

ArbeidsRecht. Maandblad voor de praktijk, De loonsanctie na 104 weken in de praktijk

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Vindplaats:	ArbeidsRecht 2011/27	Bijgewerkt tot:	24-05-2011
Auteur:	Mr. P.S. Fluit ^[1]		

De loonsanctie na 104 weken in de praktijk

Samenvatting

Het UWV blijkt een actieve poortwachter te zijn na twee jaar arbeidsongeschiktheid. Als een werkgever zich zonder deugdelijke reden onvoldoende heeft ingespannen voor re-integratie, dan legt het UWV een loonsanctie op. De loondoorbetalingsplicht ex art. 7:629 BW wordt dan verlengd met 52 weken (art. 7:629 lid 11 BW). Naar aanleiding van de jurisprudentie tot dusver worden de volgende twee vragen behandeld; wanneer kan het UWV een loonsanctie opleggen en hoe kan het intreden van dit risico zoveel mogelijk worden voorkomen? En hoe kan — als er desondanks een loonsanctie is opgelegd — ‘de schade’ worden beperkt?

Oplegging van de loonsanctie

Als de werkgever tekort is geschoten in zijn verplichtingen, dan schort het UWV de behandeling van de WIA-aanvraag op en wordt de plicht tot loondoorbetaling verlengd met 52 weken (art. 64 lid 7 WIA). Er zijn twee soorten tekortkomingen, administratieve en inhoudelijke.

Administratieve verplichting

De hoofdregel is dat de werknemer dertien weken voor het einde van de wachttijd van 104 weken een aanvraag moet doen met daarbij een compleet re-integratieverslag (art. 64 lid 3 WIA). De werkgever moet het re-integratieverslag vaststellen in overleg met de werknemer en een exemplaar daarvan verstrekken aan de werknemer (art. 25 lid 3 WIA). De werknemer dient een kopie daarvan te voegen bij de aanvraag. Als het UWV bij de behandeling van de aanvraag vaststelt dat het re-integratieverslag niet compleet is, dan spreekt het de werkgever daar op aan. De werkgever wordt in de gelegenheid gesteld om binnen veertien dagen het verslag aan te vullen (art. 25 lid 8 WIA). Beleidsregels vorm- en herkenbaarheidsvereisten re-integratieverslagen). Doet de werkgever dit niet of is hij te laat, dan heeft het UWV de mogelijkheid om de loondoorbetalingsplicht te verlengen met 52 weken. Werkgever dient bij oplegging van een sanctie de ontbrekende stukken — bij voorkeur — per aangetekende brief te versturen en tegelijkertijd te verzoeken om bekorting van de loonsanctietermijn (art. 25 lid 12 WIA; zie verder hierover: par. 2).

Als de aanvraag onvolledig is omdat de werknemer zonder deugdelijke reden stukken niet heeft bijgevoegd die de werkgever hem wel ter hand heeft gesteld, dan krijgt ook hij een termijn om de stukken alsnog in te dienen. Doet hij dat niet, dan kan de aanvraag buiten behandeling worden gelaten (art. 4:5 Awb). Ook kan het UWV — als het UWV desondanks voldoende informatie heeft — een maatregel opleggen of kan worden volstaan met een waarschuwing (art. 88 lid 4 WIA).

Inhoudelijke verplichtingen

Bij behandeling van de aanvraag beoordeelt het UWV eerst of de werkgever in redelijkheid heeft kunnen komen tot de re-integratie-inspanningen die zijn verricht (art. 65 WIA). Het UWV doet dit aan de hand van het re-integratieverslag dat met de aanvraag is ingediend. Bij die beoordeling hanteert het UWV de beleidsregels beoordelingskader poortwachter. Het volgende stappenschema kan worden afgeleid uit de beleidsregels.

Stap 1: bevredigend resultaat

Eerst beoordeelt het UWV of er een bevredigend resultaat is bereikt.

Het resultaat is bevredigend als de werkhervatting van de werknemer min of meer aansluit bij de resterende

functionele mogelijkheden van de werknemer. Die hervatting moet een structureel karakter hebben: aannemelijk moet zijn dat de werknemer na 104 weken in deze arbeid kan blijven werken. Ook als dit niet haalbaar blijkt, maar de werknemer zijn werk heeft hervat waardoor hij 65% van zijn resterende verdien capaciteit benut is het resultaat in beginsel bevredigend. Als iemand 65% van zijn resterende verdien capaciteit benut betekent dit dat instroom in de WIA niet aan de orde zijn.

Als het resultaat bevredigend is, dan wordt geen loonsanctie opgelegd.

Stap 2: afwezigheid van arbeidsmogelijkheden

Is er geen bevredigend resultaat, dan wordt desondanks geen loonsanctie opgelegd als er geen arbeidsmogelijkheden zijn. Reden is dat de loonsanctie geen punitief (straffend) maar een reparatoir karakter heeft en er op gericht is de werkgever in staat te stellen om alsnog aan zijn verplichtingen te voldoen.^[2] Als er geen arbeidsmogelijkheden zijn, dan kan de werkgever zijn eventuele tekortkomingen niet repareren en kan dus geen loonsanctie worden opgelegd.

Vraag is wat bedoeld wordt met 'afwezigheid van arbeidsmogelijkheden'. In de beleidsregels staat geen duidelijke definitie van het begrip 'afwezigheid van arbeidsmogelijkheden'. Uit de toelichting in par. 7.4 van de beleidsregels volgt dat het gaat om een afwezigheid van belastbaarheid voor het verrichten van arbeid. Alleen dan behoeft een werkgever geen re-integratie-inspanningen te verrichten. Als een werkgever re-integratie achterwege laat omdat de werknemer vanwege bijvoorbeeld een combinatie van leeftijd, arbeidsverleden en omvang van de beperkingen praktisch kansloos is op de arbeidsmarkt, maar desondanks belastbaar is voor arbeid, dan schiet de werkgever tekort.

Is de werknemer niet belastbaar, dan zal de bedrijfsarts een prognose moeten geven ten aanzien van de mogelijkheden tot herstel. Als er geen arbeidsmogelijkheden zijn en de bedrijfsarts ook geen herstel verwacht, dan kan de werknemer een verkorte wachttijd WIA aanvragen (art. 23 WIA).

De Centrale Raad van Beroep gebruikt niet het begrip 'afwezigheid van arbeidsmogelijkheden', maar het begrip geen benutbare mogelijkheden (GBM) en lijkt daarmee te verwijzen naar het begrip uit art. 2 lid 5 Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten.^[3] GBM is aan de orde in vier situaties — kort weergegeven — bij bedlegerigheid, opname in ziekenhuis of inrichting, afhankelijkheid bij zelfverzorging als gevolg van lichamelijke of psychiatrische oorzaak. Als geen van deze vier situaties aan de orde is, moet (medische) belastbaarheid worden aangenomen. Onderneemt de werkgever desondanks niets, dan riskeert de werkgever een loonsanctie. Als het UWV meent dat er benutbare mogelijkheden waren, terwijl de bedrijfsarts dit juist betwist zal het UWV zijn oordeel moeten baseren op een rapport van een verzekeringsarts.^[4]

In de praktijk blijkt vaak dat een werkgever ten onrechte — op basis van advies van zijn bedrijfsarts — aanneemt dat er 'geen benutbare mogelijkheden' zijn en dus niets onderneemt. Vanwege de beperking van het loonsanctierisico — en omdat de werkgever verantwoordelijk is voor onjuiste adviezen van zijn bedrijfsarts — luidt het advies dan ook om altijd een deskundigenoordeel aan te vragen als de bedrijfsarts oordeelt dat er geen benutbare mogelijkheden zijn. Er bestaat geen specifiek deskundigenoordeel over de vraag of sprake is van geen benutbare mogelijkheden. Wel kan de werkgever vragen of hij voldoet aan zijn re-integratieverplichting.

Stap 3: beoordeling inspanningen

Is geen bevredigend resultaat bereikt, dan beziet het UWV vervolgens of de werkgever zich voldoende heeft ingespannen. Daarbij let het UWV op procedurele en inhoudelijke aspecten. Het UWV onderzoekt of de werkgever zich aan de termijnen van de Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar heeft gehouden; of tijdig een probleemanalyse, plan van aanpak enz. is opgesteld. Daarnaast beoordeelt het UWV of de werkgever in redelijkheid is gekomen tot de verrichte inspanningen (art. 65 WIA). De beleidsregels en ook de jurisprudentie maken duidelijk dat het gaat om een inspanningsverplichting van de werkgever en niet om een resultaatverplichting.^[5] Het UWV mag dus niet volstaan met te concluderen dat het resultaat onbevredigend is en dan een loonsanctie opleggen. Uitgangspunt is dat de werkgever zich 'voldoende moet inspannen' voor re-integratie (art. 25 lid 9 e.v. en art. 65 WIA). Probleem in de praktijk is dat dit een open norm is. Kan het UWV dan wel sanctioneren?

De Centrale Raad heeft bepaald dat het UWV niet gehouden is om voor aanvang van de wachttijd aan te geven wat concreet van de werkgever gevegd wordt. Op zich is dit begrijpelijk, omdat een dergelijke opzet

onuitvoerbaar zou zijn.^[6] Desondanks blijft dan het probleem bestaan dat het onzeker is wat wordt bedoeld met 'voldoende re-integratie-inspanningen'.^[7] De Raad ziet dit probleem niet en stelt dat de verplichting om zich in te spannen voor re-integratie bij eigen of andere werkgever kenbaar is neergelegd in art. 7:658a BW.^[8] Een dergelijke overweging bevredigt niet, met name niet daar waar het de spoor 2-verplichting betreft. Als een werkgever alleen kennis zou nemen van zijn re-integratieplicht zoals beschreven in art. 7:658a BW, heeft hij al snel een onvolledig beeld van zijn verplichtingen. De volgorde die art. 7:658a BW aangeeft is dat een werkgever eerst dient om te zien naar hervatting in (aangepast) eigen werk. Lukt dat niet dan dient te worden gezocht naar ander passend werk binnen de onderneming; lukt dat niet dan naar passend werk buiten de onderneming. In de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter staat echter dat de werkgever re-integratie bij een andere werkgever moet bevorderen als bij de eerstejaarsevaluatie blijkt dat niet binnen een redelijke termijn een concreet perspectief is op hervatting bij de eigen werkgever.^[9] De jurisprudentie leert dat het UWV in veel succes een loonsanctie om deze reden oplegt: spoor 2 is te laat ingezet. Als een werkgever pas na dat jaar een dergelijk traject inzet, terwijl er rondom het eerste jaar geen concreet zicht was op succesvolle re-integratie in spoor 1, is de kans groot dat het UWV een loonsanctie oplegt.

Bovendien volgt uit de beleidsregels dat een eventueel spoor 2-traject naast lopende activiteiten gericht op spoor 1 kan lopen. Het verweer dat spoor 2 niet na een jaar is ingezet omdat er nog een spoor 1 traject liep, baat de werkgever dus niet; dit is alleen anders als er rondom het eerste jaar concreet uitzicht op succes in spoor 1 was. Het UWV zal bij de toetsing na een jaar als spoor 1 geen bevredigend resultaat heeft opgeleverd, al snel terugkijkend kunnen zeggen dat spoor 2 al eerder had moeten worden ingezet.

De beleidsregels geven ter zake van het tweede spoor dus een invulling aan de re-integratieplicht die veel verder gaat dan art. 7:658a BW doet vermoeden: het moet in beginsel worden ingezet na een jaar, zo nodig naast spoor 1. Nu bekend is dat de Raad de beleidsregels heeft geaccepteerd dient een werkgever terdege rekening te houden met deze twee elementen.

In de praktijk blijven er desondanks nog wel de nodige onduidelijkheden bestaan. Spoor 2 mag na de eerstejaarsevaluatie slechts achterwege blijven als binnen een redelijke termijn 'concreet perspectief' bestaat op hervatting in spoor 1. Wanneer is sprake van een 'redelijke termijn' en 'concreet perspectief op hervatting'? Deze onduidelijkheden vormen risico's voor de werkgever en daarmee een gegronde reden om in het re-integratiebeleid van de onderneming op te nemen dat rondom de eerstejaarsevaluatie een deskundigenoordeel wordt gevraagd aan het UWV over de vraag of de werkgever voldoet aan zijn verplichtingen. Ook kan discussie ontstaan over de vraag wat hervatting in spoor 2 inhoudt. Activiteiten op arbeidstherapeutische basis kunnen niet als zodanig worden aangemerkt, zo oordeelde de Raad.^[10]

Bewijslast

Het besluit tot oplegging van een loonsanctie is een ambtshalve genomen beslissing met een voor werkgever belastend karakter. Om die reden is het aan het UWV om aannemelijk te maken dat de werkgever onvoldoende heeft gedaan en daarbij te beoordelen of dit zonder deugdelijke grond is geschied. Het UWV zal de beslissing deugdelijk moeten motiveren en zich daarbij moeten houden aan de Regeling Procesgang eerste en tweede ziektejaar (Rpetz) en het beoordelingskader poortwachter. Deze stelplicht en bewijslast gaan niet zover dat het UWV de concreet door werkgever te nemen stappen moet formuleren. De concrete invulling is een verantwoordelijkheid voor de werkgever.^[11] Bovendien geldt dat als de werkgever stelt dat met de re-integratie zodanige kosten zijn gemoeid dat deze niet van hem konden worden geveerd het op zijn weg ligt om dit aannemelijk te maken.^[12]

Stap 4: deugdelijke grond

De Raad heeft bepaald dat de werkgever verantwoordelijk is voor de re-integratie met inbegrip van de werkzaamheden van degene die hij daarbij inschakelt. Als de begeleidende arts of enig andere deskundige een fout maakt, kan de werkgever de betrokken dienstverlener aansprakelijk stellen.^[13] Deze jurisprudentie betekent niet dat het oordeel van het UWV altijd zwaarder weegt dan dat van de arbodienst. Ik ben echter in de loonsanctiejurisprudentie nog geen voorbeeld tegengekomen waarin bij conflicterende oordelen het oordeel van

de arbodienst zwaarder woog.

De stelling van de werkgever dat sprake was van een gecompliceerde en onzekere medische toestand en dat om die reden geen spoor 2 is ingezet leverde volgens de Raad ook geen deugdelijke grond op.^[14] Naar het oordeel van de Raad was in die zaak duidelijk dat de werknemer belastbaar was. Als dan vervolgens geen concrete actie gericht op re-integratie is ondernomen, is dat onvoldoende.

Ook het verweer dat de werkgever erop vertrouwd dat de werknemer duurzaam zou hervatten in spoor 1 en dat daarom geen spoor 2 is ingezet is geen deugdelijke grond, zo oordeelde de Raad.^[15] Daarbij nam de Raad in aanmerking dat de werkgever geen gebruik had gemaakt van de mogelijkheid om rondom het 'opschudmoment' (na 52 weken dus) een deskundigenoordeel te vragen. Dit is een belangrijke overweging, omdat a contrario geldt dat als de werkgever dit wel gedaan had en het UWV had geoordeeld dat de werkgever voldoende deed, er mogelijk dan wel een deugdelijke grond was.

Mede op grond van deze jurisprudentie luidt dan ook — nogmaals — het advies om rondom de eerstejaarsevaluatie een deskundigenoordeel te vragen als re-integratie in spoor 1 niet succesvol is geweest. Mocht het UWV vervolgens desondanks een loonsanctie opleggen stellende dat spoor 2 te laat is ingezet, dan kan de werkgever een beroep doen op de aanwezigheid van een deugdelijke grond.

Bekorting van de loonsanctie

Als het UWV een loonsanctie oplegt, dan wordt de loondoorbetalingsplicht met maximaal 52 weken verlengd. Deze termijn kan korter zijn als het UWV te laat is met het afgeven van de loonsanctiebeslissing. Het UWV dient zes weken voor het einde van de wachttijd een beslissing te nemen (art. 25 lid 10 WIA). Is het UWV twee weken te laat en geeft het de beslissing vier weken voor einde wachttijd af, dan bedraagt de verlenging 50 weken. Na het einde van de wachttijd mag het UWV geen loonsanctie meer afgeven (art. 25 lid 11 WIA).

Een en andermaal heeft de Raad bepaald dat het UWV geen loonsanctie op maat behoeft te geven, een loonsanctie afgestemd op de periode die nodig is om de tekortkoming te herstellen.^[16] Het UWV verlengt de loondoorbetalingsperiode met 52 weken. Deze verplichting om maatwerk te leveren bestaat er niet, omdat de uiteindelijke duur van de loonsanctie afhankelijk is van het herstel van de tekortkoming door de werkgever. In art. 25 lid 12-14 WIA is voorzien in een regeling voor de bekorting van de loonsanctie als de werkgever de tekortkoming in zijn verplichting heeft hersteld. Als de werkgever bezwaar en beroep heeft aangetekend tegen de loonsanctiebeslissing kan hij in die procedure niet vragen om matiging of bekorting van de loonsanctie.^[17] Voor verzoeken om bekorting bestaat een aparte procedure ingevolge art. 25 lid 12-14 WIA.

Het UWV moet — ingevolge art. 25 lid 13 WIA — binnen drie weken na de melding een beslissing te nemen over bekorting. Om te voorkomen dat discussie ontstaat over de datum van de ontvangst van de melding verdient het aanbeveling om het verzoek om bekorting per aantekende brief te verzenden. Mocht het UWV tot de conclusie komen dat de werkgever inderdaad de tekortkoming heeft hersteld, dan eindigt de loonsanctie zes weken na de melding (art. 25 lid 14 WIA). Als het UWV deze beslissing over de bekorting te laat neemt dan wordt de werkgever gecompenseerd voor deze vertraging (art. lid 14 WIA). Heeft het UWV bijvoorbeeld twee weken te laat besloten tot bekorting, dan eindigt de loonsanctie niet binnen zes weken maar na vier weken na de melding.

De Raad oordeelde dat deze compensatieregeling alleen geldt als het UWV concludeert dat de werkgever zijn tekortkoming heeft hersteld en verwijst naar de wet en de wetsgeschiedenis.^[18]

Dit is opmerkelijk omdat juist de wettekst van art. 25 lid 14 WIA en de Kamerstukken die de Raad aanhaalt aangeven dat de compensatieregeling ook geldt als het bekortingsverzoek niet wordt gehonoreerd.

Art. 25 lid 14, tweede volzin luidt namelijk:

“indien het UWV de beschikking omtrent de toepassing van het negende lid, de beschikking waarin wordt vastgesteld dat een tekortkoming is hersteld *of de beschikking waarin wordt vastgesteld dat een tekortkoming niet is hersteld*, te laat geeft, eindigt het tijdvak zoveel eerder als de beschikking later is afgegeven (mijn cursivering, PSF)”.

Om de betekenis van dit artikellid te kunnen duiden is het van belang om te weten dat per 1 januari 2008 het

gecursiveerde gedeelte aan de wettekst is toegevoegd. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat deze toevoeging aan art. 25 lid 14 WIA nodig werd geacht omdat de bestaande tekst (voor 2008) niet duidelijk was. De toelichting op de — per 1 januari 2008 inwerking getreden — wijziging van de tweede volzin van art. 25 lid 14 WIA geeft aan dat uit de wettekst tot dusver niet duidelijk bleek of de compensatie van de vertraging ook gold in de situatie waarin de werkgever niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan en de loonsanctie dus wordt gecontinueerd. De toelichting geeft aan dat ook in die situatie de werkgevers niet de dupe worden van de late beslissing. In de toelichting staat ook waarom:

“Want ook in dat geval ondervindt de werkgever nadelige gevolgen van de te late beslissing. Immers, ten gevolge van de aan het UWV te wijten vertraging kan de werkgever zijn re-integratie pas te laat bijsturen. Gevolg daarvan is dat hij pas later een tweede reparatiemelding kan doen, waardoor de loonsanctie uiteindelijk ook pas later zal kunnen eindigen”.^[19]

De wettekst en de toelichting in de wetsgeschiedenis zijn mijns inziens duidelijk en laten geen ruimte voor de interpretatie van de Raad.^[20]

Hoe dit ook zij, de werkgever dient toch rekening te houden met deze jurisprudentie. Het is zaak dat een werkgever na indiening van een bekortingsverzoek toeziet op tijdige behandeling. Is het UWV te laat, dan luidt het advies om dan niet af te wachten maar bij het UWV aan te dringen op een tijdige beslissing. Indiening van een klacht wegens te late behandeling van de aanvraag blijkt in de praktijk een tamelijk effectief middel om afgifte van een beslissing te bespoedigen.

Conclusie

Als een werkgever het niet eens is met een loonsanctie dient hij zich te realiseren dat het in het licht van de huidige jurisprudentie lastig is om deze met succes aan te vechten. In veruit de meeste uitspraken die nu zijn gepubliceerd wordt de loonsanctiebeslissing gehandhaafd. De jurisprudentie leert dat een veel voorkomende reden voor een loonsanctie is een te laat ingezet spoor twee. Ook komt het regelmatig voor dat geoordeeld wordt dat de werkgever (op advies van zijn bedrijfsarts) een onjuiste inschatting heeft gemaakt van de arbeidsmogelijkheden en dat daarom te weinig is gedaan aan re-integratie. De werkgever is eindverantwoordelijk. In beide situaties geldt dat door tijdige aanvraag van een deskundigenoordeel bij het UWV het loonsanctierisico kan worden beperkt.

Mocht de werkgever desondanks besluiten om bezwaar en beroep aan te tekenen tegen de loonsanctiebeslissing, dan zal hij tevens moeten inzetten op beperking van de schade, door alsnog te werken aan herstel van de tekortkoming en na afronding daarvan — indiening van een bekortingsverzoek. De werkgever zal dan erop moeten toezien dat het UWV dat verzoek tijdig behandelt.

Voetnoten

Voetnoten

- [1] Mr. P.S. Fluit is advocaat bij Stadhouders Advocaten te Utrecht.
- [2] CRvB 28 oktober 2009, *LJN BK1570*, *USZ 2009/349*.
- [3] CRvB 18 november 2009, *LJN BK3713*.
- [4] Rb. 's-Hertogenbosch 28 juli 2010, *LJN BN3033*, *USZ 2010/301*.
- [5] CRvB 14 april 2010, *LJN BM1194*, *USZ 2010/189*.
- [6] CRvB 28 oktober 2009, *LJN BK1570*, *USZ 2009/349*.
- [7] Zie ook A.C. Damsteegt, 'De loonsanctie', *TRA 2010/18* over CRvB 18 november 2009, *LJN BK3713*.
- [8] CRvB 18 november 2009, *LJN BK3713*, r.o. 4.7.
- [9] CRvB 18 november 2009, *LJN BK3717*, *USZ 2010/1*, CRvB 14 april 2010, *LJN BM1179*; CRvB 12 januari 2011, *LJN BP0937*, *USZ 2011/49*.
- [10] CRvB 29 september 2010, *LJN BN8678*, *USZ 2010/318*.
- [11] CRvB 18 november 2009, *LJN BK3717*, *USZ 2010/1*, r.o. 14.

- [12] CRvB 14 april 2010, *LJN* BM1194, *USZ* 2010/189.
- [13] CRvB 18 november 2009, *LJN* BK3713, *USZ* 2010/2, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 814, nr. 6, p. 20.
- [14] CRvB 18 november 2009, *LJN* BK3717, *USZ* 2010/1.
- [15] CRvB 14 april 2010, *USZ* 2010/130.
- [16] CRvB 18 november 2009, *LJN* BK3717; CRvB 11 augustus 2010, *LJN* BN3811, *USZ* 2010/284.
- [17] CRvB 11 augustus 2010, *LJN* BN3811, *USZ* 2010/284.
- [18] CRvB 14 april 2010, *LJN* BM1179, *USZ* 2010/130, CRvB 12 mei 2010, *LJN* BM4397 De Raad verwijst in de eerstgenoemde uitspraak in r.o. 5.4 naar *Kamerstukken II* 2007/08, 31 229, nr. 3, p. 11.
- [19] *Kamerstukken II* 2007/08, 31 229, nr. 3, p. 11.
- [20] Driessen meent dat deze jurisprudentie van de Raad wel correct is. M.J.A.C. Driessen, 'Nogmaals de loonsanctie!', *TRA* 2010/82.