

staatsaansprakelijkheid kunnen zijn (vergelijk Hoge Raad, 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2723). De conclusie van het Hof lijkt dit uit te sluiten: de extra bescherming is een aangelegenheid van nationaal recht, niet EU-recht. De in *Bauer en Willmeroth* (arrest van 6 november 2018, C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:87) getrokken conclusie dat art. 31, lid 2, Handvest in horizontale geschillen in rechte kan worden ingeroepen heeft voor de extra op basis van nationaal recht toegekende bescherming geen toegevoegde waarde.

Meer rechtspraak kan worden verwacht, vooral wat betreft de vraag wanneer nu precies sprake is van een situatie waarin een lidstaat zuiver en alleen handelt op basis van nationaal recht en op basis van een EU-verplichting die hen de keuze laat tussen verschillende toepassingswijzen of anderszins een beoordelingsruimte laat.

Mr. A.P. van der Mei

Socialezekerheidsrecht

TRA 2020/9

Centrale Raad van Beroep 25 september 2019, nr. 17/5171 WIA
m.nt. mr. P.S. Fluit

WIA

ECLI:NL:CRVB:2019:3066

Bikkels worden gestraft: de medische afzakker

Feiten

Werknemer is werkzaam als Chauffeur Techniek en Reiniging, aanvankelijk voor 36 uur per week. De arbeidsduur is per 1 september 2010, 1 januari 2013 en 1 december 2013 teruggebracht tot uiteindelijk 23,65 uur per week. Pas op 15 september 2014 heeft de werknemer zich ziek gemeld wegens klachten in verband met de Ziekte van Parkinson. Met ingang van 12 september 2016 is hem een IVA-uitkering toegekend.

Werknemer stelt bezwaar, beroep en hoger beroep in en geeft aan dat de eerste arbeidsongeschiktheidsdag onjuist is vastgesteld. Er zou sprake zijn van een medische afzakker omdat hij per 1 januari 2013 en 1 december 2013 om medische redenen minder is gaan werken. De urenreductie voor de ziekmelding van 15 december 2014 hield verband met het feit dat hij wegens Parkinson de arbeid in die omvang niet meer kon verrichten.

Het UWV stelt dat er geen medische stukken zijn ter onderbouwing van de stelling dat die urenvermindering medisch nodig was. Bezwaar en beroep worden ongegrond verklaard.

Oordeel van de Raad

In een heel korte uitspraak verklaart de Raad het hoger beroep ongegrond en bevestigt de uitspraak van de rechtbank en overweegt dat de werknemer geen gegevens heeft overgelegd waaruit blijkt dat hij vanaf 1 januari 2013 dan wel 1 december 2013 in verband met zijn klachten om medische redenen genoodzaakt was minder uren te gaan werken (een situatie die wel wordt aangeduid als 'medische afzakker'). De verzekeringsarts vermeldt in zijn rapport van 7 november 2016 weliswaar dat sprake is van een medische afzakker, maar hiervoor wordt door de verzekeringsarts in zijn rapport geen medische onderbouwing gegeven. De verzekeringsarts Bezwaar en Beroep heeft in het rapport van 26 april 2017 voldoende gemotiveerd waarom de primaire verzekeringsarts niet in dit standpunt kan worden gevolgd. Vastgesteld is dat eind 2012 bij werknemer sprake was van wisselende schouderklachten op grond van een bursitis. Door een injectie was er enige verbetering en was er sprake van een kort ziekteverzuim. In de loop van 2013 is bij appellant een lichte motorische stoornis in de linkerhelft opgetreden die op dat moment nog geen invaliderend karakter had. Bij nader onderzoek werd de diagnose Ziekte van Parkinson vastgesteld. De voorhanden zijnde medische informatie geeft onvoldoende aanleiding om die lichte motorische stoornis als noodzaak aan te wijzen voor de urenvermindering per 1 januari 2013 dan wel 1 december 2013, aldus de Centrale Raad van Beroep.

Commentaar

1. Bij het bepalen van de mate van arbeidsongeschiktheid wordt als maatman aangemerkt degene die dezelfde arbeid verricht als de laatstelijk verrichte arbeid voor het intreden van de arbeidsongeschiktheid (ECLI:NL:CRVB:2012:BV8699). Het maatmanloon – anders dan het dagloon – is bepalend voor de berekening van de mate van arbeidsongeschiktheid. Het loon dat hoort bij het werk dat verricht werd voor het intreden van de arbeidsongeschiktheid wordt afgezet tegen de inkomsten die iemand met zijn beperkingen nog kan verdienen, de resterende verdien capaciteit. Het verschil tussen het maatmanloon en de resterende verdien capaciteit bepaalt de mate van arbeidsongeschiktheid. De hoofdregel die geformuleerd is, namelijk dat het loon voor intreden van de arbeidsongeschiktheid maatgevend is, lijdt uitzondering als de laatstelijk verrichte arbeid of het daarmee verdiende loon geen juiste maatstaf oplevert, bijvoorbeeld als er sprake is van een medische afzakker. Van een medische afzakker is sprake als een werknemer ten gevolge van ziekte of gebrek lager beloofd werk gaat doen of om medische redenen de arbeidsomvang terugbrengt *zonder zich ziek te melden*. Als een werknemer dan later uitvalt uit dit lager betaalde werk en dan pas een arbeidsongeschiktheidsuitkering aanvraagt zou in zo'n geval het laatste werk niet als uitgangspunt mogen worden genomen.

2. Bij het aannemen van een medische afzakker wordt dus niet alleen afgeweken van het uitgangspunt dat het laat-

ste werk voor intreding arbeidsongeschiktheid maatgevend is, maar wordt ook de eerste arbeidsongeschiktheidsdag in het verleden gelegd. Dit kan er ook toe leiden dat de uitkering met terugwerkende kracht ingaat. Op grond van artikel 64 lid 11 WIA is de terugwerking in beginsel niet langer dan een jaar voor de aanvraag. Zoals in het voorbeeld van deze casus van de Parkinson patiënt zal bij het aannemen van een medische afzakker dan niet 15 september 2014 de eerste arbeidsongeschiktheidsdag (start van de wachttijd van 104 weken) zijn, maar 1 januari 2013 of 1 december 2013. Gevolg daarvan is dat ook bij het aannemen van een medische afzakker het dagloon hoger wordt. Als iemand wegens medische redenen van 40 naar 32 uur arbeidsomvang aanpast en vervolgens zich ziek meldt uit het dienstverband van 32 uur en met succes stelt dat er een medische afzakker is, dan is dus het loon dat hoort bij die 40 uur de maatmanomvang, maar ook bepalend voor de hoogte van de uitkering (dagloon). De uitkering wordt immers vastgesteld op grond van de dagloonregels op basis van het jaar voorafgaande aan de eerste arbeidsongeschiktheidsdag.

3. Het is vaste rechtspraak dat voor het aannemen van een medische afzakker de verzekerde voldoende moet onderbouwen dat aan de uren- of loonvermindering medische redenen ten grondslag liggen. Verzekerde dient gegevens te overleggen waaruit kan worden afgeleid dat hij als gevolg van een objectief medische noodzaak ander werk is gaan doen of minder uren is gaan werken.

In een uitspraak van 13 februari 2019 (ECLI:NL:CRVB:2019:475) heeft verzekerde informatie overgelegd van de huisarts die betrokkene in maart 2012 geadviseerd heeft een week rust te nemen en daarna het werk te hervatten. In april 2012 is betrokkene minder gaan werken. In juni meldt de werknemer zich vervolgens ziek. Op 19 juni 2012, na de ziekmelding, heeft betrokkene zich weer tot de huisarts gewend. Aan een latere verklaring van de huisarts van 2 november 2016 waarin staat dat bij het consult in maart 2012 bleek dat betrokkene door uitputting besloten had haar uren bij de werkgever te verminderen, 'kon niet de waarde worden toegekend die verzekerde daaraan wenste toe te kennen', aldus de Raad.

Van belang is dus dat als er een uren- of loonvermindering plaatsvindt wegens medische redenen, de werknemer zich eigenlijk gewoon ziek meldt. Doet hij dat toch niet, dan zal uit medisch advies moeten blijken dat die urenvermindering of wijziging van werk met een lager loon medisch noodzakelijk is. Als dat niet gebeurt, dan is dat later dus lastig te repareren. De latere verklaring van de huisarts in deze zaak van ruim vier jaar later wordt dan toch niet als bewijs gezien voor de medische afzakker.

4. In de zaak waar de Centrale Raad over oordeelde op 6 maart 2019 (ECLI:NL:CRVB:2019:815) is er sprake van een discussie over een medische afzakker in 2008. Er werd daar een beroep op gedaan bij WIA-toekenning per november 2012. Ter onderbouwing van de geclaimde medische afzakker per 1 oktober 2008 - toen betrokkene van 40 naar 32 uur per week terugging - is gewezen op medische gegevens uit 2007 en latere jaren over haar klachten, gevolgd revalidatietraject in die periode en verdere behandelingen.

Dergelijk informatie vormt volgens vaste rechtspraak een onvoldoende specifieke medische onderbouwing voor een medische afzakker. De objectieve medische noodzaak om minder uren te gaan werken zou moeten blijken uit een advies van of overleg met een behandelend arts of bedrijfsarts. Verwezen wordt naar r.o. 5.2 van die uitspraak:

“daarbij is van belang dat betrokkene als gevolg van een objectief medische noodzaak minder uren is gaan werken, bijvoorbeeld op advies of in overleg met zijn behandelend arts of bedrijfsarts.”

De Raad gebruikt in uitspraken over deze problematiek deze geciteerde overweging meerdere malen. Dan komt het woordje 'bijvoorbeeld' in dat citaat steeds voor. De vraag is echter of er *andere* manieren (dan een specifiek advies van bedrijfsarts of behandelaar) zijn volgens de Centrale Raad van Beroep waaruit die medische afzakker zou kunnen blijken. Andere voorbeelden zijn mij niet bekend.

5. Voorts volgt uit de jurisprudentie dat een dergelijk advies van bedrijfsarts of behandelend arts vrij expliciet moet zijn. Dit blijkt uit de uitspraak van 5 juni 2019 (ECLI:NL:CRVB:2019:1890). In die zaak ging het om een juridisch secretaresse die zich op 14 juni 2010 wegens vermoeidheidsklachten had ziek gemeld. Op dat moment werkte zij 30 uur. Tijdens haar re-integratie is per 1 januari 2011 haar dienstverband gewijzigd naar 22,5 uur per week. Met ingang van 1 maart 2011 is zij hersteld gemeld. Zij werkte toen 22,5 uur per week. Op 18 juni 2012 en op 5 juli 2012 heeft zij zich opnieuw ziek gemeld wegens vermoeidheidsklachten. Zelfs in een dergelijke situatie wordt een medische afzakker niet aangenomen. Er zijn geen duidelijke harde medische gegevens waaruit de aard en ernst van de klachten van betrokkene in 2011 blijkt en daarnaast zijn er geen stukken overgelegd waaruit kan worden opgemaakt dat betrokkene op advies van een behandelend arts of bedrijfsarts tot urenvermindering is overgegaan. Ook anderszins is de noodzaak van de urenvermindering per 1 januari 2011 niet gebleken, zo overweegt de Raad. Overgelegd is een brief van de fysiotherapeut van 18 februari 2016 waarin staat dat betrokkene een keuze moet maken waaraan zij haar aandacht en energie kon besteden. De huisarts schrijft in een brief van 10 februari 2016 dat verzekerde haar huisarts eens heeft verteld hoe het ging op het werk en hoeveel zij werkte maar dat zij dit alleen voor kennisgeving heeft aangenomen en daarin niet heeft geadviseerd. Uit de informatie van de bedrijfsarts volgt dat betrokkene een keuze moest maken voor een nieuw evenwicht tussen werk en privé. Van een gericht advies van de bedrijfsarts tot urenvermindering is niet gebleken, overweegt de Raad. Zelfs de medische gegevens van behandelaar zoals in deze zaak - waarin aangegeven wordt dat het nodig is te zoeken naar een goed evenwicht tussen werk en privé - is onvoldoende concreet om een urenbeperking aan te nemen. Gezien deze stand van jurisprudentie is het ook niet merkwaardig dat in alle zeven uitspraken die ik heb gevonden van de Centrale Raad in 2019 is geoordeeld dat een medische afzakker niet kan worden aangenomen.

6. Op zich is enige terughoudendheid om een medische afzakker aan te nemen geboden vanwege onder andere de rechtszekerheid. Als iemand in 2019 claimt dat een urenvermindering 10 jaar geleden medisch geïndiceerd is, dan kan dat grote gevolgen hebben voor de WIA-uitkering. Als de eerste arbeidsongeschiktheidsdag nader wordt bepaald, dan heeft dat mogelijk ook gevolgen voor de werkgever of ex-werkgever. De uitkering kan eerder en hoger worden vastgesteld bijvoorbeeld en dat heeft gevolgen voor de doorbelasting van WGA-lasten middels het eigen risico WGA dan de premie voor de Werkhervattingskas (Whk). Naarmate er meer tijd verstrijkt zal het lastiger worden om te bepalen of destijds de urenvermindering of loonvermindering medisch noodzakelijk was. Dat mede daarom het van verzekerde gevraagd wordt om te komen met voldoende medische gegevens die die medische afzakker kunnen onderbouwen, is logisch. Dat ook strengere eisen worden gesteld aan het bewijs naarmate er meer tijd verstreken is, acht ik ook begrijpelijk. In een aantal uitspraken wringt de schoen mijns inziens toch als de Raad expliciet vraagt om een advies van de bedrijfsarts of behandelend arts om de uren te verminderen. Een behandelend arts zal gezien de KNMG-richtlijnen niet snel een advies geven over wijziging van werk of wijziging van uren. Een bedrijfsarts zou dat wel kunnen doen. Het gaat mijns inziens echter te ver om alleen in dat geval een medische afzakker aan te nemen. Er zijn toch andere omstandigheden denkbaar waaruit dat blijkt. Ik verwijst naar de situatie waarover de Raad op 5 juni 2019 oordeelde (ECLI:NL:CRVB:2019:1890). Als een urenaanpassing is gerealiseerd ten tijde van het re-integratietraject, is het aannemelijk dat deze urenaanpassing medisch noodzakelijk was. Ook in de zaak van de Parkinson patiënt waar de verzekerde in 2013 licht motorische klachten heeft aan de linkerzijde, zijn uren naar beneden bijstelt, zich dan niet ziek meldt en in 2014 wel uitvalt, lijkt een afzakker toch de reden te zijn geweest voor de urenreductie. In die twee zaken ging het ook om urenaanpassingen die niet heel ver voor de uiteindelijke eerste ziektedag zijn gelegen. Dat vormt mijns inziens een extra reden om te bepleiten dat de maatstaf voor het aannemen van een medische urenbeperking minder stringent dient te zijn. Uitgangspunt zou moeten zijn dat de verzekerde aannemelijk moet maken dat de uren- of loonaanpassing medisch noodzakelijk was. Naarmate er meer tijd is verstreken sinds de geclaimde medische afzakker mogen er zwaardere eisen aan 'het bewijs' worden gesteld.

7. Het gevolg van deze strenge jurisprudentie is nu in feite dat medewerkers die doorbikkelen en zich niet willen ziek melden en zelf de risico's van de urenvermindering opvangen om zo toch werkzaam te kunnen blijven, de gevolgen moeten dragen. De werknemer die zich wijselijk ziek meldt en die na de ziekmelding minder uren gaat werken of ander werk gaat doen, wordt wel beschermd. Nu moeten we als adviseurs aan klanten vertellen die destijds zelf besloten hebben hun uren of contract aan te passen om overeind te blijven en later vervolgens langdurig arbeidsongeschikt worden, dat ze 'een beetje dom' zijn geweest. Ook kan echter gedacht worden aan die werknemers van wie een ziek-

melding door werkgever of bedrijfsarts niet wordt geaccepteerd en wordt geadviseerd om minder uren te gaan werken (en uiteindelijk later toch uitvallen). Deze werknemers zijn niet 'een beetje dom', maar misleid.

Mr. P.S. Fluit