

Kenmerk	W13.22.0198/III/vo
Datum aanhangig	28 september 2022
Datum vastgesteld	30 november 2022
Datum advies	30 november 2022
Datum publicatie	5 december 2022
Vindplaats	Website Raad van State

Volledige tekst

Bij brief van 28 september 2022 heeft de Minister voor Langdurige Zorg en Sport op de voet van artikel 21a, eerste lid, van de Wet op de Raad van State aan de Afdeling advisering van de Raad van State gevraagd haar van voorlichting te dienen over een onverplichte tegemoetkoming voor zorgmedewerkers met langdurige Post-COVID klachten.

De voorgelegde vragen zien in het bijzonder op mogelijke precedentwerking en de toepassing van het gelijkheidsbeginsel bij de voorgenomen onverplichte tegemoetkoming voor zorgmedewerkers met langdurige Post-COVID klachten.

De voorgenomen regeling strekt - kort gezegd - tot erkenning van het leed van deze groep. Zij staat los van de bestaande regelingen voor werkgevers- en overheidsaansprakelijkheid en uitkeringen voor arbeidsongeschiktheid, zo vermeldt het verzoek tot voorlichting.

De Afdeling advisering van de Raad van State begrijpt de wens om voor deze groep een voorziening te treffen. Zij wijst echter op het belang van een goede grondslag voor deze voorziening, waarbij ook rekening wordt gehouden met de verantwoordelijkheden van de werkgever ingevolge de arbeidsomstandighedenwetgeving en de mogelijke aansprakelijkheid van de werkgever en/of de overheid.

Allereerst dient te worden gezien of de werkgever/opdrachtgever of de overheid aansprakelijk is voor schade die is geleden door zorgmedewerkers die langdurig ziek zijn geworden als gevolg van Post-COVID klachten. Daarbij gaat het vooral om inkomensschade, maar ook immateriële schade kan aan de orde zijn. Nu het hier gaat om ziekte opgelopen tijdens het werk, is de werkgever of opdrachtgever de eerste aansprakelijke partij.

Onderkend moet echter worden dat de overheid een dringend beroep heeft gedaan op de zorg en zorgmedewerkers om essentiële functies overeind te houden, ondanks de risico's en de beperkte beschermingsmogelijkheden. Dat kan leiden tot aansprakelijkheid van de overheid, maar kan ook aanleiding zijn om een voorziening te treffen ter voldoening aan een natuurlijke verbintenis: een niet rechtens afdwingbare dringende morele verplichting. (zie noot 1)

Bij het treffen van een regeling dient, met het oog op precedentwerking en procedures, een op objectieve gronden gebaseerde afbakening te worden gehanteerd om te bepalen wie wel en wie niet voor de regeling in aanmerking komt. Het enkel hanteren van "erkenning van leed" als grondslag voor de afbakening van een regeling heeft onvoldoende onderscheidend vermogen.

1. Inleiding

De Minister voor Langdurige Zorg en Sport heeft het voornemen kenbaar gemaakt om te komen tot een onverplichte tegemoetkoming voor zorgmedewerkers die in de eerste golf van de coronapandemie zorg hebben verleend aan COVID-19 patiënten. Daarbij gaat het om die zorgmedewerkers die in die periode COVID-19 hebben opgelopen en als gevolg daarvan langdurig ziek zijn geworden. De voorgenomen onverplichte tegemoetkoming heeft als doel de erkenning van het leed dat deze zorgmedewerkers ondervinden. Zij staat los van de bestaande regelingen voor werkgevers- en overheidsaansprakelijkheid en uitkeringen voor arbeidsongeschiktheid, zo vermeldt het verzoek tot voorlichting.

De volgende vragen zijn voorgelegd:

1. Welke risico's ziet de Afdeling advisering in het licht van gelijke behandeling voor de mogelijke precedentwerking van de voorgenomen tegemoetkoming richting bijvoorbeeld andere sectoren?
2. Is het juridisch houdbaar (voldoende deugdelijk en sluitend gemotiveerd) de doelgroep voor de voorgenomen tegemoetkoming als volgt of te bakenen: zorgmedewerkers die in de eerste golf (maart tot en met juni 2020) directe zorg hebben verleend aan COVID-19 patiënten en/of daar nauw betrokken bij waren en die, na een COVID-19 besmetting in de eerste golf, langer dan twee jaar kampen met post-COVID klachten en als gevolg daarvan minder of niet meer kunnen werken?
3. Kan de Afdeling advisering haar oordeel geven over de hoogte van de voorgestelde tegemoetkoming a € 15.000 per persoon in het licht van het beginsel van gelijke behandeling? Dit in het kader van door de Staat eerdere beschikbaar gestelde onverplichte tegemoetkomingen, zoals voor slachtoffers van geweld in de jeugdzorg (2020) (€ 5.000), Dutchbat-III-veteranen (2021) (€ 5.000), transgenderpersonen (2021) (€ 5.000) en Q-koortspatiënten (2018) (€ 15.000).

In het verzoek om voorlichting wordt opgemerkt dat waar overheidsaansprakelijkheid het uitgangspunt is voor vergoedingen door de overheid, een onverplichte tegemoetkoming een uitzondering is. Daarnaast wordt opgemerkt dat generieke gezichtspunten om te bepalen of in dit geval zo'n uitzondering aan de orde is, nog ontbreken.

Teneinde tot een evenwichtige beantwoording van de gestelde vragen te komen, gaat de Afdeling daarom eerst in op de bestaande verantwoordelijkheidsverdeling tussen werkgever, werknemer en overheid. Daarbij gaat het om de vraag wie welk risico behoort te dragen (punt 2) en de praktijk van het treffen van collectieve regelingen (punt 3). Vervolgens bespreekt zij de rol en betekenis van onverplichte tegemoetkomingen in dit verband (punt 4). Tot slot gaat zij specifiek in op de voorgelegde vragen (punt 5).

2. Risicoverdeling

In het verzoek om voorlichting wordt vermeld dat overheidsaansprakelijkheid het uitgangspunt is voor vergoedingen door de overheid en een onverplichte tegemoetkoming een uitzondering. De Afdeling onderschrijft dit uitgangspunt, maar merkt in dit verband ook

op, dat waar het hier gaat om ziekte opgelopen tijdens het werk, de werkgever of opdrachtgever de eerste aansprakelijke partij is. Voor een goede plaatsbepaling van beoogde voorziening, dient eerst te worden gezien hoe deze zich verhoudt tot het systeem van het aansprakelijkheidsrecht. Daarbij gaat de Afdeling ook in op de eventuele aansprakelijkheid van de overheid en op de natuurlijke verbintenis.

a. Inkomensverlies bij ziekte

Een arbeidsrelatie kan worden vormgegeven door een arbeidsovereenkomst, waarbij sprake is van een ondergeschiktheidsrelatie tussen werkgever en werknemer, of door een overeenkomst van opdracht, waarbij de opdrachtnemer als zelfstandige opereert. Deze laatste arbeidsrelatie komt ook in toenemende mate voor in de zorg. Beide rechtsvormen kennen hun eigen regeling van de aansprakelijkheid voor ziekten veroorzaakt op het werk.

Verantwoordelijkheidsverdeling bij een arbeidsovereenkomst

De werkgever is bij ziekte van de werknemer verplicht tot maximaal twee jaar (zie noot 2) loondoorbetaling. (zie noot 3) Daarnaast moeten werkgever en werknemer inspanningen verrichten gericht op re-integratie bij de werkgever, dan wel elders. (zie noot 4) Indien de werknemer na twee jaar nog steeds arbeidsongeschikt is, kan deze in aanmerking komen voor een WIA-uitkering. Voor de werknemer betekent dit uiteindelijk vaak een aanzienlijke inkomenssterugval. Ook voor mensen met een WIA-uitkering blijft re-integratie in passende arbeid een belangrijke doelstelling.

Zowel in de sfeer van de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet), als bij de re-integratie worden in de praktijk vaak programma's en regelingen opgezet, gericht op specifieke groepen, knelpunten of aandoeningen. (zie noot 5) Zo is in het kader van de problematiek van langdurige post-Covid klachten voorzien in een subsidieregeling voor werkgevers in de zorg voor vrijwillige loondoorbetaling na het tweede ziektejaar. (zie noot 6)

De medische kosten van zieke werknemers worden grotendeels gedragen door de Zorgverzekeringswet en - zo nodig - de Wet langdurige zorg. Deze worden gefinancierd uit premies van werkgevers en werknemers en uitgevoerd via de zorgverzekeraars en het Zorginstituut Nederland.

Bij ziekte van de werknemer liggen dus in de eerste twee jaar de risico's voor inkomensverlies vooral bij de werkgever. Het risico van inkomensverlies dat uitstijgt boven de loondoorbetaling tijdens ziekte en - na twee jaar - de WIA-uitkering, ligt bij de werknemer. De WIA-uitkering wordt gefinancierd met behulp van premies ten laste van de werkgever. De overheid voert via het UWV de WIA-regeling uit. Bij langdurige ziekte van de werknemers betekent het geheel van regelingen voor hen op langere termijn een aanzienlijke inkomensdaling.

In normale verhoudingen wordt de met deze regelingen bereikte verdeling van risico's tussen werkgever, werknemer en overheid, als evenwichtig beschouwd.

Inkomensverlies opdrachtnemer

Personen die werkzaam zijn op basis van een overeenkomst van opdracht worden als zelfstandigen geacht zichzelf te verzekeren tegen inkomensverlies als gevolg van arbeidsongeschiktheid. Voor hen geldt geen doorbetaling van loon en evenmin de mogelijkheid van een WIA-uitkering. Wel kunnen zij hun medische kosten grotendeels vergoed krijgen op grond van de Zorgverzekeringswet en de Wet langdurige zorg, waarvoor zij ook premie betalen. Voorts zijn zij soms verzekerd via particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen.

b. Zorgplicht en aansprakelijkheid

De Arbowet legt in arbeidsrelaties (zowel bij arbeidsovereenkomsten als bij overeenkomsten van opdracht) een publiekrechtelijke verplichting op de werkgever/opdrachtgever om - kort gezegd - te zorgen voor een veilige werkomgeving. Wat dat in de praktijk betekent, hangt af van de specifieke risico's bij de desbetreffende werkzaamheden. Daarbij geldt niet dat risico's volledig moeten worden uitgebannen, maar wel dat maatregelen moeten worden genomen en een beleid moet worden ontwikkeld om risico's - zoveel als redelijkerwijs mogelijk is - te beperken en te beheersen. Risico-inventarisatie en -evaluatie maken daarvan een belangrijk onderdeel uit. Voor veel werkzaamheden gelden specifieke voorschriften.

Aansprakelijkheid werkgever

Waar sprake is van een arbeidsovereenkomst dienen de werkgever en de werknemer zich in het algemeen als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen. (zie noot 7) Meer specifiek is hiervoor ook bepaald dat de werkgever moet zorgen voor een veilige werkomgeving. Hij is jegens de werknemer civielrechtelijk aansprakelijk voor schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij hij aantoont dat hij deze zorgplicht is nagekomen. (zie noot 8) Die aansprakelijkheid kan bijvoorbeeld ontstaan doordat de werkgever de verplichtingen van de Arbowet onvoldoende is nagekomen of onvoldoende inspanningen heeft geleverd bij re-integratie.

Aansprakelijkheid opdrachtgever

Ook een opdrachtgever kan aansprakelijk worden gesteld voor schade als gevolg van tekortkomingen op het gebied van de veiligheid van het werk. Een zorgplicht en de civielrechtelijke aansprakelijkheid op dit gebied is expliciet voorzien in het Burgerlijk Wetboek analoog aan die voor werkgevers. (zie noot 9) Ook hierbij kan tekortschietende naleving van de veiligheidseisen in de Arbowet van belang zijn.

Verantwoordelijkheid overheid

Zoals hiervoor kort geschetst, zijn de arbeidsomstandigheden primair een aangelegenheid van de werkgever en werknemer, respectievelijk opdrachtgever en -nemer. Voor overheidsaansprakelijkheid voor schade die is ontstaan in het kader van een arbeidsovereenkomst of overeenkomst van opdracht is dan ook in het algemeen geen aanleiding. Aansprakelijkheid van de overheid komt pas aan de orde als de overheid een rol heeft gespeeld in het ontstaan van een onveilige situatie in de werkomstandigheden. Te denken valt aan een situatie waarin de overheid de werkgever heeft aangezet tot een onveilige werkwijze. Een dergelijke aansprakelijkheid voor schade kan ook bestaan ingeval met het overheidsoptreden een hoger, algemeen belang is gediend, maar de daarmee samenhangende risico's redelijkerwijs niet voor rekening van de betrokken private partijen mogen blijven. Hierna wordt onder c. ingegaan op enkele aspecten die in dit verband mogelijk relevant zijn.

Daarnaast komt het voor dat de overheid (een deel van) de risico's overneemt. Dat gebeurt bijvoorbeeld soms in situaties waarin door het tijdsverloop en een groot aantal betrokkenen aansprakelijkheid niet goed (meer) is vast te stellen. Een voorbeeld daarvan is de Asbestregeling. Ook kan worden gedacht aan de situatie waarin een werkgever niet meer bestaat. Het gaat dan in wezen eerder om het oplossen van een vraagstuk waarin het aansprakelijkheidsrecht niet voldoende kan voorzien. Hierna wordt onder punt 3 nader ingegaan op (collectieve) regelingen die in dit verband de laatste jaren enkele malen zijn getroffen.

c. Covid en zorgmedewerkers

Voor de vraag naar de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van longcovid in de zorg, dient eerst de vraag te worden beantwoord of de werkgever/ opdrachtgever niet aan hun hiervoor omschreven zorgplicht als werkgever/ opdrachtgever heeft voldaan. Indien dat het geval is, kan dat leiden tot aansprakelijkheid van de werkgever/opdrachtgever.

Een eventuele bijzondere aansprakelijkheid van de overheid komt pas aan de orde bijvoorbeeld indien de overheid een beroep heeft gedaan op zorgpersoneel om zorg te blijven verlenen, ondanks alle onzekerheden over de gezondheidsrisico's die het destijds nieuwe virus met zich bracht vanuit een zwaarwegender belang, namelijk de volksgezondheid. (zie noot 10)

Het vaststellen of werkgevers/ opdrachtgevers hebben voldaan aan hun zorgplicht, dan wel of de overheid (mede) aansprakelijk is, vergt nader feitenonderzoek. De Afdeling wijst in dit verband op een aantal omstandigheden die daarbij in elk geval relevant zijn.

Naleving zorgplicht en algemeen belang

Dat het ging om een nieuw virus, waarover nog nauwelijks iets bekend was, laat staan over behandelmethoden, is op zichzelf niet onderscheidend. Wel kan relevant zijn dat in de eerste coronagolf al duidelijk was dat het virus zich zeer snel en op grote schaal verspreidde en ernstig levensbedreigend was. Om te trachten de instroom bij de zorg beheersbaar te houden, waren maatschappelijk ingrijpende maatregelen noodzakelijk om verspreiding van het virus te vertragen. Ook moest veel reguliere zorg worden afgeschaald om de IC-capaciteit op te kunnen schalen. Bovendien was er gebrek aan (beschermings)materialen en capaciteit.

Door de snelle verspreiding en de grote omvang van de gevolgen van het virus moest naar bevind van zaken worden gehandeld, waarbij geen tijd bestond voor onderzoek naar de juiste aanpak. Het gevolg daarvan is dat zorgmedewerkers op grote schaal zijn blootgesteld aan risico's, waarvan de aard niet bekend was, maar waarvan wel duidelijk was dat deze aanzienlijk konden zijn. Relatief veel zorgmedewerkers hebben Covidklachten opgelopen als gevolg van de omstandigheid dat zij zorg hebben verleend aan Covidpatiënten. De intensiteit van de blootstelling aan het risico van besmetting kan overigens verschillend zijn voor de verschillende zorgsectoren en functies daarbinnen. Tegelijkertijd was nog niet duidelijk welke maatregelen genomen zouden moeten en kunnen worden om deze risico's te beperken. Gaandeweg nam de kennis toe, kwamen beschermingsmiddelen beschikbaar en nam de druk op de zorg enigszins af. Wel duurde het tot 2021 voordat de vaccinatiecampagne op gang kwam.

In veel gevallen was er voor zorgmedewerkers geen reële mogelijkheid om deze bijzondere risico's te vermijden: het niet verlenen van zorg aan Covidpatiënten was geen optie. Waar op veel terreinen reguliere activiteiten konden worden stopgezet of op andere wijze konden worden ingericht (thuiswerken), waren dergelijke mogelijkheden in de zorg niet aanwezig. Bovendien is door de overheid een dringend beroep gedaan op de zorg en zorgmedewerkers om deze essentiële functies overeind te houden, ondanks de risico's en de beperkte beschermingsmogelijkheden. (zie noot 11) Dat plaatste ook werkgevers in de zorg in een lastig parket: die hebben immers de wettelijke verantwoordelijkheid jegens de werknemers om het nemen van onverantwoorde risico's te vermijden. Tegelijkertijd werd van hen in het publieke belang van de volksgezondheid verwacht dat zij hun werknemers ook in deze risicovolle omstandigheden inzetten.

Omvang Covidklachten bij zorgmedewerkers

De precieze aard en omvang van het aantal (zorg)medewerkers met langdurige Covidklachten is niet bekend, de instroom in de WIA geeft echter een indicatie. Deze instroom laat twee jaar na de eerste coronagolf een piek zien. Langdurige aan Covid gerelateerde klachten spelen daarbij een grote rol. Duidelijk is ook dat medewerkers werkzaam in de sector zorg en welzijn relatief gezien flink zijn oververtegenwoordigd in deze piek. (zie noot 12)

Beperkingen aan re-integratie

Ook in de nasleep zijn er mogelijk bijzonderheden. Op zichzelf is het niet ongebruikelijk dat zich een situatie voordoet waarin ziekteverloop grillig is en er (nog) veel onbekend is over het ziekteverloop en over re-integratiemogelijkheden. Bijzonder zijn wel de moeilijke omstandigheden waarin de re-integratie plaatsvond. Door de pandemie was het maatschappelijke leven twee jaar lang grotendeels ontwricht. Voor veel zieke medewerkers werkzaam in de zorg gold in het bijzonder dat re-integratie werd bemoeilijkt, omdat de sector waarin zij werkten zich in crisismodus bevond. (zie noot 13)

d. Natuurlijke verbintenis

Hiervoor is ingegaan op de eventuele aansprakelijkheid van de werkgever en/of de overheid voor schade die werknemers in de zorg hebben geleden als gevolg van zorgwerkzaamheden tijdens de eerste coronagolf.

Naast deze eventuele aansprakelijkheid kan het leerstuk van de natuurlijke verbintenis in dezen een rol spelen. Een natuurlijke verbintenis is niet rechtens afdwingbaar, en betreft een dringende morele verplichting van zodanige aard dat naleving daarvan, hoewel rechtens niet afdwingbaar, naar maatschappelijke opvattingen als voldoening van een aan die ander toekomende prestatie moet worden aangemerkt. (zie noot 14) Te denken valt aan ereschulden. Hoewel de naleving van een natuurlijke verbintenis niet bij de rechter afdwingbaar is, heeft deze verbintenis wel een grondslag, die is gelegen in de maatschappelijke opvattingen terzake.

De natuurlijke verbintenis moet weliswaar worden onderscheiden van andere verbintenissen (aansprakelijkheid) doordat deze niet kan worden afgedwongen, tegelijkertijd kunnen zij in voorkomend geval moeilijk van elkaar te onderscheiden zijn. Zoals uit het voorgaande naar voren komt kan het ingewikkeld zijn om te bepalen waardoor de schade is veroorzaakt en wie daarvoor aansprakelijk is of om de omvang van de schade te bepalen. De omstandigheid dat de overheid in dit geval een dringend beroep heeft gedaan op werkgevers en werknemers in de zorg brengt mee dat aannemelijk is dat op de overheid in dezen, nog los van eventuele aansprakelijkheid voor schade, (ook) naar de maatschappelijke opvattingen een dringende morele verplichting kan rusten.

3. Collectieve regeling

In de afgelopen jaren zijn in toenemende mate (generieke) regelingen in het leven geroepen, zoals compensatieregelingen, coulanceregelingen, voorschotregelingen en tegemoetkomingen. (zie noot 15) Dergelijke regelingen kunnen verschillende achtergronden hebben. Te denken valt aan het vereenvoudigen van de afwikkeling om lange en ingewikkelde procedures te voorkomen, wegnemen van onduidelijkheid wie waarvoor aansprakelijk zou kunnen zijn, of aan het voldoen aan een natuurlijke verbintenis.

De Afdeling gaat hierna nader in op enkele relevante aspecten.

Complexiteit

Juist bij beroepsziekten is de schadeafhandeling vaak complex. Het vaststellen van de

oorzaak van de schade is in veel gevallen ingewikkeld en de schadeafhandeling is daardoor tijdrovend en kostbaar. Hierbij gaat het onder meer om het (mogelijke) multi-causale karakter van veel beroepsziekten, het moeten achterhalen van relevante feiten uit het verleden en de soms moeilijk objectiveerbare klachten. Zelfs in het geval van zorgpersoneel, dat in het bijzonder aan het begin van de pandemie is blootgesteld aan het risico besmet te raken, kan het problematisch zijn om onomstotelijk vast te stellen dat Covid is opgelopen in de uitoefening van de werkzaamheden. In verscheidene andere landen, zoals België, is voorzien in regelingen ten behoeve van bepaalde beroepsziekten. Indien de werknemer in de desbetreffende sector werkzaam is (geweest), en de als zodanig aangewezen beroepsziekte heeft gekregen, heeft hij voldaan aan de bewijslast om in aanmerking te komen voor vergoeding overeenkomstig die regeling. (zie noot 16)

Regelingen zoals de Belgische beroepsziektenregeling kunnen het voor alle betrokken partijen gemakkelijker maken de schade op eenvoudige en efficiënte wijze af te wikkelen. In Nederland is een aanvang gemaakt met een vergelijkbare voorziening door de oprichting van het Landelijk Expertisecentrum Stoffengerelateerde Beroepsziekten (LEXCES) in juli 2020 en de voorziene invoering in 2023 van de Regeling Tegemoetkoming Stoffengerelateerde Beroepsziekten (TSB). Deze voorzieningen hebben echter nog slechts betrekking op de gevolgen van gevaarlijke stoffen en niet van beroepsziekten zoals hier aan de orde. Zij voorziet dus vooralsnog niet in de onderhavige problematiek. (zie noot 17)

Wie aansprakelijk?

De vraag wie aansprakelijk is voor schade kan in voorkomende gevallen tot complexiteit leiden. Als het gaat om de arbeidsverhoudingen heeft, zoals hiervoor geschetst, de werkgever de eerste verantwoordelijkheid. In bijzondere gevallen kan de overheid wellicht ook een verantwoordelijkheid hebben. Als gezegd, kan (mede)aansprakelijkheid van de overheid aan de orde zijn in het geval van een beroep dat op de zorg en zorgmedewerkers is gedaan om hun werkzaamheden, ondanks relatief grote risico's, voort te zetten. Door het treffen van een regeling - waarop hierna wordt ingegaan - kan worden voorkomen dat gelaedeerden bij het verkrijgen van een schadevergoeding van het kastje naar de muur worden gestuurd.

Ook kunnen regelingen uitkomst bieden in situaties waarin werknemers vaak voor verschillende werkgevers in een branche hebben gewerkt of een werkgever niet meer bestaat. Een regeling op brancheniveau biedt dan uitkomst.

Aard van de schade

Door het treffen van collectieve regelingen kan worden bewerkstelligd dat ingewikkelde discussies over de omvang van de schade worden voorkomen. Mede daarom zijn zulke regelingen vaak gericht op het vergoeden van immateriële schade (in het bijzonder smartengeld). Voor immateriële schade is de omvang moeilijk te bepalen. Een (collectieve) regeling kan dan helpen voorkomen dat hierover ingewikkelde procedures gevoerd moeten worden. Ook zijn zij vaak gericht op het voldoen aan natuurlijke verbintenissen, zoals ereschulden en erkenning van leed, die weliswaar een grondslag hebben in de maatschappelijke opvattingen, maar waarbij het niet altijd eenvoudig is om op objectieve gronden de omvang ervan te bepalen.

Wie moet de regeling treffen, uitvoeren en financieren?

Aangezien de aansprakelijkheid voor de schade in eerste instantie een werkgevers/opdrachtgeversaansprakelijkheid betreft, zou het in de rede liggen dat een

regeling wordt getroffen in het collectieve arbeidsvoorwaardenoverleg. Dit kan ook bijdragen aan de formulering van specifieke criteria door sociale partners die de feitelijke omstandigheden van nabij kennen. Dit zou ook meebrengen dat de werkgever/opdrachtgever zorg draagt voor de uitvoering van de regeling, hetgeen ook in de rede ligt omdat deze weet welke werknemers/opdrachtnemers welke werkzaamheden hebben verricht. De uitkering zou dan via de personeelsadministratie kunnen worden verstrekt.

De overheid zou op twee gronden een bijdrage kunnen leveren in de kosten van deze regeling. In de eerste plaats als blijkt dat de overheid onrechtmatig heeft gehandeld. Dan is er een verplichting voor de overheid om de daardoor veroorzaakte schade te vergoeden. Een tweede grond zou kunnen zijn dat, hoewel de noodsituatie het handelen rechtmatig maakte, gezien deze uitzonderlijke situatie, de overheid de kosten van deze regeling geheel of gedeeltelijk voor haar rekening behoort te nemen. Dan zou het een beleidsmatige keuze zijn om hiervoor algemene middelen in te zetten. Indien wordt besloten tot een bijdrage van de overheid, zou het betreffende bedrag kunnen worden vergoed aan werkgevers/opdrachtgevers. Op deze wijze zou de verdeling van verantwoordelijkheden in het aansprakelijkheidsrecht zo veel mogelijk in tact worden gelaten.

Afbakening

Bij het opstellen van een collectieve regeling (of deze nu op sectorniveau of op landelijk niveau wordt getroffen) zal een afbakening moeten worden gemaakt wie wel en wie niet voor de regeling in aanmerking komen. Die afbakening dient, met het oog op precedentwerking en procedures, op objectieve gronden te zijn gebaseerd. In de hier aan de orde zijnde problematiek gaat het om personele afbakening (wie komen in aanmerking, zoals welke medewerkers onder welke voorwaarden), materiële afbakening (welke periode ziek geworden, ernst van de aandoeningen), alsook om afbakening in de tijd (duur van de aandoeningen).

Zoals hiervoor in punt 2, onder c, reeds is geschetst, is in de coronacrisis een beroep gedaan op zorgmedewerkers om essentiële functies draaiende te houden. De risico's die zij daarbij hebben gelopen kunnen voor verschillende groepen medewerkers in de zorg, zoals verplegend personeel, kantoorpersoneel en ambulancemedewerkers, evenwel verschillend zijn. Dit roept de vraag op voor welke zorgmedewerkers een regeling als voorzien zou moeten gelden.

Voorts moet worden bedacht dat verschillende van de hiervoor genoemde voor het treffen van een voorziening ook in meerdere of mindere mate een rol spelen bij andere beroepsgroepen waarop een dringend beroep is gedaan, zoals het onderwijs, de kinderopvang en het openbaar vervoer. Wel lijkt het aannemelijk dat deze problematiek bij zorgmedewerkers in grotere hevigheid en intensiteit aan de orde is, in ieder geval bij bepaalde groepen van het zorgpersoneel. Indien een regeling wordt getroffen, van welke aard dan ook, dient nader feitelijk onderzoek duidelijk te maken in welke mate relevante aspecten ook bij andere beroepsgroepen aan de orde waren. Daarbij ligt het ook in de rede nader aandacht te besteden aan de problematiek van re-integratie in de verschillende sectoren.

Voorts dient nader te worden onderzocht in hoeverre de situatie tijdens de eerste coronagolf bijzonder was en de risico's toen buitengewoon groot waren. Daarbij kan relevant zijn dat het ging om grote aantallen patiënten met navenante druk op de zorg, er nog weinig bekend was over het virus en er onvoldoende beschermingsmiddelen beschikbaar waren. Gaandeweg nam de kennis toe, kwamen meer beschermingsmiddelen beschikbaar en nam de druk op de

zorg enigszins af. In 2021 kwam de vaccinatiecampagne op gang. Nader feitenonderzoek is nodig om tot een deugdelijk onderbouwde afbakening te komen van de periode waarin sprake was van bijzondere omstandigheden.

Tot slot kan worden opgemerkt dat het enkel hanteren van "erkenning van leed" als grondslag, kwetsbaar is vanuit het oogpunt van het gelijkheidsbeginsel, omdat ook personeel in andere sectoren dat is getroffen door long Covid vergelijkbaar ernstig leed kan ondervinden. Een dergelijke grondslag voor de afbakening van een regeling heeft derhalve onvoldoende onderscheidend vermogen.

4. Onverplichte tegemoetkoming

De term "onverplichte tegemoetkoming" - zoals gebruikt in het verzoek om voorlichting - kan verwarring opleveren. Zo wordt het onverplichte karakter door het treffen van een regeling juist weggenomen: door het treffen van een regeling ontstaat een afdwingbaar recht. De term "onverplichte tegemoetkoming" valt ook moeilijk te plaatsen in het juridisch begrippenkader. Deze lijkt nog het dichtst aan te sluiten bij de natuurlijke verbintenis.

Ook het begrip "tegemoetkoming" roept vragen op. Dit begrip suggereert immers dat het een niet-volledige regeling betreft, waaraan een verdergaande verbintenis ten grondslag ligt. Dat lijkt bij veel tegemoetkomingen echter niet te zijn beoogd.

Van belang is om onverplichte tegemoetkomingen scherp te onderscheiden van regelingen ter uitvoering van een verbintenis. (zie noot 18) Indien een tegemoetkoming uitvoering geeft aan civielrechtelijke aansprakelijkheid, en een daaruit voortvloeiende verplichting tot het vergoeden van schade, betreft het naar de aard van de zaak geen onverplichte tegemoetkoming. Datzelfde geldt indien een regeling ziet op de nakoming van een natuurlijke verbintenis. In dat geval is deze verbintenis gegrondvest op de maatschappelijke opvattingen terzake en wordt er voor gekozen de natuurlijke verbintenis te honoreren. Daarmee ontvalt aan de regeling het onverplichte karakter.

Blijkens het verzoek om voorlichting heeft de voorgenomen onverplichte tegemoetkoming als doel, naast de bestaande regelingen voor werkgevers- en overheidsaansprakelijkheid en uitkeringen voor arbeidsongeschiktheid, (zie noot 19) te voorzien in een regeling ter erkenning van het leed dat de getroffen zorgmedewerkers ondervinden. Gelet op de gebruikte argumentatie voor deze voorgenomen regeling ("erkenning van leed", naast eventuele aansprakelijkheid) is de Afdeling van oordeel dat het hier gaat om een regeling ter voldoening aan een natuurlijke verbintenis. Het voorzien in een onverplichte tegemoetkoming acht de Afdeling dan ook niet passend.

Indien een regeling zoals voorgesteld echter niet ziet op het nakomen van een (al dan niet natuurlijke) verbintenis die dwingt of rechtvaardigt om die middelen in te zetten, maar een ander doel, dient duidelijk te worden gemaakt met welk ander doel die voorziening wordt getroffen. Dat is ook van belang omdat dient te worden verantwoord met welk doel collectieve middelen worden ingezet. Dit vereist ook artikel 3.1 van de Comptabiliteitswet 2016, dat bepaalt dat voorstellen, voornemens en toezeggingen een toelichting bevatten waarin wordt ingegaan op de doelstellingen, de doeltreffendheid en de doelmatigheid die wordt nagestreefd, de beleidsinstrumenten die worden ingezet, en de financiële gevolgen voor het Rijk en, waar mogelijk, de financiële gevolgen voor maatschappelijke sectoren.

5. De voorgelegde vragen

De voorgenomen onverplichte tegemoetkomingsregeling waarop het verzoek om voorlichting betrekking heeft, heeft volgens het verzoek het karakter van een onverplichte regeling, naast

de reguliere mogelijkheden tot werknemers- en overheidsaansprakelijkheid. De in het verzoek voorgelegde vragen hebben in wezen betrekking op de vraag of het doel van de regeling, de doelgroep en de hoogte van de tegemoetkoming uit oogpunt van het gelijkheidsbeginsel juridisch houdbaar zijn.

De Afdeling onderkent dat er in dit geval aanleiding kan zijn om een voorziening te treffen. Aannemelijk is dat in verschillende sectoren een beroep is gedaan op medewerkers om essentiële taken overeind te houden, ondanks de risico's die daarbij werden genomen. Dit geldt in het bijzonder voor de zorg. De hiervoor in punt 3 geschetste om te komen tot een collectieve regeling zijn in dit geval bij uitstek van toepassing.

Gelet op de vermelde om tot een voorziening te komen is volgens de Afdeling een "onverplichte tegemoetkoming" niet passend, maar ligt het treffen van een regeling ter voldoening aan een natuurlijke verbintenis in de rede. Zij adviseert dit in de regeling en de benaming ervan te expliciteren.

Indien de voorgenomen voorziening echter een ander doel heeft dan te voldoen aan een verbintenis, dient duidelijk te worden gemaakt wat dan het doel van zo'n regeling is.

Niet alleen dient duidelijkheid te worden geboden over het karakter van de voorziening, ook is een gerichte en precieze doelomschrijving noodzakelijk vanwege de mogelijke precedentwerking, zowel met het oog op de afbakening (en de juridische houdbaarheid daarvan) als met het oog op de verantwoording van de inzet van collectieve middelen. (zie noot 20) De omstandigheden van medewerkers in de zorg die aanleiding zijn voor het voornemen tot het treffen van een regeling, zijn, zoals hiervoor in punt 2, onder c en punt 3 geschetst, in andere gevallen en sectoren mogelijk ook relevant, zij het in veel gevallen in minder indringende mate. Dat maakt dat de grondslag voor een specifieke regeling voor zorgmedewerkers moet worden gezocht in deze ernstige omstandigheden.

Het hanteren van alleen de "erkenning van leed" als grondslag, is kwetsbaar vanuit het oogpunt van het gelijkheidsbeginsel, omdat ook personeel in andere sectoren dat is getroffen door long Covid vergelijkbaar ernstig leed kan ondervinden. Een dergelijke grondslag voor de afbakening van een regeling heeft derhalve onvoldoende onderscheidend vermogen.

Ten aanzien van de hoogte van de voorgenomen vergoeding geldt het volgende. In diverse bestaande regelingen voor collectieve schade worden forfaitaire bedragen toegekend, teneinde de uitvoering te vereenvoudigen en snel tot betaling te kunnen overgaan. In de hoogte van die forfaitaire bedragen wordt gewoonlijk onder meer verdisconteerd de mate van ernst van de (gemiddelde) materiële en immateriële schade. Bij de beoordeling of een voorziening als voorgesteld passend is, moet het beoogde karakter ervan in beschouwing worden genomen en de voorziening worden gezien in samenhang met de aansprakelijkheid voor (im)materiële schade en de eventuele voorzieningen die in dat verband zijn getroffen.

De vice-president van de Raad van State

Voetnoten

(1) Artikel 3, tweede lid, onder b, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.

(2) Bij onvoldoende re-integratieinspanningen kan deze termijn bij wijze van loonsanctie door het UWV worden verlengd tot maximaal drie jaar.

(3) Artikel 629 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Een werkgever is verplicht om gedurende de eerste twee jaar van ziekte minstens 70% van het brutoloon aan de werknemer te betalen. In praktijk staat in de meeste cao's dat dit in het eerste jaar 100% is

en in het tweede jaar 70%.

(4) Artikelen 658a en 660a van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

(5) De concept-Kamerbrief die als bijlage bij het verzoek om voorlichting is bijgevoegd geeft een overzicht van dergelijke initiatieven bij de long-Covid problematiek van medewerkers in de zorg.

(6) Subsidieregeling behoud langdurig zieke zorgmedewerkers (Stcrt. 14 juni 2022, nr. 16010).

(7) Artikel 611 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

(8) Artikel 658 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

(9) Artikel 658, vierde lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Zie ook Kamerstukken II 2017/18, 29544, nr. 809.

(10) Zie in deze zin de conceptbrief, onder "tegemoetkoming voor zorgmedewerkers".

(11) Conceptbrief, onder "tegemoetkoming voor zorgmedewerkers".

(12) Conceptbrief, onder "Aard en omvang problematiek". Gewezen moet worden op vele onzekerheden. Zo zijn zzp-ers in de zorg hierin niet meegenomen, omdat die niet kunnen instromen in de WIA.

(13) De Raad voor Volksgezondheid en Samenleving wijst hierop: (Maat)werk bij langdurige klachten na covid, publicatie 22-6, Den Haag, 2022.

(14) Artikel 3, tweede lid, onder b, van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek.

(15) Zie voor een overzicht Christiaan Ruppert, Regelingen voor collectieve schade, Den Haag: Boomjuridisch 2021.

(16) Raad voor Volksgezondheid en Samenleving wijst hierop: (Maat)werk bij langdurige klachten na covid, publicatie 22-6, Den Haag, 2022, paragraaf 3.3.

(17) Deze voorzieningen vormen een uitvloeisel van het rapport van de Commissie vergemakkelijking schadeafhandeling beroepsziekten (de commissie VSAB), onder leiding van dhr. Heerts.

(18) Zie ook het advies van de Afdeling over het wetvoorstel Wet herinvoering basisbeurs hoger onderwijs (Kamerstukken II 2022/23, 36229, nr. 4) en het advies over het ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit Tijdelijke wet Groningen in verband met het opdragen van andere taken en bevoegdheden aan het Instituut Mijnbouwschade Groningen (Wijziging van het Besluit Tijdelijke wet Groningen in verband met het opdragen van andere taken en bevoegdheden aan het Instituut Mijnbouwschade Groningen).

(19) In deze opzet ligt het voor de hand dat een dergelijke regeling eventuele aansprakelijkstelling onverlet laat.

(20) Zie ook het advies over het ontwerpbesluit tot wijziging van het Besluit Tijdelijke wet Groningen in verband met het opdragen van andere taken en bevoegdheden aan het Instituut Mijnbouwschade Groningen (Wijziging van het Besluit Tijdelijke wet Groningen in verband met het opdragen van andere taken en bevoegdheden aan het Instituut Mijnbouwschade Groningen).