. De lichte medewerkingsplicht staat in sub o en wordt omschreven als het zonder redelijke gronden niet meewerken aan het opstellen van een plan van aanpak, als bedoeld in art. 26 lid 1 Wet WIA of het re-integratieplan van art. 30a lid 3 wet SUWI. In de WWB staan geen gedetailleerde op activering gerichte verplichtingen. De wet volstaat met het voorschrift naar vermogen algemeen geaccepteerde arbeid te verkrijgen en te aanvaarden, en gebruik te maken van door het college aangeboden voorzieningen (art. 9 lid 1 sub a en b). De concrete invulling geschiedt in gemeentelijke verordeningen. De sancties op niet-naleving staan voor alle sz-wetten in het Maatregelenbesluit SZ-wetten (hierna: Mb-SZW), dat vier in zwaarte oplopende santietarieven kent.[27] Het niet-naleven van de lichte medewerkingsplicht valt in categorie 3 (strafkorting van 25 % over minstens vier maanden).

Conclusie voorbeeld 2

In de vergelijking van plichten en sancties valt de discrepantie op tussen het op de werknemer gerichte pakket en dat op de werkzoekende. De werkzoekende kan bij overtreding van de lichte medewerkingsplicht een strafkorting verwachten van 25% gedurende vier maanden, de werknemer verspeelt zijn recht op loon over de periode dat hij weigert mee te werken en riskeert in het uiterste geval ontslag. Mocht die laatste sanctie zich materialiseren, dan wacht hem in de sz-sfeer ook nog eens de zwaarste sanctie van de volledige weigering van het recht op uitkering. Alleen de Wet WIA reserveert die sanctie voor het geven van een dringende reden voor ontslag, in de andere wetten is het door eigen toedoen geen passende arbeid behouden een verwijtbare gedraging in de vierde categorie. Ook valt op dat in de ZW de verplichtingen van de werkzoekende niet positief benoemd zijn, maar als grond om bij overtreding een sanctie te treffen. Die wijze van formuleren heeft de wet gemeen met de bepaling die in Boek 7:10 BW de uitzondering op het recht op loondoorbetaling tijdens ziekte geeft (art. 7:629 lid 3 BW).

---

[27] Besluit van 23 augustus 2007, houdende regels omtrent de hoogte en duur van de op te leggen administratieve maatregelen op grond van de socialezekerheids-wetten. De lichtste sanctie (tarief 1) is een korting op de uitkering van 5% gedurende een maand, de zwaarste (tarief 4) een algehele weigering van de uitkering .

Tot slot

De niet aflatende stortvloed aan regelgeving die over het sociaal recht is uitgestort, heeft dit rechtsgebied er niet bepaald saaier op gemaakt. Noordam spreekt – enigszins cynisch – over de 'meerwaarde' van het aan het werk houden van de handboeken- en voorlichtingsindustrie, waar al die nieuwe regels steeds opnieuw moeten worden ingevoerd en van commentaar voorzien.[28] En zo is het natuurlijk (ook). Een troost voor nationale wetbeoefenaren is misschien dat ons land hierin niet alleen staat. In een artikel over de ontwikkelingen in Australië benoemt de politicoloog en arbeidsmarktdeskundige Mark Considine de komst van ASR als 'the reform that never ends'. En opvolgende hervormingen zijn vaak de grootste veroorzaker van tegenstrijdige of niet goed op elkaar aansluitende regelingen, zeker als ze, zoals in Australië, worden vormgegeven door regeringen van sterk wisselende signatuur. [29] Tegelijk betekenen al die elkaar snel opvolgende regels een grote uitdaging voor onderzoekers en docenten om vooral de grote lijn in het oog te houden en voor het voetlicht te brengen. Dat is bij uitstek een uitvloeisel van 'de verantwoordelijkheid jegens wetenschap en samenleving', waaraan elke gepromoveerde onderzoeker zich heeft gecommitteerd. Jaap Riphagen betoonde zich in zijn lange carrière altijd erg geïnteresseerd in dwarsverbanden tussen het arbeids- en het socialeverzekeringsrecht en hij was daarbij een grootmeester in het opsporen en vervolgens aan de kaak stellen van tegenstrijdigheden en van de gevolgen daarvan. Het is nu aan zijn opvolgers om die traditie voort te zetten.

---

28 F.M. Noordam, 'Socialezekerheidsrecht: ingewikkeld, ingewikkeld', in: S. Klosse (red.), *Schipperen tussen verantwoordelijkheid en bescherming. Had Geers het geweten!*, Universitaire Pers Maastricht 2006.

29 M. Considine, 'The reform that never ends' in: E. Sol and M. Westerveld (eds.), *Contractualism in employment services*, Den Haag: Kluwer law international 2005.

3 Dynamiek en bescherming: waar liggen de grenzen?

Saskia Klosse en Saskia Peters

Inleiding

Jaap Riphagen toonde zich in zijn lange loopbaan steeds hoeder van het beschermingskarakter van het sociaal recht. Veel van zijn publicaties getuigen hiervan. De grondgedachte dat ongelijkheden in de arbeidsrelatie met specifieke vormen van bescherming voor de werknemer moeten worden gecompenseerd, kronkelt daar als een rode draad doorheen. Terecht beschouwde Jaap dit als een wezenskenmerk van het sociaal recht waaraan niet mag worden getornd. Toen er wetsvoorstellen verschenen die tot privatisering van de ZW moesten leiden, plaatste hij daarbij vanuit dit perspectief dan ook bezorgd een reeks kanttekeningen. Deze ontwikkeling zou, zo vreesde hij, wel eens afbreuk kunnen doen aan het beschermingskarakter van het sociaal recht. Van oudsher ligt daaraan immers een zorgvuldige afweging van de wederzijdse belangen van werkgevers en werknemers ten grondslag. Zou worden voortgegaan op het privatiseringspad dan zou dit tot gevolg kunnen hebben dat hieraan in de toekomst een ander gewicht wordt toegekend en wel in die zin dat de gedachte dat de werknemer wel met wat minder bescherming toekan, steviger zal worden omarmd. De vraag hoe kan worden voorkomen dat bij de afweging van de wederzijdse belangen het evenwicht in het maatschappelijke krachtenspel ten nadele van de werknemer wordt verstoord, achtte Jaap dan ook een kernvraag voor de toekomst.[1]

Jaap schreef dit in 1996. Anno 2010 is deze vraag echter nog steeds actueel. De achter de privatiseringsvoorstellen van toen schuilende trend van minder overheidsbemoeienis ten faveure van meer eigen verantwoordelijkheid, meer marktwerking en meer keuzevrijheid heeft zich de laatste jaren namelijk verder voortgezet. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de komst van de WWB in 2004 en de Zvw en de Wet WIA in 2006. Maar ook de wijzigingen die in 2006 werden doorgevoerd in de WW en de veranderingen die in 2009 werden aangebracht in de uitvoeringsorganisatie (samenvoeging UWV/CWI), zijn exponenten hiervan.[2] Reden te meer om in onze bijdrage aan het liber amicorum voor Jaap nader te onderzoeken welke invloed deze ontwikkelingen hebben gehad op het

---

1 Zie hierover nader J. Riphagen, 'Ziekteverzuim, controle en privacy', in: C.J. Loonstra, H.W.M.A. Staal & W. Zeijlstra (red.), *Arbeidrecht en Mensbeeld 1946-1996*, Deventer: Kluwer 1996, p. 62 en 76.

2 De wijzigingen in de WW vonden hun grondslag in de Wet Wijziging WW-stelsel die op 1 oktober 2006 in werking trad (*Stb*. 2006, 303). De grondslag voor de wijzigingen in de uitvoerings- en arbeidsvoorzieningsorganisatie werd gelegd door de Wet tot wijziging van de SUWI en andere wetten in verband met de evaluatie van de SUWI, de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen en deregulering (*Stb*. 2008, 600).

beschermingskarakter van het sociaal recht. Is de bescherming die de werknemer aan het sociaal recht ontleent inderdaad verminderd of is er wellicht een nieuw evenwicht gevonden en zo ja, op welke manier? Binnen het bestek van deze bijdrage kunnen wij niet alle genoemde wijzigingen onderzoeken. Onze bijdrage spitst zich daarom toe op de gevolgen van de in de WW aangebrachte wijzigingen voor de (inkomens)bescherming van de werknemer. Om hiervan een beeld te krijgen zullen eerst de doelstellingen achter deze wijzigingen en de uitwerking daarvan in de WW in herinnering worden gebracht. Daarna wordt aan de hand van een aantal voorbeelden uit de jurisprudentie ingezoomd op de uitleg die aan de wetswijzigingen is gegeven in de rechtspraak. In hoeverre verandert het beeld als ook dit in de beschouwing wordt betrokken? Tot slot wordt de balans opgemaakt en zullen de vragen die in deze bijdrage centraal staan, worden beantwoord.[3]

Kernpunten van de in 2006 doorgevoerde wijzigingen in de WW

Achterliggende gedachten

De wijzigingen die in 2006 werden doorgevoerd in de WW moeten worden bezien tegen de achtergrond van de nota Arbeidsmarkt en Sociale Zekerheid van 21 september 2004.[4] Gedreven door de vrees dat de rap vergrijzende beroepsbevolking, bij ongewijzigd beleid, het economisch draagvlak voor de collectieve voorzieningen zal ondermijnen, wordt er in deze nota op gewezen dat de bakens op het terrein van arbeid en inkomen moeten worden verzet. Meer dan voorheen zal het stelsel van werk en inkomen moeten bijdragen aan de versterking van het economisch draagvlak en wel door te bevorderen dat iedereen die kan werken deelneemt aan het arbeidsproces en daarbij zo productief mogelijk is. Om dit doel te bereiken is, volgens de nota, een goede samenhang tussen het ontslagstelsel en de 'circulatiefunctie' van het stelsel van sociale zekerheid noodzakelijk. Daarmee kan immers de mobiliteit op de arbeidsmarkt worden bevorderd en dus de dynamiek op de arbeidsmarkt worden vergroot. Dit doel kan evenwel niet worden verwezenlijkt zonder een aantal mobiliteitsbelemmerende factoren uit het stelsel van werk en inkomen te verwijderen. Voor het stelsel van sociale zekerheid betekent dit onder meer dat, sterker dan voorheen, zal moeten worden gewaarborgd dat de inkomens-beschermingsfunctie de activeringsfunctie van dat stelsel ondersteunt en niet tegenwerkt. Ook zullen uitkeringsgerechtigden sterker moeten worden geprikkeld tot actief arbeidsmarktgedrag zodat het verblijf in de uitkeringsregelingen zo kort mogelijk blijft.[5] Het stelsel van sociale zekerheid wordt daarmee in wezen dienstbaar gemaakt aan het belang van een dynamisch functionerende arbeidsmarkt om zo, via verhoging van het aantal werkenden, te

---

3 In onze bijdrage staat het huidige WW-systeem centraal, mogelijke alternatieven (zoals bijvoorbeeld voorgesteld door de Commissie Bakker) blijven buiten beschouwing.

4 Zie daarvoor nader *Kamerstukken II* 2004/05, 29 804, nr. 1.

5 Zie hiervoor onder andere *Kamerstukken II* 2004/05, 29 804, nr. 1, p. 7 en 24.

komen tot versterking van het economisch draagvlak. Dit wordt gezien als een essentiële voorwaarde om ook in de toekomst een adequaat niveau van collectieve voorzieningen te kunnen bieden.

Doorwerking in de WW
De lijn die in de nota Arbeidsmarkt en Sociale Zekerheid werd uitgezet, heeft een stempel gedrukt op de wijzigingen die in 2006 zijn aangebracht in de WW. Weliswaar is de oorspronkelijke doelstelling van deze wet – het bieden van inkomensbescherming in geval van werkloosheid – nog steeds aanwezig, maar deze doelstelling is primair geplaatst in de sleutel van de bevordering van de arbeidsparticipatie.[6] Behalve in de verkorting van de uitkeringsduur tot maximaal 38 maanden, komt dit tot uiting in de introductie van een degressieve loondervingsuitkering die de eerste twee maanden 75% en daarna 70% van het laatstverdiende loon bedraagt tot het maximumdagloon.[7] Doel hiervan is werklozen te stimuleren tot actief arbeidsmarktgedrag. Dit gebeurt door hun eerst een relatief hoge mate van inkomensbescherming te bieden, zodat volop kan worden gezocht naar ander werk, en de uitkering vervolgens te verlagen en te verkorten zodat betrokkenen eerder terugvallen op het bijstandsniveau. Werklozen krijgen daarmee een sterkere financiële prikkel om direct actief op zoek te gaan naar ander werk, in plaats van (eerst) de voor hen geldende uitkeringsduur 'uit te zitten'.

Maar dit is niet de enige wijziging die in de WW is doorgevoerd. Ook de verwijtbaarheidstoets werd beperkt. Sinds 1 oktober 2006 is van 'verwijtbaar werkloos worden' nog slechts sprake als:

a) aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt in de zin van art. 7:678 BW en de werknemer daarvan een verwijt kan worden gemaakt (art. 24 lid 2 onder a WW) of
b) de dienstbetrekking door of op verzoek van de werknemer is geëindigd terwijl voortzetting daarvan in redelijkheid van hem had kunnen worden gevergd (art. 24 lid 2 onder b WW).

Doel van deze wijziging is primair een einde te maken aan de voor 1 oktober 2006 bestaande praktijk om veelal pro forma verweer te voeren in procedures tegen een door de werkgever aangevraagde ontslagvergunning dan wel om de beëindiging van de arbeidsovereenkomst te realiseren via zogenaamde 'geregelde' ontbindingsprocedures. Tot 1 oktober 2006 werd dit in de hand gewerkt doordat het actief of passief meewerken aan de beëindiging van de

---

6 Zie daarvoor bijvoorbeeld de reactie van de regering van 29 april 2005 (*Kamerstukken II* 2004/05, 30 109, nr. 1, met name p. 10-11) op het advies van de SER inzake de Toekomstbestendigheid van de Werkloosheidswet (SER-advies 05/05), waarin de arbeidsmarktfunctie boven de inkomensbeschermingsfunctie van de WW wordt geplaatst.

7 Zie art. 42 lid 2 WW en art. 47 lid 1 WW.

arbeidsovereenkomst (bijvoorbeeld door in te stemmen met een beëindigingsvoorstel van de werkgever) toen tot een blijvende gehele weigering van de werkloosheidsuitkering kon leiden. Ook als de werknemer berustte in een ontslag waartegen hij zich met een redelijke kans van slagen had kunnen verweren, kon hij met deze sanctie worden geconfronteerd. Sinds 1 oktober 2006 is dit niet langer het geval. Art. 24 lid 6 WW onderstreept dat nog eens. Daarin is namelijk expliciet bepaald dat het niet voeren van verweer tegen of het instemmen met een beëindiging van de dienstbetrekking door of op verzoek van de werkgever niet leidt tot verwijtbare werkloosheid in de zin van art. 24 lid 2 WW. De werkloosheidsuitkering kan dus om die reden niet langer blijvend geheel geweigerd worden.
Beoogd wordt op deze manier een bijdrage te leveren aan de versoepeling van de ontslagpraktijk en, daarmee, aan de bevordering van de dynamiek op de arbeidsmarkt. Doordat meewerken aan een ontslag met wederzijds goedvinden of het berusten in een – op zich – juridisch aanvechtbaar ontslag niet langer consequenties heeft voor de werkloosheidsuitkering, zullen werknemers gemakkelijker van werkkring kunnen veranderen, zo is de hierachter liggende gedachte. De mobiliteit op de arbeidsmarkt kan daarmee worden bevorderd. In het kielzog hiervan zou ook de insider-outsider problematiek kunnen worden verminderd. Meer arbeidsmarktdynamiek leidt mogelijk immers eveneens tot een efficiëntere allocatie op de arbeidsmarkt.[8]

Tussenbalans ten aanzien van het wettelijk kader
De vraag rijst wat deze ontwikkeling betekent voor de bescherming van de werknemer: is die daardoor inderdaad verminderd? Een genuanceerd antwoord lijkt hier op zijn plaats. Vanuit beschermingsoogpunt bezien is ten eerste van belang te constateren dat de beperking van de verwijtbaarheidstoets, binnen de werkloosheidsverzekering, een accentverschuiving heeft aangebracht. Waar deze toets vóór 1 oktober 2006 het belang van het behouden van werk benadrukte, wordt nu het belang om van werkkring te kunnen wisselen, geaccentueerd. Het bieden van werkzekerheid wordt daarmee belangrijker. Dit sluit aan bij de trend die zich aan het begin van dit millennium begon af te tekenen, namelijk om werkzekerheid boven het belang van baanzekerheid te plaatsen.[9] Naast de zekerheid om aan het werk te komen en te blijven die de term werkzekerheid omvat, blijft echter ook de zekerheid van inkomens-

---

8 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 109, nr. 1, p. 10.

9 Zie hiervoor bijvoorbeeld het WRR rapport *Investeren in werkzekerheid*, Amsterdam 2007, het rapport van de Commissie Arbeidsparticipatie *Naar een toekomst die werkt,* Rotterdam 2008 en de kabinetsnotitie *Mobilisatie arbeidsmarkt met het oog op de economische neergang*, Den Haag 2009. Zie nader over dit onderwerp R. Knegt, Verwijtbare werkloosheid: de januskop van de WW, *SMA* 2001, p. 546 e.v.; W.H.A.C.M. Bouwens, 'Disfunctioneren en wangedrag in relatie tot de Werkloosheidswet', in: *Disfunctioneren en wangedrag van werknemers,* E. Verhulp en W.A. Zondag (red.), Deventer: Kluwer 2003, p. 175 e.v. en het proefschrift van A.C. Damsteegt, *De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

bescherming in periodes waarin naar ander werk wordt gezocht, van belang.[10] Bij de wijziging van de WW in 2006 is dat ook onderkend. Zo blijkt uit de memorie van toelichting dat de wetgever met de aangebrachte wijzigingen een goede balans tussen inkomensbescherming en activering wilde realiseren.[11] De versoepeling van de verwijtbaarheidstoets draagt hieraan bij door de toetredingsdrempel tot de WW te verlagen. Het effect van deze wijziging is dat per saldo meer inkomenszekerheid wordt geboden dan voorheen.

Hierbij moet worden bedacht dat, eenmaal in de WW, de inkomensbescherming wordt geplaatst in de sleutel van de bevordering van de arbeidsparticipatie. Deze ontwikkeling gaat gepaard met verkorting van de uitkeringsduur en, daarmee, met een vermindering van de inkomensbescherming. Maar dat is niet meteen het einde van het verhaal. Actief zoekgedrag moet dat namelijk compenseren. De verkorting van de uitkeringsduur beoogt daaraan een steentje bij te dragen door de betrokkenen een financiële prikkel te geven om snel weer aan het werk te gaan. Of de verminderde inkomensbescherming daarmee afdoende wordt gecompenseerd hangt sterk af van de omstandigheden van het geval. Hierbij spelen, behalve eigen inspanningen in de sfeer van de re-integratie, ook de wijze waarop en de mate waarin de betrokkenen daarbij worden ondersteund, een rol. Om het compenserende vermogen van deze component te kunnen beoordelen, is het van belang een aantal wijzigingen die na 1 oktober 2006 zijn doorgevoerd, in de beschouwing te betrekken. Het gaat hierbij met name om veranderingen die zijn aangebracht in de uitvoeringsorganisatie en om maatregelen die na 2006 zijn getroffen om de arbeidsmarktpositie van langdurig werklozen te versterken. Om het beeld te completeren zal de kern van deze flankerende maatregelen hieronder afzonderlijk worden belicht.

Flankerende maatregelen

Wijzigingen in de sfeer van de uitvoeringsorganisatie

De veranderingen die door wijziging van de SUWI zijn aangebracht in de uitvoeringsorganisatie hebben er onder meer toe geleid dat de CWI met ingang van 1 januari 2009 is opgegaan in het UWV WERKbedrijf.[12] Deze bundeling van krachten moet niet alleen leiden tot een betere aansluiting van vraag en aanbod op de arbeidsmarkt, maar ook tot een meer integrale dienstverlening en meer maatwerk. Vanuit beschermingsoogpunt is dit in principe een positieve

---

10 In het kader van het streven naar 'flexicurity' worden in de literatuur vier typen zekerheid onderscheiden: 1) baanzekerheid, 2) de zekerheid om aan het werk te kunnen blijven, 3) inkomenszekerheid en 4) de zekerheid om werk en privé-leven c.q. andere activiteiten te kunnen combineren. Zie hierover nader bijvoorbeeld G. Standing, *Global labour flexibility: seeking distributive justice*, London: Macmillan Press, 1999 en T. Wilthagen, F. Tros en H. van Lieshout, 'The concept of flexicurity: a new approach to regulating employment and labour markets', *Transfer* 2004, vol. 10, no. 2, p. 166-186.

11 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 370, nr. 3.

12 Zie daarvoor de Wet tot wijziging van de SUWI en andere wetten in verband met de evaluatie van de SUWI, de kaderwet zelfstandige bestuursorganen en deregulering (*Stb*. 2008, 600).

ontwikkeling. Wordt daaraan een adequate invulling gegeven, dan kunnen deze doelstellingen er immers aan bijdragen dat de juiste persoon op de juiste plek terecht komt. De kans dat werkzoekenden duurzaam terugkeren op de arbeidsmarkt neemt daarmee toe. Dit wordt nog eens versterkt doordat ook het belang van een vroegtijdige aanpak van werkloosheid de laatste jaren een prominentere plaats heeft gekregen. Behalve in de komst van mobiliteitscentra, komt dit bijvoorbeeld tot uiting in de groeiende belangstelling voor trajecten die werkzoekenden 'van werk naar werk' moeten begeleiden.[13]

In termen van zekerheid c.q. bescherming is deze aanpak te prefereren boven de bevordering van de terugkeer naar het arbeidsproces als de band met dat proces al is verbroken. Wordt vanuit een werksituatie ingezet op de overgang naar ander werk, dan blijkt de kans dat werknemers aan het werk blijven namelijk aanzienlijk te worden verhoogd.[14] Die kans wordt gemist als werkzoekenden eerst werkloos worden en dan vanuit die situatie weer aan het werk moeten zien te komen. De ervaring leert dat dit, zeker naarmate de leeftijd vordert, bepaald niet eenvoudig is.[15] Er is dan een reële kans dat het verblijf in het uitkeringssysteem een langdurige aangelegenheid wordt. Het uitkeringssysteem biedt dan weliswaar financiële zekerheid in de vorm van een inkomensvervangende uitkering, maar deze zekerheid vermindert, mede als gevolg van de verkorting van de uitkeringsduur van de WW, behoorlijk naarmate de tijd verstrijkt. Bovendien wordt naarmate de werkloosheid langer duurt, de kans kleiner dat de betrokkene, indien hij weer aan het werk komt, in voor hem passend werk terechtkomt. Vanuit dit oogpunt bezien kunnen de ingezette veranderingen in de sfeer van de uitvoering in beginsel beschermingsverhogend werken. Immers, wordt daaraan invulling gegeven op de daarmee beoogde manier, dan kan daarmee een langdurige uitkeringsafhankelijkheid worden voorkomen. Werkzoekenden worden dan na verloop van tijd niet met een afnemende inkomensbescherming geconfronteerd. In plaats daarvan zijn zij actief op de arbeidsmarkt en doen zij, als het goed is, bij hen passend werk waarmee zij zelf in hun bestaan kunnen voorzien.

Versterking van de arbeidsmarktpositie van langdurig werklozen

Het plaatje is hiermee echter nog niet compleet. Ingrepen in de uitkeringsduur van de WW treffen natuurlijk vooral de groep langdurig werklozen. Duidelijk is ook dat het op de huidige arbeidsmarkt voor bepaalde groepen, met name

---

13 Zie hiervoor nader bijvoorbeeld de kabinetsnotitie *Mobilisatie arbeidsmarkt met het oog op economische neergang*, Den Haag 2009.

14 Zie daarvoor bijvoorbeeld het rapport van de WRR *Investeren in werkzekerheid*, Amsterdam 2007, p. 173 e.v.

15 Onderzoek leert dat met name ouderen, eenmaal in de WW, moeilijk aan het werk komen. Gedurende de eerste zes maanden van de werkloosheid blijkt slechts 7% van de oudere werkzoekenden werk te vinden. Daarna neemt de kans op het vinden van werk steeds verder af. Zie hierover nader het rapport van de Commissie Arbeidsparticipatie *Naar een toekomst die werkt,* Rotterdam 2008, p. 43-44 en S.S.M. Peters, Ontslag(zeker): Van Donner tot Bakker, *SMA* 2008, p. 401.

ouderen, moeilijk is om weer aan het werk te komen. Zolang er aan het huidige arbeidsbestel niets verandert, dreigen zij bij baanverlies dus onverminderd toe te treden tot de rangen van de langdurig werklozen. Om de gevolgen van de wetswijziging te verzachten zijn er maatregelen genomen om de arbeidsmarktpositie van langdurig werklozen te verstevigen. Daartoe werd aan de ene kant het begrip 'passende arbeid' verruimd. Iemand die 52 weken onafgebroken recht op een werkloosheidsuitkering heeft gehad, zal als gevolg hiervan in beginsel arbeid op alle loonniveaus moeten aanvaarden.[16] Dit wordt gecompenseerd doordat bij werkaanvaarding niet (zoals gebruikelijk) wordt aangeknoopt bij het arbeidsurenverlies, zodat het recht op uitkering behouden blijft. Wel wordt 70% van het met werken verdiende loon op de uitkering in mindering gebracht (art. 20 lid 6 sub b en art. 35aa WW). Beoogd wordt hiermee het aanvaarden van laagbetaalde arbeid voor langdurig werklozen lonend te maken. Verwacht wordt dat de drempel om arbeid met een loonwaarde onder het uitkeringsniveau te accepteren, daarmee zal worden verlaagd.

Inkomensbescherming en activering worden op deze manier met elkaar gecombineerd met het doel om werkaanvaarding te bevorderen. Hierbij moet worden bedacht dat de druk om werk te accepteren na een jaar werkloosheid wordt verhoogd. Zo kan het UWV de betrokkenen na een jaar werkloosheid ook een werkaanbod doen (art. 30a lid 2 SUWI). Door de verruiming van het begrip passende arbeid zal er weinig ruimte zijn om dit van de hand te wijzen, althans als men niet geconfronteerd wil worden met een blijvende gehele of gedeeltelijke weigering van de uitkering.[17] De activeringsdoelstelling voert hierdoor per saldo de boventoon. Dit geldt overigens ook als er nog geen sprake is van werkloosheid. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat de werkgever een werknemer in het kader van een reorganisatie voorstelt om zijn eigen werk voort te zetten op een andere locatie of bij een andere werkgever. Slaat de werknemer dit aanbod af, dan loopt hij het risico dat dit wordt gekwalificeerd als een schending van de verplichting om passend werk te behouden als bedoeld in art. 24 lid 1 onder b, ten derde WW. Hierop staat een blijvende weigering van de uitkering (zie art. 27 lid 1 WW).[18]
Duidelijk is dat het doel om de mobiliteit op de arbeidsmarkt te bevorderen hiermee wordt gediend. Of daarmee ook een goede balans tussen inkomensbescherming en activering wordt bereikt en wel in die zin dat

---

16 Dit vloeit voort uit de Richtlijn Passende Arbeid 2008 (Richtlijn van 30 juni 2008, *Stcrt*. 2008, 123), die sinds 1 juli 2008 van kracht is. Op het beginsel dat na een jaar werkloosheid alle arbeid passend wordt bestaan overigens uitzonderingen. Arbeid waarvan het loonniveau onder het voor de betrokkene geldende wettelijk minimumloon ligt, hoeft bijvoorbeeld niet te worden aanvaard. Dit geldt evenzeer als het loonniveau niet overeenstemt met de geldende cao.

17 De grondslag voor deze weigering ligt in art. 27 lid 2 WW in combinatie met art. 24 lid 1 onder b, ten tweede (nalaten aangeboden passende arbeid te aanvaarden).

18 Dit is een gevolg van een wijziging die met ingang van 1 juli 2009 is aangebracht in art. 24 lid 7 WW. Zie hierover G.C. Boot, Het begrip verwijtbare werkloosheid weer wat verruimd, *ArbeidsRecht* 2009, 53.

werknemers daarmee een adequate mix van inkomenszekerheid en werkzekerheid wordt geboden, is echter de vraag. Het antwoord hierop hangt mede af van de uitleg die in de jurisprudentie aan de doorgevoerde wetswijzigingen is gegeven. In hoeverre het beeld daardoor verandert zal daarom nu aan de hand van een aantal markante uitspraken van de CRvB worden onderzocht. Omdat de rechtspraak die zich sinds 1 oktober 2006 heeft ontwikkeld, zich met name toespitst op de verwijtbaarheidstoets, zal het vervolg van deze bijdrage zich hierop concentreren.

Ontwikkelingen in de rechtspraak

Nuancering van de a-grond

De CRvB heeft zich op 18 februari 2009, in een zestal zaken waarin het UWV de uitkering blijvend geheel had geweigerd, uitgesproken over de invulling die moet worden gegeven aan art. 24 lid 2 onder a WW (de zogenaamde a-grond).[19] Hiervoor (onder het kopje 'Doorwerking in de WW') werd al aangegeven dat dit een van de gronden is die kan leiden tot het oordeel dat de werknemer verwijtbaar werkloos is geworden. Het UWV kan zich daarop beroepen als de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden is beëindigd en de werknemer daarvan een verwijt kan worden gemaakt. In de zienswijze van de CRvB dient het UWV bij de beoordeling hiervan het volgende in acht te nemen. Ten eerste is bij de beoordeling of aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt, de wijze waarop het dienstverband is beëindigd niet doorslaggevend. Wel vormt de omstandigheid dat een ontslag op staande voet is verleend of dat de arbeidsovereenkomst wegens een dringende reden of zonder vergoeding is ontbonden, een indicatie voor de aanwezigheid van een dringende reden. Ten tweede dient in het kader van de a-grond een materiële beoordeling plaats te vinden waarbij de civielrechtelijke regeling (art. 7:677-678 BW) en de daaraan gegeven toepassing in de jurisprudentie van de Hoge Raad de maatstaf is. Dat betekent dat per geval moet worden beoordeeld of sprake is van (werkloosheid wegens) een dringende reden. Elementen die bij die beoordeling moeten worden betrokken zijn onder meer de subjectiviteit van de dringende reden, in onderlinge samenhang bezien met de aard en ernst van de gedraging, de aard en duur van de dienstbetrekking, het functioneren van de werknemer en zijn persoonlijke omstandigheden, zoals leeftijd, alsmede de gevolgen van een ontslag voor de werknemer. Ten slotte dient er in het kader van art. 24 lid 2 onder a WW te worden getoetst of de werknemer van de dringende reden een verwijt kan worden gemaakt.[20]

---

19 CRvB 18 februari 2009, *LJN* BH2387 (*USZ* 2009/68); *LJN* BH2388 (*USZ* 2009/70 m.nt. Boot); *LJN* BH2390, *LJN* BH2392 (*USZ* 2009/69), *LJN* BH2393, *LJN* BH2394. Zie over deze uitspraken *TRA* 2009, 49 (Lanting) en A.C. Damsteegt & P.S. Fluit, 'De jurisprudentie van de Centrale Raad over het nieuwe verwijtbaarheidscriterium in de WW', *TRA* 2009, 85.

20 CRvB 18 februari 2009, *USZ* 2009/68, r.o. 5.3.1.

Opvallend is dat de CRvB, na afweging van alle relevante feiten en omstandigheden, in vier zaken tot de conclusie kwam dat er geen sprake was van een dringende reden die een ontslag op staande voet zou rechtvaardigen.[21] Slechts in één zaak kon de beslissing van het UWV naar het oordeel van de Raad in stand blijven.[22] Dat de CRvB bij de invulling van de a-grond kiest voor een materiële benadering, is hierbij een belangrijke factor. De Raad onderstreept hiermee nog eens dat niet de ontslagroute, maar de ontslagreden doorslaggevend is bij de beoordeling van de vraag of een werknemer verwijtbaar werkloos is geworden in de zin van art. 24 lid 2 onder a WW. Deze benadering sluit aan bij de bewoordingen van art. 24 lid 2 sub a WW en werd blijkens de wetsgeschiedenis uitdrukkelijk voorgestaan door de wetgever.[23] De keuze om bij die materiële toetsing aan te sluiten bij de jurisprudentie van de Hoge Raad ligt volgens de CRvB met het oog op de rechtszekerheid in de rede.[24] Met Damsteegt en Fluit menen wij dat hierop wel wat af te dingen valt. Nu bij de civielrechtelijke beoordeling van de dringende reden alle relevante feiten en (persoonlijke) omstandigheden moeten worden afgewogen, en daarbij niet alleen de objectieve dringendheid (ernst van het feit) moet worden beoordeeld, maar ook de subjectieve dringendheid (ernst voor deze werkgever, vooral blijkend uit de onverwijldheid van het ontslag), is de uitkomst van die toetsing immers bijzonder lastig te voorspellen. Naar onze mening draagt deze manier van toetsing daarom niet bij aan de rechtszekerheid en evenmin aan de beoogde vereenvoudiging van de uitvoering van de WW.[25] De uitleg die de CRvB heeft gegeven aan de a-grond is op dit punt dus niet in overeenstemming met de vermindering van de rechtsonzekerheid die de wetgever met de huidige formulering van de a-grond beoogde.

Hier staat tegenover dat de volle toets resulteert in een sterke bescherming van de werknemer. Door de strenge eisen die, via de uitleg van de CRvB, aan de toepassing van de a-grond worden gesteld, zal een blijvende gehele weigering van de uitkering op deze grond immers niet snel worden aangenomen. De zes zaken die hier centraal staan, onderstrepen dat nog eens. Geconcludeerd kan worden dat deze lijn strookt met de bedoeling van de wetgever om de toegangsdrempel tot de WW te verlagen. Ook kan uit de door de CRvB

---

21 *LJN* BH2390, BH2392, BH2393 en BH2394. In de zesde zaak achtte de CRvB nader onderzoek nodig en werd de zaak terugverwezen naar het UWV (*USZ* 2009/68).

22 *USZ* 2009/70.

23 De SER had voorgesteld de ontslag*route* bepalend te laten zijn, omdat dit partijen meer duidelijkheid zou bieden en dus minder aanleiding voor (pro forma) procedures zou geven. Volgens het kabinet zou dit echter onder andere leiden tot ongelijke behandeling van werknemers in materieel gelijke gevallen (*Kamerstukken* II 2005/06, 30 370, nr. 3, p. 25).

24 *USZ* 2009/68, r.o. 5.3.1.

25 Zie hierover uitgebreid A.C. Damsteegt & P.S. Fluit, 'De jurisprudentie van de Centrale Raad over het nieuwe verwijtbaarheidscriterium in de WW', *TRA* 2009, 85, met name p. 9-10.

ontwikkelde jurisprudentie worden geconcludeerd dat de inkomensbescherming per saldo prevaleert. In het licht van onze centrale vraagstelling is dit een interessant gegeven. Reden te meer om na te gaan of, en zo ja, in hoeverre de uitleg die de CRvB heeft gegeven aan de b-grond, dit beeld bevestigt.

Nuancering b-grond
Beëindigingsinitiatief werknemer
Zoals hiervoor (onder het kopje 'Doorwerking in de WW') al werd vermeld, kan art. 24 lid 2 sub b WW (de zogenaamde b-grond) worden gehanteerd als het UWV van oordeel is dat een werknemer verwijtbaar werkloos is geworden doordat de arbeidsovereenkomst is beëindigd door of op verzoek van de werknemer, terwijl voortzetting van de arbeidsrelatie niet dusdanig bezwaarlijk was dat dit niet van hem kon worden gevergd. Over de invulling die hieraan moet worden gegeven heeft de CRvB zich inmiddels in een aantal zaken uitgesproken. Zo heeft de CRvB zich gebogen over de vraag hoe de zinsnede 'door of op verzoek van de werknemer' moet worden uitgelegd. De wettekst is op dit punt niet erg duidelijk. Immers, 'door of op verzoek van' kan worden gelezen als 'door een verzoek of op verzoek van', maar ook als 'door toedoen of initiatief dan wel op verzoek van'.[26] Welke interpretatie wordt gevolgd is in zoverre van belang voor de toetsing van de b-grond dat de eerste lezing pleit voor een formele benadering, terwijl de tweede lezing ruimte biedt voor een materiële benadering waarbij verwijtbare werkloosheid kan worden aangenomen als komt vast te staan dat de werknemer feitelijk zelf het initiatief heeft genomen voor het ontslag.

De jurisprudentie van de CRvB is op dit punt niet eenduidig. Zo rees in een zaak uit 2009 de vraag hoe moet worden geoordeeld indien de werknemer een ontbindingsverzoek indient, dat vervolgens intrekt, waarna de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden door toewijzing van het zelfstandig tegenverzoek van de werkgever.[27] Het UWV had de WW-uitkering blijvend geheel geweigerd wegens verwijtbare werkloosheid op de b-grond. Volgens de CRvB is echter geen sprake van een beëindiging 'door of op verzoek van de werknemer'. Het is immers uiteindelijk de toewijzing van het ontbindingsverzoek van de werkgever die tot de beëindiging van de dienstbetrekking heeft geleid. De Raad kiest hier, onder verwijzing naar de bewoordingen van de b-grond en de wetsgeschiedenis,[28] voor een formele benadering: de arbeidsovereenkomst is formeel ontbonden op verzoek van de werkgever. Dat het proces tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst in gang was gezet door het ontbindingsverzoek van de werknemer, is volgende de Raad niet van belang. In een zaak uit 2010 kiest de (voorzieningenrechter van de) CRvB echter voor een materiële benadering.[29] De zaak betreft een ambtenaar aan wie, volgens de

---

26 Zie de annotatie bij deze uitspraak van P.S. Fluit, *TRA* 2010, 52.
27 CRvB 26 november 2009, *USZ* 2010/28 m.nt. redactie.
28 Zie voor kritiek op deze benadering en de onderbouwing daarvan: Fluit, *TRA* 2010, 52.
29 Voorzieningenrechter CRvB 8 januari 2010, *USZ* 2010/49; *LJN* BK8936.

akte van ontslag, ontslag was verleend 'wegens eigen verzoek'. Gelet op de feiten en omstandigheden die tot het ontslagbesluit hadden geleid concludeert de voorzieningenrechter dat niettemin geen sprake is van ontslag op verzoek van de ambtenaar. Daarbij was, naast het door partijen gevolgde onderhandelingstraject om tot een oplossing te komen, van belang dat het werk voor betrokkene ziekmakend was, dat de werkgever outplacement als enige oplossing zag en bovendien had verklaard ook zonder instemming van de betrokkene tot beëindiging te zijn overgegaan. Hier was dus formeel sprake van een beëindiging op verzoek van de werknemer, maar is de materiële gang van zaken, die meer wees op een beëindigingsinitiatief van de werkgever, doorslaggevend bij de toetsing aan de b-grond.[30]

Interessant voor onze centrale vraagstelling is dat de CRvB, juist door de verschillende benaderingswijzen, in beide zaken hetzelfde resultaat bereikt: in beide gevallen is de uitkomst dat geen verwijtbare werkloosheid in de zin van art. 24 lid 2 onder b WW wordt aangenomen. De werknemer wordt daarmee beschermd. In de eerste zaak biedt een formele benadering die bescherming, in de tweede zaak wordt die bescherming daarentegen door een materiële benadering bewerkstelligd. Anders dan in de eerste zaak, heeft deze laatste benadering tot gevolg dat het UWV bij de beoordeling van de b-grond niet mocht afgaan op de formele situatie (in dit geval het ontslagverzoek van de werknemer). Het UWV moest, naar het oordeel van de CRvB in deze zaak, de achterliggende feitenconstellatie bij de beoordeling betrekken en daarmee door de ('formele') schijn heen prikken. Hier ligt opnieuw het gevaar van onvoorspelbaarheid over de toekenning van de werkloosheidsuitkering op de loer. Wil de keuze voor een materiële benadering niet in strijd komen met de doelstelling van de wetgever om met de inperking van de verwijtbaarheidstoets de rechtszekerheid te versterken, dan is het zaak dat art. 24 lid 2 onder b WW beperkt wordt uitgelegd.[31]

Geconcludeerd kan worden dat de Raad in beide zaken grenzen stelt aan het toepassingsbereik van de b-grond. De Raad kiest daarmee voor een restrictieve uitleg van het vereiste dat de dienstbetrekking 'door of op verzoek van de werknemer' is geëindigd. Het gevolg hiervan is dat ook hier de inkomensbescherming per saldo prevaleert. Gesteld kan worden dat deze

---

30 Vergelijk Rb. Leeuwarden 8 april 2010, *LJN* BM6305, waarin een ontbindingsverzoek van de werkgever werd gevolgd door een zelfstandig ontbindingsverzoek van de werknemer. Volgens de rechtbank leidt het zelfstandig verzoek in reconventie ertoe dat de dienstbetrekking mede is beëindigd door of op verzoek van werknemer (maar voortzetting kon niet van hem worden gevergd, dus toch geen verwijtbare werkloosheid). Wij betwijfelen of dit in overeenstemming is met de jurisprudentie van de CRvB. Zo al niet formeel sprake zou zijn van een einde op initiatief van de werkgever (zijn ontbindingsverzoek zou ook zonder het daarop als reactie ingediende verzoek van de werknemer tot ontbinding hebben geleid), dan lijkt het initiatief tot beëindiging toch in ieder geval materieel bij hem te liggen.

31 Zie daarover Fluit, *TRA* 2010, 52.

terughoudende toepassing van de b-grond de mobiliteit en een efficiënte allocatie op de arbeidsmarkt kan bevorderen, en wel in die zin dat werknemers niet langer op een plek blijven zitten die niet meer optimaal is, bijvoorbeeld wegens (medische) ongeschiktheid of verstoorde verhoudingen. Met deze jurisprudentie wordt dus zowel de inkomensbeschermingsfunctie (sec) als de arbeidsmarktfunctie van de WW gediend.[32] Op dit punt strookt de uitleg die de CRvB in deze zaken geeft aan de toepassing van de b-grond met de bedoeling die de wetgever voor ogen had met de wijziging van de WW in 2006.

Dit wil overigens niet zeggen dat daarmee alle vragen die kunnen opkomen bij de toepassing van de b-grond, zijn beantwoord. Naar aanleiding van recente civiele jurisprudentie rijst bijvoorbeeld de vraag hoe moet worden geoordeeld indien de werknemer op een regelmatige opzegging door de werkgever reageert met een ontbindingsverzoek (teneinde een vergoeding te verkrijgen), waarna de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden tegen een eerdere datum dan de datum waartegen is opgezegd. Formeel eindigt de arbeidsovereenkomst dan als gevolg van het ontbindingsverzoek van de werknemer. Materieel was de arbeidsovereenkomst echter al opgezegd door de werkgever en is het ontbindingsverzoek van de werknemer slechts een reactie op die opzegging. In lijn met de door de CRvB gemaakte keuze voor restrictieve uitleg van de b-grond, mag worden verwacht dat de CRvB ook hier de materiële benadering zal kiezen en de b-grond dus niet van toepassing zal achten, althans niet ten aanzien van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst vanaf de opzeggingsdatum; de periode tussen de ontbindingsdatum en de opzeggingsdatum lijkt ons voor rekening van de werknemer te komen.[33] Dit zou ook in lijn zijn met het oordeel van de Hoge Raad dat de arbeidsovereenkomst als gevolg van de opzegging nog maar een beperkte looptijd heeft, de ontbinding daarom slechts voor die beperkte looptijd effect zal (kunnen) hebben en de werknemer ondanks de ontbinding tegen eerdere datum toch aanspraak op een vergoeding wegens kennelijk onredelijke opzegging kan maken.[34]

Doorwerking verwijtbare werkloosheid

In het kader van de toepassing van de b-grond is ook de herziening van de 'doorwerkingsleer' van de CRvB in 2009 interessant. Die leer heeft betrekking op een vrijwillige baanwisseling[35] door de werknemer. Een werknemer die

---

32 Vergelijk *Kamerstukken II* 2004/05, 30 109, nr. 1, p. 10.

33 Daarbij is het overigens niet gelijk duidelijk op welke grond die rekening aan de werknemer kan c.q. moet worden gepresenteerd. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het leerstuk van de nodeloze vervroeging van het intreden van de werkloosheid (benadelingshandeling) of toepassing van de fictieve opzegtermijn van art. 16 lid 3 WW, maar geen van beide is naar de letter van toepassing op deze bijzondere situatie.

34 HR 11 december 2009, *JAR* 2010/17 (*Van Hooff Elektra*). Vergelijk Ktr. Almelo 6 mei 2010, *JAR* 2010/147; Ktr. Alkmaar 20 januari 2010, *LJN* BL4905 en Ktr. Eindhoven 18 november 2009, *LJN* BL5226.

35 Dit wordt ook wel de oneigenlijke doorwerking genoemd, F.M. Noordam, *Socialezekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p 113. De 'eigenlijke' doorwerking,

ontslag neemt uit een vaste baan om elders bijvoorbeeld een tijdelijk contract aan te gaan, kan volgens deze leer verwijtbaar werkloos worden bij het eindigen (bijvoorbeeld van rechtswege of door opzegging werkgever tijdens de proeftijd) van dat laatste contract. Die laatste beëindiging is niet verwijtbaar, maar de ontslagname uit het eerste contract is dat mogelijk wel op grond van art. 24 lid 2 sub b WW (zelf ontslag nemen terwijl voortzetting van het dienstverband in redelijkheid van de werknemer had kunnen worden gevergd). Doorwerking kan plaatsvinden indien de nieuwe baan eindigt voordat een nieuw uitkeringsrecht is opgebouwd, dus binnen 26 weken.[36] Tot medio 2009 hanteerde de Raad hierbij het criterium of de keuze om van baan te wisselen zo lichtvaardig is te achten dat deze de werknemer vanuit het oogpunt van toepassing van de WW kan worden verweten. Bij de beoordeling hiervan werden alle omstandigheden gewogen, zoals de beweegredenen en het belang van de werknemer om over te stappen naar een andere baan en de vraag of met de keuze voor de nieuwe dienstbetrekking het werkloosheidsrisico aanmerkelijk was toegenomen.[37]

In juni 2009 vulde de CRvB deze doorwerkingsjurisprudentie naar eigen zeggen 'nader in'.[38] Uitgangspunt is voortaan dat geen onderzoek naar de redenen van de baanwisseling hoeft te worden gedaan als er op het moment van die baanwisseling een reëel vooruitzicht bestond op een dienstverband van ten minste 26 weken van vergelijkbare omvang als het oude dienstverband. Daarbij is de materiële inhoud van de tussen werkgever en werknemer gemaakte afspraken doorslaggevend en niet de juridische vorm waarin de relatie gegoten wordt. Indien het nieuwe dienstverband wordt aangegaan op basis van een tijdelijk contract, een oproepcontract, een uitzend- of een detacheringsovereenkomst, dan wel indien daarin een proeftijd is opgenomen, kan dat de werknemer dus niet (meer) worden tegengeworpen. Alleen als bedoeld reëel vooruitzicht niet bestond, wordt gekeken naar de omstandigheden die aanleiding waren voor de baanwisseling. Ter beoordeling van de verwijtbaarheid moeten dan, net als voorheen, de persoonlijke beweegredenen van de werknemer om van baan te wisselen en de omvang van het door hem genomen risico om een beroep te moeten doen op de WW (werkloosheidsrisico) worden gewogen.

De CRvB koppelt deze 'nadere invulling' van de 'doorwerkingsleer' uitdrukkelijk aan de doelstellingen achter de wijziging van het WW-stelsel in 2006, waarbij hij onder andere het meer activerend maken van de WW en het versoepelen van de ontslagpraktijk noemt.[39] De aanpassing van de doorwerkingsjurisprudentie ziet met name op de bevordering van de arbeids-

---

waarbij werknemer na een verwijtbaar einde van het eerste contract (bijvoorbeeld wegens een dringende reden) aansluitend een tijdelijk contract kreeg en na het (niet verwijtbare) einde daarvan werkloos wordt, laten wij buiten beschouwing.

36 Referte-eis van art. 17 WW. Zie CRvB 5 april 1993, *RSV* 1993/245 m.nt. Kooijman.

37 Zie bijvoorbeeld CRvB 10 december 2008, *AB* 2009, 49 m.nt. Pennings.

38 CRvB 24 juni 2009, *USZ* 2009/244 en *USZ* 2009/245.

39 R.o. 5.1.

mobiliteit die achter de laatste doelstelling schuilt.[40] Door beperking van de 'lichtvaardigheidstoets' tot situaties waarin ten tijde van de baanwisseling geen reëel uitzicht bestond op een dienstverband van ten minste 26 weken, wordt immers bewerkstelligd dat werknemers bij een baanwisseling minder risico lopen om verwijtbaar werkloos te worden geacht en dus om met een blijvende gehele weigering van de uitkering te worden geconfronteerd als de overstap niet goed uitpakt. De mobiliteit op de arbeidsmarkt wordt aldus minder door de WW-eisen geremd dan voorheen. Dit komt overeen met de bedoeling van de wetgever om de toegangsdrempel tot de WW ter verlagen. Per saldo leidt de uitleg die de CRvB hieraan geeft dus ook hier tot een uitkomst waarbij de inkomensbescherming prevaleert.

Deze uitkomst wordt bereikt doordat de Raad op het punt van de mogelijke doorwerking van verwijtbare werkloosheid eveneens kiest voor een materiële benadering: bij de beoordeling van het 'reële vooruitzicht' is de materiële inhoud van de afspraken met de nieuwe werkgever doorslaggevend en niet de contractsvorm. Anders dan bijvoorbeeld ten aanzien van de a-grond, doet deze benadering hier in beginsel geen afbreuk aan de doelstelling van de wetgever om de rechtszekerheid te versterken. Door te expliciteren welke eisen er aan de afspraken met de nieuwe werkgever worden gesteld, wordt eerder duidelijker aan de hand van welke maatstaven wordt beoordeeld of een baanwisseling verwijtbare werkloosheid oplevert of niet. Zo geven de door de CRvB geformuleerde criteria de werknemer een handvat om bij (de onderhandelingen over) het aangaan van een dienstverband te koersen op een dienstverband van ten minste 26 weken. Doet hij dat niet dan loopt hij het risico dat hij een baanwisseling achteraf met een blijvende gehele weigering van de werkloosheidsuitkering moet bekopen. Een al te lichtvaardige overstap naar een andere baan (zoals een baan van geringere omvang en/of met een hoog werkloosheidsrisico binnen een half jaar) kan daarmee worden voorkomen. Vanuit dit oogpunt bezien draagt de nadere invulling die de CRvB medio 2009 aan zijn 'doorwerkingsleer' heeft gegeven, tevens bij aan de bevordering van de werkzekerheid. Immers, de kans dat werknemers actief blijven op de arbeidsmarkt wordt daarmee vergroot. Concluderend kan worden gesteld dat men er op dit punt aardig in is geslaagd om inkomensbescherming met de bevordering van arbeidsmobiliteit en werkzekerheid te combineren.

Slotsom

Nu de ontwikkelingen in de rechtspraak in kaart zijn gebracht wordt het tijd de balans op te maken. We doen dit door terug te keren naar de vraag welke gevolgen de in 2006 in de WW aangebrachte wijzigingen nu per saldo hebben voor de bescherming van de werknemer. Heeft de moderne trend, die in het kader van de werkloosheidsregeling wordt gekenmerkt door meer eigen

[40] Vergelijk r.o. 5.4.

verantwoordelijkheid en meer dynamiek en mobiliteit op de arbeidsmarkt, inderdaad geleid tot minder werknemersbescherming in de sfeer van de sociale zekerheid, zoals Jaap Riphagen vreesde, of is er een nieuw evenwicht gevonden en zo ja op welke manier? Op basis van onze analyse van de wijzigingen die in 2006 zijn aangebracht in de WW en de invulling die daaraan in de rechtspraak is gegeven, komen wij tot de slotsom dat het streven naar een dynamisch functionerende arbeidsmarkt en, in het verlengde daarvan, naar een stelsel van sociale zekerheid dat die dynamiek ondersteunt en niet tegenwerkt, niet per definitie hoeft te leiden tot minder bescherming voor de werknemer. De analyse leert dat de rechtspraak hierbij een belangrijke rol kan spelen. Daarin valt, in ieder geval op het terrein van de werkloosheid, een duidelijke tendens te bespeuren om de beschermingsfunctie van het socialezekerheidsrecht goed te bewaken.

Waar het gaat om de inkomensbeschermingsfunctie zijn de grenzen in eerste instantie door de wetgever zelfs wat opgerekt. Dit komt niet alleen tot uiting in de verhoging van de uitkering gedurende de eerste twee maanden van de werkloosheid, maar ook in de beperking van de verwijtbaarheidstoets. De toegangspoort tot de WW is daarmee ruimer open gezet. Het gevolg hiervan is dat er per saldo meer inkomensbescherming wordt geboden dan voorheen. Door de restrictieve uitleg die de CRvB heeft gegeven aan de toepassing van art. 24 lid 2 onder a en b WW, is dit nog eens versterkt. Door deze uitleg is de ruimte voor het UWV om de werkloosheidsuitkering blijvend geheel te weigeren immers verder ingeperkt. Ten opzichte van de voor 2006 bestaande situatie heeft de inkomensbeschermingsfunctie van de WW hierdoor aan belang gewonnen.

Werknemers kunnen hierdoor in principe veiliger wisselen van baan, hetgeen de mobiliteit op de arbeidsmarkt ten goede komt. In combinatie met de huidige trend om al in te zetten op de overgang naar een andere baan als werkloosheid dreigt, kan deze ontwikkeling de kans dat werknemers actief blijven op de arbeidsmarkt vergroten. In zoverre kan deze ontwikkeling dus eveneens werkzekerheidsbevorderend werken, zij dat het in 2009 gewijzigde lid 7 van art. 24 WW hieraan afbreuk kan doen. Maar ook als werkloosheid niet kan worden voorkomen, kan de beperking van de verwijtbaarheidstoets, mede door de invulling die de CRvB daaraan heeft gegeven, eraan bijdragen dat een werkloos geraakte werknemer na een relatief korte periode weer actief is op de arbeidsmarkt. Behalve de zekerheid van inkomensbescherming gedurende de periode dat naar werk wordt gezocht, speelt hierbij een rol dat er gedurende de eerste fase van de werkloosheid meer ruimte is voor maatwerk. Door een engere uitleg van het begrip passende arbeid, is er in die fase ook minder druk om wat voor werk dan ook te aanvaarden. De kans op een goede match tussen werknemer en werk, en – op macroniveau – op een efficiënte allocatie op de arbeidsmarkt, neemt daardoor toe.

Om duurzame resultaten te bereiken is het van belang dat deze facetten door een evenwichtig, goed functionerend, op de persoon toegesneden, activerend re-integratiebeleid worden ondersteund. Dit geldt temeer omdat naarmate de werkloosheidsduur toeneemt, de inkomensbescherming steeds verder afneemt. Mede door verkorting van de duur van de werkloosheidsuitkering, dreigt na kortere of langere tijd immers afhankelijkheid van de bijstand met de daaraan verbonden vermogenstoets. Wil de vermindering van de inkomensbescherming die na verloop van tijd hoe dan ook optreedt afdoende worden gecompenseerd, dan zal juist in de tweede werkloosheidsfase maximaal moeten worden ingezet op een activerend re-integratiebeleid dat focust op maatwerk zodat de juiste persoon op de juiste plek terecht komt en terugval op het uitkeringssysteem wordt voorkomen. Op dit punt valt er nog veel te verbeteren. Door de verruiming van het begrip passende arbeid moet immers na een jaar werkloosheid in beginsel alle arbeid worden aanvaard. Dat wordt weliswaar gecompenseerd door de mogelijkheid van inkomensverrekening, maar de vraag is in hoeverre de betrokkene daarmee een reële kans wordt geboden om op een effectieve manier actief te blijven op de arbeidsmarkt. Zeker, dit systeem draagt eraan bij dat werklozen aan het werk gaan, ze hebben immers weinig keus. Ook in financiële zin is er in beginsel weinig reden tot klagen omdat met behoud van een deel van de uitkering kan worden gewerkt. Of daarmee ook duurzame en bevredigende resultaten kunnen worden bereikt is echter de vraag. Daarvoor is dit systeem te weinig op de bevordering van werkzekerheid gericht en slaat de balans te veel door naar het belang van enkel activering. Per saldo wordt het evenwicht tussen inkomensbescherming en de bevordering van arbeids-participatie hiermee ten nadele van de werknemer verstoord. Vanuit dit perspectief gezien was Jaap's vrees terecht. Hoe moderne behoeften met adequate beschermingsmechanismen kunnen worden gecombineerd, blijft daarom een belangrijke vraag voor de toekomst.

4 De loonsanctie

Edith Franssen

Inleiding

De loonsanctie is een mooi voorbeeld van de wijze waarop het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht met elkaar zijn verweven. Immers op grond van het arbeidsrecht heeft de werkgever een re-integratieplicht en op grond van het socialezekerheidsrecht kan, als aan die plicht niet is voldaan, een sanctie worden opgelegd. Die sanctie bestaat uit het maximaal 52 weken doorbetalen van het loon door de werkgever aan de werknemer, nadat er al op grond van art. 7:629 BW twee jaar lang loon is betaald wegens ziekte. De loonsanctie vindt haar grondslag in art. 25 lid 9 Wet WIA.

In dit artikel zal ik ingaan op de loonsanctie zoals die thans staat beschreven in de Wet WIA. Eerst zal ik bespreken wat de loonsanctie precies inhoudt. Vervolgens wordt ingegaan op het tijdstip en de lengte van de loonsanctie. Daarna wordt een aantal bestuursrechtelijke aspecten van de loonsanctie behandeld. Verder komt de vraag wie verantwoordelijk is voor de (mislukte) re-integratie aan de orde. Ten slotte wordt behandeld wat de gevolgen zijn als het besluit om een loonsanctie op te leggen vernietigd wordt.

De loonsanctie bestond ook al onder de WAO, maar dat systeem was toch wezenlijk anders, vandaar dat ik de loonsanctie onder de WAO hier buiten beschouwing laat.[1] Ik richt mij in het bijzonder op de loonsanctie wegens onvoldoende re-integratie-inspanningen (de zogenaamde inhoudelijke loonsanctie). In deze bijdrage ligt de nadruk op de loonsanctie wegens onvoldoende re-integratie-inspanningen (de zogenaamde inhoudelijke loonsanctie) en wordt slechts aandacht besteed aan de loonsanctie wegens een administratieve tekortkoming (de zogenaamde administratieve loonsanctie) voor zover deze een relatie heeft met de inhoudelijke loonsanctie.

Wat is de loonsanctie?

Zowel in het geval van een administratieve tekortkoming ten aanzien van de re-integratieverplichtingen als in het geval van een inhoudelijke tekortkoming legt het UWV op grond van art. 25 lid 9 Wet WIA een loonsanctie op van maximaal één jaar. Dat betekent dus dat de werkgever nog maximaal één jaar langer het loon moet gaan doorbetalen nadat hij dit al twee jaar heeft gedaan op grond van

---

[1] Zie over de loonsanctie onder de WAO het artikel van D.P.O. den Daas, 'De loonsanctie: socialezekerheidsrechtelijk schouwspel voor arbeidsrechtelijk publiek', *ArbeidsRecht* 2006/1, p. 10-16.

art. 7:629 BW. Tijdens de loonsanctie loopt het opzegverbod tijdens ziekte ook door.[2] Maar er kan wel ontbinding worden gevraagd, zolang het verzoek maar geen verband houdt met de arbeidsongeschiktheid van de werknemer.[3]

Een administratieve tekortkoming betekent dat de werkgever zich niet of onvoldoende heeft gehouden aan zijn administratieve verplichtingen op grond van art. 25 lid 1 tot en met 5 Wet WIA. In de Regeling Procesgang Eerste en Tweede Ziektejaar[4] zijn nadere regels gesteld met betrekking tot deze administratieve verplichtingen. Een inhoudelijke tekortkoming betekent dat de werkgever onvoldoende re-integratie-inspanningen heeft verricht. De uitgangspunten voor de beoordeling van de re-integratie-inspanningen die van de werknemer en werkgever worden verwacht zijn neergelegd in het Kader voor inzet en beoordeling van re-integratie-inspanningen, behorende bij de Beleidsregels Beoordelingskader Poortwachter.[5] Het is met name bij die tekortkoming dat we de verwevenheid zien tussen het arbeidsrecht en het socialezekerheidsrecht. De re-integratieverplichting staat namelijk (onder andere) in het BW (art. 7:658a BW, voor de werkgever). De sanctie als aan die verplichting niet is voldaan staat echter in de Wet WIA.

In een zaak voor de CRvB werd door de werkgever betoogd dat de woorden 'onvoldoende re-integratie-inspanningen' in art. 25 lid 9 Wet WIA in strijd zijn met het rechtszekerheids-beginsel, omdat daardoor onvoldoende duidelijk is wat van de werkgever wordt verwacht. Deze mening wordt echter niet gedeeld door de CRvB. In de eerste plaats is de verplichting voor de werkgever om zich in te spannen voor re-integratie van de werknemer kenbaar neergelegd in art. 7:658a lid 1 BW. Dat het tekortschieten in die verplichting kan worden gesanctioneerd, is voldoende kenbaar neergelegd in art. 25 lid 9 Wet WIA. De omstandigheid dat het begrip 'onvoldoende re-integratie-inspanningen' niet nader is gedefinieerd in de Wet WIA, doet niet af aan de kenbaarheid van de verplichting en de sanctiemogelijkheid.[6] In de tweede plaats zijn er de Beleidsregels Beoordelingskader Poortwachter, waarin het UWV een inhoudelijk kader heeft neergelegd voor de beoordeling van de vraag of werkgever en werknemer in redelijkheid konden komen tot de re-integratie-inspanningen die zijn verricht. De CRvB merkt deze beleidsregels aan als beleidsregels in de zin van art. 1:3 lid 4 Awb, omtrent de uitleg van de art. 65 en 25 lid 9 Wet WIA. De uitwerking en invulling die deze beleidsregels geven aan genoemde artikelen in de Wet WIA hebben als uitgangspunt de beoordeling van de vraag of de werkgever en de

---

2 Art. 7:670 lid 10 sub c BW.

3 In art. 7:685 BW staat immers dat er 'te allen tijde' ontbinding kan worden verzocht. Zie ook Ktr. Alkmaar, 12 april 2010, *LJN* BM3511.

4 Regeling van 25 maart 2002, *Stcrt.* 2002, 60, laatstelijk gewijzigd bij regeling van 6 december 2006, *Stcrt.* 2005, 252.

5 Vastgesteld bij besluit van 3 december 2002, *Stcrt.* 2002/236, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 17 oktober 2006, *Stcrt.* 2006, 224.

6 CRvB 14 maart 2003, *LJN* AF5937.

verzekerde in redelijkheid hebben kunnen komen tot de re-integratie-inspanningen, die zijn verricht.[7] Ook de wetgever heeft, blijkens de memorie van toelichting van de Wet WIA voor ogen gestaan dat voor het beoordelen van de re-integratie-inspanningen gebruik wordt gemaakt van deze beleidsregels.[8]

De loonsanctie is een reparatoire sanctie en geen punitieve. Immers, de loonsanctie wordt in beginsel voor 52 weken opgelegd, maar zodra de werkgever zijn tekortkomingen heeft hersteld eindigt de loonsanctie.[9] Omdat de loonsanctie reparatoir is, is art. 6 EVRM ook niet aan de orde bij de oplegging ervan.[10] De loonsanctie wordt weliswaar ervaren als bestraffend, omdat werkgevers daardoor financieel belast worden, maar dat betekent nog niet dat ze bestraffend *is*, aldus de CRvB.[11] Opmerkelijk is dan ook dat art. 6 EVRM in een andere uitspraak van de CRvB toch weer om de hoek komt kijken en wel in het kader van de vraag of er sprake is van schending van de redelijke termijn die in dat artikel wordt genoemd.[12] De CRvB zegt dat deze vraag moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Daarbij zijn van betekenis de ingewikkeldheid van de zaak, de wijze waarop de zaak door het bestuursorgaan en de rechter is behandeld, het processuele gedrag van de werkgever gedurende de hele procesgang en de aard van de maatregel en het daardoor getroffen belang van de werkgever, zoals ook uit de jurisprudentie van het EHRM naar voren komt. Vervolgens verwijst de CRvB naar een eerdere uitspraak[13]en zegt dat de redelijke termijn voor een procedure in drie instanties in zaken zoals deze in beginsel niet wordt overschreden als die procedure in haar geheel niet langer dan vier jaar in beslag heeft genomen. De CRvB neemt daarbij in aanmerking dat op grond van de rechtspraak van het EHRM de behandeling van – onder meer – socialezekerheidszaken in dit verband bijzondere aandacht vereist. In deze uitspraak heeft de CRvB verder overwogen dat de behandeling van het bezwaar ten hoogste een half jaar, de behandeling van het beroep ten hoogste anderhalf jaar en de behandeling van het hoger beroep ten hoogste twee jaar mag duren, terwijl doorgaans geen sprake zal zijn van een te lange behandelingsduur in de rechterlijke fase in haar geheel als deze niet meer dan drie en een half jaar heeft geduurd. De eerder vermelde criteria kunnen onder omstandigheden aanleiding geven overschrijding van deze behandelingsduren gerechtvaardigd te achten.

Een loonsanctie kan maar één keer worden opgelegd. Dat betekent dat een werkgever die een werknemer in dienst heeft voor slechts enkele uren per week

---

7 CRvB 28 oktober 2009, *LJN* BK1570.
8 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 034, nr. 3, p. 35.
9 Art. 25 lid 12 tot en met 15 Wet WIA jo. art. 64 lid 8 sub a Wet WIA. Zie ook Rb. Den Bosch 9 juli 2009, *LJN* BJ2438.
10 CRvB 28 oktober 2009, *LJN* BK1570 en CRvB 18 november 2009, *LJN* BK3717.
11 CRvB 18 november 2009, *LJN* BK3708.
12 CRvB 24 februari 2010, *LJN* BL5743.
13 CRvB 26 januari 2009, *LJN* BH1009.

tegen het wettelijk minimumloon een berekening zou kunnen maken van de kosten van de loonsanctie versus de kosten van een re-integratie. Als laatstgenoemde kosten hoger uitvallen dan de kosten van de loonsanctie kan de werkgever ervoor kiezen om ook gedurende de periode van de loonsanctie niets te doen. Hij moet er dan echter wel rekening mee houden dat als hij na dat jaar loonsanctie ontslag/ontbinding gaat aanvragen wegens langdurige arbeidsongeschiktheid, de ontslagvergunning/ontbinding geweigerd kan worden vanwege het feit dat de werkgever onvoldoende heeft gedaan om de werknemer te re-integreren. Betoogd kan worden dat dit de werkgever niet kan deren omdat hij toch geen loondoorbetalingsplicht meer heeft. Maar dat is niet altijd zo. Als de werknemer immers passende arbeid kan verrichten bij de werkgever en aan de werkgever ook een concreet aanbod daartoe doet, moet de werkgever die passende arbeid ook bieden op straffe van de loondoorbetalingsplicht.[14] De werkgever kan dan dus niet aanvoeren dat hij geen loondoorbetalingsplicht meer heeft. Hoeveel loon moet worden betaald hangt af van de vraag hoeveel de passende arbeid waard is die door de werknemer wordt aangeboden.

Tijdstip en lengte van de loonsanctie

Een besluit om een loonsanctie op te leggen moet uiterlijk zes weken voordat de twee-jaarstermijn is verlopen, worden genomen. Dat staat in art. 25 lid 10 Wet WIA. Als dat besluit later wordt genomen, betekent dit dat het tijdvak waarin de loonsanctie loopt zoveel eerder eindigt als de beschikking later is afgegeven, zo schrijft art. 25 lid 14 laatste zin Wet WIA voor. Dus stel dat op 1 augustus 2010 de twee-jaarstermijn voorbij is. Dan moet het besluit om een loonsanctie op te leggen uiterlijk op 20 juni 2010 zijn genomen. Die loonsanctie loopt dan in beginsel tot 1 augustus 2011. Maar als het besluit om de loonsanctie op te leggen pas op (bijvoorbeeld) 4 juli 2010 wordt genomen, dus twee weken te laat, eindigt het tijdvak van de loonsanctie twee weken eerder, derhalve op 18 juli 2011.[15] Het vorenstaande geldt echter alleen voor zover alsnog herstel van de tekortkoming door de werkgever heeft plaatsgevonden.[16]

Als eenmaal een loonsanctie is opgelegd wegens het niet tijdig indienen van de WIA-aanvraag (de administratieve loonsanctie) kan tevens een loonsanctie worden opgelegd wegens het niet voldoen aan de re-integratieplicht (de inhoudelijke loonsanctie). Maar de oplegging van de inhoudelijke loonsanctie dient wel te geschieden vóórdat de administratieve loonsanctie is beëindigd. Er kan immers maar één keer een loonsanctie worden opgelegd.[17] Als het UWV

---

14 Zie HR 17 januari 2003, *JAR* 2003/41 en Hof Den Bosch 31 oktober 2006, *LJN* AZ3993. Voor de vraag wat een concreet aanbod is van de werknemer zie Ktr. Zutphen 1 januari 2003, *KG* 2003/158.

15 Zie ook Rb. Arnhem, 17 april 2009, *LJN* BI4327. Zie verder V.E. Dijkmans, a.w., p. 5.

16 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 229, nr. 3, p. 11. Zie ook CRvB 14 april 2010, *LJN* BM1179.

17 Rb. Den Bosch, 13 augustus 2008, *LJN* BE9882.

constateert dat er een administratieve tekortkoming is wordt niet direct een loonsanctie opgelegd. Het UWV stelt de werkgever eerst in staat de tekortkoming binnen één week te herstellen. Als de werkgever dat niet doet legt het UWV de werkgever een loonsanctie op die – net als bij de inhoudelijke tekortkomingen – maximaal één jaar kan bedragen. De werkgever kan vervolgens alsnog de administratieve tekortkoming herstellen. Vervolgens beoordeelt het UWV of de werkgever voldoende re-integratie-inspanningen heeft verricht, de inhoudelijke toets dus. Is dat het geval dan wordt de loonsanctie beëindigd (in principe zes weken na deze vaststelling). Heeft de werkgever onvoldoende inspanningen gepleegd, dan wordt de loonsanctie op inhoudelijke gronden voortgezet, dus niet opnieuw opgelegd. De grondslag van de loonsanctie wijzigt in dat geval van het niet voldoen aan de administratieve verplichtingen, in het geen of onvoldoende leveren van re-integratie-inspanningen.[18]

Een loonsanctie wordt in beginsel voor 52 weken opgelegd. Een loonsanctie 'op maat' in die zin dat ze voor langer of korter kan worden opgelegd afhankelijk van de vraag in hoeverre de werkgever heeft gefaald, is niet aan de orde. Uit de systematiek van de loonsanctie blijkt dat de wetgever voor ogen heeft gestaan dat een opgelegde loonsanctie doorloopt totdat de werkgever alsnog de benodigde inspanningen heeft verricht of alsnog de benodigde ontbrekende stukken heeft ingediend, met dien verstande dat de loonsanctie maximaal 52 weken bedraagt.[19] Ook hier zien we overigens weer een verwevenheid tussen het socialezekerheidsrecht en het arbeidsrecht. Immers, op grond van art. 7:670 lid 10 sub d BW geldt het opzegverbod tijdens ziekte ook gedurende de periode dat de loonsanctie is opgelegd.

Een periode van vrijwillige loondoorbetaling op grond van art. 24 lid 1 sub b Wet WIA heeft geen invloed op de lengte van de loonsanctie. De wetgever heeft namelijk aangegeven dat de loonsanctie kan worden toegepast na afloop van zowel de reguliere wachttijd, als na afloop van het verlengde tijdvak van vrijwillige loondoorbetaling.[20]

Bestuursrechtelijke aspecten van de loonsanctie

De beslissing om een loonsanctie op te leggen is een beschikking in de zin van art. 1:3 lid 2 Awb. Dit heeft de CRvB destijds geoordeeld in het kader van een

---

18 Zie ook CRvB 12 mei 2010, *LJN* BM4397.

19 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 318, nr. 6, p. 20. Zie ook CRvB 18 november 2009, *LJN* BK3717.

20 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 034, nr. 3, p. 158 (MvT). Zie ook Rb. Middelburg, 29 april 2010, *LJN* BM3305.

loonsanctie op grond van de WAO.[21] De CRvB vindt dat dit derhalve ook heeft te gelden voor een loonsanctie op grond van de Wet WIA.[22]

Het UWV dient zijn besluit om een loonsanctie op te leggen op grond van art. 3:46 Awb deugdelijk te motiveren en zal zich daarbij moeten houden aan de uitgangspunten van de Regeling Procesgang Eerste en Tweede Ziektejaar en de Beleidsregels Beoordelingskader Poortwachter. De door het UWV bij het besluit tot oplegging van de loonsanctie gegeven motivering moet zodanig concreet zijn, dat het de werkgever op basis daarvan voldoende duidelijk kan zijn waaruit zijn tekortkoming ten aanzien van de re-integratie-inspanningen bestaat. Immers, alleen dan zal de werkgever overeenkomstig art. 25 lid 9 Wet WIA in de gelegenheid zijn om die tekortkoming te herstellen. Maar het UWV hoeft niet de concreet door werkgever te nemen stappen ten aanzien van de re-integratie van de werknemer te formuleren. De concrete invulling van de re-integratie is een taak van de werkgever.[23]

Een werkgever kan uiteraard bezwaar op grond van art. 6:4 lid 1 Awb maken tegen het besluit om een loonsanctie op te leggen. Ook een werknemer is belanghebbende in de zin van art. 1:2 lid 1 Awb bij het besluit om al dan niet een loonsanctie op te leggen. De loonsanctie heeft immers ook gevolgen voor hem omdat hij gedurende de periode dat de loonsanctie geldt geen uitkering op grond van de Wet WIA zal krijgen en ontslagbescherming geniet op grond van art. 7:670 lid 10 sub c BW.[24] Een werknemer kan uiteraard bezwaar maken tegen het besluit van het UWV om hem al dan niet een WIA-uitkering toe te kennen. Het is mogelijk dat de werknemer een WIA-uitkering krijgt maar daar bezwaar tegen maakt omdat hij vindt dat er aan de werkgever een loonsanctie opgelegd had moeten worden. Hij kan daar belang bij hebben omdat de loonbetaling hem een hoger inkomen kan geven dan de uitkering op grond van de Wet WIA.[25] De werknemer kan dan in zijn bezwaarschrift het UWV verzoeken om een loonsanctie aan de werkgever op te leggen. Dat verzoek wordt gekwalificeerd als een aanvraag in de zin van art. 1:3 lid 3 Awb, waarop het UWV een besluit moet nemen en waarbij ook de werkgever als partij dient te worden betrokken.[26]
Als er een loonsanctie wordt opgelegd, welke in bezwaar echter weer ongedaan wordt gemaakt, is die beslissing op bezwaar vatbaar voor beroep. Uiteraard zal het alleen de werknemer zijn die dit beroep wil instellen. De werknemer is dan

---

21 CRvB 6 februari 2008, *LJN* BC4478.
22 CRvB 12 augustus 2009, *LJN* BJ5425.
23 CRvB 28 oktober 2009, *LJN* BK1570.
24 Art. 43 sub b Wet WIA.
25 Zeker als de werkgever 100% van het loon moet doorbetalen. Uit een uitspraak van de Kantonrechter Amersfoort (5 augustus 2004, *JAR* 2004/241) blijkt dat als de werkgever de eerste 2 jaar van ziekte 100% van het loon heeft betaald, hij dat ook gedurende de periode van de loonsanctie moet blijven doen.
26 CRvB 2 december 2009, *LJN* BK5131.

als belanghebbende ontvankelijk in dit beroep, hoewel hij dat normaliter niet zou zijn omdat art. 6:13 Awb voorschrijft dat men daar eerst bezwaar voor moet hebben gemaakt. Maar aangezien dat niet kan omdat de werknemer het eens was met het initiële besluit om een loonsanctie op te leggen zal hij toch in beroep ontvankelijk zijn.[27]

Noordam heeft aangegeven dat het merkwaardig is dat het UWV, als sanctieopleggend orgaan, zich niet inlaat met de executie van de sanctie. Als de werkgever, ondanks de loonsanctie, toch weigert om het loon door te betalen dan moet de werknemer maar zien hoe hij zijn geld krijgt, aldus Noordam. Er is dan een arbeidsrechtelijk geschil, maar de aanleiding is de bestuursrechtelijke sanctie. Het ligt volgens Noordam voor de hand dat hier een financiële (nood)voorziening wordt getroffen, zodat de werknemer niet wordt gedupeerd.[28] De vraag is natuurlijk of de werknemer per definitie gedupeerd wordt in een dergelijk geval. Zeker, hij moet een kort geding starten tegen de werkgever als deze niet betaalt. Maar als die loonsanctie er is, zal dat een koud kunstje zijn. Een dergelijke procedure zal niet ingewikkeld zijn, want de zaak is helder. De loonvordering zal zeker worden toegewezen (vooropgesteld natuurlijk dat ook de werknemer zich aan alle verplichtingen houdt van de arbeidsovereenkomst). De werkgever zal in de proceskosten worden veroordeeld. Gaat de werkgever failliet, dan krijgt de werknemer een WW-uitkering en worden bovendien de laatste drie maanden loonbetaling door het UWV overgenomen als de werkgever die niet heeft betaald.[29] Ik zie wel drie problemen: voor een kort geding is een advocaat nodig. Advocaten en het voeren van een procedure kosten geld en dat geld moet a) worden voorgeschoten en komt b) nooit helemaal terug – ook niet als de wederpartij in de kosten wordt veroordeeld. Wordt deze hobbel genomen en blijft de werkgever ondanks een veroordeling in gebreke, dan zal de werknemer beslag kunnen leggen bij deze werkgever. Maar een sluwe werkgever kan ervoor zorgen dat er geen beslagobjecten (meer) zijn. Dan heeft de werknemer wederom een probleem. Voor het aanvragen van een faillissement (wat een alternatief kan zijn voor de werknemer), moeten er minstens twee schuldeisers zijn. Als de werknemer echter de enige is kan geen faillissement worden aangevraagd. Voor dergelijke gevallen zou inderdaad een financiële noodvoorziening getroffen kunnen worden.

---

27 CRvB 12 augustus 2009, *LJN* BJ5425.

28 F.M. Noordam, 'De loonsanctie, beslist niet het mooiste kind van de poortwachter', *SMA* 2003/10, p. 445.

29 Zie art. 61 jo. art. 62 lid 2, laatste zin jo. art. 64 WW.

Wie is verantwoordelijk voor de (mislukte) re-integratie?
Een werkgever voert in het kader van zijn bezwaar en beroep tegen de loonsanctie nogal eens aan dat hij is afgegaan op de adviezen en bevindingen van de bedrijfsarts. Is dat een afdoende verweer om onder de loonsanctie uit te komen?

De medische gegevens in de rapporten van de bedrijfsarts van de werkgever en de informatie van de door hem ingeschakelde arbeidsdeskundige vormen het uitgangspunt van de toetsing van de re-integratie-inspanningen van de werkgever.[30] De werkgever mag in beginsel afgaan op het advies van de bedrijfsarts en de door hem ingeschakelde arbeidsdeskundige.[31] In beginsel, want als de werkgever op grond van concrete aanwijzingen gegronde redenen heeft om te twijfelen aan het oordeel van de arbeidsdeskundige en/of de bedrijfsarts moet hij zelf actie ondernemen.[32] Gegronde reden voor twijfel is er bijvoorbeeld als er sprake is van een summiere berichtgeving van de bedrijfsarts.[33] Of als de bedrijfsarts in zijn rapportages uitsluitend kijkt naar de mogelijkheden bij de eigen werkgever en niet naar een spoor-2 traject. Verder getuigt het van onzorgvuldigheid als de bedrijfsarts alleen afgaat op mededelingen van de werknemer zelf voor wat betreft zijn/haar mogelijkheden.[34] Hetzelfde geldt als er vrijwel uitsluitend telefonisch contact is tussen bedrijfsarts en werknemer, terwijl er onverklaarbare klachten zijn van de zijde van werknemer.[35] Maar als er regelmatig contact is tussen bedrijfsarts en werkgever en werknemer, waarbij de bedrijfsarts steeds beargumenteerd aangeeft dat er geen benutbare mogelijkheden zijn, mag een werkgever daarop vertrouwen.[36] De werkgever moet wel, als hij zich beroept op een deskundigenoordeel, goed weten welke deskundige welk oordeel precies kan geven. Als het gaat om het vaststellen van medische beperkingen is het de bedrijfsarts die deze vaststelt. De arbeidsdeskundige stelt vervolgens vast, rekening houdend met deze beperkingen, voor welke arbeid de werknemer nog wel geschikt is.[37]

Het zijn dus vooral 'procedurele' fouten van de bedrijfsarts waar de werkgever alert op moet zijn. Maar hoe zit het met de verantwoordelijkheid van de werkgever voor inhoudelijke fouten van de bedrijfsarts? Lagere bestuursrechters vinden in het algemeen dat een werkgever niet aansprakelijk kan zijn voor een

---

30 Rb. Utrecht, 4 augustus 2008, *LJN* BE9221.
31 Rb. Leeuwarden, 10 oktober 2008, *LJN* BF8134. Zie ook Rb. Assen 2 januari 2008, *USZ* 2008/145.
32 Rb. Utrecht, 4 augustus 2008, *LJN* BE9221. Zie ook Rb. Den Haag, 22 december 2008, *LJN* BJ1311. Zie voor een voorbeeld waarbij de werkgever had moeten twijfelen aan het oordeel van de bedrijfsarts: Rb. Utrecht, 2 december 2009, *LJN* BK5714.
33 Rb. Almelo, 16 oktober 2008, *LJN* BF9982.
34 CRvB 14 april 2010, *LJN* BM1246.
35 CRvB 14 april 2010, *LJN* BM1424.
36 Rb. Den Bosch 7 mei 2009, *LJN* BI5327.
37 Zie ook Rb. Rotterdam 15 juli 2010, *LJN* BN1434.

medisch foutief oordeel van de bedrijfsarts omdat een medische beoordeling tot het domein van de bedrijfsarts hoort. De werkgever heeft ook geen toegang tot de medische gegevens van de werknemer (althans niet zonder diens uitdrukkelijke toestemming).[38] Als het UWV van mening is dat de bedrijfsarts een onjuiste medische diagnose geeft, moet het dat kunnen staven met een rapport van de verzekeringsarts.[39] Ook het feit dat de bedrijfsarts een STECR richtlijn[40] niet heeft nageleefd is geen reden om een loonsanctie op te leggen. Bovendien mag een werkgever ervan uitgaan dat het oordeel van de bedrijfsarts tot stand is gekomen met inachtneming van de relevante STECR richtlijnen. Dus als een richtlijn door een bedrijfsarts niet is nageleefd valt niet in te zien welk verwijt daarvan aan de *werkgever* gemaakt kan worden.[41]

Het lijkt er echter op dat de CRvB strenger is dan de lagere bestuursrechter. De CRvB wijst op de bedoeling van de wetgever. De werkgever is en blijft verantwoordelijk voor de re-integratie met inbegrip van de werkzaamheden van degene die hij daarbij inschakelt. Als de oorzaak van de onvoldoende re-integratie-inspanningen bij de begeleidende arbodienst of andere deskundige (bijvoorbeeld een re-integratie-bedrijf) ligt, kan de werkgever de betrokken dienstverlener civielrechtelijk aansprakelijk stellen.[42] Met de Wet verbetering poortwachter en de Wet verlenging loondoorbetalingsverplichting bij ziekte 2003 heeft de regering niet met deze koers willen breken, maar heeft zij de verantwoordelijkheid van de werkgever en de werknemer verder versterkt door voort te bouwen op hetgeen op dit punt al was bereikt, aldus de CRvB.[43] Fluit is van mening dat deze visie van de CRvB vergaande gevolgen kan hebben voor werkgevers en zeker voor kleine werkgevers. Enerzijds wordt een werkgever verplicht een arbodienst in te schakelen voor de verzuimbegeleiding. Een werkgever kan immers zelf geen medisch oordeel geven. De werkgever kan bij gebrek aan medische kennis veelal niet anders dan de adviezen van de arbodienst volgen. Anderzijds loopt de werkgever wel het risico dat het UWV na twee jaar arbeidsongeschiktheid meent dat de arbodienst onjuiste adviezen heeft gegeven en oordeelt dat mede daarom re-integratie onvoldoende is geweest. Een ander gevolg van deze uitspraak is volgens Fluit dat de heldere verantwoordelijkheidsverdeling die ten grondslag ligt aan de Wet verbetering poortwachter en ook de Wet verlenging loondoorbetalingsverplichting wordt

---

38 Rb. Den Bosch 7 mei 2009, *LJN* BI5327.

39 Rb. Den Bosch 28 juli 2010, *LJN* BN3033.

40 STECR staat voor Stichting Expertise Centrum Reïntegratie.

41 Rb. Den Bosch 7 mei 2009, *LJN* BI5327.

42 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 814, nr. 6, p. 20. Dit lukt ook wel in de praktijk. Zie bijv. Rb. Utrecht 12 november 2008, *JAR* 2009/11; Gerechtshof Amsterdam 1 september 2005, *JAR* 2006/300. Ook de werknemer kan een klacht indienen tegen de bedrijfsarts. Zie bijv. Gechillencommissie Arbodiensten 12 december 2000, *JAR* 2001/1 en de uitspraak van het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg te Eindhoven nr. 05101 in: *Stcrt* 2007, 152, p. 26.

43 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 231, nr. 3, p. 16. De CRvB verwijst hiernaar in CRvB 18 november 2009, *LJN* BK3704 en CRvB 18 november 2009, *LJN* BK3713, *USZ* 2010/2.

doorkruist. Het is de bedoeling geweest dat werkgever en werknemer samen verantwoordelijk zijn voor re-integratie gedurende de eerste twee jaar van ziekte. Het UWV is in die periode op afstand gezet.[44] Een werkgever heeft er echter nu alle belang bij om het UWV door middel van het aanvragen van deskundigenoordelen te betrekken bij de re-integratie in de eerste 104 weken. Ook al is er geen geschil tussen werkgever en werknemer, de werkgever doet er goed aan om gedurende die 104 weken zijn inspanningen tussentijds en misschien wel meerdere malen te laten toetsen door het UWV.[45] Aldus beperkt de werkgever het risico dat het UWV na 104 weken meent dat de arbodienst verkeerde adviezen heeft gegeven. Het gevolg hiervan is dat het UWV medeverantwoordelijk wordt gemaakt voor het re-integratieproces. De doelstelling om het UWV op afstand te zetten wordt hiermee doorkruist.[46]

Door werkgevers wordt verder nogal eens aangevoerd dat zij onvoldoende re-integratie-inspanningen konden verrichten omdat de werknemer niet meewerkte. Dit betoog wordt echter verworpen omdat het voor de loonsanctie enkel van belang is of de werkgever voldoende re-integratie-inspanningen heeft verricht.[47] De werkgever heeft immers bij onvoldoende meewerken van de werknemer de sanctiemiddelen die het BW biedt, namelijk het stopzetten van loon[48] en, als dat niet helpt, het aanvragen van een ontslagvergunning bij het UWV Werkbedrijf.[49]

Wat als het besluit om een loonsanctie op te leggen vernietigd wordt?

Het is vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat, indien een overheidslichaam een beschikking geeft en handhaaft die naderhand wordt vernietigd wegens strijd met een wettelijke bepaling, het jegens de door die beschikking getroffene een onrechtmatige daad begaat.[50] Daarmee is de schuld van het overheidslichaam in beginsel gegeven. In aansluiting hierop heeft de CRvB geoordeeld dat, indien na bezwaar door een bestuursorgaan een primair besluit wordt herroepen, omdat het primaire besluit onrechtmatig blijkt te zijn, daarmee in beginsel ook de schuld van het bestuursorgaan met betrekking tot dat in bezwaar onrechtmatig gebleken besluit is gegeven.[51] Dit geldt dus ook voor het besluit van het UWV om een loonsanctie op te leggen. Die onrechtmatige daad dient het UWV te worden toegerekend. En daarmee is de schadevergoedingsplicht van het UWV in beginsel gegeven.

---

44 Fluit verwijst hiervoor naar *Kamerstukken II* 2000/01, 27 678, nr. 3, p. 6.

45 Dit blijkt ook weer uit CRvB 29 september 2010, *LJN* BN8678.

46 Annotatie bij CRvB 18 november 2009, *LJN* BK3713, *USZ* 2010/2. Zie ook het artikel van S. de Lange en D.P. van Straten, 'De verantwoordelijkheid van de werkgever voor adviezen en handelen van de arbodienst: een risicoaansprakelijkheid?', in: *ArbeidsRecht*, 2010/ 4, p. 18-22.

47 CRvB 12 augustus 2009, *LJN* BJ5425. Zie ook Rb. Maastricht 3 mei 2010, *LJN* BM2971.

48 Art. 7:629 lid 2 sub c en d BW.

49 Art. 7:670b lid 3 sub a en b BW.

50 Zie bijvoorbeeld HR 1 juli 1993, *LJN* ZC1036.

51 CRvB 24 februari 1998, *LJN* AA8776.

Vervolgens is het dan de vraag hoeveel loon in het kader van die schadevergoedingsplicht moet worden vergoed. In de eerste plaats is dat het door de werkgever betaalde loon. Behalve het loon dienen ook de werkgeverslasten in verband met het betaalde loon te worden vergoed door het UWV.[52] Naar het oordeel van de CRvB staan deze werkgeverslasten in een zodanig nauw verband met deze loondoorbetaling dat ook deze posten deel uitmaken van de geleden schade.[53] Ten slotte dient de vakantietoeslag te worden vergoed.[54]

Met betrekking tot de loonhoogte is het de vraag of slechts het minimum dat in art. 7:629 lid 1 BW staat[55] moet worden vergoed door het UWV, of dat dit meer moet zijn als de werkgever tijdens de loonsanctie ook meer aan de werknemer heeft betaald dan dit minimum. De CRvB vindt dat slechts het minimum hoeft te worden vergoed. De CRvB baseert zich hiervoor op (het oude) art. 71a WAO in samenhang met art. 7:629 BW. Art. 71a lid 9 WAO bepaalde, onder meer, dat het UWV een tijdvak vaststelt gedurende welke de werknemer jegens de werkgever recht op loon heeft op grond van art. 7:629 BW, indien blijkt dat de werkgever zonder deugdelijke grond onvoldoende re-integratie-inspanningen heeft verricht. Vanwege de verwijzing naar art. 7:629 lid 1 BW meent de CRvB dat de werkgever niet meer dan 70% van het loon dan wel het wettelijke minimumloon hoeft te betalen. Art. 71a lid 9 WAO is in feite overgenomen door art. 25 lid 9 Wet WIA, zodat deze regel nog steeds opgaat. Dat een eventueel toepasselijk bedrijfsreglement of CAO bepaalt dat het loon in geval van ziekte in bepaalde gevallen dient te worden aangevuld tot 100% kan daar niet aan afdoen.[56] En omdat de werkgever in beginsel slechts 70% van het loon hoeft te betalen heeft de werkgever in geval van vernietiging van het loonsanctiebesluit ook ten opzichte van het UWV slechts een vordering ter zake van die 70%.

Interessant in dat kader is overigens dat de civiele rechter vindt dat werknemer jegens de werkgever wel aanspraak kan maken op meer dan 70% gedurende de tijd dat de loonsanctie is opgelegd. Als de werknemer tijdens het tweede ziektejaar recht had op 100% van het overeengekomen loon (omdat dit bijvoorbeeld in het bedrijfsreglement of een CAO staat), heeft hij daar ook recht op gedurende de tijd dat de loonsanctie geldt. Dit oordeelde de Kantonrechter Utrecht waarbij hij overwoog dat weliswaar voorkomen moet worden dat de werknemer door de loonsanctie in een voordeliger positie komt dan die waarin hij zou hebben verkeerd zonder sanctie, maar omgekeerd is er geen grond om

---

52 CRvB 27 augustus 2008, *LJN* BE9370.

53 CRvB 27 augustus 2008, *LJN* BE 9369.

54 CRvB 27 augustus 2008, *LJN* BE9369. Zie ook CRvB 12 november 2008, *LJN* BG4763 en CRvB 25 maart 2009, *LJN* BH9466.

55 Dat wil zeggen 70% van het naar tijdruimte vastgestelde loon, doch niet minder dan het geldende wettelijke minimumloon.

56 CRvB 12 november 2008, *LJN* BG5001.

hem, nu de loonsanctie is opgelegd, te onthouden waar hij tevoren, in het tweede ziektejaar aanspraak op kon maken.[57] De werkgever krijgt in geval van een onterechte loonsanctie dus maar 70% terug van het UWV van de 100% die hij aan de werknemer heeft moeten betalen.

De volgende vraag is dan of de werkgever die 30% van de werknemer terug kan vorderen op grond van onverschuldigde betaling. Dat zou wellicht kunnen worden gebaseerd op een uitspraak van de CRvB waarin de vraag aan de orde kwam wat de werkgever van het UWV kon terugvorderen en wat hij bij de werknemer moest terugvorderen. Als de werknemer met terugwerkende kracht alsnog een WIA-uitkering krijgt heeft hij achteraf bezien in feite dubbele inkomsten gehad. De werkgever kan dan van het UWV alleen dat deel terugvorderen dat het verschil is tussen het betaalde loon en de WIA-uitkering. De rest moet hij van de werknemer terugvorderen. De CRvB zegt dat de werkgever dan een vordering uit onverschuldigde betaling heeft op de werknemer in de zin van art. 6:203 BW. Door het instellen van een dergelijke vordering kan de werkgever de nadelige gevolgen van de loonsanctie ten dele ongedaan maken. Het instellen van een dergelijke vordering kan ook in redelijkheid van de werkgever worden verlangd aangezien de werknemer over de periode van de loonsanctie achteraf zowel loon als een WIA-uitkering heeft ontvangen, dus een dubbel inkomen heeft genoten. Als de werkgever er niet voor kiest om een vordering terzake van onverschuldigde betaling tegen de werknemer in te stellen, is de schade die hij lijdt door het onrechtmatige besluit van het UWV om een loonsanctie op te leggen, deels zijn eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW. Daarom hoeft het UWV alleen dat deel terug te betalen dat het verschil is tussen de WIA-uitkering en het daadwerkelijk betaalde loon.[58] Dit moge allemaal zo zijn, maar ik zie hier toch een probleem als er bij de werknemer niets meer te halen valt. De werkgever kan dan zijn (deel van het) betaalde loon niet meer terugkrijgen, terwijl hij buiten zijn schuld te veel loon heeft betaald. Hij moest dat loon immers betalen op grond van het loonsanctiebesluit van het UWV. Een besluit dat achteraf bezien onjuist was, aangezien het vernietigd is. Het onjuiste overheidshandelen wordt hier dus op het bord gelegd van de werkgever. Daar komt bij dat de werkgever vaak ook nog eens allerlei kosten moet maken om het te veel betaalde loon terug te vorderen van de werknemer. Kosten die hij maar ten dele terugkrijgt, zelfs als hij de procedure tegen de werknemer wint.[59] Deze kosten moet hij maken omdat het overheidsorgaan een onjuist besluit heeft genomen. Dat lijkt mij niet redelijk.

---

57 Ktr. Utrecht 13 mei 2009, *JAR* 2010/10.

58 CRvB 5 augustus 2009, *LJN* BJ4975.

59 Advocaatkosten worden namelijk slechts zeer ten dele vergoed in het kader van de proceskostenveroordeling.

Conclusies

Er kleven nog steeds de nodige onvolkomenheden aan de loonsanctie. Een deel van die onvolkomenheden wordt veroorzaakt door niet steeds even goed geregelde aansluiting van het socialezekerheidsrecht op het arbeidsrecht c.q. het bestuursrecht. Onduidelijk is in de eerste plaats of art. 6 EVRM nu wel of niet van toepassing is op het loonsanctiebesluit. Verder kan het voor een werkgever nog steeds lucratiever zijn om de loonsanctie 'uit te zitten', dan om te re-integreren, waardoor de loonsanctie dus haar doel voorbij schiet. Maar vooral de rol van het bestuursorgaan dat de loonsanctie oplegt, in dit geval het UWV, blijft dubbel. De bedoeling van de loonsanctie (tezamen met andere maatregelen) was dat werkgever en werknemer samen verantwoordelijk werden gesteld voor de re-integratie van de werknemer en dat de overheid zich daar minder mee zou gaan bemoeien. Maar gezien de, toch nog steeds bestaande, onduidelijkheid over de vraag in hoeverre de werkgever af mag gaan op het oordeel van de bedrijfsarts, wordt de overheid toch weer betrokken bij deze re-integratie. Aan de andere kant schuift diezelfde overheid de nadelige gevolgen van een onjuist loonsanctiebesluit weer op het bord van de werkgever voor zover de werkgever tijdens de duur van de loonsanctie meer dan 70% van het loon heeft moeten betalen. En als het een juist loonsanctiebesluit betreft, maar de werkgever weigert desondanks het loon te betalen, moet de werknemer maar zien hoe hij zijn geld krijgt. Het is zoals Noordam al zei: De loonsanctie is beslist niet het mooiste kind van de Poortwachter. Dat geldt dus nog steeds.

5 Volg het spoor terug[1]

Jaap van Slooten

Dertig jaar geleden publiceerde Sociaal Maandblad Arbeid een analyse van het Hoge Raad-arrest Roovers/De Toekomst.[2] Er was alle aanleiding voor een artikel over dit baanbrekende arrest. Het bleek het eerste in een lange rij van arresten waarbij de Hoge Raad de rechtspositie van arbeidsongeschikte werknemers verbeterde. De kern van deze rechtspraak is dat een werknemer die als gevolg van ziekte niet langer arbeidsgeschikt is, onder omstandigheden toch ander werk, dan wel loon van de werkgever kan afdwingen. Het begon met de opmerking van het begrip "bedongen arbeid". Tot het arrest Roovers/De Toekomst werd aangenomen dat een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer geen aanspraak kon maken op gedeeltelijke uitoefening van zijn taak. Sinds het arrest vielen de volgende situaties ook onder "de bedongen arbeid":

a. De werknemer die nog wel hetzelfde werk verricht als toen hij nog volledig arbeidsgeschikt was, maar gedurende minder uren per week.
b. De werknemer die hetzelfde werk verricht gedurende dezelfde werktijd, maar met tempoverlies.
c. De werknemer die nog maar een gedeelte van zijn taken kan uitoefenen.

De analyse in SMA signaleerde nog wel een lacune. Die hield in dat er ook werknemers waren die geen enkel onderdeel van de oorspronkelijk bedongen arbeid konden verrichten. Zij konden slechts andere passende arbeid doen. De schrijver bepleitte dat voor hen volgens het volgende stramien een oplossing kon worden bedacht:

- Een goed werkgever moet (in beginsel) ander passend werk laten verrichten op grond van art. 7:611 BW (1638z).
- De werkgever die dat nalaat is analoog aan art. 7:628 BW (1638d) loon verschuldigd.[3]

De bescheiden auteur moet een gevoel van trots hebben gehad toen hij kennis nam van het volgende arrest van de Hoge Raad over deze materie, Van

---

1 Dank gaat uit naar mr. W. van Zandwijk die het materiaal heeft verzameld en heeft meegeholpen bij het analyseren daarvan.

2 HR 3 februari 1978, *NJ* 1978/248.

3 J. Riphagen, 'Enkele vragen rond de werkhervatting van de gedeeltelijk hersteldverklaarde werknemer', *SMA* 1981, p. 142-155, aldaar p. 150: "…ofwel men acht de weg via 1638d onbegaanbaar en zoekt een opening via 1638z. Dit laatste door art. 1638z zo te interpreteren dat hieronder ook de verplichting valt tot herplaatsing van de slechts voor passend werk geschikte werknemers."

Haaren/Cehave.[4] Juist de door Riphagen (want die was het) aangereikte redenering ontmoette veel bewondering.[5]

De private re-integratieverplichting van de werkgever was geboren. Het arrest heeft de wetgever – naast een almaar oplopend aantal arbeidsongeschikte werknemers – in de jaren '90 geïnspireerd om die privatisering door te zetten. Eerst was er de Wulbz (1996), toen de Wet Verbetering Poortwachter (2001) en ten slotte de Wet Verlenging Loondoorbetalingsverplichting bij ziekte (2003). Zoals bekend heeft de werkgever een loondoorbetalingsverplichting van maximaal twee jaar. Daartegenover staat een verplichting van de werknemer ander passende arbeid te verrichten.

Ik maak nu een sprong naar 2011. Een nieuw probleem in verband met re-integratie van zieke werknemers dient zich sinds enige tijd aan. Dat ziet op de werknemer die na twee jaar ziekte opnieuw uitvalt. Heeft hij dan weer recht op twee jaar loon?

De situaties waarin dit speelt zijn vaak als volgt. Een werknemer is ongeschikt nog langer zijn bedongen arbeid te verrichten. Op grond van art. 7:629 BW heeft hij gedurende twee jaar recht op minimaal 70% van zijn loon. In de praktijk wordt dit meestal aangevuld tot 100%. In de tussentijd is hij allang ander passende arbeid gaan verrichten bij de werkgever. In een aantal gevallen werkt hij weer fulltime in een andere functie of in een al dan niet tijdelijk gecreëerde functie. Het kan zijn dat terugkeer naar de oorspronkelijke functie reeds is uitgesloten omdat zijn ongeschiktheid hem dat permanent verhindert; het kan ook zijn dat dat nog onduidelijk is. Gedurende de loondoor-betalingsverplichting behoudt de werknemer het loon dat hoort bij de oorspronkelijk bedongen arbeid. Dat is een voordeel voor hem, omdat de passende arbeid doorgaans een lagere loonwaarde heeft. Na afloop van de tweejaarsperiode verandert er in de praktijk vaak niets. De werknemer blijft de passende arbeid verrichten; de werkgever het oorspronkelijke loon betalen.

Maar dan wordt de werknemer opnieuw ziek hetzij als gevolg van dezelfde klachten, hetzij als gevolg van ander onheil. Het probleem is dan hoe moet worden omgegaan met de loondoorbetalingsverplichting. Ontstaat er een nieuwe verplichting van twee jaar of valt deze ongeschiktheid nog onder het bereik van de oude, reeds verbruikte verplichting? De werknemer krijgt er nu belang bij om te stellen dat de passende arbeid die hij al die tijd heeft verricht in feite bedongen arbeid was en wel *nieuwe* bedongen arbeid. Niet iedere werknemer lukt dat. Dat is een groot maatschappelijk probleem waar al vaak door schrijvers op is gewezen.[6] Het kan er toe leiden dat de werknemer blijvend zonder enig

---

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

5 Zie P.F. van der Heijden, 'Een strikte rechter? Iets over rechtsvinding in het arbeidsrecht', *NJB* 1996, p. 155 e.v.

6 Zie o.m. P. Burger, 'Tussen WIA, ZW en loonbetalinggevallen', *SR* 2007, p.114-115 en

inkomen komt te zitten. En daarnaast riskeert de werknemer ook nog dat het opzegverbod tijdens ziekte niet geldt, nu art. 7:670 BW dat verbod beperkt tot ongeschiktheid tot het verrichten van "zijn arbeid" (hetgeen dient te worden uitgelegd als bedongen arbeid).

Voor de werkgever staat er uiteraard ook een hoop op het spel. Hij kan, mogelijk niet lang na een eerste periode van twee jaar, verplicht worden om opnieuw twee jaar loon door te betalen. Er zijn werkgevers die dat financieel niet kunnen dragen en er ook niet voor verzekerd zijn.

De grote vraag is wanneer nog van passende arbeid moet worden gesproken en wanneer kan worden aangenomen dat dit is veranderd in bedongen arbeid. De laatste jaren is daar een aantal uitspraken over verschenen. Ik heb er daarvan elf onderzocht over de periode juni 2007-juni 2010.[7] In vijf van deze elf zaken werd geen loondoorbetalingsverplichting aangenomen, omdat het nog steeds zou gaan om passende arbeid; in 6 zaken was er wel sprake van een nieuwe loondoorbetalingsverplichting. Die uitslag is een aanwijzing dat de rechters worstelen met deze vraag.

Bij nadere analyse blijkt dat vier criteria worden gehanteerd voor de beoordeling van de vraag wanneer sprake is van overgang van passende arbeid naar bedongen arbeid. Ik moet er wel aan toevoegen dat veel zaken op dit gebied erg feitelijk zijn; dat bemoeilijkt soms de indeling. De criteria zijn:

1. er is een *uitdrukkelijke* overeenkomst gesloten waarin passende arbeid bedongen arbeid is geworden;
2. er is een s*tilzwijgende* overeenkomst tot stand gekomen waarmee de passende arbeid bedongen arbeid is geworden;
3. de werkgever had de werknemer een *aanbod moeten doen* om de passende arbeid bedongen arbeid te laten worden, en
4. terugkeer in de bedongen arbeid is niet meer mogelijk.

Van de elf uitspraken zijn er tien beslecht op grond van criterium (1) of (2), die ik hierna de contractuele methode zal noemen. Slechts één uitspraak van de Kantonrechter Utrecht, hanteert criterium (3). Dit criterium noem ik de arbeidsrechtelijke methode.

---

de bijdrage van W.H.A.C.M. Bouwens elders in deze bundel.

7 Hof Arnhem 1 juni 2010, *RAR* 2010/115; Hof Amsterdam 29 juni 2010, *JAR* 2010/230; Kantonrechter Utrecht 7 december 2009, *JAR* 2010/80; Hof Den Bosch 6 januari 2009, *JAR* 2009/154 ; Kantonrechter Amsterdam 1 februari 2010, *JIN* 2010/398; Kantonrechter Haarlem 20 juni 2007, *LJN* BA9758; Hof Amsterdam 21 juli 2009, *USZ* 2009/345; Kantonrechter Haarlem 25 februari 2009, *LJN* BH5169; Hof Leeuwarden 22 augustus 2007, *LJN* BB2223; Hof Amsterdam 13 januari 2009, *LJN* BH4334; Kantonrechter. Eindhoven 10 juli 2008, *LJN* BD6908.

De rechters die de contractuele methode hanteren, worstelen daarmee. Ter illustratie noem ik twee recente arresten. In de zaak die Hof Arnhem[8] beoordeelde werd al gedurende ruim 20 jaar passende arbeid verricht. Deze arbeid werd door het Hof aangemerkt als bedongen arbeid. Hoewel tussen partijen niet uitdrukkelijk was overeengekomen dat de passende arbeid als bedongen arbeid moest worden aangemerkt, mocht de werknemer er gerechtvaardigd op vertrouwen dat de arbeidsovereenkomst was gewijzigd. Het Hof noemt als relevante omstandigheden ten eerste dat gedurende de 20 jaar dat de werknemer in de bedongen functie werkte door de werkgever er niet op is aangestuurd dat de werknemer zijn oude werk weer zou hervatten. Ten tweede was van belang dat niet te verwachten was dat de werknemer weer terug zou keren in zijn oorspronkelijk bedongen arbeid. Ten derde had de werkgever in die 20 jaar niets ondernomen waaruit de werkgever had moeten afleiden dat de passende arbeid niet de bedongen arbeid was.

Hof Amsterdam[9] overwoog in een andere zaak dat de wijziging van de passende in de bedongen arbeid een wijziging van de arbeidsovereenkomst impliceerde. Voor een dergelijke wijziging is een daartoe strekkende overeenkomst vereist. Een wijziging kan volgens het Hof echter ook tot stand komen indien de werknemer er gerechtvaardigd op heeft mogen vertrouwen dat de passende arbeid moest gelden als de bedongen arbeid. Hiervan kan sprake zijn indien de werknemer gedurende een niet te korte periode arbeid heeft verricht waarvan de aard en de omvang tussen partijen niet ter discussie staat. Indien de arbeidsomvang steeds verandert gedurende die periode, zal geen sprake zijn van wijziging van de passende in de bedongen arbeid. Er zijn ook rechters die oordelen dat niet te snel van een stilzwijgende overeenkomst tot wijziging kan worden uitgegaan.

Dogmatisch interessant aan deze contractuele benadering is hoe zij zich verhoudt tot het leerstuk van de wijziging van de arbeidsovereenkomst. Dat leerstuk lijkt overigens te zijn voortgekomen uit de re-integratiearresten, die (zie hierboven) ook de re-integratieverplichting hebben voortgebracht.[10] Zoals bekend heeft de Hoge Raad in het arrest Van der Lely/Taxi Hofman geoordeeld dat een goed werknemer gehouden kan zijn een voorstel tot het verrichten van ander werk te accepteren. In het arrest Stoof/Mammoet is deze verplichting met verdere waarborgen voor de werknemer omkleed. In ieder geval is daaruit af te leiden dat een verplichting om een wijzigingsvoorstel te aanvaarden, niet zomaar uit de lucht kan komen vallen.

---

8 Hof Arnhem 1 juni 2010, *RAR* 2010/115.
9 Hof Amsterdam 29 juni 2010, *JAR* 2010/230.
10 Uitgebreider over het verband mijn noot bij Stoof/Mammoet in *ArA* 2008/3, p. 3 e.v.

Voorts valt te wijzen op het CZ-arrest.[11] Hierin oordeelde de Hoge Raad over een geval waarbij een wijziging van de arbeidsovereenkomst die een verslechtering inhield voor de werknemers, tot stand was gekomen. Die vraag moest volgens de Hoge Raad in beginsel worden beantwoord aan de hand van de algemene regels voor de totstandkoming van een (nadere) overeenkomst, "*zij het dat, gelet op de aard van de rechtsverhouding tussen werkgever en werknemer,* de werkgever er slechts op mag vertrouwen dat een individuele werknemer heeft ingestemd met een wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden die voor hem een verslechtering daarvan inhoudt, indien aan de werknemer duidelijkheid over de inhoud van die wijziging is verschaft en op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mag worden aangenomen dat deze welbewust met die wijziging heeft ingestemd". Ook hier is duidelijk dat de werknemer zich goed moet hebben gerealiseerd waar hij mee instemde en dat zo'n instemming inderdaad niet te makkelijk stilzwijgend kan worden geconstrueerd. Uiteraard is van belang dat deze arresten – ook in hun bewoordingen – zijn toegesneden op de situatie waarin een verslechtering voor de werknemer ontstond.

Ik keer nu terug naar de werknemer die passende arbeid verricht en die stelt dat dit bedongen arbeid is geworden. Als hier inderdaad het leerstuk van de wijziging van een overeenkomst op van toepassing is en er *dus* sprake moet zijn van aanbod en aanvaarding, is de vraag wie heeft voorgesteld de passende arbeid bedongen te maken. Het ligt voor de hand dat het de werknemer is geweest, aangezien hij er belang bij heeft. Vaak zal voor de werkgever gelden dat het niet in zijn belang is definitief overeen te komen dat de andere passende arbeid (met een lagere loonwaarde) wordt gecontinueerd op basis van het oude salaris.

Zijn de regels uit Stoof/Mammoet en CZ nu ook van toepassing indien het voorstel een verslechtering voor de werkgever inhoudt? Het lijkt mij dat dit niet onverkort het geval zal zijn. Toch is opvallend dat de Hoge Raad de eisen van informatie en bewustzijn baseert op "de aard van de rechtsverhouding tussen de werkgever en de werknemer". Hij had het ook kunnen baseren op de ongelijke positie van de werknemer. Denkbaar is dat voor de werkgever een minder streng criterium geldt. Zo geldt ook bij de onderzoeksplicht naar aanleiding van een opzegging voor de werkgever een verdergaande verplichting dan voor de werknemer. En toch zou het vreemd zijn indien geen enkele eis wordt gesteld aan de mate van informatie en bewustzijn die de werkgever heeft bij het afspreken van nieuwe "bedongen arbeid". Het aangaan van een gewijzigde, maar daarmee ook nieuwe arbeidsovereenkomst, heeft meer implicaties dan alleen de loondoorbetalingsverplichting. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de werkgever een nieuwe proeftijd kan bedingen.[12] Wellicht moet een

[11] HR 12 februari 2010, *JAR* 2010/71.
[12] Van Haren/Cehave.

concurrentiebeding worden overgesloten en het is zelfs denkbaar dat de Ragetlieregel van toepassing is in een overeenkomst voor bepaalde tijd. Eerder wees ik al op het feit dat de passende arbeid (die dan weer bedongen wordt) vaak een lagere loonwaarde heeft. Ook over dat loon moeten afspraken worden gemaakt. Dan is er nog de informatieverplichting op grond van art. 7:655 lid 3 BW: indien in de "functie van de werknemer of de aard van zijn arbeid" wijziging optreedt, moet dat binnen een maand schriftelijk aan de werknemer worden meegedeeld. De werkgever kan natuurlijk alleen maar aan een dergelijke verplichting voldoen als hij zich realiseert dat de functie of de bedongen arbeid is gewijzigd.

Het is, kortom, in mijn ogen wat erg gekunsteld om een stilzwijgende overeenstemming over de bedongen arbeid te construeren, zonder aandacht te besteden aan de vraag of de werkgever in staat is geweest een van zijn wensen of belangen naar voren te brengen. Om die reden vind ik de contractuele methode dogmatisch niet gewenst. Frikkee[13] acht het daarentegen goed verdedigbaar dat "als een werknemer na ommekomst van de eerste twee ziektejaren uitvalt en hij op dat moment van uitval gedurende ten minste 6 maanden passende arbeid heeft verricht (in een aangepaste functie of voor minder uren in de oorspronkelijke uren in de oorspronkelijke functie), de passende arbeid in ieder geval als de bedongen arbeid *dient te worden aangemerkt* en de werknemer jegens de werkgever dus nieuw recht op loondoorbetaling bij ziekte heeft (bijzondere omstandigheden uitgezonderd)". De periode van zes maanden ontleent zij aan de CAO voor de technische installatiebedrijven en art. 44 Zw. Zijzelf erkent impliciet dat dit niet meer dan ondersteunende argumenten zijn. Voorts baseert zij zich op een passage uit de wetsgeschiedenis van de Wet Verbetering Poortwachter die stamt uit oktober 2001. Zij leest daarin de bedoeling van de wetgever dat er stilzwijgend een nieuwe arbeidsovereenkomst is ontstaan. De passage waar het om gaat biedt naar mijn mening niet ondubbelzinnig steun voor haar interpretatie. De zin die Frikkee aanhaalt, luidt: "Als wordt vastgesteld dat een werknemer blijvend arbeidsongeschikt is voor de eigen werkzaamheden en binnen het bedrijf ander passend werk voorhanden is, ligt het in de rede, dat voor de nieuwe werkzaamheden een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangegaan."[14]

Op zich kan ik hier al niet met zekerheid de door Frikkee gelezen bedoeling vinden. "In de rede liggen" is iets anders dan de werkgever verplichten een aanbod te doen of een wijziging te dulden. Maar de passage waaruit dit citaat komt, begint als volgt: "Deze leden, alsook Pennings, vragen hiermee naar de rechtspositie van de werknemer bij aanvaarding van (andere) passende arbeid. *Naar de mening van de regering wordt hierin met het onderhavige wetvoorstel*

---

13 C.J. Frikee, "De bedongen arbeid na twee jaar loondoorbetaling", *SR* 2008/11, p. 320-322.

14 *Kamerstukken I* 27 678, nr. 37a, p. 27.

geen verandering aangebracht, ...". Met andere woorden: de wetgever heeft niet de bedoeling gehad om de in oktober 2001 bestaande opvattingen over de rechtspositie van de werknemer te verruimen.[15]

Ik heb nog een argument dat tegen de contractuele methode pleit. De weg van passende arbeid naar bedongen arbeid zou niet makkelijker moeten zijn dan de weg van bedongen arbeid naar passende arbeid. Een traject van bedongen naar passend neemt nog altijd als uitgangspunt dat de werknemer (al dan niet geholpen door arbeidsdeskundigen) of de (goede) werkgever *aanbiedt* ander werk te verrichten. Dat brengt mee dat de werkgever zich bewust is van de wijziging die plaatsvindt. Het ontgaat mij waarom dat bewustzijn niet als eis mag worden gesteld (of van belang is), indien de passende arbeid weer bedongen wordt. Eerder andersom: de gang van bedongen naar passend is tijdelijk van aard; de gang van passend naar bedongen is in beginsel definitief (tenzij zich weer arbeidsongeschiktheid voordoet). Hieraan zouden dus juist zwaardere eisen moeten worden gesteld.

De contractuele methode is derhalve erg gekunsteld, inconsistent en potentieel onevenwichtig indien men let op de belangen van de werkgever. Daartegenover zou ik de arbeidsrechtelijke methode willen bepleiten. De werknemer dient een aanbod te doen om de passende arbeid voortaan als bedongen arbeid op te vatten. De werkgever zal op grond van art. 7:611 BW dat aanbod in beginsel moeten aanvaarden, waarbij hij wel voorwaarden kan stellen aan beloning, duur en andere aspecten. Uiteraard zal de werkgever daarin niet teveel vrijheid mogen hebben. Bovendien zou dan moeten gelden dat de werkgever ook gehouden is dat aanbod te accepteren indien de werknemer weer ziek is, tenzij dit redelijkerwijze niet van de werkgever kan worden verwacht. Deze methode verhult niet de belangentegenstelling tussen werknemer en werkgever, maar aanvaardt op basis van goed werkgeverschap de verplichting om op een aanbod in te gaan. Bovendien sluit zij dogmatisch goed aan bij de re-integratiejurisprudentie van de Hoge Raad waarmee het allemaal (inclusief dit artikel) begon. In die rechtspraak was ook de *werknemer* gehouden een *aanbod* tot bedongen of passende arbeid te doen, waarna de werkgever dat aanbod diende te accepteren, "tenzij dit redelijkerwijs niet van hem gevraagd kan worden". In de laatstgenoemde zinsnede zit dan ook een escape voor de schrijnende gevallen aan werkgeverzijde. Ten slotte zou deze methode weer een nieuwe levensfase bieden aan de gedachte die Jaap Riphagen in 1981 verwoordde. Ik hoor hem zeggen tegen de rechters van tegenwoordig: "Wees

---

15 Zie voorts C.J. Frikkee, 'Wijziging passende arbeid in de bedongen arbeid', *TRA* 2009, 4, p. 22; B. Barentsen, *Groene Serie Privaatrecht, Arbeidsovereenkomst Plus*, art. 7:629, aantek. 6; Ch. M. Hettinga, 'Onderbreking van de loondoorbetalingplicht bij ziekte', *ArbeidsRecht* 2006/5; H. Dammingh, 'Loondoorbetaling bij gedeeltelijke hervatting in bedongen arbeid of passende arbeid', *Arbeid Integraal* 2006/2.

wijs, creatief en moedig en laat u inspireren door de rechtsvindingsmethode die de Hoge Raad 30 jaar geleden al aanvaardde”. Volg het spoor terug.

6 Een gat in het vangnet

Willem Bouwens

Inleiding

Uit de publicaties van Jaap Riphagen blijkt een bijzondere belangstelling voor de raakvlakken van het socialezekerheidsrecht met het arbeidsrecht. Ik wijs in het bijzonder op zijn dissertatie over ontslag en het recht op werkloosheidsuitkering en op zijn bijdrage aan de afscheidsbundel voor Wil Fase.[1] Deze bijzondere interesse indachtig, wil ik de emeritus eren met een bijdrage waarin de verhouding tussen de loondoorbetalingsplicht van de werkgever bij ziekte van de werknemer en diens aanspraken op de ZW centraal staan. Meer in het bijzonder zal ik hierna aandacht besteden aan de situatie van werknemers die na de loondoorbetalingsperiode van art. 7:629 BW nog steeds arbeidsongeschikt zijn voor de eigen arbeid, maar wel in staat zijn om voor hun werkgever passende arbeid te verrichten. Aan de orde komt in het bijzonder of de wet voldoende inkomensbescherming biedt wanneer deze werknemers ook voor die passende arbeid arbeidsongeschikt worden.

Het 'vangnet-karakter' van de Ziektewet

Sinds de invoering van de Wulbz[2] fungeert de ZW als vangnetvoorziening. Gedurende de periode dat de werkgever gehouden is loon door te betalen – als regel 104 weken – bestaat op grond van art. 19 ZW wel recht op ziekengeld, maar dit komt als regel niet tot uitbetaling. Art. 29, eerste lid, ZW bepaalt namelijk dat geen ziekengeld wordt uitgekeerd, wanneer krachtens art. 7:629 BW recht op loon bestaat, dan wel zou hebben bestaan als de loonbetaling niet zou zijn gestaakt of opgeschort. De ZW fungeert als inkomensvoorziening voor verzekerden die tijdens ziekte geen aanspraak (meer) kunnen maken op doorbetaling van loon.
Art.29, tweede lid, ZW somt op welke werknemers vanaf welk moment in aanmerking kunnen komen voor een uitkering. Genoemd worden onder meer de werknemers die ingevolge art. 4 en 5 ZW verzekerd zijn en de werknemers wier

---

1 J. Riphagen, *Ontslag en het recht op WW-uitkering*, diss. Leiden 1985 en J. Riphagen, 'Wederzijds begrip: de aansluiting tussen het arbeidsrecht en sociaalzekerheidsrecht opnieuw bezien', in: A. Jacobs e.a., *Een inspirerende Fase in het sociaal recht,* Zutphen 2007.

2 Wet van 8 februari 1996. *Stb*. 1996, 134, waarover W.J.P.M. Fase, *De Wet uitbreiding loonbetalingsplicht bij ziekte*, Deventer 1996; B. Hoogendijk, *De loonbetalingsverplichting gedurende het eerste ziektejaar*, diss. Rotterdam 1999; C.F. Sparrius, *De verantwoordelijkheidsverdeling voor de inkomensbescherming van zieke werknemers*, diss. Nijmegen 2001 en I.P. Asscher-Vonk e.a., *De zieke werknemer*, vierde druk, Deventer 2007.

arbeidsovereenkomst eindigt tijdens de eerste 104 weken van arbeidsongeschiktheid wegens ziekte. Voorts kent de wet een beperkt aantal categorieën van werknemers die, ondanks het bestaan van loonaanspraken ex art. 7:629 BW, recht hebben op uitkering van ziekengeld. Dit geldt onder meer voor bepaalde werknemers met een functionele beperking (art. 29b ZW). Omdat de werkgever van het loon dat hij aan de werknemer verschuldigd is, het bedrag van het ziekengeld mag aftrekken (art. 7:629, vijfde lid, BW), is zijn financiële risico (grotendeels) afgedekt. De regeling wordt daarom wel aangeduid als de '*no risk polis'*. Zij verschaft werknemers met een arbeidsongeschiktheidsverleden een 'rugzakje' en komt tegemoet aan de vrees bij sommige werkgevers, dat werknemers uit deze groep een verhoogd risico op ziekteverzuim lopen.[3]

Het verrichten van passende arbeid

Art. 7:658a BW verplicht de werkgever te bevorderen dat de werknemer die in verband met ziekte verhinderd is de bedongen arbeid te verrichten, wordt ingeschakeld in de arbeid in zijn bedrijf. Staat vast dat de eigen arbeid niet meer kan worden verricht en dat in zijn bedrijf geen andere passende arbeid voorhanden is, dan is de werkgever gedurende de loondoorbetalingsperiode verplicht te zoeken naar mogelijkheden om de werknemer in te schakelen in passende arbeid in het bedrijf van een andere werkgever (het zogenoemde 'tweede spoor'). Schiet de werkgever tekort in deze verplichting, dan dreigt een loonsanctie van het UWV op grond van art. 25, negende lid, Wet WIA.[4]

De werknemer is op grond van art. 7:660a BW gehouden mee te werken aan de inschakeling in passende arbeid waartoe de werkgever hem in de gelegenheid stelt. De werknemer die deze arbeid zonder deugdelijke grond weigert te verrichten, verliest zijn loonaanspraken (art. 7:629, derde lid, onder c, BW), alsmede de bescherming van het bijzondere ontslagverbod tijdens ziekte (art. 7:670b, derde lid, onder b BW). De wet voorziet derhalve in stevige prikkels voor werkgever en werknemer om passende arbeid ter beschikking te stellen respectievelijk te verrichten.

Gaan werkgever en werknemer ter zake van passende arbeid – al dan niet stilzwijgend – een nieuwe arbeidsovereenkomst aan, dan heeft die passende arbeid voortaan te gelden als de bedongen arbeid en zal bij arbeidsongeschiktheid wegens ziekte voor die arbeid op grond van art. 7:629 BW opnieuw gedurende in beginsel maximaal 104 weken aanspraak op doorbetaling van 70%

---

3 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 034, nr. 3, p. 50-53.

4 Voorts zal de werknemer met een beroep op HR 8 november 1985, *NJ* 1986, 309 (*Van Haaren/Cehave*, m.nt. Stein) op grond van art. 7:628 jo. art. 7:611 BW aanspraak kunnen maken op (een passend gedeelte van) het loon. Deze mogelijkheid is met name interessant wanneer dat loon meer bedraagt dan het bedrag dat verschuldigd is ingevolge art. 7:629 BW of inmiddels meer dan twee jaren sinds het intreden van de arbeidsongeschiktheid zijn verstreken.

van het gemaximeerde dagloon bestaan.[5] Wanneer het andere werk (nog) niet als de bedongen arbeid kan worden aangemerkt, is sprake van doorlopende arbeidsongeschiktheid. Omdat de termijn van 104 weken bedoeld in art. 7:629 eerste lid BW is verstreken, hoeft de werkgever bij heruitval uit die passende arbeid geen loon meer te betalen, ongeacht of de arbeidsongeschiktheid voortkomt uit dezelfde of uit een andere oorzaak en ongeacht de duur van de verhindering.[6]

Het ontbreken van een recht op loondoorbetaling brengt mee dat art. 29, eerste lid, ZW niet meer aan uitkering op grond van de ZW in de weg staat. Besluiten waarin UWV de uitkering met een beroep op dat wetsartikel weigerde, werden door de CRvB dan ook vernietigd.[7] Maar betekent dit ook dat werknemers in de hier bedoelde situatie aanspraak kunnen maken op een ziektewetuitkering?
In drie uitspraken van 28 juli 2010 heeft de CRvB zich over deze vraag uitgelaten. Het ging in alle gevallen om werknemers die na afloop van de periode genoemd in art. 7:629, eerste lid, BW – destijds nog 52 weken – niet in aanmerking kwamen voor een WAO-uitkering, omdat zij weliswaar ongeschikt werden geacht voor het eigen werk, maar nog wel geschikt voor andere functies. Een van de zaken betrof een werknemer met rugklachten die zich tegenover zijn werkgever bereid verklaarde passende arbeid te verrichten. Zijn loonvordering werd toegewezen tot de dag waarop de werknemer tevens ongeschikt werd voor de passende werkzaamheden in verband met een knieoperatie.[8] In de tweede zaak was de werknemer uitgevallen met schouderklachten. Na het verstrijken van de loondoorbetalingsperiode werd hij ongeschikt voor de passende arbeid als gevolg van een beenbreuk.[9] In de derde zaak ging het om een werknemer die gedurende vier jaren na het ontstaan van zijn arbeidsongeschiktheid aangepast werk deed en zich toen opnieuw ziek moest melden.[10]
De CRvB oordeelde in alle gevallen dat de betrokken werknemers geen aanspraak konden maken op ziekengeld op grond van de ZW, omdat zij niet vielen onder een van de in art. 29, tweede lid, ZW genoemde categorieën werknemers. Het artikellid bevat volgens de Raad een limitatieve opsomming

---

5 Hof 's-Hertogenbosch 6 januari 2009, *JAR* 2009/54; Hof Arnhem 21 juli 2009, *JAR* 2009/345; Hof Leeuwarden 3 maart 2009, *USZ* 2009/164; Vzr. Utrecht 7 december 2009, *JAR* 2010/80; Vzr. Amsterdam 1 februari 2010, *JAR* 2010/109; Hof Arnhem 1 juni 2010, *RAR* 2010/115. Zie daarover F.G. Laagland & C.W.G. Rayer, 'Passende arbeid na 104 weken', *TRA* 2010, 24 en de bijdrage van Jaap van Slooten, elders in deze bundel.

6 Zie onder meer Ktr. Delft 13 december 2001, *JAR* 2002/49; Hof 's-Hertogenbosch 3 augustus 2004, *JAR* 2004/274; Ktr. Deventer 26 augustus 2004, *JAR* 2004/210; J.M. van Slooten, 'De loonvordering tijdens het eerste ziektejaar', *ArbeidsRecht* 2001, 51 en Ch.M. Hettinga, 'Onderbreking van de loondoorbetalingsplicht bij ziekte', *ArbeidsRecht* 2006, 5.

7 Zie CRvB 29 maart 2005, *USZ* 2005/166 en CRvB 10 mei 2006, *RSV* 2006/195, *SR* 2007, 43 m.nt. Fluit.

8 CRvB 28 juli 2010, *LJN* BN2808, *USZ* 2010/300 m.nt. Boot, *RSV* 2010/244.

9 CRvB 28 juli 2010, *LJN* BN2809, *USZ* 2010/250 m.nt. red, *RSV* 2010/242 m.nt. Rebel.

10 CRvB 28 juli 2010, *LJN* BN2796.

van de gevallen waarin een verzekerde aanspraak kan maken op ziekengeld. In dat verband verwijst de Raad naar een passage uit de memorie van toelichting bij de Wulbz:[11]

> 'De betekenis van het eerste lid is dat indien wordt vastgesteld dat bij ziekte recht bestaat op loon, er geen ziekengeld door de bedrijfsvereniging wordt uitgekeerd. Indien bij ziekte geen recht bestaat op loon betekent dit echter niet automatisch dat de betrokkene recht heeft op ZW-uitkering. Het tweede lid geeft namelijk de situaties aan waarin wel wettelijk ziekengeld wordt uitgekeerd.'

De betrokken werknemers deden tevens een beroep op art.29, tweede lid, aanhef en onder c, van de ZW. Zij stelden zich op het standpunt dat hun situatie gelijkgesteld diende te worden met die van werknemers wier dienstbetrekking is geëindigd. Dit standpunt werd door de Raad verworpen. Volgens de Raad kon gelijkstelling, gelet op 'het gesloten stelsel van beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst in het burgerlijk recht', niet in overeenstemming worden geacht met de letter en de bedoeling van genoemd artikelonderdeel.
De CRvB concludeerde ten slotte dat geen sprake is van een onvoorziene situatie, aangezien de wetgever, mede blijkens de opmerking in de memorie van toelichting, heeft onderkend dat het ontbreken van een recht op loondoorbetaling niet automatisch met zich brengt dat een betrokkene recht heeft op ziekengeld. Hij overwoog in dat verband tevens dat, 'zo er in dit geval al sprake is van een lacune in de wetgeving' – de raad lijkt daar derhalve niet zonder meer van uit te willen gaan – het niet aan hem is om hieraan invulling te geven, maar aan de wetgever.

De argumenten van de CRvB gewogen

De CRvB leunt in de uitspraken zwaar op de eerder aangehaalde passage uit de memorie van toelichting bij de Wulbz. Daaruit kan worden afgeleid dat het ontbreken van een recht op loondoorbetaling tijdens de dienstbetrekking niet automatisch leidt tot een recht op ziekengelduitkering. Nergens blijkt echter dat de regering hier doelde op de situatie van uitval uit passende arbeid na het verstrijken van de loondoorbetalingsperiode. De opmerking van de regering kan ook slaan op de situatie dat geen aanspraak op loon bestaat, omdat zich een van de in het derde lid van art. 7:629 opgenomen uitsluitingsgronden voordoet of omdat partijen wachtdagen als bedoeld in art. 7:629, negende lid, zijn overeengekomen. De wetgever heeft de situatie van heruitval uit passende arbeid bij de totstandkoming van de Wulbz simpelweg niet onder ogen gezien.
In de literatuur is wel betoogd dat de tekst van art. 29, tweede lid, ZW niet dwingt tot de opvatting dat het om een limitatieve opsomming gaat.[12] Wie in parlementaire stukken van latere wetswijzigingen zoekt, vindt daar echter wel het overtuigende bewijs dat de opsomming door de wetgever uitputtend is

---

11 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 67 en 68.
12 Zie P.S. Fluit, 'Uitval uit passende arbeid', *SR* 2007, 43.

bedoeld. Zo treffen we in de memorie van toelichting bij een wetswijziging in 1998, die verband hield met het wegnemen van belemmeringen in verband met het opnemen van onbetaald verlof, de volgende opmerking aan:[13]

'In art. 29, tweede lid, ZW, zijn limitatief de situaties opgesomd waarin recht kan bestaan op uitkering uit hoofde van de (vangnet) ZW.'

Een verwijzing naar dit Kamerstuk had in de uitspraak van de CRvB niet misstaan.

Maar valt de situatie van betrokkenen dan niet onder die limitatieve opsomming? Is in de onderhavige gevallen geen sprake van het eindigen van de dienstbetrekking in de zin van onderdeel c van het tweede lid van art. 29 ZW? Het begrip 'dienstbetrekking' heeft in de werknemersverzekeringen een eigen, van het arbeidsovereenkomstenrecht afwijkende betekenis. Het omvat ook andere arbeidsverhoudingen dan de arbeidsovereenkomst (zie met name de uitbreidingen in art. 4 en art. 5 ZW). Daar staat tegenover dat de wet in art. 6 ook bepaalde arbeidsverhoudingen uitzondert van het begrip dienstbetrekking die civielrechtelijk als arbeidsovereenkomst worden beschouwd. Bovendien wordt op dagen dat geen arbeid wordt verricht en geen uitkering of een uitkering van minder dan de helft van het normale loon van de werkgever wordt ontvangen – behoudens een aantal hier niet ter zake doende uitzonderingen – op grond van art. 6, tweede lid, van de ZW geen dienstbetrekking aanwezig geacht, ook niet wanneer de arbeidsovereenkomst civielrechtelijk voortduurt.
De werknemers in de aan de CRvB voorgelegde zaken hadden een dienstbetrekking in de zin van art. 3 ZW zolang zij passende arbeid verrichtten, dan wel in aanmerking kwamen voor loondoorbetaling. Vanaf de dag dat zij opnieuw uitvielen, kon op grond van art. 6, tweede lid, ZW geen dienstbetrekking meer aanwezig worden geacht. Kan dan niet worden betoogd dat de dienstbetrekking van de werknemers op de dag van heruitval eindigde en derhalve ingevolge art. 29, tweede lid, sub c, van de ZW aanspraak op ziekengeld kon worden gemaakt?[14] Nadere bestudering van de hiervoor reeds aangehaalde wetswijziging van 1998 laat zien dat zulks niet het geval is. De regering constateerde destijds namelijk dat na het opnemen van onbetaald verlof geen dienstbetrekking in de zin van de ZW meer aanwezig wordt geacht. Teneinde te voorkomen dat in dat geval aanspraak zou kunnen ontstaan op uitbetaling van ziekengeld, werd art. 29, tweede lid, onderdeel c, van de ZW uitdrukkelijk beperkt tot de dienstbetrekkingen "bedoeld in artikel 3". Beoogd werd daarmee buiten twijfel te stellen dat alleen recht op een ziekengelduitkering bestaat wanneer de dienstbetrekking naar burgerlijk recht is

---

13 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 618, nr. 3, p. 18.

14 Vergelijk ten aanzien van andere situaties: J.J.A. Kooijman, 'Minder lacunes in de Wulbz dan gedacht! Over het begrip 'eindigen van de dienstbetrekking' in art. 29 ZW', *SR* 1997, p. 146.

geëindigd.[15] Een 'socialezekerheidsrechtelijke benadering' van het begrip eindigen van de dienstbetrekking in genoemde bepaling was daarmee definitief van de baan.

Zijn er dan geen goede gronden om de situatie van betrokkenen gelijk te stellen met de situatie dat de dienstbetrekking eindigt? De CRvB wijst in de uitspraken een dergelijke gelijkstelling uitdrukkelijk van de hand. De Raad beroept zich daarbij op 'het gesloten stelsel van beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst in het burgerlijk recht'. Dit argument kan nauwelijks overtuigen. Van een werkelijk gesloten stelsel van beëindigingswijzen is immers geen sprake. Zo kent het einde met wederzijds goedvinden geen regeling in titel 7:10 van het BW en heeft de Hoge Raad, ondanks het ontbreken van een algemene grondslag daarvoor in genoemde titel, de mogelijkheid van een ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst erkend.[16] Indien wordt gesproken over 'het gesloten stelsel van ontslagrecht' bedoelt men als regel veeleer dat civielrechtelijke normen in het ontslagrecht slechts doorwerken indien het ontslagrecht niet in de materie voorziet of op dit punt is verouderd.[17] Een argument tegen de eerder bedoelde gelijkstelling kan men daaraan nauwelijks ontlenen.
Meer spreekt aan dat de situatie van betrokkenen wezenlijk verschilt van de situatie van personen wier dienstbetrekking gedurende de eerste 104 ziekteweken formeel eindigt, omdat bij heruitval uit passend werk reeds gedurende dat tijdvak loondoorbetaling heeft plaatsgevonden. In de zaak van de werknemer met de beenbreuk werd dit argument door de CRvB gebruikt om het beroep op art. 26 IVBPR terzijde te schuiven. Het was naar mijn mening ook voldoende draagkrachtig om de door betrokkenen bepleite gelijkstelling af te wijzen.

Naar de bijstand?
Blijft staan dat het oordeel van de CRvB betekent dat de werknemer geen recht heeft op loon, noch op een ZW-uitkering. Wanneer niet op andere wijze in zijn inkomen is voorzien, is de werknemer aangewezen op een uitkering ingevolge de WWB. Dat resultaat verdraagt zich moeizaam met het bij de totstandkoming van de Wulbz door de regering ook verdedigde standpunt dat het in strijd zou zijn met het uitgangspunt van een sociaal geconditioneerde privatisering van de ZW, indien personen voor wie geen loondoorbetalingsplicht van hun werkgever

---

15 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 618, nr. 3, p. 18.
16 HR 6 maart 1992, *NJ* 1992, 509 (*Mungra/Van Meir*).
17 Vergelijk Y. Konijn, *Cumulatie of exclusiviteit? (*diss. Utrecht), 2001, p. 75 en Asser-Heerma van Voss, *Bijzondere overeenkomsten*, 7-V, nr. 295. Het 'gesloten stelsel' heeft opnieuw een barst opgelopen met HR 11 december 2009, *JAR* 2010/17 (*Van Hooff Elektra/Oldenburg*), waarin aan een opzegging rechtskracht werd ontzegd omdat sprake was van misbruik van bevoegdheid. Vergelijk G.C. Boot, noot onder *USZ* 2010/300.

geldt, op bijstandsniveau zouden moeten terugvallen, juist in een situatie waarin ze niet in staat zijn hun lot te verbeteren.[18]
De CRvB lijkt, zoals gezegd, in de uitspraken niet zonder meer uit te willen gaan van een lacune in de wetgeving. Zijn er wellicht andere mogelijkheden voor de werknemers in kwestie om in hun inkomen te voorzien?

Een eerste optie is de eerder al aangehaalde *no risk polis* van art. 29b ZW.[19] Deze gold in het verleden slechts voor werknemers die ten tijde van indiensttreding reeds een arbeidsongeschiktheidsuitkering ontvingen. Met de invoering van de Wet WIA is de werkingssfeer uitgebreid. Zij geldt nu ook voor werknemers die recht hebben op een WIA-uitkering en wier dienstbetrekking met de eigen werkgever wordt voortgezet nadat dat recht is vastgesteld.[20] Deze groep heeft recht op uitbetaling van ziekengeld over perioden van ongeschiktheid tot werken wegens ziekte die zijn aangevangen in de vijf jaren na de vaststelling van het recht op WIA-uitkering (art. 29, vierde lid, ZW). Tot de categorie werknemers die in aanmerking komen voor de *no risk polis* behoren voorts werknemers die bij het einde van de loondoorbetalingsplicht ex art. 7:629 BW niet in staat zijn tot het verrichten van eigen of andere passende arbeid bij de eigen werkgever, maar niet in aanmerking komen voor een uitkering op grond van de Wet WIA omdat zij minder dan 35% arbeidsongeschikt zijn (art. 29b, eerste lid, onderdeel c, ZW). Zij kunnen aanspraak maken op uitbetaling van ziekengeld bij arbeidsongeschiktheid gedurende de eerste vijf jaar na aanvang van de dienstbetrekking.[21] Voor de 35-minner die bij zijn oude werkgever arbeid gaat verrichten, staat de voorziening echter alleen open wanneer ter zake na beëindiging van het oude dienstverband een nieuwe dienstbetrekking wordt aangegaan.[22] Voor degenen die passende arbeid verrichten op basis van de oude arbeidsovereenkomst, biedt art. 29b ZW derhalve geen uitkomst.

---

18 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 29.

19 Het ontvangen van ziekengeld heeft geen invloed op de berekening van de loongerelateerde uitkering (art. 61 Wet WIA) en de toepassing van de inkomenseis voor de loonaanvullingsuitkering (art. 60 Wet WIA), omdat daarbij wordt uitgegaan van het inkomen dat de werknemer genoot in de periode voorafgaand aan het ontvangen van een loondervingsuitkering (zie art. 4 en 5 Inkomensbesluit Wet WIA).

20 P.S. Fluit, *SR* 2007, 43, vraagt zich af of het begrip 'voortzetten' in art. 29b, vierde lid, ZW gelet op de ratio van de bepaling niet aldus moet worden uitgelegd dat ter zake van de passende arbeid een nieuwe dienstbetrekking moet worden aangegaan. De Kamerstukken geven geen aanleiding voor een dergelijke enge interpretatie. Zie onder meer *Kamerstukken II* 2005/06, 30 318, nr. 9, p. 3: *"Indien de werknemer ten minste 35% arbeidsongeschikt is, zijn de no risk polis en premiekorting beschikbaar als de werknemer in dienst blijft bij de werkgever, respectievelijk in dienst treedt bij een andere werkgever."*

21 Is sprake van een aanzienlijk verhoogd risico op ernstige gezondheidsklachten, dan kan de termijn van vijf jaren worden verlengd (art. 29c ZW).

22 Vergelijk *Kamerstukken I* 2005/06, C, p. 3; C.J. Frikkee, 'Invoering van de WIA: van WAO-gat naar WIA-krater; een reactie', *ArbeidsRecht* 2006, 17; P.H. Burger, 'Tussen

Een andere mogelijkheid is dat voor degene die uitvalt uit passende arbeid alsnog een recht op WIA-uitkering ontstaat.[23] Indien de werknemer niet in aanmerking kwam voor een WIA-uitkering omdat hij minder dan 35% arbeidsongeschikt werd geacht, zal alsnog een recht op een dergelijke uitkering ontstaan zonder dat opnieuw de wachttijd hoeft te worden doorlopen, wanneer de arbeidsongeschiktheid binnen vier weken na einde van de loondoorbetalingsperiode is toegenomen tot een hoger dan genoemd percentage (art. 48, eerste lid, onder c, en art. 55 Wet WIA). Gaat het om arbeidsongeschiktheid die voortkomt uit dezelfde oorzaak, dan is die periode aanzienlijk ruimer. In dat geval ontstaat een recht op WIA-uitkering wanneer de toegenomen arbeidsongeschiktheid zich binnen 5 jaar na einde wachttijd voordoet (art. 48, eerste lid, onder b, en art. 55 Wet WIA).

Voor de werknemer die noch op de no risk polis, noch op de Wet WIA een beroep kan doen, zou de WW wellicht nog uitkomst kunnen bieden. Dat hij nog een dienstbetrekking heeft, hoeft aan het ontstaan van een recht op werkloosheidsuitkering niet in de weg te staan. Ook de werknemer die zich niet in staat acht de werkzaamheden te verrichten die door de werkgever worden aangeboden, lijdt een arbeidsurenverlies.[24] Van werkloosheid zal evenwel slechts sprake zijn wanneer de werknemer beschikbaar is voor arbeid (art. 16, eerste lid, WW). Daarvoor is in ieder geval vereist dat hij na heruitval nog wel enige arbeid kan verrichten.[25]

Zou de werknemer die niet tot een van de laatstgenoemde categorieën behoort, dan wellicht een beroep kunnen doen op een ZW-uitkering wanneer de werkgever de arbeidsovereenkomst beëindigt en de werknemer zich daartegen niet verzet of wanneer laatstgenoemde zelf ontslag neemt? In dat geval is immers wel voldaan aan de voorwaarde van art. 29, tweede lid, onderdeel c, ZW dat de dienstbetrekking is geëindigd. Uiteraard heeft een dergelijke stap ingrijpende consequenties. De werknemer heeft dan immers geen arbeids-

---

WIA, ZW en loondoorbetaling gevallen: het inkomensgat van de gere-integreerde werknemer die voor minder dan 35% gedeeltelijk arbeidsongeschikt is', *SR* 2007/27. Het aangaan van een nieuwe dienstbetrekking is overigens slechts een van de voorwaarden. Zie art. 29b, eerste lid, onder c ZW. Zo is tevens vereist dat de werknemer bij het einde van de wachttijd voor de Wet WIA niet in staat was tot het verrichten van eigen of andere passende arbeid bij de eigen werkgever.

23 P.H. Burger, 'Tussen WIA, ZW en loondoorbetaling gevallen: het inkomensgat van de gere-integreerde werknemer die voor minder dan 35% gedeeltelijk arbeidsongeschikt is', *SR* 2007/27 merkt overigens terecht op dat deze mogelijkheid slechts uitkomst biedt bij meer structurele arbeidsbeperkingen en niet bij bijvoorbeeld een verhindering wegens griep.

24 Zie bijv. CRvB 12 februari 1991, *RSV* 1991/188. Voor de berekening van het arbeidsurenverlies van iemand die voor een geringer aantal uren belastbaar is dan zijn maatman, moet ingevolge art. 16, tiende lid, WW worden uitgegaan van dat geringere aantal.

25 Zie M. Opdam, 'Het begrip beschikbaarheid in de WW', *SMA* 2008, p. 140.

overeenkomst meer en zal na herstel geen beroep meer kunnen doen op zijn werkgever. Toch is niet uitgesloten dat een werknemer deze stap zal overwegen, in het bijzonder wanneer hij, bijvoorbeeld vanwege zijn vermogenspositie of het inkomen van zijn partner, niet voor een bijstandsuitkering in aanmerking komt.
Deze werknemers zullen bij het UWV mogelijk nul op het rekest krijgen, omdat sprake is van doorlopende arbeidsongeschiktheid en op grond van art. 29, vijfde lid, ZW geen ziekengeld wordt uitgekeerd nadat een tijdvak van 104 weken van ongeschiktheid tot werken is verstreken, te rekenen vanaf de eerste dag van ongeschiktheid tot werken. Dit standpunt is echter in strijd met een uitspraak van de CRvB uit 1994 betreffende art. 29, tweede lid, ZW (oud), waarin destijds een maximumduur van 52 weken was neergelegd.[26] Het ging in deze zaak om een metaalbewerker die uitviel met rugklachten. Zijn WAO-uitkering werd na enige tijd ingetrokken, omdat hij met passende arbeid ongeveer hetzelfde loon kon verdienen als voorheen. Hij ging daarop bij zijn eigen werkgever in een andere functie aan de slag. Toen hij daarna opnieuw uitviel – nu met griep – deed hij een beroep op de ZW. Het uitvoeringsorgaan stelde dat de werknemer doorlopend arbeidsongeschikt was gebleven en de maximale duur van de ZW-uitkering daarom was verstreken. De CRvB oordeelde dat het bestuursorgaan de uitkering ten onrechte had geweigerd. De Raad maakt in dat verband als zijn opvatting kenbaar dat

> "nu in casu gedaagde in andere arbeid heeft hervat en de ongeschiktheid ter zake waarvan hij zich heeft ziek gemeld, voortvloeit uit een kennelijk andere oorzaak dan die welke grond vormde voor de eerdere arbeidsongeschiktheid ter zake waarvan hij reeds 52 weken ziekengeld heeft ontvangen, een redelijke wetstoepassing met zich mee brengt dat het bepaalde in artikel 29 lid 2 ZW (oud) hem niet kon worden tegengeworpen."

Deze uitspraak is onder het huidige recht nog steeds van belang. De (niet gepubliceerde) beleidsregels van het UWV van 22 juni 2004 met betrekking tot de toepassing van art. 29, vijfde lid, ZW sluiten erop aan.[27] Ingevolge deze beleidsregels vindt weigering van ziekengeld op grond van deze wettelijke bepaling slechts plaats, indien de werknemer hervat in dezelfde arbeid waarvoor hij eerder 104 weken ongeschikt is geweest, doorlopend arbeidsongeschikt is gebleven en zijn werkzaamheden staakt vanwege dezelfde ziekteoorzaak. Betreft het een andere oorzaak, dan zal art. 29, vijfde lid, ZW de werknemer derhalve niet kunnen worden tegengeworpen.[28]
Vraag blijft wel of het (niet verweren tegen) ontslag de werknemer niet op een weigering van de uitkering kan komen te staan wegens het plegen van een benadelingshandeling in de zin van art. 45, eerste lid, onderdeel j, ZW.

---

26 CRvB 22 juni 1994, *RSV* 1994/224.

27 Zie daarover A. Wit, *Wegwijzer arbeidsongeschiktheid 2009*, Deventer 2008, p. 78.

28 In de eerder aangehaalde uitspraken van 28 juli 2010 werd door de werknemers ook een beroep op deze beleidsregels gedaan. De CRvB oordeelde daaromtrent dat aan art. 29, vijfde lid, ZW – en de daarop gebaseerde beleidsregels – geen recht op toekenning van ziekengeld kan worden ontleend, maar dat hierin wel een zelfstandige weigeringsgrond is opgenomen.

Daargelaten of de werknemer ter zake enig verwijt treft, pleit tegen het aannemen van een benadelingshandeling dat art. 45, zevende lid, ZW het nalaten verweer te voeren of instemmen met de beëindiging alleen als benadelingshandeling aanmerkt wanneer dit plaatsvindt 'in de periode, bedoeld in artikel 29, eerste lid'. Die periode is in de hier bedoelde gevallen verstreken.

Slot

Bovenstaande beschouwingen leiden tot de conclusie dat de ZW, de Wet WIA en de WW enige bescherming bieden aan de werknemer die na het verstrijken van de loondoorbetalingsperiode van art. 7:629 BW passende arbeid verricht zonder dat partijen ter zake een nieuwe arbeidsovereenkomst hebben gesloten. Gaat het om iemand die minder dan 35% arbeidsongeschikt wordt geacht en zijn na het verstrijken van de loondoorbetalingsperiode inmiddels meer dan vier weken verstreken, dan staat de werknemer echter met lege handen, tenzij:

a. zijn nieuwe arbeidsongeschiktheid voorkomt uit dezelfde oorzaak, in welk geval hij onder omstandigheden alsnog in aanmerking kan komen voor een WIA-uitkering, of
b. hij, ondanks zijn arbeidsongeschiktheid, nog wel beschikbaar is voor andere arbeid, zodat hij een beroep kan doen op de WW.

Een en ander betekent dat er een categorie werknemers is, waarvoor het systeem geen adequate voorziening biedt. Deze categorie werknemers zou zich wellicht alsnog toegang kunnen verschaffen tot de ZW door aan te sturen op ontslag. Omdat de werknemer daarmee het uitzicht op re-integratie bij de eigen werkgever definitief verliest, acht ik het zeer onwenselijk dat een situatie ontstaat waarin de werknemer zich gedwongen ziet voor deze laatste optie te kiezen.

Het is derhalve dringend gewenst het geconstateerde gat in het vangnet te repareren. Maar welke oplossing moet dan gekozen worden? Het gaat niet aan de rekening van de lacune in de inkomensbescherming te leggen bij de werknemer die door zijn ziekte in een situatie verkeert waarin hij niet in staat is zijn lot te verbeteren, maar wordt de werkgever niet overvraagd wanneer hij ook verantwoordelijk wordt voor de inkomensbescherming van de werknemers die hij eerder al gedurende 104 weken het loon heeft moeten doorbetalen? Ik meen van wel. Uitbreiding van de *no risk polis* van art. 29b ZW ligt daarom het meest voor de hand.[29] Nadeel daarvan is echter dat de stimulans die thans van dat artikel uitgaat om een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te gaan, teniet wordt gedaan. Ik zou er daarom voor willen pleiten deze uitbreiding van de *no risk polis* gepaard te doen gaan met een bepaling in art. 7:629 BW op grond waarvan, bij het verrichten van arbeid met loonwaarde gedurende ten minste

[29] Vergelijk P.H. Burger, 'Tussen WIA, ZW en loondoorbetaling gevallen: het inkomensgat van de gere-integreerde werknemer die voor minder dan 35% gedeeltelijk arbeidsongeschikt is', *SR* 2007, 27 en F.G. Laagland & C.W.G. Rayer, 'Passende arbeid na 104 weken', *TRA* 2010, 24.

vier weken na het verstrijken van de in het eerste lid genoemde periode, opnieuw aanspraak bestaat op doorbetaling van loon gedurende in beginsel maximaal 104 weken (waarop uiteraard het op grond van art. 29b ZW uitgekeerde ziekengeld in mindering kan worden gebracht). Of ter zake van die passende arbeid een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt gesloten, is dan niet meer relevant.

7 Nooit recht op WW na strafontslag?

Anita Damsteegt en Linda Lanting

Inleiding

De relatie tussen ontslag en het recht op werkloosheidsuitkering (verder: WW-uitkering) vormt het onderwerp van de dissertatie van Jaap Riphagen.[1] Hierin heeft hij niet alleen de relatie tussen het civiele ontslagrecht en de toenmalige WW behandeld, maar ook stil gestaan bij de relatie tussen het ambtenarenontslagrecht en het recht op wachtgeld, zoals dat destijds voor ambtenaren was geregeld in onder andere het Rijkswachtgeldbesluit.[2] Vanuit wetenschappelijk oogpunt was dat een interessante exercitie, maar omdat ambtenaren destijds van de WW waren uitgezonderd en na ontslag in aanmerking konden komen voor wachtgeld was een gedetailleerde beschouwing van de relatie ambtenarenontslagrecht en recht op een WW-uitkering voor de praktijk minder van belang.[3] Aangezien ambtenaren inmiddels al tien jaar onder de WW vallen, maar nog altijd een eigen ontslagstelsel kennen verdient een meer gedetailleerde analyse van deze samenhang zeker de aandacht. Gezien onze achtergrond en persoonlijke band met Jaap zal het niet verbazen dat wij in deze bijdrage de relatie tussen (ambtenaren)ontslagrecht en verwijtbare werkloosheid aan de orde stellen.[4]

Op grond van art. 24 lid 1 aanhef jo. lid 2 onder a WW (verder: a-grond) is de werknemer verwijtbaar werkloos geworden, indien aan de werkloosheid een dringende reden in de zin van art. 7:678 BW ten grondslag ligt en de werknemer ter zake een verwijt kan worden gemaakt. Er wordt dus expliciet verwezen naar een bepaling in het civiele ontslagrecht, maar niet naar het ambtenaren-ontslagrecht. In de Memorie van Toelichting bij de wijziging van de WW waarbij de verwijtbaarheidstoets werd versoepeld, is door de Minister opgemerkt dat verwijtbaarheid op de a-grond ten aanzien van ambtenaren het duidelijkst aanwezig is als er sprake is van strafontslag of een daarmee naar aard en strekking vergelijkbaar ontslag: de reden voor een dergelijk ontslag is uit de aard der zaak de ernstige misdraging van de ambtenaar.[5] In deze bijdrage zullen wij ons beperken tot de situatie van strafontslag, ofschoon we niet uitsluiten dat

---

1 J. Riphagen, *Ontslag en het recht op WW-uitkering* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1985.

2 Besluit van 31 augustus 1959, *Stb.* 1959, 319. Dit besluit regelt thans nog de aanspraken van zogenoemde 'bestaande wachtgelders'.

3 Het recht op wachtgeld was destijds gekoppeld aan de ontslaggrond. Een strafontslag gaf nimmer recht op wachtgeld of ontslaguitkering.

4 Jaap Riphagen is een van de twee promotores van Linda Lanting en was referent bij het proefschrift van Anita Damsteegt.

5 *Kamerstukken II* 2005/06, 30370, nr. 3. p. 27.

ook andere gronden voorkomende in de rechtspositiereglementen tot verwijtbaarheid op de a-grond kunnen leiden.[6]

De CRvB heeft in zijn uitspraken van 18 februari 2009[7] overwogen dat het – met het oog op de rechtszekerheid – in de rede ligt om aan de art. 7:677 en 7:678 BW in het kader van de WW geen andere toepassing te geven dan tot uitdrukking komt in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Het feit dat een betrokkene in dienst is van een overheidswerkgever vormt geen aanleiding om een andere maatstaf aan te leggen.[8] De vraag komt op of het onverkort moeten toepassen van de criteria voor ontslag op staande voet ontleend aan het civiele ontslagrecht leidt tot interpretatieproblemen wanneer een ambtenaar na een strafontslag een WW-uitkering aanvraagt. Om die vraag te kunnen beantwoorden, zullen we hieronder eerst uiteenzetten, wanneer sprake is van verwijtbare werkloosheid en daarna ingaan op de voorwaarden voor een strafontslag. In de twee daarop volgende paragrafen besteden wij aandacht aan enkele aspecten van het ambtenarenontslagrecht, die van invloed kunnen zijn op de verwijtbaarheidtoets bij een strafontslag. Wij sluiten af met een conclusie in de laatste paragraaf.

Verwijtbaarheid wegens een dringende reden

Uit de 18 februari-uitspraken van de CRvB volgt dat ter beantwoording van de vraag of aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt, wordt aangesloten bij de rechtspraak van de Hoge Raad. Dit betekent dat niet alleen moet worden getoetst of sprake is van zodanige daden, eigenschappen of gedragingen van de werknemer, die tot gevolg hebben dat van de werkgever redelijkerwijs niet kan worden gevergd de arbeidsovereenkomst voort te laten duren, maar ook moet worden beoordeeld of deze gedraging voor de betreffende werkgever in de specifieke situatie en in de specifieke werkrelatie een dringende reden voor ontslag op staande voet oplevert. Tot de elementen die moeten worden gewogen bij de beoordeling van de vraag of de werkloosheid het gevolg is van een dringende reden behoort dus ook de subjectiviteit van de dringende reden, in onderlinge samenhang bezien met de aard en ernst van de gedraging en de andere relevante aspecten, zoals de aard van de dienstbetrekking, de duur daarvan en de wijze waarop de werknemer die dienstbetrekking heeft vervuld,

---

6 Zie voor een bespreking welke van deze andere ontslaggronden mogelijk tot verwijtbaarheid op de a-grond kunnen leiden B.B.B. Lanting, 'De aansluiting tussen het ambtenarenontslagrecht en het herziene artikel 24 WW', in: A.T.J.M. Jacobs en F.J.L. Pennings (red.) *Een inspirerende Fase in het sociaal recht.*, Zutphen: Paris 2007, p. 251-263.

7 Zie o.m. *LJN* BH2387, *USZ* 2009/68 m.n. Boot.

8 CRvB 2 april 2010, *LJN* BM1153; *USZ* 2010/131 m.nt. Lanting; *RSV* 2010/162 m.nt. Rebel.

alsmede de persoonlijke omstandigheden van de werknemer, waaronder zijn leeftijd en de gevolgen die een ontslag op staande voet voor hem zou hebben.[9]

Het vorenstaande brengt mee dat voor de beantwoording van de vraag of een ambtenaar verwijtbaar werkloos is geworden, de volgende vier criteria gelden: 1) er moet sprake zijn van een objectief dringende reden, 2) de reden moet subjectief dringend zijn, 3) de reden moet onverwijld en duidelijk worden meegedeeld (mededelingsplicht) en het ontslag moet (vrijwel) terstond ingaan (onverwijldheid), en 4) de persoonlijke omstandigheden van de ambtenaar moeten bij de beschouwing worden betrokken.[10]

Strafontslag

Alvorens een vertaalslag te kunnen maken naar de vraag of strafontslag in een concreet geval tot verwijtbaarheid op de a-grond leidt, zullen we eerst aangeven welke vragen beantwoord moeten worden in het kader van strafontslag.

In de eerste plaats moet worden onderzocht of en aannemelijk worden gemaakt dat de ambtenaar de verweten gedraging(en) heeft begaan. Vervolgens moet worden bezien of deze gedraging(en) zijn aan te merken als (zeer ernstig) plichtsverzuim. Daarna wordt getoetst of de gedraging(en) aan de ambtenaar zijn toe te rekenen en of de opgelegde straf van (onvoorwaardelijk) ontslag niet onevenredig is aan het vastgestelde plichtsverzuim. In het navolgende laten we zien of en zo ja, op welke wijze eerdergenoemde criteria voor ontslag op staande voet worden meegewogen in het kader van een procedure tot oplegging van een (onvoorwaardelijk) strafontslag. Tevens zullen we bezien wat dit betekent voor de beantwoording van de vraag of sprake is van verwijtbare werkloosheid.

Heeft de ambtenaar de verweten gedraging begaan?

In veel zaken waarin aan de ambtenaar strafontslag is verleend, zal duidelijk zijn dat de ambtenaar de verweten gedraging heeft begaan. Denk aan de situatie dat een politieambtenaar dronken achter het stuur van zijn surveillancewagen wordt aangetroffen. Dat neemt niet weg dat er ook situaties kunnen zijn waarin door de ambtenaar wordt betwist dat hij de verweten gedraging heeft begaan bijvoorbeeld in geval van fraude en diefstal. Dit is in het civiele ontslagrecht – en dus voor de toetsing van de WW – niet veel anders. Zie als voorbeeld een recent gewezen arrest van het Gerecht in eerste aanleg van de Nederlandse Antillen.[11] Een begeleidster van een gehandicapte man is ontslagen, omdat zij de man op zijn mond zou hebben geslagen. De enige die daarover iets kan verklaren is de – verstandelijk gehandicapte – man zelf. Naar het (voorlopige)

---

9 Hoge Raad 12 februari 1999, *JAR* 1999/102 (Schrijver/Van Essen).

10 Asser/G.J.J.Heerma van Voss, *Arbeidsovereenkomst, collectieve arbeidsovereenkomst en ondernemingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2008; § 49. R.M. Beltzer, *Ontslag op staande voet,* Deventer: Kluwer 2004, p. 12 t/m 15.

11 Gerecht in Eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen 29 juni 2010, *LJN* BN0569.

oordeel van het Gerecht is onvoldoende gebleken van het bestaan van een dringende reden en is het ontslag op staande voet niet rechtsgeldig.
Zoals hiervoor is aangegeven, is voor een ontslag op staande voet onder meer vereist dat de dringende reden onverwijld en duidelijk aan de wederpartij wordt meegedeeld. De ratio hiervan is dat de werknemer meteen weet welke gedraging hem wordt verweten en dat hij hierop kan reageren. Hij kan bijvoorbeeld aanvoeren dat hij nooit degene kan zijn geweest die een greep uit de kas heeft gedaan, omdat hij zich op het tijdstip van de diefstal elders bevond. Ook de overheidswerkgever zal de ambtenaar die hij verdenkt van plichtsverzuim moeten meedelen van welke gedragingen hij wordt beticht. In dit opzicht zal voldaan zijn aan de mededelingsplicht ex art. 7:677 BW.

Voor een ontslag op staande voet geldt dat de aan de werknemer meegedeelde dringende reden de ontslaggrond 'fixeert'.[12] De hem aangezegde reden moet dus op zichzelf een dringende reden kunnen opleveren. Dit betekent dat de rechter bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van het ontslag op staande voet nauw zal moeten aansluiten bij de grond waarop het ontslag is aangezegd. In het geval de werkgever de werknemer ontslag op staande voet had verleend wegens verduistering, overwoog de Hoge Raad dat onbegrijpelijk is, hoe het door de rechtbank aangenomen verzuim de aan het ontslag ten grondslag gelegde verduistering kan opleveren, nu voor verduistering opzet is vereist en de rechtbank niet heeft vastgesteld dat daarvan sprake is.[13]
Ook voor de ambtenaar is van belang dat het bewijs aansluit bij het verweten plichtsverzuim. Dit blijkt uit het geval waarin betrokkene werd verweten te laat van huis te zijn vertrokken. Vast was komen te staan dat hij te laat op zijn werk was verschenen, maar niet ook dat hij te laat van huis was gegaan, zodat het verweten gedrag niet was komen vast te staan.[14] Aan het ontslagbesluit gaat echter een voornemen vooraf. De zienswijze van de ambtenaar op het voornemen biedt het bestuursorgaan onder meer de mogelijkheid de aan het strafontslag ten grondslag te leggen redenen te verbeteren. Bovendien kan het bestuursorgaan in de beslissing op bezwaar de motivering verbeteren, zodat er enig verschil kan bestaan tussen de oorspronkelijke reden voor het bestuursorgaan om het voornemen tot strafontslag te doen en het uiteindelijke ontslagbesluit.[15] De fixatie van de ontslagreden kan dus op een iets later moment plaatsvinden. Verondersteld mag worden dat de CRvB bij de beoordeling of aan de werkloosheid van een ambtenaar een dringende reden ten grondslag ligt, de in de beslissing op bezwaar neergelegde reden tot uitgangspunt zal nemen. Uiteraard dient een civiele werkgever ook voldoende zorgvuldig onderzoek te verrichten alvorens ontslag op staande voet te verlenen,

---

12 Zie o.m. HR 24 april 2009, *LJN* BH0387.
13 HR 26 januari 2001, *LJN* AA9664, *JAR* 2001/40 (*Taxi Hofman*).
14 CRvB 10 juli 2008, *LJN* BD7796.
15 Vgl. CRvB 2 januari 1990, *TAR* 1990/51, hierin overwoog de Raad "Bedoelde elementen waren evenwel in de tenlastelegging niet opgenomen en zijn evenmin vermeld in het bestreden besluit waarin naar die tenlastelegging wordt verwezen."

maar het vereiste van onverwijlde mededeling lijkt toch mee te brengen dat de werkgever daarin enigszins beperkter is dan de overheidswerkgever die een onvoorwaardelijk strafontslag verleent. Stel dat een werknemer ontslag op staande voet wordt verleend wegens het plegen van diefstal van geld, terwijl niet vast is komen te staan dat hij zelf de diefstal heeft gepleegd, maar wel dat hij voor een collega op de uitkijk stond en derhalve daaraan medeplichtig was. De werknemer heeft zich in dat geval niet schuldig gemaakt aan de hem verweten gedraging, zodat – in navolging van het Taxi Hofman-arrest – geoordeeld zou kunnen worden dat niet is voldaan aan de criteria voor een ontslag op staande voet.

Een ambtenaar daarentegen die in het voorgenomen ontslagbesluit wordt beschuldigd van diefstal maar naar aanleiding van zijn zienswijze blijkt dat hij slechts op de uitkijk stond, zal strafontslag worden verleend op die grond. Dit (procedurele) verschil kan ons inziens meebrengen dat de toetsing voor de ambtenaar nadeliger kan uitpakken dan voor de civiele werknemer. Niet goed voorstelbaar is immers dat als een ontslag op staande voet civielrechtelijk geen stand heeft gehouden, omdat niet voldaan is aan dit element, in het kader van de WW toch geoordeeld zou worden dat de werknemer verwijtbaar werkloos is geworden. Aan de andere kant zal bij de beoordeling of een ambtenaar verwijtbaar werkloos is geworden in ieder geval de aan het ontslagbesluit ten grondslag liggende redenen als uitgangspunt hebben te gelden, zodat een wijziging van de motivering (ten opzichte van het voornemen) van het ontslag op zichzelf mogelijk is.

Valt de verweten gedraging te kwalificeren als plichtsverzuim?
Een volgende vraag is of de verweten gedraging plichtsverzuim oplevert. Hiervan is sprake in geval van het overtreden van enig voorschrift of het doen of nalaten van iets dat een goed ambtenaar in gelijke omstandigheden behoort na te laten of te doen. De opsomming van gedragingen, die op grond van art. 7:678 lid 2 BW een dringende reden kunnen opleveren, zullen veelal ook kunnen leiden tot strafontslag. In dat opzicht zijn er volgens ons nauwelijks verschillen tussen het civiele ontslagrecht en het ambtenarenontslagrecht. Omgekeerd is evenwel denkbaar dat een bepaalde gedraging van een ambtenaar ernstig plichtsverzuim oplevert dat een (onvoorwaardelijk) strafontslag rechtvaardigt, maar wanneer een vergelijkbare gedraging door een werknemer is begaan, dat een ontslag op staande voet niet zal rechtvaardigen. Zo werd het niet opgeven van rente over buitenlandse spaarrekeningen door een belastingambtenaar aangemerkt als zeer ernstig plichtsverzuim dat een onvoorwaardelijk strafontslag rechtvaardigde.[16] Hetzelfde gold voor een belastingambtenaar die jarenlang haar aangifteplicht niet juist vervulde.[17] Een werknemer die knoeit met zijn belastingaangifte zal daarvoor niet op staande voet worden ontslagen, maar ook lang niet iedere

[16] CRvB 6 april 2006, *LJN* AW1847.
[17] Rechtbank Maastricht 25 november 2008, *LJN* BG6340.

'willekeurige' ambtenaar die dat doet zal een onvoorwaardelijk strafontslag kunnen krijgen. Waar het vooral om gaat is de relatie tussen de misdraging en de functie van de ambtenaar. Een belastingambtenaar die zijn belastingaangifte niet correct verricht, schaadt immers het aanzien van de Belastingdienst.

Uit het voorgaande blijkt al dat ook gedragingen in de privésfeer als plichtsverzuim kunnen worden aangemerkt. Er dient dan wel een voldoende relatie te bestaan tussen de gedragingen en de functie van de ambtenaar.[18] Bij veel van de functies die ambtenaren uitoefenen zal hiervan overigens al redelijk snel sprake kunnen zijn. Zo was de CRvB van oordeel dat terecht strafontslag was verleend aan een marechaussee wegens buiten diensttijd dronken rijden. Het rijden met een dusdanig hoog alcoholpromillage, waardoor een strafrechtelijke transactie niet mogelijk was, deed volgens de CRvB afbreuk aan de geloofwaardigheid en integriteit van betrokkene die belast was met het opsporen van strafbare feiten.[19] Het illegaal bezit van wapens en munitie door een advocaat-generaal, die eerder de functie van (vuur)wapenofficier van justitie had vervuld, rechtvaardigde eveneens onvoorwaardelijk strafontslag.[20] Ook aan een buitendienstmedewerker van een gemeente belast met de verwijdering van zwerfafval, waaronder drugssporen, mocht onvoorwaardelijk strafontslag worden verleend, toen op zijn privéadres een illegale hennepkwekerij was aangetroffen.[21]

Een duidelijke lijn in de lagere civiele rechtspraak is volgens Sagel en Verhulp dat misdragingen die uitsluitend in de privésfeer van de werknemer zijn gelegen in beginsel naar hun aard niet als zodanig ernstig worden aangemerkt dat zij als dringende reden kwalificeren.[22] Zij verwijzen daarbij naar een uitspraak waarin de Kantonrechter te Groenlo besliste dat de strafrechtelijke veroordeling wegens verkrachtingen gepleegd voorafgaand aan zijn indiensttreding door een directeur van een verzorgingshuis gedragingen betrof die niet in relatie tot het dienstverband stonden, zodat deze in arbeidsrechtelijk opzicht niet zodanig ernstig waren dat zij als dringende reden kwalificeerden.[23] Dit neemt niet weg dat ook in het arbeidsrecht in bijzondere gevallen misdragingen in de privésfeer kunnen leiden tot een terecht gegeven ontslag op staande voet dan wel ontbinding van de arbeidsovereenkomst zonder toekenning van een vergoeding. Evenals in het ambtenarenrecht dient er dan een duidelijk verband te bestaan tussen de functie van de werknemer en de misdraging in privé, zodat de

---

[18] Zie M.J.S. Korteweg-Wiers e.a., *Hoofdlijnen van het ambtenarenrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2003, p. 166.

[19] CRvB 6 maart 2008, *TAR* 2008/118.

[20] CRvB 15 oktober 2009, *TAR* 2010/2.

[21] CRvB 28 september 2006, *LJN* AY9666.

[22] S.F. Sagel en E. Verhulp, 'Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet?', in: R.A.A. Duk e.a., *Voor De Laat de Hoge Raad*, Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 34, Deventer: Kluwer 2005, p. 90.

[23] Ktr. Groenlo 5 juni 1997, *JAR* 1997, 219.

misdraging zijn weerslag heeft op de geloofwaardigheid van de werknemer.[24] Zo werd de arbeidsovereenkomst van een buurtmeester werkzaam voor een woningcorporatie door de kantonrechter ontbonden zonder toekenning van een vergoeding vanwege hennepteelt en diefstal van stroom.[25]
De omstandigheid dat aan een ambtenaar gelet op zijn functie soms strenge eisen met name op het punt van integriteit worden gesteld dan aan een werknemer, waardoor bepaalde misdragingen (in de privésfeer) een ambtenaar eerder aangerekend worden dan een werknemer komt nogmaals aan de orde bij de beschrijving van het vierde criterium de persoonlijke omstandigheden.

Toerekenbaarheid
De overheidswerkgever dient na te gaan of het plichtsverzuim de ambtenaar (volledig) kan worden toegerekend. De vraag of bepaalde handelingen zijn aan te merken als toerekenbaar plichtsverzuim is naar vaste jurisprudentie een vraag naar de juridische kwalificatie van het feitencomplex.[26] Toerekenbaarheid impliceert dat de overheidswerkgever dient na te gaan of de ambtenaar de onjuistheid van zijn normschendend gedrag kende dan wel behoorde te kennen. In de tweede plaats dient de ambtenaar schuld te hebben aan het hem verweten plichtsverzuim. In het ambtenarentuchtrecht wordt evenals in het strafrecht uitgegaan van het adagium 'geen straf zonder schuld'.[27]
Dat sprake is van ontoerekenbaar plichtsverzuim wordt overigens niet snel aangenomen door de CRvB.[28] Indien de overheidswerkgever geen indicaties heeft dat er sprake is van geen of een verminderde toerekenbaarheid en de ambtenaar hier zelf ook geen beroep op doet, is een onderzoek hiernaar niet noodzakelijk.[29] Zodra er echter aanwijzingen zijn dat de ambtenaar niet (volledig) toerekeningsvatbaar was ten tijde van het plegen van het plichtsverzuim, dan zal de overheidswerkgever er verstandig aan doen een medisch en/of psychologisch onderzoek in te stellen naar de toerekenbaarheid. Dit geldt ook wanneer de ambtenaar zich beroept op verminderde toerekenbaarheid. Het is evenwel vaste jurisprudentie van de CRvB dat zaken als een alcohol- of drugsprobleem, een verslaving etc. op zichzelf niet een verontschuldiging vormen voor het onder invloed daarvan begaan van

---

24 D.M. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: SDU 2010, p. 251.
25 Kantonrechter Rotterdam 5 november 2003, *JAR* 2003/288. Uit deze beschikking van de kantonrechter blijkt niet of de arbeidsovereenkomst is ontbonden wegens een dringende reden dan wel verandering in de omstandigheden. Zie ook: HR 14 september 2007, *LJN* BA5802 (Hyatt-arrest).
26 Zie CRvB 19 januari 2006, *TAR* 2006/106.
27 Zie A.H. van Zutphen, *De rechtspositie van de rijksambtenaar. Aanstelling en ontslag* (diss. Leiden), Den Haag: VUGA 1991, p. 405 en M.J.S. Korteweg-Wiers e.a., *Hoofdlijnen van het ambtenarenrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2003, p. 166.
28 Zie A.G. Haverkamp, 'Strafontslag' in: P.J.J.M van der Heijden en S.F.H. Jellinghaus (red.), *Ontslag en WW*, Reeks Integraal Ambtenarenrecht, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu, p. 246.
29 P.J. Schaap, 'Artikel 80 ARAR-commentaar' in: <www.kennisbankrechtspositieambtenaren.nl>.

plichtsverzuim. Een uitzondering is echter mogelijk als het overmatig alcohol- of drugsgebruik werd veroorzaakt door een psychisch defect, waardoor de ambtenaar niet in staat werd geacht zijn wil in vrijheid te kunnen bepalen.[30]
Het antwoord op de vraag in hoeverre het plichtsverzuim aan de ambtenaar kan worden toegerekend is van belang voor het oordeel of het strafontslag de hierna bij stap 4 te bespreken evenredigheidstoets doorstaat. Met andere woorden het aspect van de toerekenbaarheid maakt onderdeel uit van de evenredigheid.[31]

In de opvatting van de Hoge Raad is verwijtbaarheid geen absoluut vereiste. Volgens de Hoge Raad hangt het af van de aard van de dringende, voor het ontslag op staande voet aangevoerde reden en, aangenomen dat niet reeds die aard meebrengt dat de eis van verwijtbaarheid moet worden gesteld, van de afweging van de concrete omstandigheden van het geval, of het verweer van de werknemer dat de aangevoerde dringende reden niet toereikend is voor een ontslag op staande voet omdat die gedraging hem niet verweten kan worden, doel kan treffen.[32] Naar aanleiding van deze jurisprudentie van de Hoge Raad merkt Stein op dat het antwoord op de vraag of sprake moet zijn van verwijtbaarheid tweeledig is, omdat enerzijds wordt gesteld dat verwijtbaarheid van de werknemer geen vereiste is voor ontslag op staande voet, anderzijds dat bij de beoordeling van de dringendheid van de ontslaggrond met de verwijtbaarheid van de gedragingen van de werknemer rekening dient te worden gehouden.[33] Niettemin is de heersende leer dat voor een ontslag op staande voet verwijtbaarheid geen vereiste is. Om die reden heeft de wetgever bij de herformulering van de a-grond gemeend dat verwijtbaarheid als afzonderlijk element bij de a-grond opgenomen diende te worden.[34] Verondersteld kan worden dat als in het kader van het strafontslag is komen vast te staan dat de gedraging de ambtenaar kan worden verweten, dit in beginsel ook zo is in het kader van de beantwoording van de vraag of de ambtenaar verwijtbaar werkloos is geworden.[35]

---

30 CRvB 14 maart 1996, *TAR* 1996/92, CRvB 28 mei 2009, *LJN* BI7032 en CRvB 19 februari 2009, *TAR* 2009/105. Zie tevens de noot van P.J. Schaap bij de twee laatste uitspraken in *TAR* 2009, p. 511-514, waarin hij stelt dat de CRvB het leerstuk inzake toerekenbaarheid als gevolg van ziekte/verslavingen verder heeft verfijnd.

31 Zie A.G. Haverkamp, 'Strafontslag' in: P.J.J.M van der Heijden en S.F.H. Jellinghaus (red.), *Ontslag en WW*, Reeks Integraal Ambtenarenrecht, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2010, p. 248.

32 HR 3 maart 1989, *NJ* 1989, 549 (Choabi-NS) en HR 29 september 2000, *JAR* 2000/223 (Van D/Nutricia). Zie tevens R.M. Beltzer, *Actualiteiten Sociaal recht. Rechtspraak Ontslag op staande voet*, Deventer: Kluwer 2004, p. 17.

33 Zie de noot van P.A. Stein bij HR 3 maart 1989, *NJ* 1989, 549 (Choabi-NS).

34 *Kamerstukken II* 2005/06, 30370, nr. 20, p. 2.

35 Zie voor een uitzondering (ten aanzien van de a-grond zoals die luidde tot 1 oktober 2006) P.J. Schaap, 'Strafontslag en toch WW-uitkering', *TAR* 2010, nr. 5, p. 241-244.

Toetsing aan abbb in het bijzonder het evenredigheidsbeginsel
De omstandigheid dat een ambtenaar plichtsverzuim heeft gepleegd, brengt nog niet mee dat strafontslag verleend kan worden. De rechtspositiereglementen kennen verschillende disciplinaire maatregelen die kunnen worden opgelegd in geval van plichtsverzuim, zoals een schriftelijke berisping, geldboete, inhouding van salaris of een al dan niet voorwaardelijk ontslag. Bij de beslissing voor de keuze van de te hanteren maatregel, dient de overheidswerkgever de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen. Met name het evenredigheidsbeginsel van art. 3:4 lid 2 Awb speelt een cruciale rol. Het strafontslag mag niet onevenredig zijn aan het de ambtenaar verweten plichtsverzuim. Er dient dus een belangenafweging plaats te vinden tussen het dienstbelang en het persoonlijke belang van de ambtenaar tot voortzetting van de dienstbetrekking. Hierbij zal niet alleen de ernst van het plichtsverzuim moeten worden meegewogen, maar ook de mate waarin dit de ambtenaar valt toe te rekenen. De mate en ernst van het plichtsverzuim worden – zoals eerder opgemerkt – mede bepaald door de functie die de ambtenaar uitoefent.

De verplichting zich als een goed ambtenaar te gedragen, brengt mee dat het te verwachten gedrag kan verschillen al naar gelang de aard van de door de ambtenaar beklede functie. Dit geldt ook voor een civiele werknemer. Een sprekend voorbeeld is dat van een huishoudelijke hulp in dienst van een verzorgingstehuis. Zij was daar 21 jaar werkzaam en werd op staande voet ontslagen wegens het stelen van een pen. Uit hoofde van haar functie kwam zij in de kamers van de bewoners van het verzorgingstehuis op het moment dat die bewoners er niet waren. Zij bekleedde dus een vertrouwensfunctie. De loonvordering werd dan ook afgewezen.[36] Naar ons oordeel speelt dit aspect bij een overheidswerkgever vaker een rol. Aan veel functies van ambtenaren is inherent dat hoge eisen worden gesteld met betrekking tot integriteit en het nakomen van voorschriften bij de uitoefening van hun bevoegdheden, mede gelet op de uitstraling van hun gedrag op de organisatie als geheel. Te denken valt aan politieambtenaren, belastingambtenaren en medewerkers van een penitentiaire inrichting. Dit kan een aspect zijn bij de beoordeling of de opgelegde maatregel van strafontslag evenredig is.[37] Het feit dat een ambtenaar met zijn gedraging schade kan toebrengen aan de geloofwaardigheid van de dienst, alsmede aan het vertrouwen dat deze dienst in zijn medewerkers dient te kunnen stellen, kan – zoals in het besproken voorbeeld van de dronken marechaussee – meebrengen dat gedragingen die feitelijk plaatsvinden in de privésfeer niettemin leiden tot onvoorwaardelijk strafontslag. De CRvB benadrukte dat het gedrag van eerdergenoemde belastingambtenaar die bij zijn aangifte onder meer zijn vermogen in het buitenland had verzwegen, in zijn effect ook geenszins beperkt is tot de privésfeer. Denk in dit verband ook aan de

[36] Kantonrechter 's-Hertogenbosch 10 februari 2003, *LJN* AG8026.
[37] Zie o.m. CRvB 2 maart 2006, *LJN* AV3950.

onlangs vastgestelde stelregels over hoe ambtenaren zich mogen bewegen op internet. Kern hiervan is dat ambtenaren moeten beseffen dat zij altijd 'ambassadeur zijn van hun organisatie'.[38]
Bij de evenredigheidstoets zijn verder van belang de duur van het dienstverband en de staat van dienst van de ambtenaar. Enerzijds kan het jarenlang goed hebben gefunctioneerd ertoe leiden dat een onvoorwaardelijk strafontslag in een bepaalde situatie in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. Het ongemandateerd bekijken van documenten van collega's op de server door een systeembeheerder in een penitentiaire inrichting leverde wel plichtsverzuim op, maar de CRvB oordeelde dat de straf van onvoorwaardelijk ontslag onevenredig was, omdat betrokkene niet was gewaarschuwd en zich tijdens een lang dienstverband nooit eerder aan plichtsverzuim had schuldig gemaakt.[39] Ook het welbewust in strijd met de werkinstructies lozen van mogelijk vervuild water op grasland door een composteringsmedewerker van een stadskwekerij werd gezien als plichtsverzuim. Eerdere gedragingen van betrokkene hadden echter nooit aanleiding gegeven tot enige maatregel of disciplinaire bestraffing en aan een ingezet 'verbetertraject' was nooit uitvoering gegeven, zodat een onvoorwaardelijk strafontslag niet passend werd geacht.[40]

Anderzijds kan een lang dienstverband ook in het nadeel van de ambtenaar uitvallen, omdat juist van een ervaren ambtenaar een bepaald gedragspatroon mag worden verwacht.[41] Zoals vermeld, moet ook in het arbeidsrecht naar de persoonlijke omstandigheden, zoals de leeftijd en de (financiële) gevolgen die een ontslag op staande voet voor de werknemer kan hebben worden gekeken. Toen een verkoopchef/plaatsvervangend bedrijfsleider van een HEMA-filiaal na een dienstverband van 35 jaar op zijn laatste werkdag twee blikken motorolie (ter waarde van *f* 4,95 per stuk) meenam zonder te betalen, werd ontslag op staande voet verleend. De Hoge Raad was van oordeel dat de rechtbank de persoonlijke omstandigheden van betrokkene had moeten meewegen. De Hoge Raad wees daarbij op de lengte van het dienstverband, het feit dat eerdere vergrijpen waarvan HEMA hem verdacht niet waren vast komen te staan en de zeer nadelige financiële gevolgen voor betrokkene, omdat hij door het ontslag op staande voet niet meer in aanmerking kwam voor een gunstige vertrekregeling.[42]

Wanneer de ambtenaar eerder is gewaarschuwd voor hetzelfde gedrag of daarvoor al eerder disciplinair is bestraft, terwijl hij zijn gedrag niet heeft

---

38 Uitgangspunten online communicatie rijksambtenaren, juli 2010.
39 CRvB 9 oktober 2008, *LJN* BG1074.
40 CRvB 29 augustus 2002, *TAR* 2003/21.
41 Rb. Rotterdam 8 april 2003, *TAR* 2003/88. Zie tevens A.G. Haverkamp, Hoofdstuk 9 Strafontslag in: P.J.J.M van der Heijden en S.F.H. Jellinghaus (red.), *Ontslag en WW*, Reeks Integraal Ambtenarenrecht, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2010, p. 250.
42 HR 21 januari 2000, *JAR* 2000, 45 (HEMA-arrest).

verbeterd kan dit reden zijn een zwaardere straf evenredig te achten.[43] In het arbeidsrecht vormt een voorafgaande waarschuwing aan de individuele werknemer dan wel het hele personeelsbestand in de lagere rechtspraak vrijwel altijd een verzwarende omstandigheid die veel gewicht in de schaal legt bij de beoordeling of sprake is van een dringende reden, aldus Sagel en Verhulp. Dit kon meebrengen dat ogenschijnlijk onschuldige misstappen, zoals het eten van een aangebroken zakje pinda's door een cateringmedewerker, als dringende reden kan worden gekwalificeerd.[44]
Omgekeerd kan het feit dat een ambtenaar of werknemer niet is gewaarschuwd tot gevolg hebben dat een strafontslag onevenredig wordt geacht dan wel dat niet is voldaan aan de criteria voor ontslag op staande voet. Een overheidswerkgever had de ambtenaar in het verleden herhaaldelijk aangesproken op ongewenst gedrag, maar had daarin niet eerder aanleiding gezien een disciplinaire maatregel op te leggen. Vervolgens werd het verleende strafontslag onevenredig geacht.[45]

Als de gedraging gelet op het dienstbelang zwaarwegend genoeg is voor strafontslag, zal een persoonlijk belang van de ambtenaar, maar ook zijn goede staat van dienst er niet snel toe leiden dat het strafontslag onevenredig wordt geacht. Een groepsleider in een penitentiaire inrichting liet in strijd met de interne regels gedetineerde X op zijn verzoek voor een geintje (stoeipartij) korte tijd zonder toezicht in een afgesloten ruimte bij de als extra kwetsbaar gekwalificeerde en jongere pupil Y. Y voelde zich niet meer veilig en vroeg overplaatsing aan. De groepsleider betuigde zijn spijt, wees op zijn goede staat van dienst en de ernst van de gevolgen van het strafontslag voor hem. De CRvB was niettemin van oordeel dat deze omstandigheden niet een zodanig gewicht in de schaal leggen dat gezegd moet worden dat de rechtbank de opgelegde straf niet in stand had mogen laten vanwege strijd met het evenredigheidsbeginsel.[46]
Persoonlijke belangen van de ambtenaar zoals de wens tot voortzetting van het dienstverband en het verlies aan bezoldiging en uitzicht op WW-uitkering behoeven als feiten van algemene bekendheid niet zo'n heel uitvoerige onderbouwing. Haverkamp stelt dat de CRvB aan deze persoonlijke belangen niet veel woorden vuilmaakt en zich, als het plichtsverzuim ernstig genoeg is voor strafontslag, tot de opmerking beperkt dat dit aan het oordeel niet kan afdoen of dat de gevolgen, die niet hoeven worden onderschat, voor rekening

---

43 CRvB 22 mei 1990, *TAR* 1990/156.

44 Pres. Rb. Haarlem 17 oktober 2000, *JAR* 2001, 9. Zie tevens S.F. Sagel en E. Verhulp, 'Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet' in: R.A.A. Duk (red.), *Voor De Laat: de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 89. Zie echter Rb. Haarlem 2 januari 2008, *JAR* 2008/26, waarin het eten van enkele cashewnootjes uit een openstaand bakje dat bestemd was om te worden weggegooid, mede gelet op de persoonlijke omstandigheden van betrokkene, het ontslag op staande voet niet rechtvaardigde.

45 CRvB 29 augustus 2002, *TAR* 2003/21.

46 CRvB 3 juni 2010, *LJN* BM7206.

van de ambtenaar komen.[47] De motiveringsplicht die de Hoge Raad de feitenrechter ter zake van de dringende reden oplegt gaat in dit opzicht volgens ons (veel) verder. De rechter zal in zijn overwegingen op kenbare wijze aandacht moeten besteden aan de door de werknemer aangevoerde persoonlijke omstandigheden. Sagel en Verhulp stellen dat de rechter daarbij niet zal kunnen volstaan met standaardoverwegingen als dat 'de gedraging van de werknemer zodanig ernstig is dat sprake is van een dringende reden en dat hetgeen overigens is aangevoerd daaraan niet afdoet'.[48] In de zaak van de dronken marechaussee overwoog de CRvB daarentegen dat de persoonlijke omstandigheden waarop appellant zich heeft beroepen, zoals het feit dat hij first offender is, een goede staat van dienst heeft en spijt heeft betuigd, naar het oordeel van de CRvB onvoldoende afdoen aan het oordeel dat betrokkene terecht wegens ernstig plichtsverzuim was ontslagen. Of al dan niet met een standaardoverweging wordt volstaan met betrekking tot persoonlijke omstandigheden wil echter nog niet zeggen dat de weging van de persoonlijke omstandigheden daadwerkelijk verschilt en tot een andere uitkomst leidt.

Ook de opstelling van de ambtenaar tijdens de plichtsverzuimprocedure is van belang. Indien de ambtenaar het plichtsverzuim ruiterlijk erkent en berouw toont, is dit voor de evenredigheid niet zonder belang, maar zoals de casus van de groepsleider en de dronken marechaussee aantonen, betekent dit niet altijd dat een strafontslag onevenredig is. Een lang tijdsverloop tussen het geconstateerde plichtsverzuim en het niet voortvarend opereren bij het nemen van disciplinaire maatregelen, kunnen ertoe leiden dat de overheidswerkgever alleen nog een minder zware straf en dus geen onvoorwaardelijk ontslag mag opleggen. In het civiele arbeidsrecht leidt het niet voortvarend genoeg handelen van de werkgever ertoe dat niet is voldaan aan de subjectiviteit van de dringende reden. Een cultuur waarin op de werkvloer bepaald laakbaar gedrag door de leidinggevende (stilzwijgend) wordt gedoogd, zal ertoe leiden dat een minder zware straf kan worden opgelegd. In eerdergenoemde uitspraak van de CRvB van 2 april 2010 vormde het gegeven dat de leidinggevenden een bepaalde cultuur gedoogden en niet (voldoende) corrigerend waren opgetreden jegens de politieambtenaar een indicatie dat geen sprake was van een dringende reden.[49]

Er zijn zoals hierboven besproken tal van criteria te geven aan de hand waarvan kan worden bepaald of een straf van ontslag wel of niet evenredig is. Daarnaast

---

[47] Zie A.G. Haverkamp, 'Strafontslag' in: P.J.J.M van der Heijden en S.F.H. Jellinghaus (red.), *Ontslag en* WW, Reeks Integraal Ambtenarenrecht, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu, p. 250. Zie tevens CRvB 30 oktober 2003, *LJN* AN8057.

[48] S.F. Sagel en E. Verhulp, 'Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet' in: R.A.A. Duk (red.), *Voor De Laat: de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 104.

[49] CRvB 2 april 2010, *LJN* BM1153; *USZ* 2010/131 m.nt. Lanting; *RSV* 2010/162 m.nt. Rebel.

blijft het natuurlijk enigszins casuïstisch.[50] Ten aanzien van de vraag of in een bepaalde situatie ontslag op staande voet gerechtvaardigd is, biedt de Hoge Raad voldoende duidelijke richtlijnen, waardoor het wel meevalt met de door sommigen genoemde 'onvoorspelbaarheid' van de dringende reden.[51]

Ontbrekende elementen bij toetsing strafontslag

Uit het eerder beschreven stappenplan bij toetsing van strafontslag blijkt dat de eis van onverwijlde kennisgeving van de dringende reden voor ontslag en de fixatie van de ontslaggrond niet op een gelijke wijze wordt toegepast bij de beoordeling of een strafontslag rechtsgeldig is gegeven. Ook de eis van subjectiviteit van de dringende reden, waarbij het volgens de CRvB gaat om de vraag of de werkgever voortvarend de beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft nagestreefd, komt niet op dezelfde wijze terug in een strafontslagprocedure. Dit blijkt onder meer uit de uitspraak die ziet op de vraag of een leraar verwijtbaar werkloos is geworden, nadat hij was ontslagen omdat was gebleken dat hij in bezit was van kinderporno.[52] De Raad overwoog dat in casu geen sprake was van een dringende reden, omdat de werkgeefster ondanks de erkenning door appellant dat de politie bij hem thuis een door hem vervaardigde cd-rom met kinderporno heeft aangetroffen niet te kennen heeft gegeven te streven naar een onverwijlde beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Evenmin was de werkgeefster onmiddellijk overgegaan tot schorsing van appellant. Eerst na ruim drie maanden heeft de werkgeefster een verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ingediend wegens een verandering van omstandigheden, waarbij bovendien nog opzegtermijn van drie maanden in acht diende te worden genomen.

De Awb brengt daarentegen mee dat een overheidswerkgever een ambtenaar kenbaar moet maken dat hij voornemens is hem strafontslag te verlenen. De ambtenaar kan hierop vervolgens zijn zienswijze geven, waarna de overheidswerkgever (al dan niet voorwaardelijk) overgaat tot het verlenen van strafontslag. Alvorens een dergelijk besluit te nemen, zal de overheidswerkgever immers zorgvuldig onderzoek dienen te hebben verricht. Wel bevatten de ambtenarenreglementen de mogelijkheid om de ambtenaar te schorsen tijdens een dergelijk onderzoek. Hoewel vanuit het oogpunt van strafontslag een overheidswerkgever ook niet onnodig mag talmen en een adequate opstelling dienaangaande mag worden verwacht, lijkt er wel een zekere discrepantie te bestaan tussen de eis van onverwijldheid in geval van een ontslag op staande voet en de in acht te nemen zorgvuldigheidseisen voor een strafontslag.[53] De

---

[50] Zo ook M.J.S. Korteweg-Wiers e.a., *Hoofdlijnen van het ambtenarenrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2003, p. 168.

[51] S.F. Sagel en E. Verhulp, 'Onzekere tijden voor het ontslag op staande voet' in: R.A.A. Duk (red.), *Voor De Laat: de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2005, p. 85.

[52] CRvB 2 september 2010, *LJN* BN6055.

[53] Zie A.G. Haverkamp, 'Strafontslag' in: P.J.J.M van der Heijden en S.F.H. Jellinghaus (red.), *Ontslag en WW*, Reeks Integraal Ambtenarenrecht, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2010, p. 251.

minister heeft gesteld dat bij de beoordeling of sprake is van verwijtbare werkloosheid betekenis kan worden toegekend aan de omstandigheid of de misdraging van de ambtenaar zodanig ernstig was dat hij voorafgaand aan het ontslag is geschorst.[54] De vraag is welke betekenis de CRvB hecht aan een schorsing voorafgaand aan een ontslag. In dit verband is de KLM-uitspraak van belang.[55] Het UWV had de uitkering geweigerd, omdat betrokkene had kunnen weten dat zijn gedrag, te weten het plegen van een strafbaar feit waardoor hij niet meer in het bezit was van de verklaring van geen bezwaar (VGB) met als gevolg dat hij zijn werkzaamheden op Schiphol niet kon blijven verrichten, tot ontslag zou leiden. De CRvB overwoog dat niet anders kan worden geoordeeld dan dat niet is gebleken van een zo ernstige gedraging van betrokkene dat voor KLM een situatie was ontstaan die een ontslag op staande voet rechtvaardigde. De CRvB kwam tot dit oordeel, omdat KLM zelf nimmer heeft overwogen betrokkene op staande voet te ontslaan. Nadat KLM bij brief van 29 mei 2006 was bericht dat het bezwaar tegen de intrekking van de VGB ongegrond was verklaard, heeft KLM nog tot 16 augustus 2006 gewacht met het indienen van het ontbindingsverzoek. Daaruit kan naar het oordeel van de CRvB niet anders worden geconcludeerd dan dat KLM, tenminste subjectief, geen reden aanwezig heeft geacht voor een onverwijlde beëindiging van de arbeidsovereenkomst met betrokkene wegens een dringende reden. Opvallend daarbij is dat het feit dat de werknemer bij brief van 7 juni 2006 is bericht dat gestreefd zou worden naar een beëindiging van het dienstverband en de werknemer in afwachting van de ontbindingsprocedure vrijgesteld bleef van de verplichting werkzaamheden te verrichten, niet in die overweging is betrokken. De vraag is of de CRvB als socialezekerheidsrechter anders zal oordelen bij schorsing van een ambtenaar. Een overheidswerkgever dient zich dus te realiseren dat als hij het ongewenst zou vinden dat zijn ambtenaar een WW-uitkering krijgt na verleend strafontslag, hij bij de ontslagprocedure rekening moet houden met de eis dat de werkgever een onverwijld einde van de dienstbetrekking dient na te streven. Dit zal niet altijd even makkelijk zal zijn, omdat de overheidswerkgever moet balanceren tussen de eis van onverwijldheid (gelet op WW) en zorgvuldigheidseisen van de Awb in het kader van het strafontslag.

Eigen karakter AW-zaken

Strafontslag kan ook voorwaardelijk worden verleend. Maakt de ambtenaar zich opnieuw schuldig aan plichtsverzuim, dan wordt beoordeeld of het gepleegde plichtsverzuim uitvoering van de eerder opgelegde voorwaardelijke straf rechtvaardigt en is er naast die beoordeling geen plaats meer voor een evenredigheidstoetsing. Het bestuursorgaan dient wel de voor de tenuitvoerlegging van de voorwaardelijke straf in aanmerking te nemen

[54] *Kamerstukken II* 2005/06, 30370, nr. 3, p. 27. Als gevolg van de vierde nota van wijziging is de wettekst anders komen te luiden dan het oorspronkelijke wetsvoorstel.

[55] CRvB 18 februari 2009, *LJN* BH2392.

belangen af te wegen.[56] Een (relatief) klein vergrijp zou dus kunnen leiden tot het intreden van het strafontslag. Wat betekent dit voor de vraag of een ambtenaar verwijtbaar werkloos is geworden? De situatie doet denken aan de civiele 'druppel die de emmer doet overlopen-doctrine'. Beltzer wijst erop dat deze doctrine vooral een rol speelt bij overtreding van voorschiften.[57] Een enkele overtreding van een voorschrift zal meestal geen dringende reden opleveren, maar volharding in de overtreding wel. Bij een dergelijk geval zal bij de beoordeling of het bij herhaling niet voldoen aan op zichzelf redelijke opdrachten een dringende reden opleveren, tevens onder meer de persoonlijke omstandigheden van de werknemer moeten worden betrokken.[58] In het geval van de ambtenaar is dan het plichtsverzuim na het voorwaardelijk strafontslag te beschouwen als de druppel die de emmer doet overlopen. Nu een belangenafweging van de tenuitvoerlegging van een voorwaardelijk strafontslag nog wel mogelijk is, kan daarbij – net als bij een ontslag op staande voet – de (gewijzigde) persoonlijke omstandigheden van de ambtenaar nog wel bij de beoordeling worden betrokken. Voor de beoordeling of sprake is van verwijtbare werkloosheid lijkt in dit opzicht weinig verschil te bestaan tussen de civiele werknemer en de ambtenaar.

Een andere vraag, waarover de CRvB zich onlangs heeft uitgelaten, betreft het zogenoemde contre coeur-besluit. De staatssecretaris van Financiën had een belastingambtenaar strafontslag verleend wegens plichtsverzuim, bestaande uit onder meer het doen van onjuiste aangifte. Op dat moment werd de ambtenaar werkloos. De rechtbank oordeelde echter dat het strafontslag onevenredig was aan het plichtsverzuim. Om te voorkomen dat de ambtenaar tot de werkvloer moest worden toegelaten, heeft de minister een voorlopige voorziening gevraagd, welke door de voorzieningenrechter van de CRvB werd afgewezen. In hoger beroep oordeelde de CRvB dat het strafontslag wel terecht was gegeven. In de tussenliggende periode is de ambtenaar wel weer toegelaten tot zijn werkzaamheden. Nadat de CRvB het oordeel van de rechtbank had vernietigd, heeft de minister de aan de uitspraak van de CRvB verbonden gevolgen ingeroepen. De ambtenaar had door de werkhervatting een nieuw recht op WW-uitkering opgebouwd en werd dus opnieuw werkloos. Doorwerking van een maatregel is in een dergelijk geval niet aan de orde. De vraag was echter of het UWV terecht de gedragingen die hebben geleid tot het oorspronkelijk ontslag en de daaruit voortvloeiende eerste werkloosheid mag meenemen bij de beoordeling van de vraag of betrokkene na het 'tweede ontslag' verwijtbaar werkloos is geworden. Die vraag beantwoordde de CRvB bevestigend. Hij overwoog daartoe onder meer dat de reden dat de ambtenaar weer werkzaamheden is gaan verrichten uitsluitend was gelegen in de niet schorsende werking van de uitspraak van de rechtbank en – na de afwijzing van het verzoek om een voorlopige voorziening – de gehoudenheid van de minister om aan die

[56] CRvB 9 oktober 2008, *LJN* BG1078.
[57] R.M. Beltzer, *Ontslag op staande voet,* Deventer: Kluwer 2004, p. 27.
[58] HR 20 juni 2003, *JAR* 2003/179 (Wickel/Klene).

uitspraak uitvoering te geven. Hij acht van belang dat de staatssecretaris nimmer te kennen heeft gegeven zijn standpunt ten aanzien van het plichtsverzuim, de daarmee samenhangende ernstige schending van het vertrouwen en de onwenselijkheid om betrokkene nog langer op de werkplek toe te laten, te verlaten. Dat er ten aanzien van de verrichte werkzaamheden van betrokkene in de periode van werkhervatting geen verwijten zijn gemaakt, doet – aldus de CRvB – aan de aard en de ernst van de gedragingen van betrokkene die hebben geleid tot het oorspronkelijk verleend ontslag niet af.[59] Door het verschil in ontslag- en procesrecht zal een dergelijke situatie zich bij een civiele werknemer niet voordoen. Het opmerkelijke is dat als de ambtenaar voor een andere werkgever was gaan werken en vervolgens werkloos was geworden, de gedragingen niet meer zouden kunnen worden betrokken bij latere werkloosheid. Toch is het goed verdedigbaar dat de gedragingen in casu wel kunnen worden meegenomen. Het zou immers ook een vreemde uitkomst zijn als de overheidswerkgever de kosten van werkloosheid van deze ambtenaar zou moeten dragen, terwijl hij zich van meet af aan op het standpunt heeft gesteld dat de gedragingen strafontslag rechtvaardigen.

Conclusie

Verwijtbaarheid op de a-grond ten aanzien van ambtenaren is het duidelijkst aanwezig als er sprake is van strafontslag, aldus de minister. De vraag is of – gelet op de wijziging van de wettekst en de uitleg die de Raad daaraan in zijn uitspraken heeft gegeven – strafontslag per definitie leidt tot verwijtbaarheid op de a-grond. In deze bijdrage hebben wij ons afgevraagd of het onverkort moeten toepassen van de criteria voor ontslag op staande voet ontleend aan het civiele ontslagrecht leidt tot interpretatieproblemen wanneer een ambtenaar na een strafontslag een WW-uitkering aanvraagt. Toen we al brainstormend op Jaap zijn oude werkkamer ons deze vraag stelden, hadden we de indruk dat er zodanige verschillen bestaan tussen de criteria voor strafontslag en ontslag op staande voet, dat die gevolgen zouden hebben voor de verwijtbaarheidstoets. Materieel gezien vertonen de criteria waaraan getoetst moet worden bij strafontslag dan wel ontslag op staande voet evenwel veel overeenkomsten. Wij veronderstellen dat in de meeste gevallen waarin de ambtenaar (rechtsgeldig) strafontslag is verleend ook sprake is van een dringende reden in de zin van art. 7:678 BW en dus van verwijtbare werkloosheid op de a-grond. Niettemin is denkbaar dat in bepaalde situaties een strafontslag toch niet tot verwijtbare werkloosheid leidt.

Wij denken hierbij in de eerste plaats aan de situatie dat het bestuursorgaan niet op korte termijn is overgegaan tot het verlenen van strafontslag of dat strafontslag niet onverwijld door de overheidswerkgever kon worden verleend. Uit de KLM- en kinderporno-uitspraak lijkt te moeten worden geconcludeerd

[59] CRvB 15 september 2010, *LJN* BN7152; *USZ* 2010/303 m.nt. S.F.H. Jellinghaus.

dat de opstelling van de werkgever bij de vraag of aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt van groot belang is. Een voortvarend handelende overheidswerkgever lijkt dus vereist.

In de tweede plaats zou de fixatie van de ontslagreden volgens ons tot verschillen kunnen leiden. Zo lijkt het erop dat een overheidswerkgever meer mogelijkheden heeft om de ontslagreden aan de passen, terwijl dit voor de werkgever minder het geval zal zijn.

De vraag is of de CRvB bij de beoordeling of aan de werkloosheid een dringende reden ten grondslag ligt nog ruimte ziet voor een afzonderlijke toetsing van deze persoonlijke omstandigheden. De vraag is ook of in het feit dat privé-gedragingen voor een ambtenaar sneller tot strafontslag kunnen leiden aanleiding wordt gevonden om te oordelen dat aan de werkloosheid geen dringende reden ten grondslag ligt of dat de CRvB juist ervan uitgaat dat de ambtenaar als 'gewaarschuwd man' gold en dus zich van de consequenties van zijn handelen bewust had kunnen zijn.

Er is nog te weinig jurisprudentie op dit terrein om die vragen te beantwoorden. In deze bijdrage hebben wij getracht een voorlopig antwoord te geven op de vraag of een terecht gegeven strafontslag inderdaad verwijtbaarheid op de a-grond oplevert en welke aspecten bij deze toetsing door de rechter moeten worden betrokken. We zijn benieuwd hoe de CRvB hierover zal oordelen. Hier ligt een schone taak voor Jaap. Hij heeft dan weliswaar per 1 mei 2010 zijn functie als hoogleraar sociaal verzekeringsrecht bij de Universiteit van Amsterdam neergelegd, maar zijn functie als Raadsheer bij de CRvB niet. Als lid van team 1 van sectie B is Jaap dus medeverantwoordelijk voor de ontwikkeling van de jurisprudentie op dit terrein. Wij zien belangstellend uit naar deze jurisprudentie.

9 Schadevergoeding na arbeidsongeval en beroepsziekte

Wim Eshuis[1]

Werkgeversaansprakelijkheid afgestoft

In 1967 werd in Nederland de WAO ingevoerd, als vervanging van de Ongevallenwet, die werkgerelateerde schade vergoedde en de Invaliditeitswet, die voorzag in compensatie van niet-werkgerelateerde schade. De WAO biedt sindsdien bescherming tegen de gevolgen van arbeidsongeschiktheid door zowel werk- als privéoorzaken. Tegelijk met die WAO werd de *civiele werkgeversaansprakelijkheid,* die in 1903 naar de achtergrond was gedrongen in verband met de komst van de Ongevallenwet, opnieuw geïntroduceerd. Dat dit systeem van werknemerscompen-satie[2] uit de coulissen werd gehaald had een principiële redenen. De mogelijkheid om (via werkgeversaansprakelijkheid) volledige compensatie te ontvangen werd namelijk als een burgerrecht van werknemers beschouwd. Het bezwaar dat dit zou leiden tot een toename van claims en daarmee de arbeidsrust in de onderneming zou bedreigen werd destijds gepareerd met drie argumenten: men verwachtte een zakelijke afhandeling van de claims buiten de werkgever om door de verzekeraars, vakbonden werden geacht te waken voor onverantwoorde claims, en tenslotte, was men van mening dat sociale vrede niet gediend zou worden met het beknotten van de burgerrechten van de werknemer.[3]

Dit 'gentlemens agreement' heeft waarschijnlijk een aantal decennia 'goed' gewerkt. Tot in de jaren tachtig was het ongebruikelijk voor werknemers die te kampen hadden met letselschade als gevolg van een beroepsrisico schadevergoeding te eisen van de werkgever.[4] De ruimhartige compensatie die de WAO in de eerste decennia van haar bestaan bood zal ook bijgedragen hebben aan deze houding.

Vanaf de jaren negentig komt de werkgeversaansprakelijkheid voor letselschade door het werk echter nadrukkelijker in beeld als gevolg van een aantal elkaar opvolgende ontwikkelingen. Allereerst neemt de financiële noodzaak om de

---

1 Wim Eshuis werkt aan een promotieonderzoek ('Werknemerscompensatie in de steigers') naar compensatie en preventie van arbeidsongevallen en beroepsziekten (verschijning in 2011).

2 Hier wordt werknemerscompensatie gedefinieerd als *'Elke specifieke formele wijze van compensatie van schade bij werknemers (of nabestaanden) die ontstaan is ten gevolge van een beroepsziekte of arbeidsongeval'.*

3 R.I.R. Hoop, 'Shifts in Work-Related Injuries: An explanatory Analysis', p. 107, in: Klosse, Saskia & Hartlief, *Shifts in Work-Related Injuries and Diseases, Tort and Insurance Law*, vol. 20, Wien 2007, Springer Verlag.

4 M.G.P. Peeters, *Compensatie en erkenning voor werknemers met beroepsziekten tussen 1978 en 2005,* Nijmegen 2005, Wolf Legal Publishers, p. 75.

schade te verhalen bij de werkgever toe. Dat komt door de beperking van het niveau van bescherming dat de WAO, en haar opvolger de WIA, biedt. Daarnaast krijgen slachtoffers die op zoek zijn naar schadevergoeding ondersteuning van zowel commerciële rechtshulpverleners, non-commerciële instellingen, zoals vakbonden, patiënten-verenigingen, als individuele belangenbehartigers.[5]
Eerst bespreek ik dat door sommige auteurs de indruk wordt gewekt dat er ondertussen sprake is van een claimcultuur, die mede ontstaan is door de zogenaamde uitdijende werkgeversaansprakelijkheid. Vervolgens wordt recent empirisch onderzoek gepresenteerd waaruit blijkt dat van een dergelijke claimcultuur echter geen sprake is. Er is eerder sprake van een compensatie-probleem: de meeste getroffenen van een beroepsziekte of arbeidsongeval hebben (veel) financiële schade die ze echter om allerlei redenen niet verhalen op grond van art. 658 BW. De centrale vraag in dit artikel is hoe dit compensatieprobleem opgelost kan worden. Aan de orde komt of dit kan worden opgelost door middel van procedurele aanpassingen in de schadeafhandeling bij werkgeversaansprakelijkheid. Daarna wordt nagegaan in hoeverre een zogenaamde directe verzekering een bijdrage kan leveren aan de oplossing van het compensatieprobleem, terwijl tot slot wordt onderzocht welke rol de cao hierbij kan spelen.

Uitdijende werkgeversaansprakelijkheid?

Naast druk vanuit de slachtoffers en hun juridisch geschoolde belangenbehartigers hebben ontwikkelingen in de jurisprudentie ertoe geleid dat het voor werknemers eenvoudiger is om hun schade te verhalen op de werkgever. Op grond van art. 7:658 BW heeft de werkgever jegens de werknemer een zorgplicht voor de veiligheid van de werkplek, inclusief de daar aanwezige machines en gereedschappen. De werkgever is aansprakelijk voor schade die de werknemer op de werkplek oploopt, tenzij de werkgever kan aantonen dat hij alle van hem te vergen veiligheidsmaatregelen heeft getroffen.
Er zijn allerlei ontwikkelingen in de jurisprudentie geweest waardoor tegenwoordig sprake is van een ruimere, slachtoffervriendelijkere, interpretatie van de bepalingen in art. 7:658 BW. Verschillende auteurs[6] duiden dit aan met de nogal negatieve term uitdijende werkgeversaansprakelijkheid. Met die term doelen zij op een aantal ontwikkelingen. Een ervan is de ontwikkeling naar

---

5 M.G.P. Peeters, *Compensatie en erkenning voor werknemers met beroepsziekten tussen 1978 en 2005,* Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005. Peeters noemt deze organisaties en personen 'claim mobilizers', activisten die juridische actie met sociale actie combineren.

6 Zie o.a. Y. Waterman, *De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekte* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Boom Juridische uitgevers 2009; T. Hartlief en S.D. Lindenbergh (red.), 'Van aalmoes naar aanspraak, weg met het personenschaderecht?', in: *Tien pennenstreken over personenschade*, Den Haag: SDU uitgevers 2009.

risicoaansprakelijkheid. In dat verband wordt gewezen op jurisprudentie ten aanzien van art. 7:658 BW over de zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid en gezondheid van de werknemer. Hoewel het artikel formeel gezien uitgaat van schuldaansprakelijkheid, blijkt dat de eisen die aan de werkgever worden gesteld (zoals een plicht tot toezicht op en instructie aan de werknemer, onderzoek naar de arbeidsomstandigheden, zich houden aan de normen in de wetgeving, in cao's, en convenanten) zover gaan dat in de praktijk kan worden gesproken van een (bijna) risicoaansprakelijkheid. Met andere woorden: schending van de norm brengt al snel aansprakelijkheid met zich mee. Het tekortschieten van de werkgever wordt al snel aangenomen. Daarnaast wordt uitdijing in verband gebracht met de omkering van de bewijslast. Het causaal verband tussen letsel en normschending is gegeven wanneer er sprake is van normschending en een in beginsel daarbij passend ongeval. Het is aan de overtreder van de norm om anders te bewijzen. Dit neemt overigens niet weg dat het slachtoffer wel een initiële stelplicht heeft. Hij moet voldoende aannemelijk maken dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Pas wanneer de werkgever dat gemotiveerd weet te betwisten, draagt de werknemer de volle bewijslast.[7] Uitdijing wordt ook gerelateerd aan de hoogte van de schadevergoeding. In het aansprakelijkheidsrecht geldt volgens Hartlief het uitgangspunt van de volledige vergoeding.[8] In tegenstelling tot andere vergoedingssystemen, zoals de publiekrechtelijk geregelde sociale zekerheid, geeft het volgens hem een vermogensgarantie: 'Worden de verplichtingen geschonden en ontstaat daardoor schade dan heeft de getroffene recht op herstel in de oude toestand. Dat kan het beste door volledige vergoeding worden gerealiseerd'. Ook vergoeding van immateriële schade behoort hiertoe. Ondertussen wordt door de Hoge Raad aan dat begrip immateriële schade een ruime uitleg gegeven. Niet alleen immateriële schade als gevolg van fysieke schade wordt hier toe gerekend, maar ook 'zuiver' psychisch arbeidsgerelateerd letsel van een werknemer.[9]

De kwalificatie uitdijende werkgeversaansprakelijkheid is mogelijk juist vanuit het standpunt van de verzekeraar of bezien vanuit een bepaald juridisch kader, maar lijkt vanuit het oogpunt van het slachtoffer niet op zijn plaats. Vanuit het oogpunt van het slachtoffer zou ik eerder willen spreken van een toenemende juridische zorg voor de positie van het slachtoffer. Recente jurisprudentie over een zogenaamde verzekeringsplicht van de werkgever past ook in het beeld van

---

7 Y. Waterman, *De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten,* Rotterdam: Boom juridische uitgevers 2010. Waterman wijst erop dat het bewijsrecht bij beroepsziekten minder uitgekristalliseerd is dan bij arbeidsongevallen, vanwege enkele 'specifieke bewijsrechtelijke haken en ogen', p. 130 e.v.

8 T. Hartlief, 'Van aalmoes naar aanspraak, weg met het personenschaderecht?', in: T. Hartlief en S.D. Lindenbergh (red.), *Tien pennenstreken over personenschade*, Den Haag: SDU uitgevers 2009.

9 Y. Waterman, *De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten* (diss. Rotterdam), Den Haag 2009, Boom juridische uitgevers. p. 99.

toenemende zorg voor de positie van het slachtoffer. Uit die jurisprudentie valt op te maken dat een werkgever, op grond van art. 7:611BW, aansprakelijk is voor schade die voorkomt uit vervoer van en naar de echte werkplek, bedrijfsuitjes, bedrijfssporten, overnachtingen en verblijf op locatie in het kader van werkgerelateerde activiteiten. Ingevolge een arrest van de Hoge Raad[10] van 12 december 2008 is een werkgever op grond van art. 7:611BW verplicht een verzekering af te sluiten (met het oog op letsel dat zijn werknemers kunnen oplopen tijdens die activiteiten), dan wel verplicht de schade te vergoeden tot de hoogte van de naar verwachting in geval van verzekering tot uitkering genomen schadevergoeding.[11] In een uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch[12] wordt die verzekeringsplicht ook uitgebreid naar situaties waarin werknemers (letsel)schade hebben opgelopen door geweldsdelicten.[13]

---

10 HR 12 december 2008, *LJN* BD3129, *JAR* 2009/15 (Maatzorg/Van der Graaf).

11 M.S.A.Vegter, 'Arbeidsongevallen en beroepsziekten: aansprakelijkheid en/of verzekerings-plicht', *TRA* 2009-6/7. Overigens leidt deze uitspraak volgens Vegter tot rechtsongelijkheid tussen degenen die door een beroepsrisico letsel oplopen (voor deze groep geldt voor de werkgever immers geen verzekeringsplicht, zij kan alleen aanspraak maken op schadevergoeding als vast is komen te staan dat de werkgever is tekortgeschoten in zijn zorgplicht) terwijl de werknemers die schade hebben door andere werkgebonden activiteiten slechts hoeven aan te tonen dat zij schade hebben geleden in een situatie die binnen het bereik van de verzekeringsplicht valt.

12 Hof 's-Hertogenbosch 6 juli 2010, *LJN* BN0734: Sociotherapeut in loondienst is in de uitoefening van zijn werkzaamheden door een TBS-patiënt meermalen met kracht geslagen en vervolgens volledig arbeidsongeschikt. Met de kantonrechter is het hof van oordeel dat de stichting geen zorgplicht heeft geschonden. De vorderingen gebaseerd op artikel 7:658 BW worden derhalve afgewezen. Wat het betoog betreft van werknemer dat de stichting verplicht was ten behoeve van haar personeel een verzekering (schade of sommenverzekering) af te sluiten, verwijst het hof naar HR 1 februari 2008, *LJN* BB6175 en HR 1 februari 2008, *LJN* BB4767 (verzekeringsplicht werkgever voor bestuurder motorvoertuig). Ook met betrekking tot risico's van ongevallen die geen verband houden met het gemotoriseerd verkeer, is de werkgever gehouden zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij bij bedrijfsongevallen betrokken raken, mits kan worden vastgesteld dat deze risico's goed verzekerbaar waren tegen betaalbare premies.

13 Deze uitspraak sluit aan bij de conclusie van A-G Spier naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad tot invoering van een verzekeringsplicht voor alle arbeidsongevallen, r.o. 7.15.2.

Claimcultuur of compensatieprobleem?

Doorgaans nemen verschillende deskundigen op het terrein van de werknemerscompensatie aan dat de hiervoor geschetste ontwikkelingen, kortweg te karakteriseren als afkalving van de sociale zekerheid, uitdijing van werkgeversaansprakelijkheid en verbetering van de juridische ondersteuning van slachtoffers, tot een claimcultuur hebben geleid, dat wil zeggen tot een toename van ingediende en afgeronde claims op basis van de in 7:658 BW omschreven werkgeversaansprakelijkheid.[14]

De cijfermatige onderbouwing van het verschijnsel claimcultuur is echter zwak. Ze is niet van recente datum en bovendien speculatief en tegenstrijdig. Met name Weterings[15] heeft in 1999 met zijn schattingen van het aantal ingediende arbeidsongevallenclaims (30.000 tot 52.500) voeding gegeven aan het gevoelen dat een dergelijke cultuur bestaat. Anderen komen tot voorzichtigere schattingen: Gorissen en Schröer[16] komen in 1995 tot een schatting van 1500 tot 2000 toegekende beroepsziekteclaims en op 4000 tot 5000 toekenningen van een uitkering op grond van een arbeidsongeval. Terwijl Van Ewijk e.a.[17] op basis van een vragenlijstonderzoek onder werkgevers schatten dat 700 werkgevers per jaar een of meerdere keren aansprakelijk is gesteld ten gevolge van een beroepsziekte.

Recent zijn twee onderzoeken uitgevoerd die een nauwkeuriger beeld geven van de letselschade door arbeidsongevallen en beroepsziekten en de mate waarin die schade verhaald wordt door de werknemer. De resultaten van beide onderzoeken worden hierna weergegeven. Het eerste onderzoek getiteld 'Werkgeverskosten in verband met arbeidsgerelateerde schade: bestuurlijke boetes en civielrechtelijke aansprake-lijkheid'[18] biedt onder andere inzicht in het aantal werkgerelateerde schadeclaims in Nederland, terwijl het onderzoek 'Financiële schade door OPS?'[19] inzicht geeft in het claimgedrag van een kleine specifieke groep slachtoffers van de beroepsziekte OPS.

---

14 Zie o.a. M.G. Faure en T. Hartlief, *Nieuwe risico´s en vragen van aansprakelijkheid en verzekering,* Deventer: Kluwer 2002; Y. Waterman, *De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

15 W. Weterings, Vergoeding letselschade en transactiekosten, Tilburg: Universiteits Pers 2009.

16 A.A. Gorissen en C.A.P. Schröer, 'Omvang beroepsziekten en arbeidsongevallen in Nederland. Een schatting op basis van Belgische en Duitse gegevens', in: M.G. Faure en T. Hartlief (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, Deventer: Kluwer 1995.

17 M. Van Ewijk, M. Engelen en C. Van der Werf, 'Werkgeversaansprakelijkheid bij beroepsziekten', *Elsevier Bedrijfsinformatie* 2001.

18 W.A. Eshuis e.a., *Werkgeverskosten in verband met arbeidsgerelateerde schade: bestuurlijke boetes en civielrechtelijke aansprakelijkheid*, Den Haag: Ministerie van SZW 2010.

19 W.A. Eshuis, *Financiële schade door OPS?,* Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2010. OPS staat voor Organisch Psycho Syndroom, een beroepsziekte die bestaat uit aantasting van het zenuwstelsel en de hersenfuncties door blootstelling aan vluchtige

Dit eerste onderzoek geeft onder andere een inventarisatie van beroepsziekte- en arbeidsongevallenclaims over de periode 2003-2008. Voor de inventarisatie van de claims is niet alleen gekeken naar de aansprakelijkheidsclaims van de werkgever. Ook is het gebruik van werknemerscompensatie via cao-regelingen in beeld gebracht. Uit een oriënterend onderzoek van het Ministerie van SZW was gebleken dat (in 2004) ongeveer 40 procent van de cao's een of andere compensatieregeling kende: hetzij een cao bepaling die voorschrijft dat de financiële schade van de werknemer geheel of gedeeltelijk moet worden gecompenseerd door de werkgever, of via een bij cao verplichte, ongevallenverzekering.[20] In deze inventarisatie zijn alle cao's met een dergelijke regeling op een rij gezet.

De inventarisatie vond plaats door middel van verzameling van nieuwe data (vragenlijstonderzoek onder ruim zesduizend ondernemingen, inventarisatie van het gebruik van cao-regelingen, interviews met deskundigen in de letselschadebranche) en een nadere analyse van bestaande data van beroepsziekteclaims, afkomstig van Bureau Beroepsziekten FNV en het Instituut Asbestslachtoffers. Door deze brede onderzoeksopzet kan, in tegenstelling tot vroeger, een betrouwbaarder beeld worden gekregen van de werkelijkheid van beroepsziekte - en arbeidsongevallenclaims. In tabel 1 zijn de belangrijkste resultaten, gemiddeld op jaarbasis over de periode 2003-2008 op een rij gezet.

---

oplosmiddelen in onder andere verven, lijmen, drukinkten. Ten behoeve van de diagnose OPS zijn twee teams met medisch-psychologische specialisten ingesteld die hun werkzaamheden aan de hand van een protocol (zie www.beroepsziekten.nl).

20 Ministerie SZW, Directie Uitvoeringstaken Arbeidsvoorwaardenwetgeving (2006), *Najaars-rapportage cao- afspraken 2005*, Den Haag 2006.

Tabel 1: letselschadeclaims arbeidsongevallen en beroepsziekten 2003-2008

	Gemiddeld per jaar
Arbeidsongevallen met letsel en verzuim	± 222.000
Potentieel aantal schadeclaims door arbeidsongeval	± 20.000
Ingediende ongevallenclaims	± 4.000
Afgeronde claims arbeidsongevallen	± 3.200
Beroepsziekten	± 6.000 (±50.000?)
Potentieel aantal schadeclaims door beroepsziekte	± 700 (± 4.500?)
Ingediende beroepsziektenclaims	± 620
Afgeronde claims[21] beroepsziekten	± 540

Het aantal *arbeidsongevallen* met letsel en verzuim bedraagt in Nederland gemiddeld 222.000, en varieert tussen 213.000 (2006) en 241.000 (2003). Ten opzichte van de jaren 2004-2007 vertoont 2008 een stijging van het aantal arbeidsongevallen (230.000) terwijl het aantal ingediende claims een licht dalende tendens vertoont. Het merendeel van de getroffen werknemers dient geen claim in. Dat betrokkenen echter wel schade hebben kan duidelijk worden gemaakt aan de hand van het begrip potentiële schade claim.[22] Vergelijking van de potentiële schade met de ingediende en afgeronde schadeclaims geeft inzicht in de mate waarin financiële schade bij beroepsrisico's, al dan niet met succes, verhaald wordt. In dit rapport is berekend dat het percentage potentiële schadeclaims bij een arbeidsonge-val negen procent van het totaal aantal arbeidsongevallen met letsel en verzuim bedraagt, een gemiddeld aantal van 20.000 potentiële schadeclaims per jaar. Het betreft hier werknemers die als gevolg van het arbeidsongeval zes maanden of meer verzuim hebben. De onderzoekers berekenen het aantal ingediende arbeidsonge-vallenclaims op gemiddeld 4.000, en het aantal afgeronde claims op minimaal 3.200 per jaar, het gemiddeld aantal claims dat via de cao is afgerond. Opvallend is het grote gat tussen het aantal potentiële schadeclaims (22.000) en het aantal ingediend claims (4.000), bijna 20% van de getroffenen dient een claim in.

---

21 Onder afgeronde claims wordt hier verstaan claims die tot toekenning van een schadebedrag hebben geleid.

22 Er is sprake van een potentiële schadeclaim indien:
(1) een werknemer in de arbeid blijvend lichamelijk en/of geestelijk letsel oploopt
(2) dat financiële schade meebrengt voor die werknemer,
(3) er een gerede kans bestaat op toewijzing van een eventuele vordering tot vergoeding van (een deel van) deze schade op basis van het aansprakelijkheidsrecht, en,
(4) de kosten van een juridische procedure opwegen tegen de verwachte opbrengsten.

Het aantal *beroepsziekten* dat zich jaarlijks in Nederland voordoet, kan niet zonder meer uit het aantal (verplichte) meldingen (rond de zesduizend per jaar) worden afgeleid. Onderzoek naar onderrapportage heeft uitgewezen dat een schatting van vijftigduizend gevallen per jaar verantwoord is. Het potentieel aan beroepsziekteclaims is berekend op (maximaal) 4.500 per jaar, en het aantal ingediende claims op ongeveer 620. Jaarlijks wordt dus gemiddeld ongeveer 14 % van het gemiddeld aantal potentiële beroepsziekteclaims per jaar (620 ingediende ten opzichte van het maximaal aantal van 4.500 potentiële schadeclaims) daadwerkelijk omgezet in een claim.

De *uitgekeerde bedragen* variëren enorm. Gemiddeld bedraagt de vergoeding voor letsel door een beroepsrisico € 8.610. In totaal ruim 28 miljoen per jaar. De vergoedingen bij beroepsziekten zijn gemiddeld het hoogst (ruim € 11.000). Bij grote ondernemingen is het gemiddelde bedrag veel hoger (€ 21.480) dan bij de kleine en middelgrote. In het onderzoeksrapport is voor vier bedrijfstakken een overzicht opgenomen van de relevante cijfermatige gegevens in arbeidsongevallen en beroepsziekten. Wat opvalt is dat ook op bedrijfstakniveau geen samenhang bestaat tussen de ontwikkeling van het aantal arbeidsongevallen en beroepsziekten enerzijds en civielrechtelijke aansprakelijkheid anderzijds. Er zijn grote verschillen tussen de bedrijfstakken in claimgedrag en uitkeringshoogte. In de bedrijfstak vervoer wordt bijvoorbeeld in twee procent van de gevallen van potentiële schade een claim ingediend (gemiddelde schadevergoeding € 7.867), terwijl in de sector openbaar bestuur dat in 88 procent van de gevallen gebeurt, met een gemiddelde schadevergoeding van € 720 per schadegeval.

Het tweede onderzoek onder werknemers met de beroepsziekte OPS onderstreept de beperkingen van het aansprakelijkheidsrecht. Het compenseert selectief, biedt een te beperkt aantal werknemers een geringe compensatie, waarop ze ook nog eens lang moeten wachten:

1. Iets meer dan de helft van de 470 (ex)werknemers in Nederland met een officiële diagnose OPS heeft de werkgever aansprakelijk gesteld voor de schade door deze beroepsziekte. 21% van de betrokkenen heeft daarmee tot nu toe succes gehad. Zij ontvingen na een procedure van gemiddeld 4,5 jaar een schadevergoeding van gemiddeld € 46.076. Dat lijkt een fors bedrag, echter dat is het niet in vergelijking met de financiële schade van gemiddeld ruim € 100.000 per persoon.
2. Nog eens 21% van de OPS-ers wacht ondertussen al gemiddeld 6 jaar op een beslissing van de verzekeraar of de rechter over een dergelijke schadevergoeding.
3. De overige 58% van slachtoffers van OPS heeft geen schadeclaim ingediend of heeft in eerste instantie de eis tot schadevergoeding afgewezen gezien, en vervolgens de claim niet doorgezet. Waarom heeft deze groep dan toch geen claim ingediend? Er worden bijna twintig redenen genoemd om van een procedure af te zien. De drie belangrijkste redenen zijn:
    i. de inschatting dat men een geringe kans op succes heeft;
    ii. de inschatting dat de procedure een te grote psychische belasting vormt;
    iii. de duur van de juridische procedure.

> Deze groep, die geen schadevergoeding heeft ingediend, heeft vanuit financieel oogpunt echter genoeg redenen om wel een claim in te dienen. Ze hebben gemiddeld genomen een nog grotere schade dan degenen die wel een schadevergoeding hebben ontvangen. Ook hebben ze niet afgezien van een schadeclaim, omdat er geen causaal verband zou zijn tussen hun aandoening of het werk. Ook bij hen is door hét onafhankelijke expertinstituut op het gebied van beroepsziekten, het Solvent Team, na uitgebreid geprotocolliseerd onderzoek[23] de diagnose OPS vastgesteld.

Het onderzoek onder OPS-ers brengt ook nog iets anders aan het licht, namelijk dat het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht erg veel *kosten* met zich mee brengt. De respondenten is gevraagd naar de kosten die ze hebben gemaakt ten behoeve van de juridische procedures die ze hebben gevoerd. Op basis van de antwoorden is een weloverwogen schatting gemaakt van de verhouding kosten opbrengsten. Voor € 1,00 opbrengst (die toevalt aan een beperkt aantal slachtoffers) wordt door alle betrokkenen (getroffenen, werkgevers, verzekeraars) € 1,30 aan kosten gemaakt.[24]

Compensatieprobleem

De resultaten van het hiervoor gepresenteerde onderzoek maken duidelijk dat van een claimcultuur geen sprake is. Er is weliswaar in juridisch opzicht sprake van een uitbreiding van de werkgeversaansprakelijkheid, die door sommige auteurs wordt aangeduid met de term uitdijing, maar dat heeft (dus) niet geleid tot een claimcultuur. Zowel absoluut als relatief gezien worden er weinig claims ingediend in Nederland. Het gemiddeld bedrag per claim is bovendien beperkt.
Er is wel duidelijk sprake van een *compensatieprobleem*. Immers een groot deel van de getroffenen die schade lijdt ziet de schade niet gecompenseerd: 88% van de getroffenen door een arbeidsongeval en 91% van degenen die schade hebben door een beroepsziekte. Dat getroffenen geen claim indienen, omdat ze geen schade zouden lijden wordt onder andere door de gegevens uit het OPS onderzoek ontkracht: 49% van de OPS-ers heeft een inkomen op of onder bijstandsniveau. De meerderheid van de OPS-ers heeft ondertussen ongeveer € 130.000 financiële schade. Het OPS onderzoek maakt ook duidelijk dat compensatie via het civiele aansprakelijkheidsrecht geen gelijke behandeling van slachtoffers kent: alle betrokkenen hebben dezelfde diagnose OPS, afgegeven door hetzelfde instituut, hebben (forse) financiële schade, die bij allen is ontstaan door werkgebonden activiteiten. Dit is, binnen het aansprakelijkheidsrecht blijkbaar geen voldoende voorwaarde voor het ontvangen van een schadevergoeding. Dit compensatiesysteem is dus zeer speculatief en lijkt eerder op een kansspel dan op 'zorgvuldige bescherming van

---

23 Nederlands Centrum voor Beroepsziekten, *Opgelost?, Tien jaar Solvent team ervaring*, Amsterdam: Nederlands Centrum voor Beroepsziekten 2007.

24 In deze berekening zijn de kosten van de rechtspraak niet meegenomen.

slachtoffers', of 'het bieden van een vermogensgarantie'[25]. Kortom: het is een onrechtvaardig systeem, waarbij de kosten, zowel financieel als maatschappelijk en moreel, beduidend hoger zijn dan de baten.

Vanuit het oogpunt van het slachtoffer bezien wordt het hoog tijd voor een alternatief voor het huidige systeem van werkgeversaansprakelijkheid dat beter in staat is het compensatieprobleem op te lossen. Drie alternatieven komen in dat verband in aanmerking: aanpassingen in het procedures ten aanzien van aansprakelijkheid, een directe verzekering en werknemerscompensatie via de cao. De laatste twee alternatieven voldoen het meest aan de criteria van de SER.[26] Compensatie via de cao heeft van die twee de beste papieren omdat hiervoor geen aanpassing van de sociale zekerheid nodig is, hiermee reeds ervaring is opgebouwd en omdat de preventieve functie beter is gegarandeerd dan bij de directe verzekering.

Aanpassing aansprakelijkheidsrecht?

Men zou kunnen betogen dat het mogelijk is de procedures via het aansprakelijkheidsrecht zodanig aan te passen dat het compensatieprobleem opgelost kan worden. Het is niet uitgesloten dat met procedurele afspraken over onder andere de snelheid van afhandeling dossiers en gezamenlijke of onafhankelijke claimbeoordeling kosten kunnen worden bespaard en slachtoffers enigszins vriendelijk worden bejegend.[27] Toch verwacht ik dat dergelijke initiatieven slechts beperkte betekenis zullen hebben voor de oplossing van het compensatieprobleem. Dat komt mijns inziens door de hoofdkenmerken van het aansprakelijkheidsrecht:

1. het aansprakelijkheidsrecht is individueel, ieder geval staat op zich.
2. erkenning van causaliteit en schade op voorhand is er niet, dat moet in ieder geval maar weer bewezen worden.
3. uitgangspunt is een onderhandelingssituatie: de causaliteit, de schending van de zorgplicht en de schade moet worden bewezen en kan worden betwist. Soms leidt die onderhandelingssituatie tot een duidelijke en snelle afwikkeling. Meestal echter leidt het aansprakelijkheidsrecht tot een aanscherping van de al slechte verhoudingen.

---

25 T. Hartlief, 'Van aalmoes naar aanspraak, weg met het personenschaderecht?', in: *Tien pennenstreken over personenschade*, T. Hartlief en S.D. Lindenbergh (red.), Den Haag: SDU uitgevers 2009.

26 SER advies 02/06, *Nieuwe risico's: advies over de verzekerbaarheid van nieuwe arbeidsgerelateerde gezondheidsrisico's,* Den Haag: Sociaal Economische Raad 2006. Zie ook samenvatting: 'Een duurzame financiering omvat naar de mening van de raad een systeem dat een ruime en gegarandeerde risicodekking biedt (vergoedingsfunctie), dat optimale prikkels tot preventie bevat (preventieve functie), dat mede gebaseerd is op het beginsel dat de vervuiler betaalt (kostenallocatie) en dat bestand is tegen toekomstige schadeclaims, met inbegrip van de claims die voortkomen uit schade als gevolg van nieuwe arbeidsgerelateerde gezondheidsrisico's'.

27 Zie o.a. de richtlijnen van de Letselschaderaad inzake afhandeling van personenschade: www.deletselschaderaad.nl.

Die kenmerken sluiten mijns inziens een snelle, goedkope en een humane bejegening en gelijke bejegening van alle slachtoffers uit. Ook met een aangepast systeem van werkgeversaansprakelijkheid blijft de kans bestaan dat niet alle slachtoffers van een beroepsziekte of arbeidsongeval voldoende worden gecompenseerd.

Er is nog een tweede reden om een (aangepast) systeem van werkgevers-aansprakelijkheid als alternatief niet te omarmen. Uit het onderzoek 'Leerzame schadeclaims'[28] waarin 37 beroepsziektedossiers (RSI en OPS) zijn geanalyseerd en met 17 slachtoffers interviews zijn gehouden blijkt het aansprakelijkheidrecht, op het gebied van beroepsziekten, nauwelijks preventief te werken. Dat heeft te maken met het falen van de preventie, van vroegtijdige opsporing van deze beroepsziekten lijkt geen sprake, en van de trage afhandeling van schadeclaims via het aansprakelijkheidsrecht. De gemiddelde duur van de periode tussen het ontstaan van RSI klachten en de schadevergoeding is 9 jaar[29], terwijl de gemiddelde duur van de periode tussen het ontstaan van OPS klachten en de schadevergoeding zelfs 14,5 jaar bedraagt.[30]
Volgens de onderzoekers hadden de preventieve interventies van bedrijfsleiding, medici en soms de betrokkenen zelf eerder een invaliderende werking dan een revaliderende. Uit de analyse bleek niet dat de betrokken werkgevers, uit angst voor een toekomstige schadeclaim, van te voren maatregelen hadden genomen om een schadeclaim te voorkomen. Met andere woorden: het aansprakelijkheidsrecht had in deze gevallen geen (ex-ante) preventieve werking. Deze gegevens laten ook zien dat via het aansprakelijkheidsrecht de schade van beroepsziekten wordt vergoed die in een periode van 9 tot 14,5 jaar daarvoor is ontstaan. Het is niet ondenkbeeldig dat de betreffende arbeidssituaties ondertussen niet meer bestaan. Of dat de hoofdrolspelers die verantwoordelijk waren voor het ontstaan van de beroepsziekte al lang van het toneel verdwenen zijn. De claim, die trouwens in nagenoeg alle gevallen door de verzekeraar moet worden betaald, zal naar verwachting dus weinig invloed hebben op het verbeteren van de specifieke ziekmakende omstandigheden en verhoudingen. Daar komt bij dat afwikkeling van schadeclaims via het aansprakelijkheidsrecht nagenoeg altijd tot conflictsituaties leidt tussen de betrokken partijen. Hierdoor hebben betrokken partijen eerder de neiging om slechte arbeidsomstandigheden te ontkennen dan te erkennen. Het verhelpen van

---

28 W.A. Eshuis e.a., *Leerzame schadeclaims: leren van 'worst case scenario's als opstap naar effectieve interventie en preventie rond beroepsziekte,* Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2009.

29 De (ex-) werknemers met RSI zijn gemiddeld genomen 8,5 jaar blootgesteld aan repetitieve arbeid. Zij ontwikkelen na gemiddeld 4 jaar de eerste klachten. 4,5 jaar later vallen ze uit. En daarna moeten ze nog eens minstens 4,5 jaar wachten op een schadevergoeding.

30 De (ex-) werknemers met OPS zijn gemiddeld 25 jaar blootgesteld aan oplosmiddelen. Na 15 jaar blootstelling ontwikkelen ze de eerste OPS klachten. 10 jaar later vallen ze uit. De eerste slachtoffers krijgen gemiddeld na 4,5 jaar een schadevergoeding.

slechte arbeidsomstandigheden wordt door de juridisch adviseurs juist afgeraden omdat het als een erkenning van de schuld van de werkgever kan worden beschouwd. Interviews met de slachtoffers van een beroepsziekte bevestigen dit beeld. In slechts vijf gevallen is er volgens hen na de claim een lichte verbetering van de arbeidsomstandigheden opgetreden. In sommige gevallen zijn de arbeidsomstandigheden zelfs verder verslechterd. In een enkel geval was het bedrijf ondertussen naar een andere locatie (in het buitenland) verhuisd. Met andere woorden, de preventieve werking van het aansprakelijkheids-recht na afronding van de claim (de zogenaamde ex-post preventie werking) lijkt in de onderzochte cases ook beperkt dan wel afwezig.

Tot slot is er een meer internationaalrechtelijk argument om een, aangepast, systeem van werkgeversaansprakelijkheid niet als alternatief te zien. Conform ILO verdrag 121 moeten werknemers die als gevolg van een beroepsrisico arbeidsongeschikt zijn geraakt een uitkering ontvangen die minimaal 60% van het laatstverdiende loon bedraagt, met een minimum van 125% van het gemiddelde loon van alle beschermde personen.[31] Door de introductie van de WIA voldoet Nederland niet geheel aan die eis, mede omdat de WGA vervolguitkering niet gebaseerd is op het laatstverdiende loon. Ook aspecten als de sollicitatieplicht, referte-eis, loondoorbetalingsplicht, het recht op een 'lumpsum' benadering en gratis medische verzorging kunnen volgens Waterman de toetsing van ILO verdrag 121 niet doorstaan.

[31] Y. Waterman, *De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 349 e.v. Volgens Waterman komt dit neer op 125% van het wettelijke minimumloon.

Directe verzekering?
In theorie kan een of andere vorm van door de werkgever gefinancierde directe verzekering het compensatievraagstuk oplossen. Bij een directe verzekering dekt een verzekeraar de schade die de verzekerde benadeelde werknemer lijdt. Het verschil met een aansprakelijkheidsverzekering is dat de werkgever zich niet verzekert voor het risico dat hij door zijn werknemers aansprakelijk zal worden gesteld, maar voor het risico dat deze werknemers in hun beroepsuitoefening schade lijden. Het is een risicoverzekering. Het recht op vergoeding ontstaat zodra het risico zich realiseert. In een dergelijke verzekering wordt het risico gedefinieerd en niet de fout van de aansprakelijkheid.[32] Directe verzekeringen zijn 'no fault' verzekeringen[33], want de schuldvraag doet niet ter zake: als duidelijk is dat er een verband is tussen schade en de werkzaamheden, de beroepsziekte of het arbeidsongeval letsel met zich meebrengt en is ontstaan door het werk, dan vindt er compensatie plaats. Doorgaans wordt aangenomen dat deze vorm van werknemerscompensatie een meer uniforme en snellere afhandeling van claims met zich meebrengt. Introductie van een dergelijke verzekering kan ook ervoor zorgen dat Nederland voldoet aan de eisen van de ILO.

Een dergelijke directe verzekering was aan het begin van deze eeuw politiek in beeld, toen het Ministerie van SZW plannen ontvouwde voor een Extra Garantieregeling Beroepsrisico's (EGB), een wettelijk verplichte verzekering tegen de gevolgen van beroepsrisico's. De inhoud van die EGB, die uitkeringen en vergoedingen garandeerde die hoger zouden kunnen uitvallen dan die vanuit de WIA, zou een vorm van compensatie bieden vergelijkbaar met andere systemen van werknemerscompensatie in West Europa. Het Ministerie stelde voor om evenals in de ons omringende landen de introductie van een wettelijk verplichte directe verzekering gepaard te laten gaan met uitsluiting van werkgeversaansprakelijkheid. In 2004 is door de Minister van SZW hierover advies gevraagd aan de SER. Destijds is die EGB door de SER met reserve begroet, ook al had men eerder positief gereageerd op een dergelijke verzekering.[34] Later heeft ook de Tweede Kamer vraagtekens gezet bij de EGB. Die vragen zijn van zowel preventieve aard (zoals de wijze waarop preventieve

---

32 P.C. Hermans, *Causaliteit en arbeidsongeschiktheid: verslag van een studiedag over het 'risque professionel' in Nederland*, Zoetermeer: Sociale Verzekeringsraad 1993, p. 32.

33 Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft, *Occupational Diseases: How are they covered under worker's compensation systems?* München: Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft 2002, p. 8.

34 SER advies 02/06, *Nieuwe risico's: advies over de verzekerbaarheid van nieuwe arbeidsgerelateerde gezondheidsrisico's,* Den Haag: Sociaal Economische Raad 2006. Zie ook samenvatting: 'Een duurzame financiering omvat naar de mening van de raad een systeem dat een ruime en gegarandeerde risicodekking biedt (vergoedingsfunctie), dat optimale prikkels tot preventie bevat (preventieve functie), dat mede gebaseerd is op het beginsel dat de vervuiler betaalt (kostenallocatie) en dat bestand is tegen toekomstige schadeclaims, met inbegrip van de claims die voortkomen uit schade als gevolg van nieuwe arbeidsgerelateerde gezondheidsrisico's'.

werking wordt vorm gegeven, aansluiting van die preventie op de Arbeidsomstandighedenwet en de preventieve initiatieven in bedrijven, branches en bedrijfstakken), van politieke aard (o.a. de rol en betrokkenheid van private of publieke verzekeraars), als van morele aard. Het morele, en mijns inziens voor politici en sociale partners voornaamste, bezwaar bestaat hieruit dat met de introductie van de EGB het risque social principe van het sociale zekerheidssysteem op de helling wordt gezet. Door de introductie van de EGB ontstaat er, zo is de opvatting, een verschil tussen de sociale zekerheid van degenen die voornamelijk door privéomstandigheden arbeidsongeschikt zijn geworden en zij die voornamelijk door de arbeid ongeschikt zijn geworden. De oppositie in Nederland, zowel in de SER als in de Tweede Kamer, tegen een dergelijke vorm van risque professionel is sterk. Het zou een breuk betekenen met het in 1967 ingevoerde uitgangspunt van het niet langer van belang achten van het onderscheid tussen het professionele en het sociale risico.

Two to Tango: CAO en BW

De houding van SER en Tweede Kamer inzake de directe verzekering (EGB) leidt tot een *dilemma*. Enerzijds blijkt het aansprakelijkheidsrecht het vraagstuk van compensatie van beroepsziekten (en arbeidsongevallen) niet op te kunnen lossen. Daarvoor is het te selectief en te kostbaar. Anderzijds stuit het alternatief, dat ook nodig is om ervoor te zorgen dat Nederland aan de eisen van de ILO voldoet, in de vorm van een directe verzekering, in Nederland vooral op morele bezwaren. Hierdoor blijven we gevangenen van een relatief kostbaar en inefficiënt systeem van werkgeversaansprakelijkheid (en overigens ook een systeem dat ongelijke behandeling met zich meebrengt) waartegen min of meer dezelfde morele bezwaren kunnen worden geuit als tegen de introductie van een directe verzekering. De slachtoffers van een beroepsrisico blijven in deze situatie ook in de toekomst het kind van de rekening. Dat roept de vraag op of er niet een alternatief bestaat in plaats van de civiele aansprakelijkheid en de directe verzekering.

Mijns inziens biedt de cao een alternatief dat wel afrekent met de nadelen van de werkgeversaansprakelijkheid en niet de preventieve, politieke en morele (en praktische) nadelen van de directe verzekering kent.
Bovendien is een van de voordelen van de cao route het gegeven dat via veel cao's al enige traditie bestaat op het gebied van werknemerscompensatie. Uit een onlangs gehouden inventarisatie naar werknemerscompensatieregelingen in cao's [35] blijkt dat 256 cao's een dergelijke compensatieregeling bevatten. Deze cao's regelen de arbeidsvoorwaarden van 3.2.41.902 werknemers. Het betreft ongeveer 30% van het totaal aantal cao's (748) en iets meer dan de helft van het aantal werknemers dat onder een cao valt (6.1 miljoen). Alle 256 cao's kennen

[35] W.A. Eshuis, J. Gaarthuizen, R. Knegt, en M. Schaapman, *Werkgeverskosten in verband met arbeidsgerelateerde schade: bestuurlijke boetes en civielrechtelijke aansprakelijkheid,* Den Haag: Ministerie van SZW 2011.

een compensatie in verband met een arbeidsongeval. Die compensatie kan bestaan uit een uitkering krachtens een arbeidsongevallenverzekering, een aanvulling op het inkomen tijdens de eerste twee jaar ziekte, een aanvulling op de uitkeringen krachtens de WIA dan wel een combinatie van deze aanspraken. Sommige cao's voorzien in een vergoeding van de medische kosten die worden gemaakt als gevolg van het beroepsgerelateerde letsel. 19 cao's (voor 1.206.703 werknemers) kennen ook een aanvullingsregeling in verband met een beroepsziekte.

Het feit dat we in Nederland deze werknemerscompensatieregelingen kennen is in het licht van het debat over de eventuele introductie van de EGB zeer interessant. Terwijl de introductie van de EGB geblokkeerd wordt om, vooral, morele overwegingen, blijkt er tegelijkertijd, jarenlang, een systeem van werknemers-compensatie te bestaan voor meer dan de helft van de werknemers, waarvoor dat morele probleem niet geldt. Misschien is dat niet onlogisch. Immers deze vormen van werknemerscompensatie zijn niet ingebed in de sociale zekerheid, maar in de – collectieve – arbeidsvoorwaarden.

Daarnaast biedt de cao route een aantal andere voordelen van preventieve aard ten opzichte van een directe verzekering. Een van de belangrijkste voordelen is dat de meeste cao's een of meerdere afspraken over arbeidsomstandigheden kennen.[36] Van meer recente datum zijn de arbocatalogi, afspraken tussen sociale partners op brancheniveau over de invulling van wettelijke doelvoorschriften. Hierdoor is er een grotere kans om werknemerscompensatie goed in te bedden in het bestaande beleid van een bedrijf, branche of bedrijfstak ten aanzien van preventie, re-integratie en arbeidsvoorwaarden. Het geeft werkgevers en werknemers ook de mogelijkheid om de kosten van schadevergoeding te beheersen, en erop toe te zien dat werknemers met een beroepsziekte of arbeidsongeval niet tussen de wal en het schip terechtkomen.
Bovendien zijn sociale partners gewend om zelf vorm en inhoud te geven aan onderlinge afspraken en een voor de eigen sector geschikte taakverdeling met private en publieke partijen te ontwerpen. Sociale partners zijn daardoor zeer goed in staat het politieke probleem van de rolverdeling tussen private en publieke partijen op eigen wijze op te lossen.
Ook kan via de cao tegemoet worden gekomen aan de opvatting van onder andere de Hoge Raad en het Gerechtshof 's-Hertogenbosch dat de werkgever, naast zijn uit art. 7:658 BW voortvloeiende zorgplicht, een aanvullende verplichting heeft (op basis van art. 7:611 BW) om voor werknemers die, vanuit hun werkzaamheden als deelnemer aan het wegverkeer of in verband met geweld op het werk letselschade lijden, een behoorlijke verzekering af te sluiten.

---

36 A. Houtkoop, e.a., (2007). *Arboconvenanten 2007, een onderzoek naar borging en ontwikkeling van onderwerpen uit de arboconvenanten in cao's,* Ministerie van SZW, directie Uitvoeringstaken Arbeidsvoorwaardenwetgeving, Afdeling cao-onderzoek en beleids-informatie, Den Haag 2007.

Werknemerscompensatie via de cao kan ons dus heel goed uit het eerder geschetste dilemma bevrijden. Wat let ons om een rechtvaardiger, toegankelijker en preventiever stelsel van compensatie van letselschade door arbeidsongevallen en beroepsziekten te enten op het al bestaande fundament van cao-regelingen? Dat is in ieder geval niet het morele bezwaar dat geldt voor een directe verzekering zoals de EGB. Door het bewandelen van de cao route is een reorganisatie van de sociale zekerheid niet nodig en kunnen de uitgangspunten van ons stelsel van sociale zekerheid blijven bestaan.

Voor sociale partners betekent dit perspectief wel werk aan de winkel. Immers voor een deel van de cao's moet een geheel nieuwe adequate cao-regeling worden getroffen. Hieraan hebben sociale partners zich trouwens al gecommitteerd, zoals uit afspraken in de Stichting van de Arbeid blijkt.[37] Daarnaast zal in de overige cao's het werkingsgebied van de bestaande regelingen moeten worden uitgebreid en moeten bestaande bepalingen tegen het licht worden gehouden zoals de wijze van claimbeoordeling, de inhoud van een lijst van beroepsziekten, de hoogte van bovenwettelijke aanvulling en vergoeding, en de precieze wijze van vormgeving van de preventie, de wijze van uitvoering en het toezicht.

Tegen de cao route kunnen ook een aantal bezwaren worden ingebracht: het biedt geen garantie dat sociale partners ook daadwerkelijk vorm gaan geven aan werknemerscompensatie en de garantie van gelijke behandeling van slachtoffers ontbreekt. Daarnaast is het zo dat Nederland met een dergelijk vrijwillig beleid, nog niet aan de ILO verplichtingen voldoet, daar het niet garandeert dat alle werknemers, ook zij die niet onder een cao vallen, een beroep kunnen doen op een dergelijke regeling.

Deze bezwaren kunnen worden weggenomen door in het Burgerlijk Wetboek een bepaling op te nemen die de werkgever verplicht om een *regeling* te treffen die voorziet in compensatie van schade door arbeidsongevallen en beroepsziekten De bepaling in het BW dient in grote lijnen de inhoud van een dergelijke regeling te beschrijven, zoals de minimale hoogte van de financiële compensatie, de wijze van vergoeding van medische kosten en de aanvullende specifieke preventie van arbeidsongevallen en beroepsziekten. Mijns inziens zou de compensatieregeling de schade moeten vergoeden zodra deze tijdens de werkzaamheden is opgelopen, waarbij het al dan niet voldoen aan de zorgplicht dan niet meer van belang zou zijn. Dus reeds het enkele feit dat tijdens de werkzaamheden de werknemer schade heeft opgelopen door een arbeidsongeval dan wel een beroepsziekte leidt tot een verplichting tot schadevergoeding. Voor bijvoorbeeld de slachtoffers van de beroepsziekte OPS zou dit betekenen dat zij

---

[37] Stichting van de Arbeid, Publicatienummer: 15/2004. Hier in staat onder andere de volgende passage: aan het decentrale overleg wordt overgelaten om al dan niet tot afspraken te komen c.q. bestaande afspraken aan te passen aan het nieuwe stelsel, over sector-specifieke regelingen ter verzekering van beroepsrisico's.

een op basis van een dergelijke regeling een *welomschreven recht* hebben op een schadevergoeding en niet zoals nu, via het aansprakelijkheidsrecht een beperkte kans hebben op een schadevergoeding. Ik zou willen bepleiten dat de werknemer geen beroep meer kan doen op art. 7:658 BW voor zover de werkgever een adequate compensatieregeling heeft getroffen waarbij arbeidsgerelateerde schade wordt vergoed.
Het ligt voor de hand een en ander vorm te geven via een bepaling op basis van 3/4 dwingend recht, waarvan door middel van een cao kan worden afgeweken, mits natuurlijk wordt voldaan aan de minimumstandaarden van de BW bepaling. Op deze wijze wordt sociale partners de mogelijkheid geboden de regelgeving aan te passen aan de behoeften van de bedrijfstak of de onderneming.

Conclusie

In dit artikel is de stelling ingenomen en onderbouwd dat de huidige wijze van werknemerscompensatie van schade bij arbeidsongevallen en beroepsziekten door middel van de werkgeversaansprakelijkheid niet functioneert. Hoewel in theorie werkgeversaansprakelijkheid ruime mogelijkheden biedt tot compensatie, blijkt dit in de praktijk niet te werken. In plaats van wat door sommigen wel uitdijende werkgeversaansprakelijkheid wordt genoemd, is er sprake van een compensatie-probleem. Het systeem van werkgeversaansprakelijkheid compenseert onvoldoende, leidt tot ongelijke behandeling van mensen in dezelfde situatie en leidt ook niet tot preventie. Daarom dient werknemerscompensatie via werkgevers-aansprakelijkheid te worden vervangen door een beter systeem. Een directe verzekering wordt doorgaans als een goed alternatief gezien voor die werkgeversaansprakelijkheid. Echter dat alternatief stuit in Nederland op bezwaren van praktische, politieke en morele aard. Daarnaast zijn er twijfels over het preventieve gehalte van de directe verzekering.

Een oplossing kan worden gevonden op het grensvlak van arbeidsrecht en sociale zekerheid. Het BW zou werkgevers ertoe moeten verplichten voor hun werknemers een regeling te treffen die voorziet in compensatie van schade door arbeids-ongevallen en beroepsziekten voor situaties zoals geschetst in art. 7:658 BW en/of art. 7:611 BW. Via cao's kan aan dergelijke regelingen sectorspecifieke vorm en inhoud worden gegeven. Op het moment dat dergelijke regelingen tot stand zijn gekomen, kan afscheid worden genomen van de werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten.

BIBLIOGRAFIE VAN JAAP RIPHAGEN

- J. Riphagen 'Beschikbaarstelling voor arbeid en werkloosheid in het kader van art. 21 WW', *SMA* 1978, p. 34-45.

- J. Riphagen 'Werkloosheidsuitkering onder cessie of procesmachtiging – een hulpmiddel bij ontslagproblemen?', *SMA* 1978, p. 469-478.

- J. Riphagen 'Richtlijnen met betrekking tot toepassing van art. 14 WWV', *Sociaal Bestek* 1978, p. 320.

- J. Riphagen 'De onderbrekingsregeling – verbeteren of afschaffen?', *SMA* 1979, p. 822-830.

- J. Riphagen 'De gebruiksvoorwaarde van de Wet openbaarheid van bestuur voor de sociale zekerheid', *SMA* 1980, p. 453-463.

- J. Riphagen e.a. (red.), *Een sociale verzekeringsprocedure*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1980.

- J. Riphagen 'Enkele vragen rond de werkhervatting van de gedeeltelijk hersteld verklaarde werknemer', *SMA* 1981, p. 142-155.

- J. Riphagen 'Het wetsontwerp betreffende de ketenaansprakelijkheid', *TVVS* 1981, p. 177-184.

- J.Riphagen, 'Overzicht rechtspraak in arbeidszaken', *SMA* 1983, p. 49-64, 470-486 en 567.

- J.Riphagen, 'Overzicht rechtspraak in arbeidszaken', *SMA* 1984, p. 32-50, 107-108 en 197-198.

- J. Riphagen, *Ontslag en het recht op WW-uitkering. Een onderzoek naar de relatie tussen ontslag en de daarmee samenhangende sanctiebepalingen in het werkloosheidsrecht*, Deventer: Kluwer 1985.

- J. Riphagen 'Directeuren uit de WW, ZW en WAO', *BR* 1986, p. 414-418.

- J. Riphagen 'Het belang van het arrest Feldbrugge', *SR* 1986, p. 292-296.

- J. Riphagen, 'Vijftig jaar sociaal zekerheidsrecht', in: M.G. Rood (red.), *Vijftig jaar sociaal recht in Leiden. Bewerkingen van inleidingen*

gehouden op 30 mei 1986 te Leiden ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van de leerstoel sociaal recht aan de Rijksuniversiteit te Leiden, Deventer: Kluwer 1986, p. 77-92.

– J. Riphagen, 'Voorwaarden, sancties en weigeringsgronden in de NWW', *SMA* 1986, p. 113-125.

– J. Riphagen, 'Loonderving in verband met werkloosheid', in: A.PH.C.M. Jaspers en J. Riphagen (red.), *Schets van het Sociaal zekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 1987, p. 87-150.

– J. Riphagen, *Rechtspraak sociaal verzekeringsrecht in hoofdlijnen*, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1987.

– J. Riphagen e.a. (red.) *Snelheid van besluitvorming en rechtsbescherming op het terrein van het sociaal verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 1988.

– J. Riphagen, 'inleiding', 'loonderving in verband met werkloosheid', in: A.PH.C.M. Jaspers en J. Riphagen (red.), *Schets van het Sociaal zekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 1989, p. 13-32 resp. 105-175.

– J. Riphagen, *Rechtspraak in de sociale zekerheid: toegang tot Europa of toevlucht in de provincie?* (inaugurele rede Universiteit van Amsterdam), Deventer: Kluwer 1989.

– J. Riphagen, 'Rechtsvraag (191) sociale zekerheid', *AA* 1989, p. 892.

– J. Riphagen e.a. (red.), *Een sociale verzekeringsprocedure*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1989.

– J. Riphagen, 'Rechtvaardigheid versus doelmatigheid in het sociaal zekerheidsrecht', in: C.W. Maris e.a. (red.) *Recht, Rechtvaardigheid en doelmatigheid*, Arnhem: Gouda Quint en Deventer: Kluwer 1990, p. 216-231.

– J. Riphagen en C.J. Smitskam, 'De betekenis van art. 26 IVBPR voor de sociale verzekeringsrechtspraak', *NJCM-Bulletin*, p. 401-428.

– J. Riphagen, 'Beantwoording rechtsvraag sociale zekerheid: lozingsrecht', *AA* 1990, p. 113.

– J. Riphagen, 'Toegang tot de rechter in het sociaal verzekeringsrecht', *AA* 1990, p. 851.

– J. Riphagen, *Uitspraken sociaal zekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

– J. Riphagen, ‘inleiding’, ‘kring van verzekerden/terugvordering en uitvoeringsorganisatie’ en ‘prestaties in verband met werkloosheid’, in: A.PH.C.M. Jaspers en J. Riphagen (red.), *Schets van het Sociaal zekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 1991, p. 13-24, 25-48 resp. 106-173.

– J. Riphagen, ‘Rechtspraak over de “nieuwe” WW’, *AR* 1991, p. 240-250.

– J. Riphagen, ‘Inleiding’, ‘Kring van verzekerden/terugvordering en uitvoeringsorganisatie’, ‘Prestaties in verband met werkloosheid’, in: A.PH.C.M. Jaspers en J. Riphagen (red.), *Schets van het Sociaal zekerheidsrecht*, Deventer: Kluwer 1991, p. 13-24, 25-48 resp. 106-173.

– J. Riphagen, ‘Samenloop van sancties in het sociaal recht’, *NJB* 1992, p. 1370-1376.

– J. Riphagen, ‘Sociaal zekerheidsrecht in 38 uitspraken’ (bespreking van: W.H.A.C.M. Bouwens, J.J.A. Kooijman en F.M. Noordam, *Sociaal zekerheidsrecht in 38 uitspraken*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1991), *SMA* 1992, p. 323-324.

– J. Riphagen en T. van Peijpe, *Schets van het Nederlands ambtenarenrecht*, Deventer: Kluwer 1992, p. 82-127.

– J. Riphagen, ‘Ontbinding, opzegtermijn en WW-uitkering: de kantonrechter als uitkeringsinstantie?’, *AA* 1992, p. 212-219.

– J. Riphagen, ‘De TBA nader beschouwd’, *Themanummer SR* 1993, p. 243-248.

– J. Riphagen, ‘Draaideurconstructie exit?’, *AA* 1993, p. 288-295.

– J. Riphagen, ‘Nawoord op reactie op Draaideurconstructie exit’, *AA*, 1993, p. 552-553.

– J. Riphagen, ‘De ontbindende voorwaarde in de arbeidsovereenkomst: inbraak in een gesloten systeem?’, *AA* 1993, p. 828-833.

– J. Riphagen, ‘Privatisering als opgave en als probleem’, in: W.H.A.C.M. Bouwens e.a. (red.), *Sociaal recht: de grenzen verkend*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 381-404.

– J. Riphagen, ‘Sancties in de sociale zekerheid: bestuursrecht of strafrechtelijk bestuursrecht?’, *SCOSZ*, Deventer: Kluwer 1994.

– J. Riphagen en T. van Peijpe, *Schets van het Nederlands ambtenarenrecht*, Deventer: Kluwer 1994, p. 88-143.

– J. Riphagen, ‘Sanctierecht in de belastingen en de sociale zekerheid’ (bespreking van: J. Roording, *Sanctierecht in de belastingen en de sociale zekerheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994), *SMA* 1995, p. 607-609.

– J. Riphagen, ‘Problemen rond het ontslag op staande voet: de dringendheid, de gemaakte afspraken en de niet genoemde reden’, *AA* 1995, p. 888-895.

– J. Riphagen, ‘Rechtsvraag (241) Sociaal recht’, *AA* 1995, p. 229-230.

– J. Riphagen, ‘De malus in de eindfase?/de CRvB over de WAO-boetes’, *AA* 1995, p. 497-506.

– J. Riphagen, ‘Schets van het Nederlandse ambtenarenrecht’, *Rechtshulp* 1995, p. 412-42.

– J. Riphagen, ‘Ontslag in proeftijd en misbruik van bevoegdheid’, *AA* 1996, p. 703-711.

– J. Riphagen, ‘Privatisering: sanctietoepassing en privacy ’, in: P.F. van Loo e.a., ‘Privatisering in de sociale zekerheid’, *SCOSZ*, Deventer: Kluwer 1996, p. 56-66.

– J. Riphagen, ‘De CRvB en de “verborgen” ziekte: de ME-problematiek’, *AA* 1997, p. 884-889.

– J. Riphagen, ‘Ongelijkheidscompensatie in het sociaal-zekerheids-recht’, in: L. Betten e.a., *Ongelijkheidscompensatie als roode draad in het recht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 121-136.

– J. Riphagen, ‘Werkloosheid en sanctiebeleid’, *Rechtspraak sociale verzekering* 1997, p. 21-27.

– J. Riphagen, ‘De CRvB en de privacy: openheid of geslotenheid?’, *AA* 1998, p. 844-851.

- J. Riphagen, 'AxBxC-rechtseenheid of (nieuwe) rechtson-zekerheid Kantonrechter', *AA* 1998, p. 986-995.

- J. Riphagen en T. van Peijpe, *Schets van het Nederlands ambtenarenrecht*, Deventer: Kluwer 1998, p. 115-174.

- J. Riphagen, 'Naar een nieuwe rechtsorde in de sociale zekerheid?', in: A.C. J.M. Wilthagen e.a. (red.), *Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?*, Den Haag: Sdu 1999, p. 265-281.

- J. Riphagen, 'Ontslag, verwijtbare werkloosheid en de wet boeten en maatregelen: evenredigheid exit?', *AA* 2000, p. 886-892.

- J. Riphagen, 'Commentaar op art. 16 en 24 Werkloosheidswet', in: E. Verhulp e.a., *Tekst en commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 191-203.

- J. Riphagen, 'De WAO'(bespreking van: F.J.L. Pennings, *De WAO; serie monografieën sociaal recht*, Deventer: Kluwer 2000), *SMA* 2001, p. 517-518.

- J. Riphagen, 'Opzeggen en aanzeggen, reëel en fictief : De CRvB over artikel 16 lid 3 WW', *AA* 2001, p. 1004-1014.

- J. Riphagen, 'Ontslag en WW-uitkering na het afscheid van het duale stelsel', in: Reactie op het rapport van de adviescommissie Duaal Ontslagrecht, *SMA* 2001, p. 83-125.

- J. Riphagen, 'Medische beoordeling en werkhervatting: moet de werkgever betalen?', *AA* 2002, p. 907-916.

- J. Riphagen, 'Flexibele arbeidsrelaties en sociale zekerheid', in: E. Verhulp, e.a., *Flexibele arbeidsrelaties, Monografieën Sociaal Recht*, nr. 25, Deventer: Kluwer 2002, p. 229-272.

- J. Riphagen, 'Rechtsbescherming', in: E. Verhulp e.a., *Inleiding Nederlands ambtenarenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 177-214.

- J. Riphagen en L.J. Rogier, 'De toetsende rol van de rechter bij handhaving van het bestuursrecht', in: B.F. Beljaars, *Juridische samenwerking aan de Maas*, Deventer: Kluwer 2002, p. 61-86.

– J. Riphagen, ‘Commentaar op art. 16 en 24 Werkloosheidswet’, in: E. Verhulp e.a., *Tekst en commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 203-212.

– J. Riphagen, ‘Commentaar op art. 71a Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering’, in: E. Verhulp e.a., *Tekst en commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 213-217.

– J. Riphagen, ‘Het rapport Donner: de WAO uit – de WW in?’, *SMA* 2002, p. 168-181.

– J. Riphagen, ‘De contractuele of de fictieve opzegtermijn: artikel 16 lid 3 WW opnieuw ter discussie’, *AA* 2003, p. 867-874.

– J. Riphagen, Annotatie bij HR 11 juli 2003, *BNB* 2003/333, p. 3690-3692.

– J. Riphagen, ‘Commentaar op art. 16 en 24 Werkloosheidswet’, in: E. Verhulp e.a., *Tekst en commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 211-220.

– J. Riphagen, ‘Commentaar op art. 71a Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering’, in: E. Verhulp e.a., *Tekst en commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 221-228.

– J. Riphagen, ‘Rechtsbescherming’, in: E. Verhulp e.a., *Inleiding Nederlands ambtenarenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 187-224.

– J. Riphagen , Annotatie bij HR 3 december 2004, *BNB* 2005/120.

– J. Riphagen, ‘Verwijtbare werkloosheid in een nieuwe jas’, in: G.J. Vonk e.a., *Sociale zekerheid voor het oog van de meester*, Deventer: Kluwer 2006, p. 209-224.

– J. Riphagen, ‘Commentaar op art. 16 en 24 Werkloosheidswet’, in: E. Verhulp e.a., *Tekst en commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 229-244.

– J. Riphagen, ‘Commentaar op art. 71a Wet op de Arbeidsongeschiktheidsverzekering’, in: E. Verhulp e.a., *Tekst en commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 254-255.

– J. Riphagen, Annotatie bij HR 9 september 2005, *BNB* 2006/78.

– J. Riphagen, ‘Wederzijds begrip: de aansluiting tussen het arbeidsrecht en sociale zekerheidsrecht opnieuw bezien’, in: A. Jacobs e.a. (red.), *Inspirerende Fase in het sociaal recht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007, p. 227-238.

– J. Riphagen, ‘Commentaar op art. Wet Werk en Inkomen naar arbeidsvermogen’, in: E. Verhulp e.a., *Tekst en commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 289-292.

– J. Riphagen, ‘Commentaar op art. 16 en 24 Werkloosheidswet’, in: E. Verhulp e.a., *Tekst en commentaar Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 271-287.

– J. Riphagen, ‘Rechtsbescherming’, in: E. Verhulp e.a., *Inleiding Nederlands ambtenarenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 203-242.

– J. Riphagen, ‘Situatief arbeidsongeschiktheid – wie moet dat betalen?’, *AA* 2010, p. 106-111.

OVER DE AUTEURS

Prof. mr. W.H.A.C.M. (Willem) Bouwens is hoogleraar sociaal recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

Mr. dr. A.C. (Anita) Damsteegt is gerechtsauditeur bij de CRvB en gastonderzoeker aan de Universiteit Leiden.

Mr. dr. E. (Eddy) Dijt is raadsheer in het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Mr. M.J.A.C. (Malva) Driessen is universitair docent socialezekerheidsrecht aan de Universiteit van Maastricht.

Drs. W.A. (Wim) Eshuis is onderzoeker bij het Hugo Sinzheimer Instituut van de Universiteit van Amsterdam.

Mr. dr. P. (Pieter) Fluit is advocaat bij Stadhouders advocaten te Utrecht.

Mr. dr. E.J.A. (Edith) Franssen is universitair docent arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en advocate bij Loyens en Loeff N.V. te Amsterdam.

Prof. S. (Saskia) Klosse is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit van Maastricht.

Dr. R. (Robert) Knegt is directeur Onderzoek van het Hugo Sinzheimer Instituut van de Universiteit van Amsterdam.

Mr. dr. drs. B.B.B. (Linda) Lanting is universitair docent socialezekerheidsrecht en ambtenarenrecht aan de Universiteit van Amsterdam en Universiteit van Tilburg.

Prof. mr. F.J.L. (Frans) Pennings is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Utrecht en bijzonder hoogleraar internationaal socialezekerheidsrecht aan de Universiteit van Tilburg.

Mr. dr. S.S.M. (Saskia) Peters is universitair hoofddocent arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

Prof. mr. J.M. (Jaap) van Slooten is hoogleraar arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

Prof. mr. M. (Mies) Westerveld is bijzonder hoogleraar sociale rechtshulp en hoogleraar socialeverzekeringsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.