

PROCEDEREN INZAKE WEIGERING LOONDOORBETALING BIJ ZIEKTE: EEN ZEER ZELDZAAM VERSCHIJNSEL

AUTEURS

Mr P.E. Minderhoud,
Prof. mr I.P. Asscher-Vonk
en
Dr ir. T. Havinga

Op 1 maart 1996 is de Wet Uitbreiding Loondoorbetalingsplicht bij Ziekte (WULBZ) in werking getreden. Daarmee is ook de rechtsbescherming in verband met loonderving ten gevolg van ziekte veranderd.

In deze bijdrage is de vraag aan de orde of in minder gevallen een beroep wordt gedaan op de rechter in verband met de WULBZ-aanspraken dan in verband met ZW-aanspraken het geval was. Voorts is de vraag aan de orde waardoor een eventueel verschil wordt veroorzaakt.

Geconstateerd wordt dat inderdaad op grond van de WULBZ weinig wordt geprocedeerd. Voor de verklaring van dit verschijnsel is thans onvoldoende materiaal voorhanden. Verder onderzoek is nodig om dit verschijnsel te verklaren. Dat onderzoek zou ook licht kunnen werpen op algemenere vragen.

Inleiding

Op 1 maart 1996 is de Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte¹ (WULBZ) in werking getreden. Door deze wet is een aantal wijzigingen voornamelijk in het Burgerlijk Wetboek en in de Ziektewet ingevoerd. Het resultaat van deze wijzigingen is dat thans met betrekking tot de inkomensvorming van zieke werknemers als hoofdregel geldt, dat in geval van ziekte de werknemer voor een tijdvak van 52 weken recht behoudt op 70% van het naar tijdruimte vastgestelde loon, maar tenminste op het voor hem geldende wettelijk minimumloon (art. 7:629 lid 1 BW). Bovendien heeft de werknemer – hoewel verzekerd op grond van de Ziektewet – die uit hoofde van zijn dienstbetrekking aanspraak heeft op loondoorbetaling krachtens art. 629, in de regel geen aanspraak op ziekengeld (art. 29 ZW). Deze wetgevingsoperatie wordt wel aangeduid als 'privatisering van de Ziektewet'.²

Bedoelde privatisering is voorafgegaan door een gedeeltelijke privatisering. Op 1 januari 1994 trad de Wet Terugdringing Ziekte-verzuim (Wet TZ)³ in werking. Ook door deze wet werden wijzigingen in het BW en de Ziektewet gerealiseerd. In de Wet TZ werd voor wat betreft de verplichtingen van de werkgever in verband met de inkomensderving van de werknemer ten gevolge van ziekte onderscheid gemaakt tussen grote en kleine ondernemingen.

Art. 7A:1638c lid 1 BW (dat deze materie regelde voordat art. 7:629 BW werd ingevoerd) bepaalde dat de arbeider, wanneer hij ten gevolge van ziekte verhinderd is zijn arbeid te verrichten, voor een tijdvak van 6 weken aanspraak heeft op 70% van het naar tijdruimte vastgestelde loon,

maar tenminste op het voor hem geldende wettelijke minimumloon. Art. 29 lid 2 ZW bepaalde dat het ziekengeld – waarop in geval van ziekte aanspraak bestaat – niet wordt uitgekeerd over het tijdvak van zes weken, te rekenen vanaf de eerste dag van de ziekte.

Een belangrijke uitzondering op deze regel was neergelegd in lid 5 van art. 29 ZW: het ziekengeld van de verzekerde die in dienstbetrekking staat tot een werkgever die in een kalenderjaar aan de werknemers die tot hem in dienstbetrekking stonden, tezamen minder loon heeft betaald dan vijftien maal de gemiddelde loonsom per werknemer, wordt uitgekeerd na verstrijken van een periode van twee weken, te rekenen vanaf de eerste dag van de ongeschiktheid tot werken. Omdat lid 2 van art. 7A:1638c BW regelde dat in geval de arbeider een geldelijke vergoeding of uitkering krachtens verzekering in geval van ziekte toekwam, het loon werd verminderd met het bedrag van die uitkering, was in het algemeen de situatie zo dat grote werkgevers (meer dan 15 werknemers) zes weken het risico van loondoorbetaling in geval van ziekte droegen, en kleine werkgevers (minder dan 15 werknemers) twee weken.

Omdat de meeste ziektegevallen binnen korte tijd eindigen, en ieder langdurig ziektegeval eerst een periode van twee of zes weken heeft doorgeemaakt, was door deze regeling al een belangrijke privatisering van de opvang van het loondervingsrisico in geval van ziekte tot stand gebracht. Vóór de inwerkingtreding van de wet TZ was de opvang van loonderving in geval van ziekte als volgt geregeld. Art. 7A:1638c BW regelde dat de arbeider voor een betrekkelijk korte tijd zijn aanspraak behield op het naar tijdruimte vastgestelde loon, doch tenminste voor een periode van zes weken op het voor hem geldende minimumloon. Lid 2 en 3 van art. 29 ZW schreven voor dat het ziekengeld – 70% van het dagloon – werd uitgekeerd over een periode van 52 weken, maar niet over de eerste twee dagen van de arbeidsongeschiktheid. Op deze in lid 3 van art. 29 ZW neergelegde regeling van twee wachtdagen werd in vele gevallen een uitzondering gemaakt doordat in regelingen van de Bedrijfsverenigingen, die gebaseerd waren op art. 57 ZW, was neergelegd dat ook gedurende deze wachtdagen ziekengeld werd uitgekeerd. Eveneens vond men in dergelijke regelingen vaak uitkeringspercentages vastgesteld, die hoger waren dan de in art. 29 lid 1 ZW

voorgeschreven 70%.⁴ Naarmate de uitkeringen op grond van de Ziektewet op deze manier het loonverlies ten gevolge van ziekte vollediger compenseerden, nam de verantwoordelijkheid van de werkgever voor dit loonverlies af. De regeling in lid 2 van art. 7A:1638c bepaalde immers ook toen al dat het loon werd vermindert met het bedrag van de uitkering op grond van de verzekering.⁵ Bij de invoering van de Wet TZ is art. 57 ZW vervallen,⁶ waardoor deze wijze van compensatie niet meer mogelijk was.

Verschuiving van opvang van het loondervingsrisico bij ziekte

Voor de werkgever was het loondervingsrisico in geval van ziekte dus vóór 1 januari 1994 beperkt tot loondoorbetaling gedurende de eerste twee dagen van ziekte van de werknemer en het verschil tussen 70% van het dagloon en het bedongen loon. Dit risico was in veel gevallen bij de werkgever weggenomen doordat bovenwettelijke ziekingelduitkeringen daarvoor dekking boden. Het accent van de opvang van het inkomensverlies lag in de relatie tussen het uitvoeringsorgaan (vroeger de Bedrijfsvereniging, thans het Lisv) van de Ziektewet en de verzekerde werknemer. Het accent van de opvang van het inkomensverlies ten gevolge van ziekte ligt thans na de inwerkingtreding van de WULBZ daarentegen in de relatie tussen werkgever en werknemer. De periode dat de Wet TZ gold neemt een middenpositie in. Weliswaar moesten grote werkgevers volgens de Wet TZ het risico van loondoorbetaling tijdens ziekte dragen zonder dat daar de mogelijkheid van compensatie door ziekingeld tegenover stond, maar deze loondoorbetalingsverplichting bedroeg slechts een periode van zes weken. Kleine werkgevers konden reeds na een periode van twee weken ziekingeld in mindering brengen op het loon. Voor het gros van de werkenden is door de invoering van de WULBZ de ziekingelduitkering op basis van de ZW als inkomensgarantie vervallen. De uitvoering van de Ziektewet heeft nu alleen nog als doelstelling de inkomensbescherming van de zogeheten vangnetgevallen.⁷ Deze verschuiving van opvang van het risico van ziekte van een publiekrechtelijke regeling naar een privaatrechtelijke heeft ook een verandering van de instantie tot wie men zich in geval van geschil moet wenden, en een verandering van de daarbij toepasselijke procedure met zich meegebracht.

Ligt het accent bij de opvang van inkomensverlies ten gevolge van ziekte op de Ziektewet, en dus op de relatie tussen het uitvoeringsorgaan van de Ziektewet (voorheen de Bedrijfsvereniging, nu het Lisv) en de werknemer, dan leidt onenigheid over de vraag of van ziekte – en daarom van recht op ziekingeld – sprake is tot een beslissing waarvan – na bezwaar – beroep open staat bij de (administratieve kamer van de) rechtbank. Hoger beroep

staat open bij de Centrale Raad van Beroep. Van loonvorderingen ex art. 7:629 BW in geval van ziekte wordt volgens de gewone competentieregels (art. 39, 2e Wet op de Rechterlijke Organisatie) door de kantonrechter kennisgenomen. De noodzaak die loonvordering in te stellen kan bijvoorbeeld ontstaan doordat er verschil van mening is tussen werkgever en werknemer over de vraag of van verhindering tot het verrichten van de bedongen arbeid door ziekte – en daarom van een loondoorbetalingsverplichting van de werkgever – sprake is.

Implicaties voor de rechtsbescherming van de werknemer

Al vóór de totstandkoming van de Wet TZ werd gewezen op de implicaties voor de rechtsbescherming van de verschuiving van de verantwoordelijkheid voor de inkomensvoorziening van werknemers in geval van ziekte van de bedrijfsvereniging naar de werkgever.⁸ Ook de SVR had in een bijlage bij zijn advies *Terugdringing Ziekteverzuim*⁹ een aantal verschillen tussen de (nieuwe) kantongerechtsprocedure en de (oude) procedure voor de Raad van Beroep (de voorganger van de administratieve kamer van de rechtbank) op een rijtje gezet. Deze verschillen betroffen onder meer:

- door de weinige vormvoorschriften is de toegang tot de administratieve rechter gemakkelijker dan die tot de kantonrechter;
- de griffiekosten bij de administratieve rechter waren lager dan in een kantongerechtsprocedure;
- de Beroepswet heeft de mogelijkheid de ongelijkheid tussen werkgever en werknemer te compenseren door ondermeer een informatieplicht op de Bedrijfsvereniging te leggen, terwijl de kantongerechtsprocedure deze mogelijkheid niet kent;
- een karakteristiek van de procedure op grond van de Beroepswet was ook de zogeheten vrije bewijsleer, d.w.z. dat de rechter niet aan formele bewijsregels was gebonden;
- de in het kader van de Ziektewet geregelde 'vaste deskundigen'-procedure zou in een snelle behandeling voorzien.

Olbers voegt aan de door hem weergegeven opmerkingen van de SVR betreffende verschillen in rechtsbescherming nog toe de kostenveroordeling die een werknemer die een kantongerechtsprocedure verliest kan treffen.

In 1993 merkte Van Ettehoven¹⁰ naar aanleiding van onder andere de invoering van de Wet TZ op dat de kantonrechter bij een loonvordering waaraan een medisch geschil ten grondslag ligt – lijdelijk als hij is en gebonden aan het civiele bewijsrecht – de werknemer als eisende partij in beginsel zal opdragen de gestelde ongeschiktheid tot werken aan te tonen. Van Ettehoven concludeerde dat gelet op de kenmerken van het bestuursrecht, de kwaliteit van de rechtsbescherming in de beroepsprocedure bij de sector bestuursrecht van de rechtbank hoger is, zowel voor de werkgever als voor de werknemer, dan in

civielrechtelijke procedures. Van Ettehoven noemt in dit verband verschillende aspecten, waaronder de niet-lijdelijkheid van de bestuursrechter, de gewoonte van de bestuursrechter medisch deskundigen in te schakelen en de structurele afspraken die hij in verband daarmee heeft. Ook het SER-advies *Kabinetsvoornemens ZW, AAW en WAO* schetst de onderhavige problematiek.¹¹ Kooijman¹² heeft de weg van een loonvordering bij de kantonrechter als weinig aantrekkelijk beschreven, ook vanwege het risico dat de onderlinge verhoudingen tussen werkgever en werknemer verstoord raken. Hij wees er daarbij op dat de Wet TZ twee voorzieningen kende die de strekking hadden de zwakke positie van de werknemer te versterken, namelijk de in art. 39c lid 1 Ziektewet (oud) geregelde mogelijkheid dat de Bedrijfsvereniging bij een geschil over ongeschiktheid tot werken een onderzoek instelt en de in art. 39c lid 2 ZW (oud) geregelde mogelijkheid dat de Bedrijfsvereniging de werknemer op zijn verzoek ziekgeld uitkeert wanneer de werkgever in gebreke blijft het loon door te betalen. De betreffende voorzieningen zijn bij de invoering van de WULBZ vervallen. We kunnen concluderen dat, wat de rechtsbescherming betreft, in de literatuur gewezen is op de nadelen voor de 'zieke' werknemer van de overgang van een publiekrechtelijk inkomensbe-

schermingsysteem naar een (meer) privaatrechtelijk systeem. Een aantal verschillen in rechtsbescherming, die tot een nadelig effect kunnen bijdragen zijn hierboven genoemd. De lijst van verschillen tussen de beroepsgang in administratief beroep en een procedure voor de kantonrechter, zoals die uit de opmerkingen van genoemde auteurs valt te destilleren, is door de inwerking-treding van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en andere wijzigingen in de toepasselijke wettelijke regelingen niet meer helemaal actueel. Sommige van de genoemde nadelen zijn onder-vangen. Zo wordt bij geschillen over art. 7:629 BW een griffierecht van slechts f 50 geheven, volgt kostenveroordeling alleen bij kennelijk onredelijk gebruik van het procesrecht en is een *second opinion*-regeling in het leven geroepen (zie schema 1).

Er blijven echter, zo blijkt uit schema 1, tussen de procedure voor de administratieve rechter en die voor de kantonrechter nog steeds belangrijke verschillen aan te wijzen. Niet alle in de literatuur genoemde verschillen zijn gladgestreken. Bovendien zijn er mogelijk nog andere redenen waarom een civiele procedure in vergelijking met een administratieve nadelen met zich brengt voor de rechtzoekende.

De procedures zoals die gevoerd werden op grond van de Ziektewet verschillen van de procedures

Schema 1 Procedures inzake loon(dervingsvergoeding) bij ziekte¹³

	1993	1-3-1996 WULBZ	1-1-1994 Awb
<i>Wet</i>	ZW	BW	ZW
<i>Bepaling</i>	art. 19 ¹⁴	7:629 (NBW)	art. 19
<i>Instantie</i>	rechtbank	kantonrechter	rechtbank
<i>Procedure vlg</i>	Beroepswet ¹⁵	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering	Awb
<i>Hoger beroep</i>	CRvB	rechtbank	CRvB
<i>Griffierecht</i>	f 25 ¹⁶	f 50 ¹⁷	f 55 ¹⁸
<i>Begin procedure</i>	klaagschrift ¹⁹	dagvaarding	beroepschrift
<i>voor-procedure</i>	--	<i>second opinion</i> ²⁰	bezwaar ²¹
<i>Rol deskundigen</i>	vaste deskundige procedure ²³	<i>second opinion</i> ²²	kunnen worden opgeroepen ²⁴
<i>Stel- en bewijsplicht</i>	vrij	volgens normale regels ²⁵	vrij
<i>Versnelde procedure</i>	--	bij kantonrechter ²⁶ , plus president rechtbank kort geding	versnelde behandeling ²⁷
<i>Kostenveroordeling</i>	neen	alleen bij kennelijk onredelijk gebruik procedure ²⁸	alleen bij kennelijk onredelijk gebruik; vaste bedragen ²⁹

¹⁴ Datum invoering Algemene wet bestuursrecht

zoals die vanaf 1 maart 1996 gevoerd moeten worden teneinde een bij betwisting van de arbeidsongeschiktheid door de werkgever loon-doorbetaling tijdens ziekte af te dwingen (zie schema 1). Op 1 juli 1992 is de rechtspraak met betrekking tot sociale verzekering opgedragen aan de rechtbanken.³⁰ De procedure verliep volgens de voorschriften van de Beroepswet. In 1993, een peiljaar voor vergelijking van het aantal beroepszaken op grond van de Ziektewet in vergelijking met loonvorderingen op grond van art. 7:629 BW oordeelden dus de rechtbanken over beroepszaken Ziektewet, met toepassing van de Beroepswet. In 1994 is op procedures met betrekking tot sociale verzekeringsgeschillen de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van toepassing geworden. Voor inzicht in de wijzigingen die met betrekking tot de rechtsbescherming zijn opgetreden ten gevolge van de invoering van de WULBZ moet dus ook acht geslagen worden op de regels die ten gevolge van de Awb, thans, van toepassing zijn op procedures met betrekking tot geschillen over de Ziektewet.

Minder WULBZ-procedures dan ZW-procedures?

Bovenstaande uiteenzetting over de verschillen in rechtsbescherming voor de werknemer onder het regime van de Ziektewet en de WULBZ, leidt tot de volgende vraag. Wordt er in minder gevallen een beroep op de rechter gedaan ter beslechting van geschillen tussen werkgever en werknemer met betrekking tot loondoorbetaling in geval van ziekte, dan gedaan werd ter beslechting van een geschil tussen verzekerde en uitvoeringsorgaan met betrekking tot betaling van ziekgeld? Zo ja, hoe kan dat verschil in aantal worden verklaard?

Bij aanvang van het onderzoek ontbraken systematische gegevens over de eerste vraag.³¹ CBS-cijfers zijn onvoldoende uitgesplitst om nadere informatie over het aantal gevoerde procedures over weigering ziekgeld c.q. weigering loon-doorbetaling ingeval van ziekte te verstrekken. Een door het ministerie van Justitie uitgevoerde telling leverde in totaal 95 zaken op die landelijk in de periode 1 maart 1996 tot 1 september 1996 bij de griffies van het kantongerecht voor de eerste maal zijn geregistreerd. Hierin zijn geschillen over loondoorbetaling bij ziekte van vóór de WULBZ-periode ook meegeteld. De verwachting van het ministerie was dat pas na een jaar de instroom van het aantal zaken een stabiel karakter zou gaan krijgen. Hoewel de WULBZ op dit punt niet systematisch is onderzocht kwam uit een panelonderzoek onder werkgevers de schatting naar voren dat een weigering van loondoorbetaling in 1995 ongeveer vier maal per 1000 werknemers voorkwam. In minder dan de helft van deze gevallen zou volgens de werkgevers een *second opinion* door de bedrijfsvereniging volgen. Meestal werd daarbij de werknemer in het ongelijk gesteld. De indruk van het werkgeverspanel was ook dat loonvordering via de

rechter slechts sporadisch voorkwam en meestal in het voordeel van de werknemer verliep.³² Uit gegevens gebaseerd op een telefonische enquête onder 2959 werknemers blijkt dat 87 van de 933 werknemers (9%) die ziek zijn geweest klachten had over de procedures bij verzuim. Een kleiner aantal (3,5%) zegt problemen te hebben gehad. De meeste problemen en klachten betreffen onbegrip en weinig belangstelling van de werkgever voor de zieke werknemer en het niet voor handen zijn van aangepast of vervangend werk bij ziekte. Het weigeren van loondoorbetaling en het aanvragen van een *second opinion* bij twijfel of het verzuim wel terecht is, komt nauwelijks voor.³³ Onze indruk, gebaseerd op deze schriftelijke informatie over het functioneren van de WULBZ en op de tot nu toe geringe gepubliceerde jurisprudentie³⁴ was dat het aantal procedures bij de kantonrechter zeer gering is en dat het aantal procedures dat vroeger op basis van art. 19 ZW werd gevoerd veel hoger lag. Noordam kwam in SMA onlangs tot eenzelfde constatering, maar had ook geen systematische gegevens voorhanden.³⁵

Vergelijking van aantal procedures

Om meer kwantitatief inzicht in bovenstaande materie te krijgen, zijn bij drie arrondissementen gegevens verzameld over het aantal procedures bij de rechtbanken op grond van de Ziektewet (art. 19 lid 1) en het aantal procedures bij de kantongerechten in die arrondissementen op grond van art. 7:629 lid 1 BW in de periode na inwerkingtreding van de WULBZ (dus vanaf 1 maart 1996).

Om de cijfers over aantallen procedures met elkaar te kunnen vergelijken hebben we ons beperkt tot procedures inzake doorbetaling van loon c.q. beroepsprocedures na weigering ziekgeld in verband met betwisten van de arbeidsongeschiktheid. De ZW-procedures die in het rechtsgebied van een rechtbank plaatsvinden, zijn vergeleken met de loondoorbetalingsprocedures bij de kantongerechten, die in het betreffende arrondissement liggen. Op basis van toegankelijkheid van het archief en enige spreiding over het land is een keuze gemaakt voor de volgende drie arrondissementen:

- Rechtbank Amsterdam met de kantongerechten Amsterdam en Hilversum,
- Rechtbank Utrecht met de kantongerechten Utrecht en Amersfoort en
- Rechtbank Roermond met de kantongerechten Roermond en Venlo.

De rechtbanken is gevraagd naar het aantal procedures op basis van art. 19 Ziektewet lid 1 dat (per kwartaal of per jaar) aanhangig is gemaakt in de periode waarin deze geschillen bij de rechtbank terecht kwamen, dat wil zeggen na 1 juli 1992.³⁶ De kantongerechten is gevraagd hoeveel loonvorderingen in verband met betwiste arbeidsongeschiktheid op grond van art. 7:629 BW sinds de inwerkingtreding van de WULBZ op

1 maart 1996 (per kwartaal of per jaar) aanhangig zijn gemaakt. Er werd hierbij gewezen op het extra lage griffierecht van f 50 als mogelijkheid om deze procedures uit een geautomatiseerd systeem te selecteren. Het bleek niet mogelijk om procedures bij de kantongerechten in de periode waarin de Wet TZ van toepassing was (1 januari 1994 tot 1 maart 1996) te achterhalen. In de periode van de Wet TZ zouden geschillen gedurende de eerste 2 of 6 weken van de ziekte bij de kantongerechten terechtkomen, terwijl geschillen bij langduriger ziekte (na 2-6 weken ziekte) bij de rechtbanken bleven. De op deze manier verkregen cijfers over aantallen procedures geven slechts een ruwe indicatie. Indien bijvoorbeeld gebruik is gemaakt van het onderscheidende criterium van het lage griffierecht van f 50 zijn zaken die niet uitsluitend de loondoorbetaling betreffen niet meegeteld. Van de Kantongerechten van Utrecht en Amersfoort ontvingen we twee cijfers, het aantal WULBZ-zaken en het aantal WULBZ-zaken met verlaagd griffierecht. Het is niet helemaal duidelijk welke procedures bij de andere kantongerechten zijn meegeteld. Vergelijkbare verschillen kunnen zich voordoen tussen de verschillende rechtbanken. De Arrondissementsrechtbank Utrecht verstrekke bijvoorbeeld cijfers over Ziektewetzaken, waarbij een omschrijving werd aangegeven. Slechts 60%³⁷ hiervan heeft betrekking op art. 19 ZW lid 1. Het is lastig een vergelijking van de drie periodes te maken (oude ZW, Wet TZ, WULBZ). Zoals gezegd was het niet mogelijk cijfers te krijgen over aantallen procedures bij de kantonrechter in de tussenliggende periode van de Wet TZ. De meeste cijfers zijn per kwartaal verstrekt. Inwerkingtreding van een wettelijke regeling betekent echter niet dat na die datum op grond

van de voorgaande regeling geen procedures kunnen worden aangespannen. Dit maakt een exacte vergelijking moeilijk. Desalniettemin kan op basis van de verkregen cijfers een eerste antwoord worden gegeven op de vraag of het aantal procedures bij de kantonrechter op grond van art. 7:629 BW inderdaad zeer gering is in vergelijking met het aantal procedures dat vroeger bij de rechtbank werd gevoerd op basis van art. 19 ZW. In onderstaande tabellen zijn de cijfers weergegeven. De cijfers over procedures onder de oude ZW zijn moeilijk te interpreteren (tabel 1, 1992 en 1993). Amsterdam geeft geen cijfers, Utrecht geeft een zodanig laag aantal dat betwijfeld kan worden of deze gegevens correct zijn. De cijfers van de arrondissementsrechtbank Roermond geven voor de oude situatie een even groot aantal procedures als voor de tussenperiode van de Wet TZ.

Een vergelijking van het aantal procedures voor de invoering van de WULBZ (t/m eerste kwartaal 1996) en daarna laat zien dat bij alle drie onderzochte arrondissementsrechtbanken het aantal procedures sterk is teruggelopen.³⁸ De aantallen procedures ex art. 7:629 BW die bij de zes kantongerechten zijn aangespannen zijn zeer klein (zie tabel 2). Alleen bij het Kantongerecht Amsterdam is in de jaren 1996 en 1997 meer dan 1 zaak gemiddeld per maand ingeschreven. Bij de overige vijf kantongerechten is het aantal zaken verbluffend klein. Procedures op grond van art. 19 ZW zijn voor invoering van de WULBZ niet alleen gevoerd door werknemers die onder de huidige regeling aanspraak kunnen maken op doorbetaling van loon tijdens ziekte, maar ook door personen die, zonder dat zij een arbeidsovereenkomst in de zin van (nu) art. 7:610 BW hebben, verzekerd

Tabel 1

Aantal procedures ex art. 19 Ziektewet naar rechtbank en jaar (instroom vanaf 1 juli 1992)

	Arrondissementsrechtbank	Arrondissementsrechtbank	Arrondissementsrechtbank
	Amsterdam	Utrecht	Roermond
1992	onbekend	0	41
1993	onbekend	1	133
1994	340	189	105
1995	324	114	70
1996 1e kwartaal	85	48	18
1996 (vanaf 2e kwartaal)	186	62	37
1997	93	32	27
1998	onbekend	15	4

Tabel 2

Aantal procedures ex art. 7:629 BW (WULBZ-zaken) naar kantongerecht en jaar (instroom vanaf 1 maart 1996)

	Arrondissement Amsterdam		Arrondissement Utrecht ³⁹		Arrondissement Roermond	
	Amsterdam	Hilversum	Utrecht	Amersfoort	Roermond	Venlo
1996	15	5	0	0	0	1
1997	21	2	0	0	0	1
1998	1	0	0	0	0	4
totaal	37	7	6 (14)	0 (2)	0	6

zijn krachtens de Ziektewet.⁴⁰ Wellicht is een aanzienlijk deel van de procedures op grond van art. 19 Ziektewet, aangespannen door deze categorie verzekerden. Het is bovendien aannemelijk dat deze groep tussen 1993 en 1996 is gegroeid, al is het maar omdat in meer gevallen personen een gedeeltelijke arbeidsongeschiktheidsuitkering kregen, en zich vanuit werkloosheid ziek meldden.⁴¹ Wanneer we het aantal WULBZ-zaken bij kantongerechten en het aantal art. 19 ZW-zaken bij rechtbanken sinds de inwerkingtreding van de WULBZ tezamen vergelijken met het aantal art. 19 ZW-zaken voordien, blijkt sprake van een vermindering van gerechtelijke procedures over betaling van loon dan wel ziektegeld bij arbeidsongeschiktheid. Opmerkelijk is dat ook na de invoering van de WULBZ het aantal procedures bij de rechtbank groter is dan bij de kantongerechten. Ondanks de kanttekeningen die bij de gebruikte cijfers zijn geplaatst, kan op basis van het voorgaande worden geconcludeerd dat inderdaad het aantal procedures bij kantongerechten over doorbetaling van loon bij ziekte na invoering van de WULBZ uiterst gering is. Dit kan slechts gedeeltelijk worden verklaard doordat nog steeds procedures bij de rechtbank worden aangespannen door diegenen die nog zijn verzekerd krachtens de Ziektewet.

Mogelijke verklaringen voor gering aantal loondoorbetalingsprocedures

Mede op basis van een eerste door ons uitgevoerde telefonische inventarisatie onder één kantonrechter en zeven op dit terrein gespecialiseerde rechtshulpverleners, kunnen een aantal mogelijke verklaringen worden onderscheiden waarom na de invoering van de WULBZ er bij de kantonrechter weinig procedures over loondoorbetaling van de werkgever bij ziekte van de werknemer voorkomen. De belangrijkste verklaringen lijken te zijn de invloed die de verplichte *second opinion* heeft op het verdere verloop van het conflict en de hogere drempel die de WULBZ opwerpt om te procederen. Daarnaast kunnen nog enkele andere verklaringen worden genoemd.

Invloed *second opinion*

Eén van de belangrijkste verklaringen die gegeven wordt is, dat de *second opinion*, die de werknemer verplicht is om aan te vragen, alvorens een loondoorbetalingsprocedure te kunnen beginnen,⁴² een grote filterwerking heeft. Is de werknemer volgens deze *second opinion* niet arbeidsongeschikt, dan zal dit voor de werknemer een hoge barrière opwerpen om door te procederen. Volgens verschillende van de geraadpleegde rechtshulpverleners gaat een werknemer in een dergelijke situatie weer aan het werk of probeert op een ontbinding van de arbeidsovereenkomst aan te sturen. Alleen principiële zaken komen zo nog bij de rechter. Is de werknemer volgens deze *second opinion* wel arbeids-

ongeschikt, dan zal de werkgever doorgaans gewoon loon blijven doorbetalen. Bij de geraadpleegde rechtshulpverleners bestaat wel de indruk dat de werkgever eventueel via een ontbindingsprocedure de werknemer alsnog zal proberen kwijt te raken.

Daarnaast zou de bewijslast om aan te tonen dat er sprake is van ziekte voor de werknemer onder de WULBZ veel groter zijn geworden. Onder het regime van de ZW was het relatief eenvoudig voor de werknemer een procedure tegen de Bedrijfsvereniging te beginnen. De rechter schakelde veelal een deskundige in en die kwam vervolgens tot een oordeel dat er wel of geen sprake was van arbeidsongeschiktheid. Een *second opinion* moest, aldus verschillende rechtshulpverleners, in dit systeem als het ware via een juridische procedure verkregen worden. Deze deskundigen kwamen, volgens de betreffende rechtshulpverleners, bovendien vaak uit de curatieve sector en zouden eerder geneigd zijn tot arbeidsongeschiktheid te concluderen dan de verzekeringsgeneeskundigen, die nu in het kader van de WULBZ een advies geven.

De WULBZ heeft een hoge(re) drempel om te procederen

Aansluitend bij wat hierboven in de aangehaalde literatuur al werd opgemerkt, bestaat ook onder de geraadpleegde rechtshulpverleners de opvatting dat de drempel om te procederen in de huidige situatie hoger is dan onder het regime van de Ziektewet. Het privaatrechtelijke karakter van de procedure werpt een barrière op. In hechte sociale relaties zullen partijen conflicten zo veel mogelijk op een andere manier proberen op te lossen dan via de rechter.⁴³ Een arbeidsverhouding is doorgaans een hechte sociale relatie. Hechter in ieder geval dan de band met de bedrijfsvereniging. Rechtszaken over arbeidsconflicten vinden vooral plaats wanneer de arbeidsverhouding wordt beëindigd en daardoor de relatie verbroken.⁴⁴

Deze hogere drempel wordt door de regering overigens ontkend. Bij de behandeling van de begroting van het ministerie van Justitie voor 1998⁴⁵ antwoordde de regering op de vraag naar haar mening over de opvatting dat als gevolg van de privatisering van de Ziektewet werknemers veel moeilijker ziekingeld (lees: loondoorbetaling) kunnen eisen, omdat deze eis de arbeidsverhouding met de werkgever kan verstoren, dat er geen aanwijzingen zijn dat werknemers door deze privatisering moeilijker loon bij ziekte zouden kunnen eisen. De regering verwijst daarbij naar het hierboven aangehaalde rapport van De Beer en Fahrenfort uit 1997.

Overige verklaringen

Een aantal andere verklaringen, die genoemd worden maar die van minder groot belang zijn voor ons onderzoek, omdat ze het grote verschil in procederen op grond van ZW en WULBZ op

zich niet voldoende kunnen verklaren, zijn:

- de werknemer zou zich onder de WULBZ minder snel ziekmelden. Een indicatie voor deze stelling is dat het geregistreerd kortdurend verzuim afneemt. Daar staat tegenover dat het langdurend verzuim toeneemt. Het ziekteverzuim is van 1993 tot en met 1996 met een kwart gedaald. De daling was het sterkst in 1994, het eerste jaar na invoering van de Wet TZ.⁴⁶ Het verzuim in 1996 is ten opzichte van eerdere jaren het sterkst gedaald bij kleine bedrijven.⁴⁷ Inmiddels heeft de hoogte van het ziekteverzuim zich in 1997 ten opzichte van 1996 gestabiliseerd.⁴⁸

- de werkgever zou niet moeilijk doen bij een ziekmelding door de werknemer. De werkgever heeft het risico herverzekerd, waardoor de financiële prikkel om ziekteverzuim terug te dringen is weggefallen. Meer dan 75% van de werkgevers heeft het risico herverzekerd. Uit een telefonische enquête onder werknemers blijkt dat 71% (N= 2959) vindt dat ten aanzien van 'strengheid' van de kant van de werkgever niets is veranderd. 28% is van mening dat de werkgever strenger is geworden.⁴⁹

- door een verbetering van de arbeidsomstandigheden zou het ziekteverzuim eveneens zijn afgenomen en daardoor dus ook de conflicten daaromtrent.⁵⁰
- werkgevers zouden om het risico van (loon-doorbetaling bij) ziekte af te wentelen, zoeken naar vormen van flexibilisering van de arbeidsrelatie. Een van die vormen is het systeem van 'payrolling'. Volgens dit systeem werft en selecteert een bedrijf zijn personeel zelf en zet het vervolgens bij een uitzendbureau op de loonlijst.⁵¹ Hierdoor hopen werkgevers dat dit personeel onder de ZW blijft vallen.

- werkgevers nemen maatregelen om ziekteverzuimrisico's bij aanname van personeel te verminderen. Dit gebeurt onder andere door middel van het natrekken van referenties van sollicitanten, expliciet vragen/informereren naar gezondheid en het uitvoeren van (aanstellings)keuringen.⁵²

- ook de verscherping van WW-sancties bij verwijtbaar gedrag zouden een rol spelen bij de opstelling van de werknemer. De werknemer zou volgens een geïnterviewde rechtshulpverlener eerder 'eieren voor zijn geld kiezen' en weer aan het werk gaan, als hij daartoe maar enigszins in staat is. Hierdoor vermijdt hij het risico dat hij 'ongedekt' niet op zijn werk aanwezig is, wat als verwijtbaar in de zin van de WW wordt aangemerkt, indien hij ontslagen mocht worden.⁵³

Ontbinding in plaats van weigering loonbetalingverplichting

De indruk bestaat verder dat de werkgever soms bewust geen gebruik maakt van de bevoegdheid tot het stoppen van loonbetaling en vervolgens snel op een ontbindingsprocedure aanstuurt. Met name wanneer de Arbo-dienst een

werknemer niet arbeidsongeschikt acht, zou de werkgever nogal eens naar het middel van beëindiging van de arbeidsovereenkomst grijpen.

Werkgevers zouden volgens een aantal geraadpleegde rechtshulpverleners daarnaast meer dan vroeger bij de kantonrechter om ontbinding verzoeken van werknemers met een hoog ziekteverzuim, waarbij als grond dan verstoorde arbeidsverhoudingen of economische gronden worden aangevoerd.⁵⁴ Op kamervragen over dit onderwerp antwoordde de staatssecretaris van SZW dat uit overleg met de kantonrechters bleek dat zij niet de indruk hadden 'dat er tengevolge van de privatisering van de Ziektewet sprake is van een toename van ontbindingsverzoeken voor ziek personeel. Kwantitatieve gegevens zijn echter niet voor handen'.⁵⁵ Dit verschuivingsmechanisme is overigens zeer moeilijk te onderzoeken. Uit de rechterlijke vonnissen is lang niet altijd te achterhalen of een conflict over (loon-doorbetaling bij) ziekte een rol speelt bij het verzoek tot ontbinding. Zeker wanneer er sprake is van een zogeheten 'geregelde' ontbinding, bevat zowel de rechterlijke beschikking als het dossier zelf weinig informatie over de exacte redenen. Een dergelijke beschikking dient namelijk vooral om de aanspraken op een WW-uitkering voor de werknemer veilig te stellen.

Uit een steekproef onder bedrijfs- en verzekeringsartsen blijkt wel dat de nieuwe verantwoordelijkheidsverdeling tussen werkgever en werknemer tot een toename van arbeidsconflicten leidt.⁵⁶ In een onderzoek van Van Vuuren et al. constateren werknemersvertegenwoordigers dat die nieuwe verantwoordelijkheidsverdeling leidt tot een verslechtering van de arbeidsverhoudingen tussen werknemer en werkgever, bijvoorbeeld in de vorm van klikgedrag en intolerantie.⁵⁷

Een ander probleem dat in dit verband wordt gesignaleerd is dat de communicatie van de werkgever met de werknemer niet goed verloopt, wat ontslag of ontbinding wegens dringende redenen tot gevolg kan hebben. Een voorbeeld dat door de geraadpleegde rechtshulpverleners enkele malen werd genoemd, was dat de werknemer niet altijd op de hoogte werd gesteld van het feit dat hij op grond van de *second opinion* arbeidsgeschikt werd geacht. Het gevolg was dat de werknemer thuis bleef en het werk niet hervatte. Dit was vervolgens aanleiding voor de werkgever om de werknemer op staande voet te ontslaan.

Conclusie en verder onderzoek

Het enorme verschil in aantal ZW- en WULBZ-procedures is zeer opmerkelijk en intrigerend. Terwijl vroeger het aantal procedures ex art. 19 ZW per rechtbank in de honderden liep, zijn de bij de kantongerechten aangespannen WULBZ-zaken op één hand te tellen.

De tot nu toe verzamelde informatie en cijfers roepen diverse vragen op en geven aanleiding om dit onderwerp nader te onderzoeken. Waarom

spannen werknemers na het in werking treden van de WULBZ zo weinig procedures inzake loon- doorbetalingsverplichtingen aan? Hoe lossen werkgevers en werknemers conflicten rondom arbeidsongeschiktheid op? Welk van de hierboven genoemde mogelijke redenen geven een substantiële verklaring? Om deze vragen beter te kunnen beantwoorden zal ook ander materiaal moeten worden verzameld. Aan de hand van een inhoudelijke analyse van de bij de geselecteerde kanton- gerechten aangetroffen WULBZ-zaken kan in ieder geval een beeld verkregen worden in wat voor soort zaken er wel geprocedeerd wordt. Daarnaast is de vraag interessant in hoeverre ont- bindingsprocedures gebruikt worden om conflic- ten inzake ziekte 'op te lossen'. Beantwoording van deze vraag kan gebeuren door een analyse van (een deel van) de bij de betreffende kanton- gerechten aanhangig gemaakte ontbindingszaken op dit punt. Ook de filterwerking van de *second opinion* vraagt om verdere studie. Verder onderzoek kan ook een licht werpen op algemenere vraagstukken. De bedoeling van de privatiseringsoperatie die in de WULBZ zijn neerslag vond, is dat de rechten van de werkne-

mer materieel niet zouden veranderen.⁵⁸ In hoe- verre is een ander effect, wat de rechtsbescher- ming betreft, op te vatten als een verandering in de rechten en plichten van de werknemer? In hoeverre betekent de keuze voor alternatieve wijzen van geschiloplossing, bijvoorbeeld ont- binding van de arbeidsovereenkomst in geval van geschil over doorbetaling van loon bij onge- schiktheid wegens ziekte, een kwalitatieve ver- slechtering van de relatie? Ook kan het onder- zoek bijdragen aan een antwoord op de vraag in hoeverre privaatrechtelijke regelingsmethoden, door de daaraan verbonden wijze van handha- ving afbreuk doen aan de mogelijkheid van de justitiabele door middel van een beroep op de rechtër zijn belangen te verdedigen. In deze bij- drage is een eerste, vooral kwantitatieve, aanzet gegeven voor genoemd onderzoek. Het entame- ren van verder onderzoek komt wenselijk voor.

* P.E. Minderhoud, I.P. Asscher-Vonk en T. Havinga zijn als universitair docent Rechtssociologie, hoog- leraar Sociaal Recht en universitair hoofddocent Rechtsociologie werkzaam bij de Faculteit der Rechtsgeleerdheid (KUN).