Drs. R.A. Heida[1]

Heeft de rechter een compleet beeld, of is een ooglidcorrectie noodzakelijk?

TRA 2014/99

Loonbetaling bij cosmetische ingrepen houdt de gemoederen al jaren bezig. Sinds twee uitspraken van de Kantonrechter Middelburg leeft het thema weer volop. Vrijwel alle partijen omarmen de uitspraak dat verzuim door een niet-medisch noodzakelijke ingreep geen recht geeft op loondoorbetaling. Op de motivering van de kantonrechter is het nodige af te dingen, gezien wettelijke regels en jurisprudentie en gezien rollen en taken van de betrokken artsen. De conclusie luidt dat een ondubbelzinnige uitspraak over opzet als grond tot loonweigering voor de uniformiteit noodzakelijk is en dat daarbij ook gekeken moet worden naar de huidige privacyregels.

1. Inleiding

Door uitspraken van de Kantonrechter Middelburg[2] over ooglidcorrecties is de stilgevallen discussie over opzettelijk veroorzaken van ziekte nieuw leven ingeblazen. Het gevolg daarvan is dat zowel op websites voor werkgevers en hrm'ers als op juridische sites, men vrijwel kritiekloos de uitspraken volgt en de strekking daarvan als nieuwe norm hanteert, te weten: voor een niet noodzakelijke medische ingreep is de werkgever niet tot loondoorbetaling verplicht, maar voor het verzuim door complicaties wel. Aan bedrijfsartsen wordt sindsdien met regelmaat gevraagd een uitspraak te doen over wel of niet medisch noodzakelijk zijn van een bepaalde behandeling. Werkgevers nemen soms in hun verzuimregels op dat werknemers melding moeten maken van een niet noodzakelijke(cosmetische) operatie, omdat zij daarvoor vakantie of onbetaald verlof moeten opnemen. Een belangrijk knelpunt dat tot nu toe niet is benoemd in deze discussie, vormt de privacybescherming van werknemers ten aanzien van informatie over aard en achtergrond van de ziekmelding. Aan de hand van wet, wetsgeschiedenis, jurisprudentie en literatuur worden de uitspraken over ooglidcorrecties besproken en worden aanbevelingen gedaan voor hantering van het opzetbegrip.

2. Juridisch kader

Een werknemer heeft op basis van art. 7:629 lid 1 BW recht op loon als hij ten gevolge van ongeschiktheid door ziekte niet in staat is de bedongen arbeid te verrichten. Het gaat dus niet alleen om ziek of om ongeschikt zijn, maar om de causale relatie tussen die factoren. Op dit recht bestaan uitzonderingen, bijvoorbeeld voor het geval dat de ziekte opzettelijk is veroorzaakt (art. 7:629 lid 3 onder a BW). Om rechterlijke uitspraken in geschillen over ooglidcorrecties te analyseren, is het noodzakelijk om zowel 'ziekte' als 'opzet' nader te beschouwen en daarnaast aandacht te besteden aan privacyregels en medische verklaringen.

2.1 *Ziekte*

Van Dale definieert ziekte als: 'het gestoord zijn van de werking van een of meer organen'. In wettelijke regels over ziekte en arbeidsongeschiktheid uit de periode voor 1994, toen een aanvang gemaakt werd met overheveling van risico's en verantwoordelijkheden van het collectief (sociale zekerheid) naar de individuele werkrelatie, is geen nadere definitie van het begrip ziekte te vinden. Op verzoek van de CRvB is in 1936 ziekte door de hoogleraren Hijmans van den Bergh en Baart de la Faille gedefinieerd als: 'Niet een statisch begrip, doch een proces. Dat is dus een zich in de tijd uitstrekkende gebeurtenis of een complex van gebeurtenissen, welke bestaan in wijzigingen van functies van het organisme, hetzij in kwalitatieve, hetzij in kwantitatieve zin, veroorzaakt door een verstoring van het evenwicht in het lichaam, hetwelk er naar schijnt te streven dit evenwicht te herstellen of zich op een nieuw evenwicht in te stellen'. Noch de Wet TZ[3] noch de Wulbz[4] geeft een definitie van ziekte doch volstaat met verwijzing naar hetgeen daarover in de Ziektewet is uitgewerkt.

Artsen hebben in hun beroepsuitoefening te maken met de Wet BIG[5]. Het doel van deze wet is het bevorderen en bewaken van de kwaliteit in de gezondheidszorg. De memorie van toelichting verklaart nader dat de term ziekte ruim dient te worden opgevat. Ook aandoeningen, pijn, verwondingen, gebreken, tekorten of anderszins toestanden van fysiek of psychisch niet-welbevinden kunnen onder het begrip worden gebracht.[6]

2.2 *Opzet in de wet(sgeschiedenis)*

De Wulbz geeft als uitsluitingsgrond voor de plicht tot loonbetaling het 'opzettelijk veroorzaken van ziekte', maar laat na dat verder toe te lichten.[7] Op vragen daarover vanuit het parlement kwam het volgende antwoord: "De zinsnede 'de ziekte door zijn opzet is veroorzaakt' betekent dat de opzet van de arbeider gericht moet zijn op het veroorzaken van ziekte. Opzettelijk risicovol gedrag met als gevolg arbeidsongeschiktheid leidt niet tot verlies van het recht op loondoorbetaling. De door de leden van de SP-fractie genoemde gevallen van arbeidsongeschiktheid als gevolg van voetballen in het weekend of als gevolg van een wintersport-

1 R.A. Heida is bedrijfsarts. Hij is werkzaam als Directeur Kwaliteit bij Arbonet.

2 Ktr. Middelburg 9 juli 2012, *JAR* 2017/217, m.nt. C.S. Kehrer-Bot; Ktr. Middelburg 24 juni 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:4988, *JAR* 2013/189.

3 Wet terugdringing ziekteverzuim.

4 Wet uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte.

5 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg.

6 *Kamerstukken II* 1985/86, 19522, 3, p. 85.

7 *Kamerstukken II* 1995/96, 24439, 6, p. 74.

vakantie leiden in beginsel niet tot verlies van het recht op loondoorbetaling, tenzij deze sporten zijn uitgeoefend met het oogmerk om arbeidsongeschiktheid teweeg te brengen". Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer heeft de regering als volgt geantwoord: "De vraag of sprake is van het opzettelijk veroorzaken van ziekte, of het door eigen toedoen belemmeren van de genezing, kan niet in zijn algemeenheid worden beantwoord. Dit hangt af van de feiten en omstandigheden in het concrete geval. De weigering van ziekengeld door de bedrijfsvereniging in geval van opzet komt nauwelijks voor omdat het opzettelijk veroorzaken van ziekte zeldzaam is, en omdat het bewijs moeilijk is. Het moet in elk geval gaan om het willens en wetens veroorzaken van ziekte, niet om het enkele riskeren daarvan".[8]
Tijdens de parlementaire discussie over het nieuwe verzekeringsrecht is eveneens aandacht besteed aan opzet zoals beschreven in art. 7:952 BW. Het kabinet heeft geantwoord dat het begrip opzet inderdaad verwant is aan de begrippen opzet in strafrechtelijke zin, waarbij men drie vormen van opzet onderscheidt, te weten: opzet als oogmerk, opzet als zekerheidsbewustzijn en voorwaardelijk opzet.[9]

2.3 *Privacy*

In art. 16 Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) is vastgelegd dat de werkgever geen gezondheidsgegevens mag verwerken. Die lijn wordt door het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) strikt gehanteerd: het gaat niet alleen om een verbod op vragen naar de reden van de ziekmelding, maar ook spontaan vermelde problemen en klachten mag de werkgever niet noteren of gebruiken.[10] Dit betekent dat de werknemer geen informatie over bijvoorbeeld een (al dan niet noodzakelijke) cosmetische ingreep hoeft te geven. Doet deze dat toch, dan mag werkgever de informatie niet registreren en verder gebruiken. Deze strikte uitleg van het CBP levert in de dagelijkse praktijk van verzuimbegeleiding de nodige problemen op.[11] Ook verwerken van gezondheidsgegevens met toestemming van de werknemer (art. 23 lid 1 onder a Wbp) wordt door het CBP niet als rechtmatig gezien vanwege de afhankelijkheidsrelatie.[12]

2.4 *Medische verklaringen*

Kantonrechter Middelburg overweegt in het vonnis van 8 juli 2012 dat een oordeel van de bedrijfsarts ontbreekt over de medische noodzaak van de ooglidcorrecties. Afgeven van een medische verklaring is binnen de geneeskunde aan strikte regels gebonden, die deels verankerd zijn in wetgeving en deels vanuit tuchtrechtelijk jurisprudentie afkomstig zijn.
Uitgangspunt van de Wet BIG is dat een arts behalve bevoegd ook bekwaam moet zijn. Hij zal dus kennis moeten hebben van het werkgebied waarin hij zich beweegt of waarover wordt geadviseerd. Dit betekent dat vragen door derden gesteld, zelfs met toestemming van de patiënt, alleen beantwoord mogen worden als de betreffende arts voldoende deskundig is op het terrein waarop de vragen betrekking hebben. Een algemeen uitgangspunt van de KNMG[13] is dat artsen geen verklaringen afgeven over hun eigen patiënten. Daarbij is een verklaring alles wat meer is dan een diagnose en behandelplan. Een verklaring is een op medische gegevens gebaseerd waardeoordeel over de patiënt. Voor behandelend artsen geldt bijvoorbeeld dat zij geen verklaringen mogen afgeven over wel of niet kunnen werken van de eigen patiënt, omdat ze de daarvoor noodzakelijke kennis missen.[14] Hierover zijn talloze tuchtzaken gevoerd, die vrijwel altijd leiden tot een maatregel tegen de betreffende arts. Voor bedrijfsartsen geldt dat zij de belastbaarheid van werknemers beoordelen in relatie tot werk en adviseren hoe het verzuim eventueel te bekorten en de re-integratie te bespoedigen is. Bij die taak hoort niet de beoordeling van de medische noodzaak van een voorgenomen ingreep. Dat is de competentie van een specialist met kennis op dat terrein of van een medisch adviseur van een zorgverzekering, indien de ingreep onder voorwaarden voor vergoeding in aanmerking komt.

3. Opzet in de literatuur

Er is veel geschreven over opzet als uitsluitingsgrond in de juridische literatuur. Sommigen menen dat de wetgever niet voor niets de bewijslast zo zwaar heeft gemaakt dat opzet daarmee praktisch gezien een dode letter is geworden. Anderen zien ruimte en suggereren om meer aan te sluiten bij maatschappelijke ontwikkelingen, zoals de toegenomen verantwoordelijkheid van werknemers voor hun eigen gezondheid en de stijgende kosten in de loonsfeer voor werkgevers. Zo heeft Willems ervoor gepleit om ziekte na een cosmetische ingreep te laten vallen onder de uitzonderingen op de verplichting tot loonbetaling en wel wegens opzet in de zin van zekerheidsbewustzijn.[15] Vegter is van oordeel dat het enige dat de werkgever van zijn werknemer kan verlangen, het aannemelijk maken van een medische noodzaak voor de behandeling is. Als dat niet gebeurt, kan er sprake zijn van het opzettelijk veroorzaken van ziekte. Hier wordt echter volledig voorbijgegaan aan de beperkingen die de Wbp werkgevers oplegt.[16] Frikkee bespreekt uitvoerig het 'zaalvoetbalarrest'.[17] Zij concludeert dat het Hof Arnhem de strikte uitleg van het begrip opzet als oogmerk hanteert, die past bij de wetsgeschiedenis. Helaas is de Hoge Raad niet toegekomen aan het nader beoordelen van de uitleg van het hof op dit punt, omdat daartegen geen cassatiemiddel was gericht. Opdam lijkt aan art. 28 lid 1 WIA de gevolgtrekking te ontlenen dat ook art. 7:629 lid 3 onder a BW een

8 *Kamerstukken I* 1995/96, 24439, 134b, p. 48.
9 *Kamerstukken I* 2004/05, 19529B, p. 19 (MvA).
10 Zie Factsheets *Zieke werknemers* op cbpweb.nl en *De zieke werknemer en privacy*, CBP 2008.
11 Zie I.J. de Laat en R.A. Heida, 'Privacy en de zieke werknemer: de gespannen verhouding tussen theorie en praktijk', *AR* 2013/57.
12 *De zieke werknemer en privacy. Regels voor de verwerking van persoonsgegevens van zieke werknemers*, Den Haag: CBP 2008, p. 76.
13 Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst.
14 Zie noot R.A. Heida bij uitspraak Ktr. Nijmegen 9 december 2009, *JIN* 2010/77.
15 P. Willems. 'Ziekte na een cosmetische ingreep: is art. 7:629 lid 3 onder a BW toe aan een chirurgische operatie?', *AR* 2005/1.
16 Ktr. Tilburg 18 mei 2005, *JAR* 2006/77, m.nt. M.S.A. Vegter.
17 C.J. Frikkee, 'Geen recht op aanvulling loon bij ziekte in geval van schuld of toedoen', *SR* 2008/6.

ruimere betekenis kan krijgen. In de WIA is bepaald dat de verzekerde het ontstaan van arbeidsongeschiktheid moet voorkomen of beperken.[18] Kehrer volgt in haar beschouwing de lijn die Ktr. Middelburg heeft uitgezet, met als extra argument dat persoonlijke beslissingen, zoals medisch niet-noodzakelijke cosmetische ingrepen, niet automatisch voor rekening van de werkgever komen.[19]

4. Opzet in jurisprudentie

In de rechtspraak van na de 'privatisering' Ziektewet heb ik twaalf uitspraken (naast de onderhavige zaak) gevonden die betrekking hebben op loondoorbetaling bij opzettelijk veroorzaken van ziekte.[20] Daarbij is de in hoger beroep en cassatie behandelde zaak van de zaalvoetballer als één uitspraak beschouwd. In vier zaken (Ktr. Amersfoort, Ktr. Heerlen, Ktr. Gouda en Ktr. Sittard-Geleen) is opzettelijk veroorzaken van ziekte aangenomen met respectievelijk als motivering: aanmerkelijke kans, zekerheidsbewustzijn, ernstige mate van schuld en bewuste roekeloosheid. In zes uitspraken is geconcludeerd dat opzet moet worden uitgelegd als oogmerk om ziek te worden en luidde het oordeel dat daaraan niet voldaan was. In twee uitspraken wordt het opzetbegrip niet verder uitgewerkt en leiden andere argumenten tot het opleggen van de verplichting tot loondoorbetaling. Ik doel dan op de zaken die speelden in Maastricht ('Make me beautiful') en Oost-Brabant (geslachtsverandering), waarin cosmetische operaties ter discussie stonden. De uitspraak uit Maastricht wordt in de juridische praktijk en daarbuiten vaak verkeerd uitgelegd als: bij een niet-noodzakelijke medische ingreep heeft de werknemer geen recht op loondoorbetaling, bij complicaties wel. De uitspraak ziet echter niet op de zes weken die werkneemster onbetaald verlof had genomen voor de ingrepen, maar alleen op de periode daarna.

5. Bespreking vonnissen Kantonrechter Middelburg

5.1 *Uitspraak 8 juli 2012*

Partijen hebben de kantonrechter gezamenlijk verzocht een uitspraak te doen over de volgende vragen:

A. Is er bij een cosmetische ingreep sprake van ziekte?
B. Moet voor de beantwoording van de ziektevraag onderscheid gemaakt worden tussen de dag van opname en de hersteldagen?
C. Is de ziekte opzettelijk veroorzaakt?
D. Moet in het kader van opzet onderscheid gemaakt worden tussen de dag van opname en de hersteldagen?

Deze vragen worden successievelijk besproken en van commentaar voorzien.

Ad A. Onder ziekte verstaat de kantonrechter een lichamelijke of psychische toestand die de werknemer verhindert zijn arbeid te verrichten. Deze 'definitie' komt in aangepaste vorm uit art. 19 lid 1 Ziektewet, maar die bepaling gaat over het recht op ziekengeld, waarvoor ziekte (net als in art. 7:629 lid 1 BW) een noodzakelijke (maar niet voldoende) voorwaarde is. De definitie is dus onjuist, mede in het licht van hetgeen onder 2.1 is beschreven over ziekte. In de redenering van de kantonrechter zou geen sprake zijn van ziekte als iemand ondanks een belemmerende lichamelijke of psychische toestand zijn werk wel kan doen en dat is uiteraard onjuist.

Ad B. Tijdens de ingreep is per definitie sprake van ziekte, omdat door die ingreep het evenwicht in het lichaam verstoord raakt. In r.o. vijf wordt overwogen/geoordeeld dat het ontbreken van de noodzaak voor de operatie eveneens een grond is geen ziekte aan te nemen. Dit is een onbegrijpelijk standpunt. Hiermee wordt een volslagen ander element, te weten 'noodzaak', aangevoerd om te beoordelen of er sprake is van ziekte. Stel dat achtereenvolgens twee werkneemsters van dezelfde onderneming een borstprothese krijgen. De ene in verband met een wens tot borstvergroting, de andere omdat zij wegens een familiair borstkankergen kiest voor preventief verwijderen van de beide (natuurlijke) borsten. Beide patiënten worden onder narcose gebracht, er wordt gesneden, de protheses worden aangebracht en de wonden worden gehecht. Het valt medisch én juridisch niet uit te leggen dat er in de ene situatie sprake zou zijn van ziekte en in de andere niet. Terecht merkt de kantonrechter op dat art. 7:629 lid 1 BW geen onderscheid maakt naar aard en oorzaak van de ziekte, maar in de uitspraak wordt dat onderscheid vervolgens wel gehanteerd. Indien de werknemer in de herstelperiode verhinderd is zijn arbeid te verrichten ten gevolge van zijn lichamelijke toestand, is er wel sprake van ziekte volgens deze kantonrechter. Ook dit is onjuist/niet geheel correct, want de ziekte was er al maar er ontstaat recht op loondoorbetaling.

Ad C. Hier wordt het bewustzijn vooraf dat de ingreep (vrijwel) zeker tot ziekmelding zal leiden, aangemerkt als opzet. Er zijn meer rechters en auteurs die bepleiten dat zekerheidsbewustzijn onder het opzetbegrip zou moeten vallen, omdat het anders 'een dode letter' zou blijven. Zelfs als dit juist zou zijn, botst dit mogelijk met de strikte opvatting in de wetgeschiedenis dat er sprake moet zijn van het oogmerk om arbeidsgeschiktheid te veroorzaken.

Ad D. De redenering van de kantonrechter dat niet voorziene en niet gewilde gevolgen van de operaties niet als opzet gekwalificeerd kunnen worden, is misschien vanuit juridische optiek begrijpelijk, maar vanuit de medische in-

18 M. Opdam, 'Opzet bij ziekte en het voorkomen van arbeidsongeschiktheid: een onrechtvaardig verschil', *AR* 2010/40.

19 *JAR* 2012/217, m.nt. C.S. Kehrer-Bot.

20 Ktr. Leiden 18 augustus 1999, *JAR* 1999/199 (sterilisatie); Ktr. Amersfoort 12 december 2001, *JAR* 2002/34 (verkeersongeval door alcoholgebruik); Ktr. Tilburg 18 mei 2005, *JAR* 2006/77 (verkeersongeval door alcoholgebruik); Ktr. Maastricht 31 augustus 2005, *JAR* 2005/226 (cosmetische chirurgie); Hof Arnhem 27 juni 2006, *JAR* 2006/209 (zaalvoetbalblessure); Ktr. Deventer 8 september 2006, *JAR* 2006/252 (zelfmoordpoging); Ktr. Heerlen 3 januari 2007, *JAR* 2007/27 (onrechtmatig gedrag); Ktr. Gouda 23 augustus 2007, *JIN* 2008/66 (verslaving); Ktr. Utrecht 7 juli 2008, *JIN* 2008/607 (verslaving); Ktr. Sittard-Geleen 20 juli 2009, *JIN* 2010/71, m.nt. R.A. Heida (hand gebroken); Hof den Haag 19 april 2011, *JAR* 2011/151 (Korsakov); Rb. Oost-Brabant 13 maart 2014, ECLI:LNL:RBOBR:2014:2417 (operatie geslachtsverandering).

valshoek moeilijk te volgen. Bij geen enkele ingreep is er een strikte scheiding tussen de normale gevolgen en hetgeen niet is te voorzien. Alleen al de hersteltijd na operaties varieert sterk en hangt van veel factoren af, niet alleen van 'echte' complicaties zoals wondinfecties. Ik concludeer dan ook dat de kantonrechter de normale hersteltijd bij een niet-noodzakelijke ingreep ook vangt onder opzet, maar in de praktijk is dit criterium (vrijwel) niet hanteerbaar.
Vervolgens spitste in de behandelde zaak de discussie zich toe op een oordeel over de medische noodzaak van de ingrepen. Die blijkt feitelijk al uit de overgelegde brief van de plastisch chirurg, maar dat lijkt niet voldoende, waarschijnlijk omdat daarin niet letterlijk van een medisch noodzakelijke ingreep wordt gesproken. De vraag over de medische noodzaak wordt vervolgens ten onrechte bij de bedrijfsarts neergelegd.

5.2 *Uitspraak 24 juni 2013*

De behandelend plastisch chirurg heeft een brief geschreven over de klachten en de medische bevindingen. Voor zover wordt geciteerd uit die brief, en mede af te leiden uit de opmerkingen in r.o. 7, is een medische noodzaak voor de ingrepen daar niet klip en klaar genoemd. Zoals ik eerder onder 2.4 schreef, is dat ook niet de taak van de behandelend arts. De kantonrechter leest echter in deze brief (die ook in 2012 al aanwezig was), dat er een medische noodzaak bestond. Onduidelijk is waarom dan ook nog het oordeel van de bedrijfsarts is gevraagd. In eerste instantie onderschreef de bedrijfsarts de aanwezigheid van een medische indicatie voor de ingrepen, maar later is deze uitspraak ingetrokken. De kantonrechter merkt op (r.o. 8) dat de bedrijfsarts terecht geen uitspaken doet over de medische noodzaak. Dit bevreemdt zeer in het licht van de in de andere uitspraak (r.o. 8) vervatte overweging dat bij gebreke van een oordeel daarover van de bedrijfsarts geen duidelijkheid bestond over de loondoorbetalingsverplichting. Waarschijnlijk heeft de bedrijfsarts bij nader inzien geconcludeerd dat hij de grenzen van zijn competentie overschreden had en is hij daarom met een nieuw oordeel gekomen over de medische noodzaak. Dat oordeel had uiteraard, net als het eerste, op procedurele gronden helemaal niet gegeven mogen worden. Daarbij is het ook nog eens inhoudelijk onjuist, want bedrijfsartsen baseren zich nooit op criteria van zorgverzekeraars.

6. Conclusies

De analyse die de Kantonrechter Middelburg maakte, in een moedige poging om op verzoek van partijen helderheid te scheppen in de ruis rond loonbetaling bij cosmetische ingrepen, voldoet op diverse gronden niet. De definitie van ziekte is onjuist. Daarnaast is het ten zeerste de vraag of zekerheidsbewustzijn als opzet gekwalificeerd kan worden in het licht van de wetgeschiedenis en de strikte uitleg die daaraan ook tweemaal in hoger beroep is gegeven. Verder is in eerste instantie aan de bedrijfsarts een 'opdracht' gegeven om te oordelen over de medische noodzaak van de ingrepen, waar dit niet tot diens taak en competentie behoort. Toch zal de maatschappelijke aandacht voor dit thema blijven, ook al omdat de op werkgevers rustende lasten bij verzuim en arbeidsongeschiktheid de afgelopen jaren verder zijn toegenomen. Dit zet druk op inspanningen tot gezondheidsbevordering en tot preventie van ziekte en bijbehorende arbeidsuitval. Het is logisch dat werkgevers naar wegen zoeken om de eigen verantwoordelijkheid van werknemers meer te benadrukken. Daarbij wordt steeds vaker gegrepen naar het middel van ontzegging van het recht op loon op basis van art. 7:629 lid 3 BW ('loonmaatregel'). Het aantal cosmetische ingrepen neemt toe, en juist daar en bij verslavingsproblematiek en sportblessures ervaren werkgevers de loondoorbetalingsplicht als onrechtvaardig. Het probleem is echter dat er vrijwel altijd wordt gekeken naar direct zichtbare zaken. Een verruiming van het opzetbegrip naar andere zaken die gezondheid negatief beïnvloeden, krijgt geen aandacht op dit moment. Denk aan de diabeet die zijn medicatie niet zorgvuldig gebruikt, de astmapatiënt die blijft roken, de adipeuze werknemer die een maagverkleining ondergaat, de werknemer die ondanks familiaire darmkanker niet deelneemt aan het bevolkingsonderzoek etc. Deze zaken raken aan zelfbeschikkingsrecht en privacybescherming. Werkgevers zullen zich, wanneer zij een sanctie overwegen, over deze situaties een oordeel moeten vormen, hetgeen zich niet verdraagt met de huidige privacyregels. Technisch gezien (zie zaalvoetbalarrest) heeft een werkgever de mogelijkheid om de bovenwettelijke aanvulling van het bij ziekte gegarandeerde loon aan voorwaarden te verbinden. Maar ook dan blijft de vraag hoe de werkgever de benodigde informatie krijgt en verwerkt zonder daarmee de Wbp te overtreden.

Aanbevelingen

Gezien de sterk wisselende uitkomsten van de discussie over opzet als uitsluitingsgrond voor de loonbetaling bij ziekte in jurisprudentie en literatuur en de al meer dan tien jaar durende discussie hierover, lijkt het zinvol hierover een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad te stellen.[21] Daarnaast dient er helderheid te komen over de mogelijkheden voor de werkgever om binnen de normen van de Wbp de noodzakelijke gegevens te verzamelen voor een eventuele loonweigering in gevallen van door opzet veroorzaakte ziekte.

21 S.F. Sagel, 'De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad en het arbeidsrecht', *TRA* 2012/64, afl. 8/9.