

Pembaperikelen

ik ben ook
arbeidsongeschikt -
maar gelukkig ben ik
heél geschikt om leiding
te geven...



De Pemba-regeling moet werkgevers stimuleren om werknemers buiten de WAO te houden. Actuele rechterlijke uitspraken hebben deze regeling nog niet zo kunnen bijsturen dat nu zeker wordt voldaan aan het EVRM-vereiste van een eerlijk proces.

mr. drs. S.F.H. Jellinghaus
vakgroep sociaal recht en sociale politiek,
KUB, en advocaat te Tilburg

Het komt nogal eens voor dat de rechter een wettelijke regeling buiten werking stelt. Wie herinnert zich de bonus-malusuitspraken niet?¹ In een aantal uitspraken van 20 juli 2001 heeft de Centrale Raad van Beroep de zogenaamde Pemba-regeling danig overhoop gehaald.² Op dit moment liggen nog veel zaken bij de rechter, ook daarom is het bespreken van de reeds gedane uitspraken de moeite waard.

De regering heeft voor haar beleid het adagium 'Werk, werk, werk' als uitgangspunt gekozen. Er wordt getracht om zoveel mogelijk mensen, onder wie arbeidsongeschikten, op de arbeidsmarkt te laten (blijven) werken. Hiertoe zijn diverse reïntegratie-instrumenten in de wetgeving opgenomen. Daarbij wordt ook gebruik gemaakt van financiële prikkelingen.

Eén van de genomen maatregelen is het zoveel mogelijk voorkomen van het instromen van werknemers in de WAO. Daarbij heeft de wetgever het wenselijk geacht werkgevers (financieel) te stimuleren om werknemers uit de WAO te houden; daarnaast is er vanzelfsprekend de algemene verplichting van de werkgever om ziekteverzuim zoveel mogelijk te bestrijden.³ Om dit te bereiken is de Wet Premiedifferentiatie en Marktwerking bij Arbeidsongeschiktheidsverzekeringen, kortweg Pemba, in het leven geroepen.⁴ Kortweg komt de regeling

erop neer dat de hoogte van de WAO-premie niet meer voor alle werkgevers gelijk is, maar afhankelijk van het aantal werknemers dat in de WAO is afgevoerd.⁵ Daarnaast bestaat ook de mogelijkheid dat een werkgever ervoor kiest om het risico van een WAO-uitkering geheel zelf te dragen voor de duur van vijf jaren.⁶

Een werkgever ondervindt dus financiële consequenties wanneer aan een van zijn werknemers een arbeidsongeschiktheidsuitkering wordt toegekend. Dit geldt voor de risicodragende werkgever én voor de premieplichtige werkgever. Beiden kunnen dan ook worden aangemerkt als belanghebbende in de zin van de Awb en beschikken over het recht om bezwaar en beroep in te stellen tegen een WAO-toekenningsbeslissing.⁷

De WAO-premie voor werkgevers is afhankelijk gemaakt van het aantal werknemers dat in de WAO raakt

Oneerlijk proces

Mag de werkgever een kopie van het hele dossier van de werknemer ontvangen? Bij de beantwoording van deze vraag komt de

afweging van de privacy van de werknemer versus het processuele belang van de werkgever om de hoek kijken. De wetgever heeft hierin voorzien door in de WAO een medische-besluitenregeling op te nemen die afwijkt van de Awb-regeling.⁸ De werkgever ontvangt de medische stukken uitsluitend wanneer de werknemer hiervoor toestemming verleent. Wanneer dit niet het geval

Beroep heeft thans duidelijkheid verschaft. In zijn uitspraken geeft de Centrale Raad allereerst aan dat wanneer een werknemer instemt met het verstrekken van de gegevens, dit probleem niet speelt. Een werkgever kan dan niet met succes een beroep doen op het argument van een oneerlijk proces (*equality of arms*).¹⁰

Vervolgens oordeelt de Centrale Raad

rechter bijzondere toestemming heeft gekregen en dat deze gemachtigde(n) – voor zover het de medische aspecten betreft – in plaats van de werkgever treden.’ Dan is er nog geen sprake van ‘op geheel gelijke voet als de werknemer en het bestuursorgaan aan het geding’ deelnemen, maar de gemachtigde moet in staat worden geacht ‘al dan niet in samenwerking met een arts, de belangen van de werkgever in voldoende mate te behartigen.’

De oplossing van de Centrale Raad van Beroep garandeert niet dat een in persoon procederende werkgever niet wordt benadeeld

is, dan bepaalt art. 7:88c WAO:

- Inzage in, dan wel kennisname of toezending van enig stuk, dat medische gegevens bevat, is voorbehouden aan een gemachtigde van de werkgever die arts is.
- De gemachtigde, die arts is, treedt in de plaats van de werkgever bij:
 - de voorbereiding van het medische besluit;
 - het opstellen van een bezwaar- of beroepschrift;
 - de behandeling van een bezwaar of een beroep;
 - voor zover betrekking hebbend op medische gegevens.

Verschaft deze procedure wel voldoende waarborgen? Met andere woorden: voldoet deze regeling aan de vereisten van art. 6 EVRM? Over deze kwestie werd in de lagere rechtspraak en de literatuur verschillend gedacht.⁹ De Centrale Raad van

dat hiervan wél sprake is wanneer de werkgever niet beschikt over het gehele medische dossier. Alsdan beschikken niet alle partijen over dezelfde informatie. Dit geldt eens te meer nu de in de wet genoemde medicus niet in staat is om een en ander op juridische merites te beoordelen. Daarnaast is overleg van de arts-gemachtigde met zijn opdrachtgever niet toegestaan. Hierdoor is deze regeling in de ogen van de Centrale Raad dan ook in strijd met het EVRM.

De Raad laat het echter niet hierbij, hij geeft ook een oplossing: de administratieve rechter kan in voorkomende gevallen bepalen ‘dat inzage in dan wel de kennisneming of toezending van medische gegevens van de werknemer is voorbehouden aan een gemachtigde van de werkgever die arts of advocaat is dan wel daartoe van de

Tot in Straatsburg

Het is nog maar de vraag of met deze constructie wel is voldaan aan de fundamentele eisen van het procesrecht. Wat is nu daadwerkelijk bereikt?



De werkgever kan nog steeds niet het dossier van zijn werknemer inzien. Wanneer daarbij ook nog in ogenschouw wordt genomen dat de werkgever in het bestuursrecht niet eens verplicht is om een advocaat/gemachtigde in te schakelen, kunnen in mijn ogen vraagtekens worden geplaatst bij deze oplossing van de Raad.

Het verdragsrecht geeft echter aan dat niet een algehele gelijkheid van partijen behoeft te bestaan. Volgens art. 6 EVRM moet sprake zijn van een eerlijk proces. Blijkens de jurisprudentie van het Europese Hof betekent dit dat onder andere het beginsel van 'equality of arms' moet worden gewaarborgd. Dit heeft er in het verleden onder andere toe geleid dat in belasting- en strafcassatiezaken partijen nog in de gelegenheid worden gesteld om op de conclusie van de advocaat-generaal te reageren.¹¹ Uiteindelijk oordeelt het Europees Hof of de procedure in zijn geheel aan de criteria voor een eerlijk proces zoals bedoeld in art.

6 EVRM voldoet.¹²

Onder deze omstandigheden is het nog maar de vraag of de door de Centrale Raad gekozen tussenoplossing voldoet aan de verdragsrechtelijke eisen. Wordt bijvoorbeeld een in persoon procederende werkgever niet benadeeld? In hoeverre valt te betogen dat alle partijen over dezelfde informatie beschikken? Bestaan binnen de uitvoeringsinstellingen 'Chinese Walls'? Te verwachten valt dat deze procedures nog tot Straatburg zullen worden doorgevoerd.



Noten

- Zie onder andere Centrale Raad van Beroep 15 februari 1995 (*JB* 1995, nr. 64) en Centrale Raad van Beroep 28 mei 1998 (*JB* 1998, nr. 150).
- Deze zijn onder andere gepubliceerd in *AB* 2001, nrs. 252 en 253, *USZ* 2001, nrs. 197, 198, 199 en 200 en *ELRO* AB2857, AB2858, AB2859, AB2860 en AB2871. De uitspraken zijn ook besproken in een annotatie door Pennings onder de uitspraken in de *AB* en door Barentsen in *USZ* 2001, p. 742-745. Ook zullen de uitspraken door Homan worden besproken in het oktobernummer van *Arbeid Integraal*.
- Zie bijvoorbeeld art. 4 Arbeidsomstandighedenwet.
- Wet van 24 april 1997, *Stb.* 1997, nr. 175. Zie hieromtrent nader F. Noordam, *Sociale Zekerheidsrecht*, Deventer 2000, p. 357-358.
- Vide art. 76a jo art. 78 WAO.
- Vide art. 75 WAO. Een dergelijke beslissing kan overigens wel ter advisering aan de ondernemingsraad worden voorgelegd.
- De ontvankelijkheid van een werkgever (niet-eigen-risicodrager) is door de Centrale Raad van Beroep aangenomen, vide zijn uitspraak van 12 februari 2001, *RSV* 2001, nr. 82. Zie voor een weergave van de gevoerde discussie P.S. Fluit, *Werkgever belanghebbende bij WAO-toekenningsbesluiten*, *SR* 1999, p. 40-44.
- Art. 88 e.v. WAO. Zie ook 8:29 en 8:32 Awb.
- Zie hiervoor onder andere Pennings in zijn noot onder Rechtbank Dordrecht 10 december 1999, *AB* 2000, 361, Driessen in de annotatie onder dezelfde uitspraak in *USZ* 2000, 94 en Barentsen onder Rechtbank Haarlem 27 april 2000, *USZ* 2000, nr. 280. De Rechtbank Dordrecht nam strijd aan met het EVRM en de Rechtbank Haarlem niet.
- Zie *USZ* 2001, 198 en *AB* 2001, 198.
- Zie hieromtrent nader o.a. M. Veldt, 'Equality of arms in de cassatieprocedure', in: R.A. Lawson en B.E.P. Myjer, 50 jaar Europees Verdrag voor de rechten van de mens 1950-2000, bijzonder nummer *NJCM*, Leiden 2000, p. 159-172.
- Zie bijvoorbeeld EHRM 18 maart 1997, *JB* 1997, nr.112 m.nt. A.W. Heringa Mantovanelli/Frankrijk.

(advertentie)

FIF 33
RECHERCHÉ- EN INFORMATIEBUREAU

Tied behoove naa de advocatuur ed tref bedrijfsleved.
Voonaesstaad in bedrijfsrecherche in busines- ed kanteelraad.

- * oemering zieleoverzund
- * oeverreding cooalmeabededing
- * die trefre verdundering
- * laedelsedforssane
- * fraude
- * privé-oederzodred

Telefoon . DID - 477 00 22 E-mail . info@fif33.nl
Fax . DID - 477 00 00 Internet . www.fif33.nl

Vraag deze brochure naa voor oes totaalpeditet naa drested.

Bezoekadres. Heerenmeedsegel 136, 3301 DM Rotterdam
Correspondent adres. Postbus 23230, 3001 HE Rotterdam

Met goede stagiaires en
medewerkers een sterke zaak

HV&PARTNERS
VOOR JURISTEN. VAST OF INTERIM

WWW.ADVOCATENWERK.NL TEL 010 - 240 06 05