

Noten

Noot 1 (zie blz. 1158)

Advies inzake uitvoering malusregeling (15-03-95)

Aan de besturen van de bedrijfsverenigingen

Dames en heren,

1. Inleiding

Op 15 februari j.l. heeft de CRvB uitspraak gedaan in een aantal beroepszaken betreffende de malusoplegging. Hoofdonderwerp in de uitspraak is de vereiste motivering bij de oplegging van een malus.

De CRvB bepaalt dat «bij het opleggen van een malus de bedrijfsvereniging niet kan volstaan met het zondermeer verwijzen naar de toekenningsbeslissing van een arbeidsongeschiktheidsuitkering aan een werknemer, doch dat per individueel geval gemotiveerd moet worden welke relevante feiten ten grondslag zijn gelegd aan de beslissing dat voldaan is aan de voorwaarden voor het verschuldigd worden van een malus als bedoeld in artikel 59i van de AAW. Dit houdt in dat naast een motivering van het medische en arbeidskundige aspect, inzicht dient te worden gegeven in de procedure die gevolgd is gedurende het Ziektewetjaar en het jaar daaropvolgend, en in de daarbij relevante gegevens over de mogelijkheid tot het verrichten van passende arbeid en reïntegratie, alsmede in de timing van de afschatting mede met het oog op het gunnen van een uitlooptermijn» (overweging 4.16). «Een dergelijke motivering van de malusbeslissing biedt de werkgever de mogelijkheid om overtuigd te raken van de juistheid van de malusbeslissing en om eventueel te komen tot een gemotiveerde bestrijding» (overweging 4.17).

In zijn uitspraak gaat de CRvB tevens in op de privacy-aspecten bij de kennisneming van medische en arbeidskundige gegevens uit het arbeidsongeschiktheidsdossier van de betrokken werknemer in het kader van de beoordeling van de malusbeslissing. De CRvB beziet in zijn uitspraak de vraag in hoeverre in de fase van bestuurlijke besluitvorming en in de fase van beroep op de rechter enerzijds recht kan worden

gedaan aan de in de Osv geclauserde geheimhoudingsverplichting en anderzijds recht kan worden gedaan aan de aanspraak op een eerlijk proces voor de werkgever die het aangaat. De CRvB stelt vast dat, indien de bedrijfsvereniging bij het nemen van een malusbeslissing zo nodig de weergevers hoort en tot een deugdelijke motivering van die beslissing komt, een transcriptie van arbeidskundige en medische gegevens kan plaatsvinden zodanig, dat de privacybelangen van de betrokken werknemer gerespecteerd worden, doch dat anderzijds de werkgever in staat is zich te laten overtuigen van de juistheid van de beslissing (zie overweging 5.6).

De uitspraak van de CRvB heeft grote consequenties voor de uitvoering van de malusregeling. Het Tica is echter van mening dat de malusregeling dient te blijven worden uitgevoerd. De CRvB heeft de malusregeling op zich in stand gelaten, en de malusregeling is (nog steeds) in de wet opgenomen. Wel dient de werkwijze van de bedrijfsverenigingen bij de oplegging van de malus te worden aangepast. Het Tica heeft zich gebogen over de vraag hoe de malusregeling indachtig de uitspraak van de CRvB, zou kunnen worden uitgevoerd. Hierna zal worden aangegeven hoe naar de mening van het Tica moet worden tegemoet gekomen aan de door de CRvB gestelde motiveringseis, alsmede hoe moet worden omgegaan met lopende en reeds afgedane maluszaken.

2. Motiveringseis

Teneinde tegemoet te komen aan de door de CRvB vereiste motivering van de beslissing, alsmede in te gaan op de door de CRvB gesignaleerde mogelijkheid om de gemeente te horen, is door het Tica een aanvullende procedure ontwikkeld die in de bestaande procedure bij de oplegging van een malus ingepast zou dienen te worden. Deze aanvullende procedure valt uiteen in een rapportage en het horen van de gemeente.

Rapportage

Zoals in de inleiding al is aangehaald bepaalt de CRvB dat per individueel geval gemotiveerd moet worden welke relevante feiten ten grondslag

zijn gelegd aan de beslissing dat voldaan is aan de voorwaarden voor het verschuldigd worden van een malus. Teneinde hieraan, binnen de grenzen van de privacy, zoveel mogelijk tegemoet te komen voorziet de aanvullende procedure in een schriftelijke rapportage aan de gemeente. De rapportage zou ongeveer drie maanden voor de beoogde oplegging van de malus aan de gemeente moeten worden gestuurd. Deze rapportage dient minimaal de volgende elementen te bevatten.

a. beschrijving van de door de bedrijfsvereniging gevolgde procedure.

In de rapportage moet zijn aangegeven welke activiteiten er door de bedrijfsvereniging vanaf het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid van de betrokken werknemer zijn verricht. Hierbij valt te denken aan een opsomming van de gesprekken die met de werknemer en de werkgever in het kader van de reïntegratie zijn gevoerd, de medische onderzoeken van de werknemer door de bedrijfsvereniging, de medische onderzoeken van de werknemer door een deskundige (specialist) en de contacten met de behandelende sector, de datum waarop het AG-team is ingeschakeld, etc. Doel van deze beschrijving is om de werkgever inzichtelijke te maken dat de toekenning van de arbeidsongeschiktheidsuitkering zorgvuldig door de bedrijfsvereniging is voorbereid. Bij deze beschrijving moet uit het oogpunt van privacybescherming worden voorkomen dat de beschrijving een aanwijzing geeft van de medische aspecten van de arbeidsongeschiktheid. Zo zal dus bij het vermelden van de medische onderzoeken door een deskundige en de contacten met de behandelende sector, niet mogen worden vermeld om welk vakgebied van de specialist dan wel om welke behandelende sector het gaat.

b. transcriptie van arbeidskundige en medische gegevens

Vanuit het oogpunt van privacybescherming kunnen medische en arbeidskundige gegevens van de betrokken werknemer niet zonder meer aan de werkgever worden verstrekt. Hiervoor is een op de situatie toegesneden toestemming van de werknemer vereist. Om de werkgever toch een zo goed mogelijk

inzicht te kunnen bieden in de reden van de toekenning van de arbeidsongeschiktheidsuitkering aan de werknemer, zal het rapport een transcriptie van de arbeidskundige en de medische gegevens moeten bevatten. Gelet op het voornoemde privacyaspect zal de transcriptie beperkt moeten blijven tot een kernachtige samenvatting van het belastbaarheidspatroon van de werknemer, waaronder worden verstaan zijn mogelijkheden en beperkingen bij het verrichten van arbeid.

c. berekeningswijze van het arbeidsongeschiktheidspercentage
De rapportage zal de berekeningswijze van het arbeidsongeschiktheidspercentage voor de werkgever inzichtelijk moeten maken. Dit betekent dat, als vervolg op het hierboven genoemde belastbaarheidspatroon van de werknemer, de rapportage zal moeten bevatten gegevens omtrent de geduide functies, de verdienmogelijkheid van de werknemer, alsmede omtrent de berekening van de schatting van het arbeidsongeschiktheidspercentage.

Horen van de werkgever

De CRvB geeft in de uitspraak aan het wenselijk te achten dat de bedrijfsvereniging bij het nemen van de malusregeling de werkgever in het kader van de door de Awb voorgeschreven zorgvuldigheid en belangenafweging zonnodig hoort (zie overweging 5.6). In artikel 4:8 Awb wordt voorzien in het de belanghebbende in de gelegenheid stellen zijn zienswijze naar voren te brengen. Het tweede deel van de aanvullende procedure voorziet daarom in het in de gelegenheid stellen van de werkgever om mondeling zijn zienswijze naar voren te brengen. In dit kader zal het toezenden van de rapportage aan de werkgever tevens vergezeld moeten gaan van een aankondiging van de komst van een functionaris van de bedrijfsvereniging (bijvoorbeeld een arbeidsdeskundige). Bij de aankondiging wordt vermeld dat de werkgever kan aangeven geen prijs te stellen op dit bezoek, waarbij de werkgever er voor kan kiezen om zijn zienswijze schriftelijk naar voren te brengen. Het initiatief voor het gesprek ligt bij de bedrijfsvereniging, nu deze immers een motiveringsplicht heeft.

Ongeveer twee maanden voor het beoogde tijdstip van het nemen van een malusregeling gaat de functionaris van de bedrijfsvereniging bij de werkgever langs (tenzij de werkgever heeft aangegeven hierop geen prijs te stellen). Doel van het bezoek is om de werkgever in de gelegenheid te stellen zijn zienswijze naar voren te brengen omtrent de voorgenomen oplegging van een malus, alsmede het geven van een toelichting. Met dit bezoek wordt naar de mening van het Tica recht gedaan aan het belang dat de CRvB hecht aan het horen van de werkgever en wordt beoogd om de werkgever te overtuigen van de juistheid van de malusbeslissing. Tevens kan het bezoek worden gezien in het licht van de verplichting van de bedrijfsvereniging om bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis te vergaren omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen (vgl. art. 3:2 Awb). Van het bezoek aan de werkgever dient een verslag te worden gemaakt.

Indien de werkgever ook na toezending van de rapportage en het bezoek door een functionaris van de bedrijfsvereniging niet overtuigd is van de juistheid van de malusbeslissing en aandringt op een nadere onderbouwing waarvoor medische gegevens van de werknemer nodig zijn, zal de bedrijfsvereniging moeten afwegen of het noodzakelijk en gewenst is om de relevante medische gegevens van de werknemer aan de werkgever over te leggen. Het overleggen van medische gegevens van de werknemer aan de werkgever kan echter slechts nadat hiervoor toestemming van de betrokken werknemer is verkregen.

In geval beroep wordt ingesteld tegen een malusbeslissing, worden de gegevens uit het ZW- en WAO-dossier die betrekking hebben op eerdere contacten tussen de bedrijfsvereniging (GMD) en de werkgever, alsmede de rapportage en het verslag van het bezoek aan de werkgever na toezending van de rapportage, gevoegd bij de processtukken.

Het Tica heeft om de navolgende redenen er voor gekozen om de hierboven beschreven extra procedure pas te laten plaatsvinden in de laatste drie maanden voordat de malusbeslissing wordt genomen.

In de eerste plaats is de kans dat de situatie zich wijzigt en de aan de werkgever verstrekte gegevens niet meer actueel zijn groter naar mate de periode tussen het contact met de werkgever en de malusbeslissing groter is.

In de tweede plaats verdient het naar de mening van het Tica uit uitvoeringstechnisch oogpunt aanbeveling om de hierboven beschreven contacten met de werkgever pas plaats te laten hebben op een moment dat de kans op een malusoplegging zo groot mogelijk is. In de derde plaats dient in het kader van de zorgvuldige besluitvorming de tijd tussen het horen en de beslissing niet te groot te zijn. De termijn van twee maanden tussen het bezoek van een functionaris van de bedrijfsvereniging en het nemen van de malusbeslissing geeft naar de mening van de bedrijfsvereniging voldoende ruimte voor een eventueel naar aanleiding van het bezoek noodzakelijk geworden bestuurlijke weging.

3. Behandeling lopende maluszaken en malusbeslissingen die kracht van gewijsde hebben

3.1 Behandeling lopende maluszaken

Zowel de malusbeslissingen die bij de bedrijfsverenigingen in voorbereiding zijn als de malusbeslissingen die bij de rechtbanken aanhangig zijn gemaakt zullen niet voldoen aan de door de CRvB vereiste motivering. Voorzover dit mogelijk is zal het motiveringsgebrek bij deze beslissing moeten worden gerepareerd.

3.2 Malusbeslissingen die kracht van gewijsde hebben

Het Tica heeft zich gebogen over de vraag hoe dient te worden omgegaan met verzoeken van werkgevers om terug te komen op malusbeslissingen die kracht van gewijsde hebben.

Artikel 4:6 Awb verplicht de belanghebbende die buiten het geval van bezwaar of beroep wenst dat het bestuur terugkomt van het voor hem ongunstige standpunt, ingenomen bij de beslissing op een eerdere aanvraag, nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden te noemen die tot een gunstiger resultaat kunnen leiden. Het Tica is van mening dat de malusuitspraak van de CRvB op zich niet is aan te

merken als een nieuw feit of omstandigheid op grond waarvan de bedrijfsvereniging terug zou moeten komen op eerdere beslissingen. Met de malusuitspraak wordt niet de regelgeving zelf aangetast, maar wordt aan de betreffende bepalingen een uitleg gegeven die anders is dan in eerste instantie door de bedrijfsverenigingen is verondersteld. De CRvB heeft in een uitspraak gepubliceerd in RSV 1994/9 aangegeven dat het enkele feit dat door een rechterlijke uitspraak aan een wettelijk voorschrift een bepaalde uitleg wordt gegeven, er niet toe kan leiden dat alle voorafgaande toepassingen van dat voorschrift in overeenstemming met die (nieuwe) uitleg moeten worden gebracht. Dergelijke verstrekkende gevolgen van rechterlijke uitspraken zouden het – ook ten behoeve van de bedrijfsvereniging geldende – beginsel van rechtszekerheid te zeer aantasten.

Het Tica is derhalve van mening dat de malusuitspraak van de CRvB zich geen noodzaak geeft om terug te komen op malusbeslissingen die kracht van gewijsde hebben.

Wij vertrouwen op uw medewerking.

Hoogachtend,
J. F. Buurmeijer, voorzitter

Bijlagen ter informatie:
– brief d.d. 16-3-1995 aan de
Staatssecretaris SZW
– brief d.d. 16-3-1995 aan het Ctsv
– bestuursnotitie Tica 15-3-1995

Nadere normen t.b.v. (voorgenomen) malusbeslissingen nieuwe stijl (12-12-95)

Aan de besturen van de bedrijfsverenigingen en aan de directies van de uitvoeringsinstellingen

Dames en heren,

1. Inleiding

Op 15 februari 1995 heeft de CRvB uitspraak gedaan in een aantal beroepszaken betreffende de malusoplegging¹. Op de hoofdpunten zijn de bedrijfsverenigingen

hierbij in het ongelijk gesteld. Deze uitspraak heeft met name de volgende formele consequenties:

- a. bij het opleggen van een malus aan de werkgever kan de BV niet langer zonder meer verwijzen naar de toekenningsbeslissing van een ao-uitkering aan een werknemer: een geïndividualiseerde en gemotiveerde regeltoepassing is nu vereist. Dit houdt in dat de beslissing dient te bevatten:
 - naast een motivering van het medisch en arbeidskundig aspect tevens
 - inzicht in de procedure die gevolgd is tijdens het Ziektewetjaar en het eerste WAO-jaar, en
 - inzicht in de daarbij relevante gegevens over de mogelijkheden tot het verrichten van passende arbeid en reïntegratie, alsmede
 - inzicht in de timing van de (eventuele) afschattingsbeslissing mede met het oog op het gunnen van een uitlooptermijn.
- b. de privacy m.b.t. medische en arbeidskundige gegevens van de werknemer dient gerespecteerd te worden: voor overleggen van deze gegevens aan de werkgever heeft de BV toestemming van de werknemer nodig. Ontbreekt deze dan dient een zodanige transcriptie van deze gegevens plaats te vinden dat het recht op privacy gewaarborgd is.

Het doel van het motiveren van beslissingen is dat de werkgever de mogelijkheid geboden wordt overtuigd te raken van de juistheid van de malusbeslissing.

Ten aanzien van de formele consequenties heeft het Tica in maart jl. een advies aan u gegeven (mededeling M 95.18). In dit advies wordt o.a. aangegeven dat

- slechts malusbeslissingen die bij de bedrijfsverenigingen in voorbereiding zijn en
- malusbeslissingen die bij de rechtbanken aanhangig zijn gemaakt, voor zover mogelijk, nader gemotiveerd moeten worden;
- er geen noodzaak bestaat om terug te komen op malusbeslissingen die reeds kracht van gewijsde hebben.

Daarnaast heeft de uitspraak ook materiële consequenties, zoals aan welke voorwaarden voldaan moet worden om daadwerkelijk tot een malus-aanzegging of -oplegging te kunnen komen. Vragen hierbij zijn: moet een nieuwe beslissing

genomen worden? Is een reeds genomen beslissing die nog geen kracht van gewijsde heeft (bijvoorbeeld omdat een beroepszaak aanhangig is gemaakt) nog houdbaar?

In dit kader worden in deze mededeling in paragraaf 2 situaties aangegeven waarin een malus-aanzegging of -oplegging realiter niet meer tot de mogelijkheden behoort. Verder bevat paragraaf 3 enige richtlijnen m.b.t. een aantal technische aspecten van de malusuitvoering waarover de CRvB zijn oordeel heeft uitgesproken.

2 Nadere normen t.b.v. de malusuitvoering

Het opleggen van een malus is een beslissing die, volgens de uitspraak van de CRvB naar zijn aard vraagt om een toetsing van de relevante feiten en regeltoepassing in het individuele geval. De CRvB geeft in zijn uitspraak aan, dat daarbij niet de belangen van de werknemer leidend zijn, met de belangen van de werkgever. Bij de beoordeling van het recht op uitkering van de werknemer is dus, in het kader van de malus, niet het belang van de werknemer bij een uitkering of bij een zorgvuldige gevalsbehandeling leidend, zoals dat kenbaar is uit de afgegeven beschikking(en) en uit het werknemersdossier, maar het belang van de werkgever om niet met een malus geconfronteerd te worden. Voor de beoordeling van het recht op uitkering in het kader van de malus is daarom niet de formele status zoals die uit beschikkingen blijkt relevant, maar de feitelijke situatie zoals die vanuit de wet en los van de gehonoreerde belangen van de werknemer geduid moet worden. Relevante vragen hierbij zijn:

1. heeft de bedrijfsvereniging ook met het oog op malusoplegging op goede gronden aangenomen dat (doorgaand) recht bestaat op toekenning van arbeidsongeschiktheidsuitkering;
2. welke rol heeft de bedrijfsvereniging gespeeld bij de reïntegratie van de werknemer;
3. is bij de reïntegratie, eventueel onder toepassing van de kortingsbepalingen, terecht voortdurende arbeidsongeschiktheid aangenomen. Daarbij spelen vragen als:
 - hebben de wettelijk verplichte tussentijdse keuringen tijdig plaatsgevonden;

¹ Gepubliceerd in RSV 1995 Actueel nr. 3.

- is het verplichte GMD-advies uitgebracht;
- heeft tijdige vaststelling van de passendheid van de arbeid plaats gevonden, gelet op aangenomen beperkingen;
- is sprake van vertraagde medisch/ arbeidskundige beoordeling;
- heeft schatting op voor werkgever ongunstig moment plaats gevonden; krijgt de werknemer weliswaar op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel een arbeidsongeschiktheidsuitkering, maar was reeds (op een vroeger moment) sprake van arbeidsgeschiktheid.

2.1 Welke probleemsituaties zijn er te onderscheiden?

Op grond van art. 59i AAW is de werkgever een malus verschuldigd voor elke persoon die op de 1e ao-dag bij hem in (privaat- of publiekrechtelijke) dienst is en die recht krijgt of zou hebben verkregen op toekenning of verhoging van een arbeidsongeschiktheidsuitkering. De malus is verschuldigd een jaar nadat het recht op de uitkering is verkregen, tenzij de werknemer:

- minder dan 80% ao is en de werkgever hem in de gelegenheid heeft gesteld voor zijn resterende verdien capaciteit passende arbeid te blijven verrichten,
- overleden is,
- 65 jaar is geworden.

Bij afhandeling van reeds genomen beslissingen of bij afgifte van beslissingen na aanzegging moeten de onder 2 vermelde vragen 1 t/m 3 worden nagelopen. De CRvB heeft de nadruk gelegd op individuele beoordeling per geval, waarbij tevens nagegaan dient te worden of er een gemotiveerde bestrijding door de werkgever is. In de praktijk blijkt echter behoefte te zijn aan een meer categorale beoordeling van de genomen of voorgenomen beslissingen. Daarom is gezocht naar enkele richtlijnen, waarvan in een bijzonder geval kan worden afgeweken. Deze richtlijnen zien met name op situaties waarin de omstandigheden van het geval, zoals die blijken uit het werknemersdossier niet stroken met de vereisten van een juiste wetstoepassing, zoals die door de CRvB nader zijn gestipuleerd. Waar wel aan deze vereisten is voldaan, bestaan immers geen speciale problemen bij de beoorde-

ling of een malus opgelegd moet worden.

De volgende situaties zijn te onderscheiden:

2.1.1 Per einde wachttijd is terecht een AAW/WAO-uitkering toegekend, die tijdens het eerste WAO-jaar beëindigd is

In het geval dat de werknemer op einde wachttijd terecht een arbeidsongeschiktheidsuitkering is toegekend, die tijdens het eerste WAO-jaar beëindigd wordt, is op pragmatische gronden volgens bestaand beleid geen malus opgelegd (FBV-mededeling M 92/67).

2.1.2 Per einde wachttijd is een AAW/WAO-uitkering toegekend om administratieve redenen, achteraf is de werknemer <15/25% ao

In het geval dat om administratieve redenen (niet tijdig kunnen beoordelen van de arbeidsongeschiktheid) een ao-uitkering is toegekend, terwijl achteraf de werknemer niet arbeidsongeschikt blijkt te zijn geweest, wordt volgens bestaand beleid geen malus opgelegd (FBV-mededeling M 92.67).

2.1.3 Aanzegging <15/25% ao in het eerste AAW/WAO-jaar

Het recht op uitkering dient in verband met het belang voor de werkgever beoordeeld te worden zonder de uitlooptermijn die aan de werknemer is verstrekt. Indien een <15/25% ao-aanzegging (gesprek van ad met de werknemer) plaatsvindt in het eerste AAW/WAO-jaar, is op het moment van oplegging van de malus de werknemer reeds <15/25% ao. Er bestaat dus geen doorgaand recht op uitkering; de werknemer krijgt slechts op zorgvuldigheidgronden nog tijdelijk uitkering. Wij adviseren om geen malus op te leggen. Dat de datum van effectivering van de schatting eventueel na de opleggingsdatum ligt doet dan niet terzake. Dit sluit aan bij het beleid verwoord in FBV-Mededeling M92/67.

2.1.4 Aanzegging <15/25% vindt kort na het eerste AAW/WAO-jaar plaats

Indien een <15/25% ao-aanzegging kort na het eerste AAW/WAO-jaar plaatsvindt, wordt voorgesteld er in principe vanuit te gaan dat deze

situatie zich ook reeds gedurende het eerste AAW/WAO-jaar voordeed. Vaak zal sprake zijn van een vertraagde medisch/arbeidskundige beoordeling of van een schatting op een voor de werkgever ongunstig tijdstip. Een malus wordt dan evenals in de situatie beschreven onder 2.1.3 niet opgelegd. Een uitzondering hierop geldt, wanneer uit het dossier naar voren komt dat zonder meer sprake was van arbeidsongeschiktheid per einde eerste AAW/WAO-jaar en de toename van de geschiktheid pas daarna heeft plaatsgevonden. In dat geval is malusoplegging terecht. Aangezien het ons inziens wat de aanzegging betreft slechts om een korte termijn na het eerste AAW/WAO-jaar moet gaan, moet de aanzegging vóór de 16e maand plaats hebben gevonden.

2.1.5 Verplichte herkeuringen in het kader van TBA na 1 jaar WAO die niet tijdig hebben plaatsgevonden.

Indien een verplichte herkeuring na 1 jaar) in het kader van TBA niet tijdig heeft plaatsgevonden, moet nagegaan worden of bij tijdige keuring binnen het eerste AAW/WAO-jaar de werknemer wijziging van de arbeidsongeschiktheid naar <80% ao aangezegd zou zijn. Hierbij doet de oorzaak van het tijdstip van het niet tijdig zijn niet terzake. Oorzaken kunnen zijn: te drukke werkzaamheden van VG resp. AD, de BV heeft zich onvoldoende gekweten van zijn inspanningsverplichting ten aanzien van reïntegratie van de werknemer (zie ook onder 2.2.1). Wanneer de werknemer bij tijdige herkeuring en/of voldoende reïntegratieactiviteiten binnen het eerste AAW/WAO-jaar een verlaging van zijn ao-uitkering aangezegd zou zijn, bestaan de volgende 2 mogelijkheden:

- de verzekerde zou reeds in het eerste AAW/WAO-jaar <15/25% ao zijn geweest. Voorgesteld wordt dat een malus dan niet verschuldigd is (vergelijk 2.1.3).
- de verzekerde zou reeds in het eerste AAW/WAO-jaar >15/25% maar <80-100% ao zijn geweest. In dit geval had de werkgever mogelijk passend werk kunnen aanbieden; deze mogelijkheid is hem onthouden. De werkgever dient wel gemotiveerd aan te geven dat hij passend werk zou hebben gehad. Aanbevolen wordt om zo dit naar het oordeel van

de BV het geval was geen malus op te leggen.

2.1.6 Beëindiging van de toepassing van art. 33 AAW/44 WAO

De kortingsartikelen 33 AAW/44 WAO worden toegepast indien een verzekerde recht heeft op een uitkering en daarnaast werkzaam is, terwijl het niet vast staat of de werkzaamheden passend zijn.

a. Bij feitelijke beëindiging van de kortingsartikelen tijdens het eerste AAW/WAO-jaar en schatting naar <15/25% ao dient op grond van bestaand beleid geen malus opgelegd te worden, omdat op datum oplegging malus (na 1 jaar AAW/WAO) de werknemer <15/25% ao is (zie ook 2.1.1). Indien na toepassing van de kortingsartikelen tijdens het eerste AAW/WAO-jaar geschat wordt naar >15/25 en <80% ao op de arbeid die de verzekerde bij de eigen werkgever verricht, kan gesteld worden dat deze arbeid passend was en de werkgever dus passende arbeid heeft aangeboden aan de werknemer. Aanbevolen wordt dan geen malus op te leggen.

b. Indien de kortingsbepalingen doorlopen na het eerste AAW/WAO-jaar en de verzekerde op de werkzaamheden bij eigen werkgever wordt geschat naar <15/25% ao, adviseren we om na te gaan of schatting op de arbeid die de verzekerde onder toepassing van de kortingsartikelen heeft verricht, eerder (namelijk in het eerste <15/25%) plaats had kunnen vinden. Beoordeeld dient dus te worden of wellicht ten onrechte voortdurende arbeidsongeschiktheid is aangenomen. Zo dit het geval is (of bij gemotiveerde twijfel hierover) en de kortingsartikelen later ook feitelijk beëindigd zijn, wordt geen malus opgelegd. Immers voor het einde van het eerste AAW/WAO-jaar (moment van oplegging van de malus) heeft de werkgever de werknemer passende arbeid aangeboden.

c. Indien de verzekerde aan het einde van het eerste AAW/WAO-jaar bij eigen werkgever werkzaam is onder toepassing van de kortingsartikelen en later op deze arbeid geschat wordt naar >15/25% en <80% ao, terwijl deze schatting reeds in het eerste AAW/WAO-jaar plaats had

kunnen vinden, kan aangenomen worden dat de werkgever passende arbeid heeft aangeboden. Wij adviseren u dan geen malus op te leggen.

2.2 Overige aspecten

Hierna volgen nog een aantal aspecten waarmee bij het beoordelen van de vraag of een malus opgelegd moet worden eveneens rekening moet worden gehouden.

2.2.1 Reïntegratiegedrag BV

In het kader van de malus dienen reïntegratieactiviteiten zowel op het belang van de werknemer bij een adequate reïntegratie als op het belang van de werkgever bij een malusloze reïntegratie te zijn afgestemd.

Indien de BV zich niet voldoende heeft gekweten van zijn inspanningsverplichting ten aanzien van reïntegratie van de betreffende werknemer, dient nagegaan te worden of adequate inspanningen geleid zouden hebben tot <15/25% ao bij einde wachttijd of gedurende het eerste AAW/WAO-jaar.

Mocht dit het geval zijn, dan wordt geen malus opgelegd, omdat de verzekerde dan geen uitkering zou hebben gehad of gedurende het eerste AAW/WAO-jaar <15/25% ao zou zijn geworden. In het geval reïntegratieactiviteiten tot >15/25% maar <80-100% ao zouden hebben geleid, zou de werkgever in de gelegenheid zijn geweest passende arbeid aan te bieden; deze mogelijkheid is de werkgever onthouden. Er is sprake van een formeel gebrek dat niet meer hersteld kan worden. Aanbevolen wordt om geen malus op te leggen, indien de werkgever gemotiveerd aangeeft dat hij passend werk zou hebben gehad. Het voorgaande impliceert dat op de BV'n de bewijslast rust aan te geven dat het door werkgever gestelde niet juist is.

Als de BV zich niet voldoende gekweten heeft van zijn reïntegratietaken, omdat hij onvoldoende oog heeft gehad voor reïntegratiemogelijkheden bij de eigen werkgever (de werknemer is namelijk bij een andere werkgever geplaatst), terwijl de eigen werkgever mogelijkheden tot reïntegratie had (de werkgever dient dit gemotiveerd aan

te geven, terwijl de bewijslast bij de BV ligt), dan kan er vanuit worden gegaan dat het belang van de werkgever geschaad is. Het ligt in de rede dan geen malus op te leggen.

Bij de vraag of voldoende reïntegratieactiviteiten plaats hebben gevonden gaat het om een vrij individuele beoordeling. Aanwijzingen dat een BV niet voldoende heeft gedaan om de werknemer te reïntegreren bij eigen werkgever kunnen zijn:

- de BV heeft geen reïntegratieactiviteiten ondernomen, ondanks dat contact hierover met de werkgever heeft plaatsgevonden en/of de werknemer de wens geuit heeft weer bij eigen werkgever te willen werken;
- de BV heeft geen contact opgenomen met de werkgever;
- de BV heeft alleen oog gehad voor reïntegratie bij andere werkgever (Voorbeeld: BV kent scholing als werkvoorziening toe, terwijl deze scholing niet bij de eigen werkgever te gelde kan worden gemaakt en een andere scholing reïntegratie bij eigen werkgever wel mogelijk zou hebben gemaakt).

Bij de beoordeling door de BV van de vraag of de werkgever voldoende gemotiveerd heeft aangegeven dat hij passend werk zou hebben gehad kan betrokken worden:

- de werkgever zou een aanbod om te werken gedaan hebben vóór het einde van het eerste AAW/WAO-jaar en de arbeid had ook vóór dit tijdstip verricht kunnen worden. De werkgever dient dit te motiveren.
- wordt bij lopende beroepszaken verweer door de werkgever gemotiveerd: namelijk geeft hij aan welke arbeid verricht kon worden en of een ander deze arbeid later ook daadwerkelijk is gaan verrichten.
- uit het dossier moet dan vervolgens ook retrospectief duidelijk worden dat de werknemer geschikt was om dit werk te doen en dat hij daartoe ook in de gelegenheid was.
- heeft de werkgever eerder contact gezocht met de werknemer of de bedrijfsvereniging.

Een eventueel aanbod van werk door de werkgever na het eerste AAW/WAO-jaar betekent niet dat de BV niet voldoende reïntegratieactiviteiten heeft ontplooid; immers de werkgever heeft een aanzegging van de malus gehad en kon dus zelf actie

ondernemen in het eerste AAW/WAO-jaar.

2.2.2 Werkgever heeft op moment waarop beoordeeld wordt of malus opgelegd moet worden werknemer alsnog in de gelegenheid gesteld passende arbeid te verrichten na het eerste AAW/WAO-jaar

Formeel zou in dit geval eerst een malus opgelegd moeten worden, terwijl na het aanbieden van passend werk de malus geheel of gedeeltelijk gerestitueerd kan worden. Wij adviseren om in dergelijke gevallen geen malus op te leggen, aangezien dit noch in het belang van de werkgever noch in het belang van de BV is. Dit beleid komt er dan wel op neer dat ongeacht hoeveel tijd de werkgever te laat is met het aanbieden van werk, er altijd volledige restitutie van de malus plaats vindt.

3. Technische aspecten van de uitspraak

De CRvB heeft ook geoordeeld over een aantal meer technische punten. Het betreft de volgende items: Verschuiving van het kalenderjaar ter berekening van maximering van de malus, verschuiving van het kalenderjaar voor de vaststelling van het arbeidsongeschiktheidsrisicocijfer en aan de werkgever uitgekeerd door te betalen ziekengeld is geen loon in het kader van de malus.

Ten aanzien van deze onderwerpen adviseren we als volgt te handelen:

- In de gevallen waarin nog geen malus is opgelegd en de gevallen waarin beroep is aangetekend geldt dat een nieuwe beslissing genomen moet worden, indien het resultaat is een verlaging van de reeds aangezegde of opgelegde malus.
- Als de malus hoger zou worden, dient hangende een beroepsprocedure geen nieuwe beslissing afgegeven te worden, aangezien in verband met het zorgvuldigheidsbeginsel alleen wijzigingen ten gunste van de werkgever doorgevoerd mogen worden.
- Indien nog geen malus opgelegd was (maar eventueel wel aangezegd), kan rekening houdend met de uitspraak van de CRvB alsnog een beslissing uitgereikt worden.
- Beslissingen die reeds kracht van gewijsde hebben behoeve niet meer gerepareerd te worden (zie I).

4. Voortgang

Met de hiervoor gegeven benadering is naar onze mening zoveel mogelijk recht gedaan aan wet en jurisprudentie, en is een werkbaar kader geschapen om te bepalen in welke gevallen wel dan niet dient te worden besloten tot oplegging van de malus.

Naar wij verwachten zal het Ctsv zich op korte termijn uitspreken over de voorgestelde benadering. We zullen u daarover zo spoedig mogelijk inlichten.

Hoogachtend,
J. F. Buurmeijer, voorzitter