

ANNOTATIE

Laatste resten van het risicostelsel definitief verlaten?

A. Wit

*Annotatie bij Centrale Raad van Beroep, 21-08-2019,
ECLI:NL:CRVB:2019:2785 (AR-2020-0027, SZR-2019-0034)*

1 Inleiding

Met de inwerkingtreding van de Wet Harmonisatie en vereenvoudiging socialezekerheidswetgeving, *Stb.* 2010, 867, op 1 januari 2011 kwam het bepaalde in artikel 44 van de Ziektewet (hierna ZW) te vervallen.

Het bepaalde in artikel 44 ZW werkte tot 1 januari 2011 als volgt:

degenen die reeds volledig ongeschikt waren bij aanvang van de verzekering en degenen die binnen een half jaar na aanvang van de verzekering ongeschikt werden,

konden op deze grond worden uitgesloten van het recht op ziekengeld.

Voor degenen genoemd onder (b) gold daarbij als aanvullende voorwaarde, dat de gezondheidstoestand van de verzekerde ten tijde van de aanvang van de verzekering de uitval kennelijk moest doen verwachten binnen een half jaar.

Het behoeft geen verdere uitleg dat met het laten vervallen van artikel 44 ZW tevens een van de grondbeginselen van de verzekeringsgedachte is verlaten. Indien de verzekerde gebeurtenis zich heeft voorgedaan voorafgaand aan de aanvang van de verzekering bestaat binnen de verzekeringsgedachte immers geen recht op uitkering.

Op basis van artikel 44 ZW (tekst tot 1 januari 2011) kon het UWV een min of meer beperkte risicoselectie toepassen voor degenen die in aanmerking wilden komen voor ziekengeld. Omdat toepassing door het UWV van het bepaalde in artikel 44 ZW moeilijk uit te voeren was, vrijwel steevast leidde tot procedures met een ongewisse afloop voor het UWV en de wetgever de mening was toegedaan dat iedere persoon enig arbeidsvermogen heeft, werd besloten om het bepaalde in artikel 44 ZW te laten vervallen.

De aanvullende redenen van de wetgever om het bepaalde in artikel 44 ZW te laten vervallen werden gevormd door het beginsel van de rechtszekerheid voor de werknemer in combinatie met de gedachte dat verplichte premieafdracht niet meer mocht leiden tot uitsluiting van het recht op uitkering. Het argument van de verplichte premieafdracht en achteraf geen recht op uitkering is in dit verband enigszins merkwaardig omdat premieafdracht *an sich* niet per definitie leidt tot een recht op uitkering. Het omgekeerde geldt evenzeer. Immers, het recht op uitkering is gekoppeld aan het begrip verzekerde werknemer in artikel 20 ZW en niet aan de premieafdracht. Met andere woorden: een werknemer heeft in beginsel recht op ziekengeld ook indien door de werkgever nimmer premieafdrachten voor hem/haar zijn gedaan.

In de parlementaire geschiedenis van het Wetsvoorstel Harmonisatie en vereenvoudiging socialezekerheidswetgeving is geen afweging te vinden waaruit zou kunnen worden opgemaakt dat de wetgever ook de belangen van de werkgever tevens eigenrisicodragers ZW heeft meegewogen bij zijn beslissing om het bepaalde in artikel 44 ZW te laten vervallen. Dit punt kan zeker als een omissie van de wetgever worden aangemerkt, omdat een werkgever tevens eigenrisicodragers ZW met het vervallen van artikel 44 ZW vrijwel per definitie gedurende de gehele wachttijd van 104 weken ziekengeld zal moeten betalen aan een (ex)-werknemer die objectief gezien reeds volledig ongeschikt was bij aanvang van de verzekering ingevolge de ZW.

Een werkgever tevens eigenrisicodragers ZW kon in voorkomende gevallen na 1 januari 2011 nog gebruikmaken van door de CRvB ontwikkelde 'uitsluitingsgronden' in het kader van het recht op ziekengeld.

2 'Uitsluitingsgronden' binnen de jurisprudentie van de CRvB

Op grond van de jurisprudentie van de CRvB geldt sinds jaar en dag het uitgangspunt dat de laatstelijk feitelijk verrichte arbeid de maatstaf vormt voor het begrip 'zijn arbeid' in de zin van artikel 19 ZW en dus voor het antwoord op de vraag of een verzekerde nog langer ongeschikt is voor dat werk. Op voornoemd uitgangspunt van de CRvB geldt slechts een beperkt aantal uitzonderingen, te weten:

1. Voor de werknemer die de wachttijd heeft volbracht en aansluitend minder dan 35% arbeidsongeschikt wordt geacht wegens geschiktheid voor passende functies geldt, dat zijn arbeid wordt gevormd door een van de in het kader van de Wet WIA geduide functies afzonderlijk. Indien deze werknemer zich na de WIA- beoordeling ziek meldt vanuit de WW en geen feitelijke werkzaamheden heeft verricht voorafgaand aan de ziekmelding vormen de in het kader van de Wet WIA geduide functies ieder afzonderlijk de maatstaf 'zijn arbeid'.
2. Indien sprake was van een mislukte poging tot werkhervatting werd de maatstaf 'zijn arbeid' niet gevormd door de laatstelijk verrichte arbeid maar door de maatstaf 'zijn arbeid' die voordien gold. In de onder 1 beschreven situatie betekende het leerstuk mislukte poging tot werkhervatting dat na een mislukte poging tot werkhervatting de maatstaf 'zijn arbeid' nog steeds werd gevormd door de eerder geduide functies afzonderlijk en dus niet de laatstelijk verrichte arbeid voorafgaand aan de ziekmelding.

In aanvulling op deze uitzondering kan worden opgemerkt dat de mislukte poging tot werkhervatting van korte duur moest zijn geweest.

De uitzondering op het uitgangspunt 'zijn arbeid is de laatstelijk feitelijk verrichte arbeid' zoals beschreven onder punt 2 schuurt dicht langs de met ingang van 1 januari 2011 geschrapte uitsluitingsgronden genoemd in artikel 44 ZW. Immers, op grond van het door de CRvB ontwikkelde leerstuk mislukte poging tot werkhervatting wordt de laatstelijk verrichte arbeid buiten beschouwing gelaten als verzekerd object.

De CRvB is vanaf 21 augustus 2019 van oordeel dat het leerstuk mislukte poging tot werkhervatting met als gevolg een andere maatstaf 'zijn arbeid' niet langer houdbaar is. De CRvB doet voor deze ommezwaai een uitgebreid beroep op de redenen die de wetgever ertoe hebben gebracht om het bepaalde in artikel 44 ZW te laten vervallen. Dat de uitspraak van 21 augustus 2019 geen eendagsvlieg is moge blijken uit de inmiddels gepubliceerde tussenuitspraken in ECLI:NL:CRVB:2019:2866 en ECLI:NL:CRVB:2019:2979.

3 Gevolgen van de uitspraak van de CRvB

Indien de werkingssfeer van het leerstuk mislukte poging tot werkhervatting wordt beperkt tot de situatie van een werkhervatting na een doorlopen wachttijd lijken de gevolgen voor de laatste nieuwe werkgever op het eerste gezicht beperkt, omdat de werknemer in kwestie een no-riskpolisstatus heeft ingevolge artikel 29b ZW. De no-riskpolisstatus brengt tevens mee dat een werkgever tevens eigenrisicodragers ZW niet belast is met de uitvoering van de ZW voor deze ex-werknemer, omdat een ex-werknemer met een no-riskpolisstatus niet wordt genoemd in artikel 63a lid 1 ZW, de bepaling waarin is geregeld voor welke ex-werknemers een eigenrisicodragers ZW verantwoordelijk is.

Het leerstuk van de mislukte poging tot werkhervatting werd in de praktijk ook wel gebruikt in de situatie dat de zieke werknemer nog in de wachttijd verkeerde en in de loop van de wachttijd andere werkzaamheden had aanvaard en zich kort na deze werkaanvaarding bij een andere werkgever weer ziek meldde. Op grond van de hiervoor weergegeven uitspraken van de CRvB is het niet goed denkbaar dat deze variant op het leerstuk mislukte poging tot werkhervatting door de CRvB geaccepteerd zal worden. Hetzelfde geldt voor het standpunt dat de verzekerde het verkeerde werk heeft aanvaard en deswege ongeschikt was voor zijn arbeid. De uitspraken van de CRvB van 21 augustus 2019 en in het voetspoor daarvan de uitspraak van 5 september 2019 (ECLI:NL:CRVB:2019:2979) bieden geen ruimte meer om ziekengeld te weigeren dan wel de maatstaf 'zijn arbeid' te wijzigen op een grondslag die overeenkomsten vertoont met de vanaf 1 januari 2011 expliciet door de wetgever verlaten verzekeringsgedachte. Met andere woorden: een (beperkte) risicoselectie op deze gronden of daarmee vergelijkbaar behoort vanaf 21 augustus 2019 definitief tot het verleden.

4 Positie van de werkgever tevens eigenrisicodragers ZW na 21 augustus 2019

Zoals hiervoor aangegeven bieden de uitspraken van de CRvB vanaf 21 augustus 2019 (ECLI:NL:CRVB:2019:2785) geen ruimte meer om met succes te betogen dat het ziekengeld

beëindigd moet worden vanwege een mislukte poging tot werkhervatting en impliciet dat sprake is geweest van doorlopende ongeschiktheid. Indien de problematiek wordt gezien vanuit de invalshoek van het UWV als uitvoerder van de ZW dan resteert slechts één conclusie: er bestaat recht op ziekengeld voor deze werknemer in ieder geval tot een hersteldverklaring, tot de eerstejaars ZW-beoordeling (EZWB) of tot het einde van de nieuwe wachttijd (EWT).

Het is de vraag of de uitspraak van de CRvB van 21 augustus 2019 een-op-een geldt voor werkgevers tevens eigenrisicodrager ZW.

Een mogelijke *escape* voor de werkgever tevens eigenrisicodrager ZW is wellicht gelegen in de uitspraken van de CRvB van 12 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2465, ECLI:NL:CRVB:2017:2466, ECLI:NL:CRVB:2017:2504 en ECLI:NL:CRVB:2017:2507. Deze uitspraken wijzen alle op de mogelijkheid voor de werkgever tevens eigenrisicodrager ZW om een beschikking te vragen aan het UWV over een eerdere ongeschiktheidsdag waardoor toerekening van het ziekengeld niet kan plaatsvinden aan de werkgever tevens eigenrisicodrager ZW. De ongeschiktheid van de betreffende werknemer is immers niet ontstaan tijdens het dienstverband met de (laatste) werkgever tevens eigenrisicodrager ZW, welk gegeven de basis vormt voor de toerekening. De juridische basis voor zo'n verzoek aan het UWV is gelegen in het bepaalde in artikel 52c ZW, en de juridische basis voor het niet toerekenen aan de werkgever tevens eigenrisicodrager ZW is zeer duidelijk weergegeven in artikel 2.13 lid 4 onder a van het Besluit Wet financiering sociale verzekeringen, *Stb.* 2005, 585.

Indien de uitspraken van de CRvB uit 2017 los worden gezien van de uitspraken van 2019 dan bieden de uitspraken van 2017 nog steeds de mogelijkheid om de eerste ongeschiktheidsdag te verleggen met als doel dat de werkgever tevens eigenrisicodrager ZW niet het spreekwoordelijke 'haasje' is in die zin dat ook de werkgever tevens eigenrisicodrager ZW ziekengeld moet betalen tot een eventuele hersteldverklaring, de EZWB of EWT.

In essentie staat de CRvB in een zaak met een geclaimde eerdere ongeschiktheidsdag voor het antwoord op de vraag of voor een werkgever tevens eigenrisicodrager ZW andere uitgangspunten dienen te gelden dan voor het UWV.

Het gebrek aan afwegingen van de wetgever bij de totstandkoming van de wet Harmonisatie en vereenvoudiging socialezekerheidswetgeving zoals hiervoor aangegeven kan wellicht in het voordeel van de werkgever tevens eigenrisicodrager ZW werken.

To be continued.

De Geinbrug

mr. Arie Wit