

recht terug en het blijkt dat deze premisse niet geheel zonder juridische betekenis is.

Het arrest gaat over misbruik. Wat zegt dit arrest over de handhaving van de uitzendrichtlijn? Hierover is ook in Nederland nogal wat te doen. Wanneer is de handhaving voldoende? Uit dit arrest volgt dat zelfs in het geval inspecties of de sociale partners niet handelen, de nationale rechter dit binnen de context van het eigen nationale rechterlijke stelsel in sommige gevallen zal moeten doen. Hoever rijkt deze verplichting? In ieder geval valt misbruik van het tijdelijke karakter van de uitzendovereenkomst (voor bepaalde tijd) eronder. In Nederland zijn wat dit betreft wel duidelijke grenzen te vinden voor uitzendovereenkomsten. Hier zijn in ieder geval kwantitatieve grenzen betreffende maximaal aantal maanden en maximale aantal verlengingen van uitzendovereenkomsten te vinden (art. 7:668a, lid 5 onder a BW). Bij cao kan hiervan worden afgeweken tot maximaal 48 maanden en maximaal zes verlengingen onder de nieuwe regels van de WAB.

Mr. dr. H.H. Voogtsgeerd

TRA 2021/10

Kamerstukken II 2020/21, 35589, nr. 2

Oordeel bedrijfsarts leidend bij loonsanctie

De regering stelt voor om artikel 65 WIA aldus te wijzigen dat bij de beoordeling van de re-integratie-inspanningen het advies van de bedrijfsarts over de belastbaarheid van de zieke werknemer leidend wordt. Het wetsvoorstel is in september 2020 ingediend bij de Tweede Kamer en moet nog worden aangenomen (op het moment van het schrijven van dit stuk). Deze bijdrage vormt een commentaar op dit wetsvoorstel.

Bij de beoordeling van de re-integratie-inspanningen (RIV-toets), gaat het UWV uit van de weergave van de arbeidsongeschiktheid tot het verrichten van arbeid wegens ziekte, zoals die blijkt uit de bijstand verleend door de bedrijfsarts. Dit betekent dat bij het toetsen van het re-integratieverslag de verzekeringsarts niet langer wordt betrokken. De arbeidsdeskundige van het UWV zal dan de inspanningen van de werkgever toetsen op grond van de bevindingen van de bedrijfsarts. De regering is niet alleen voornemens om artikel 65 WIA te wijzigen, maar ook artikel 38 lid 2 ZW in vergelijkbare zin als re-integratie-inspanningen worden getoetst in het kader van de Ziekte-wet (verhaalssanctie als binnen 104 weken na eerste ziekte dag een einde aan de arbeidsovereenkomst komt en werknemer ziek uit dienst gaat).

Commentaar

1. Grondgedachte van de Wet verbetering Poortwachter uit 2002 was dat werkgever en werknemer samen verantwoordelijk zijn voor verzuimbegeleiding en re-integratie voor de eerste twee jaar. Het UWV is op afstand geplaatst en toetst de re-integratie-inspanningen van de werkgever na afloop van die twee jaar. Bij geschillen over onder andere passende arbeid of re-integratie kan een deskundigenoordeel worden gevraagd door werkgever en werknemer. Sinds enige jaren kan de werknemer ook naast een deskundigenoordeel gebruikmaken van een ander instrument als hij bezwaren heeft ten aanzien van de bevindingen van de bedrijfsarts in het kader van de verzuimbegeleiding; hij kan dan een second opinion vragen bij een andere bedrijfsarts van buiten de arbodienst.

Positie werkgever

2. De huidige regeling houdt in dat de werkgever verantwoordelijk is voor de arbodienst, ook als blijkt dat het UWV oordeelt dat er re-integratiekansen zijn gemist omdat er een onjuiste medische grondslag is vastgesteld door de bedrijfsarts. De Centrale Raad heeft dit op 18 november 2009 (*USZ 2010/1*) bepaald. Dit betekent dat – als er een verlenging komt van de loondoorbetalingsverplichting (loonsanctie) en de werkgever dus langer moet doorbetalen – hij zo nodig de arbodienst aansprakelijk moet stellen als inderdaad blijkt dat er re-integratiekansen zijn gemist. Voor werkgevers – en dan met name kleine werkgevers – kan dit belastend zijn, omdat zij wellicht te goeder trouw zijn afgegaan op de bevindingen van de bedrijfsarts en zij aan het einde van die twee jaar moeten constateren dat de bedrijfsarts in de visie van het UWV onjuiste adviezen heeft gegeven. Dit betekent dat de werkgever dan soms moet procederen over de juistheid van de loonsanctiebeslissing van het UWV en vervolgens – als die UWV-beslissing juist is gebleken – moet procederen over de aansprakelijkheid van de arbodienst voor de ontstane schade, waaronder de loonschade.

3. In veel gevallen zal binnen de huidige systematiek de toetsing van de re-integratie-inspanningen uitsluitend een arbeidsdeskundige betrokken zijn. In bepaalde gevallen wordt bij deze toets een verzekeringsarts ingeschakeld. De verzekeringsarts wordt in ieder geval ingeschakeld als de bedrijfsarts een medische urenbeperking heeft gesteld, de bedrijfsarts een periode heeft vastgesteld waarin de betrokken werknemer geen benutbare mogelijkheden of marginale re-integratiemogelijkheden had en als de arbeidsdeskundige de indruk heeft dat de bedrijfsarts mogelijk een re-integratiebelemmerend advies heeft gegeven.

4. In de praktijk betekent dat een verstandig werkgever tijdens die periode van twee jaar een deskundigenoordeel vraagt bij het UWV als blijkt dat er langere tijd

door de bedrijfsarts een situatie van geen benutbare mogelijkheden wordt aangenomen of als er een forse medische urenbeperking is aangenomen. Een deskundigenoordeel kan door de werkgever worden aangevraagd bij het UWV, ook al is er helemaal geen geschil met de werknemer. De werkgever vraagt dan een deskundigenoordeel aan om te toetsen of het UWV de bevindingen van de bedrijfsarts deelt ten aanzien van de belastbaarheid van de werknemer. Zo niet, dan kan de werkgever nog bijsturen en kunnen alsnog 'meer' re-integratie-inspanningen worden ingezet. Het deskundigenoordeel wordt op zo een manier dus als instrument gebruikt om vroegtijdig re-integratie-inspanningen door het UWV te laten toetsen. Als op deze wijze het deskundigenoordeel wordt ingezet dan verkleint dit de kans dat er re-integratiekansen worden gemist en verkleint dit dus ook het loonsanctierisico voor de werkgever. Uiteindelijk is dit dan maatschappelijk gewenst, omdat re-integratiekansen immers zoveel mogelijk moeten worden benut om de instroom in arbeidsongeschiktheidsregelingen zoals de WIA te voorkomen.

Positie werknemer

5. Als – na invoering van de beoogde wetwijziging – de bevindingen van de bedrijfsarts leidend worden en de verzekeringsarts niet langer de medische grondslag toetst en vaststelt of er re-integratiekansen zijn gemist, dan schaadt dit mogelijk de positie van de werknemer. In 12% van de gevallen waar nu nog een loonsanctie wordt opgelegd en de werkgever dus langer moet doorbetalen teneinde zijn re-integratie-inspanningen alsnog of beter in te zetten, vervalt deze loonsanctie. Dat betekent dat de loondoorbetalingsplicht in die situaties niet wordt verlengd en ook het ontslagverbod tijdens ziekte niet wordt verlengd. Als blijkt dat er geen re-integratiemogelijkheden zijn binnen de onderneming, dan kan de werkgever dus overgaan tot indiening van een ontslaanvraag. Voor de werknemer betekent dit dus dat er eerder een einde komt aan zijn loonaanspraak en eerder een einde komt aan zijn ontslagbescherming en hij dus eerder zijn WIA- of WW-recht moet aanspreken.

6. In de toelichting op dit wetsvoorstel staat dat een voorwaarde voor invoering van deze maatregel is dat er een gemeenschappelijk beoordelingskader komt op grond waarvan de bedrijfsarts de belastbaarheid vaststelt. Het UWV hanteert een FML en de bedrijfsarts een inzetbaarheidsprofiel om beperkingen vast te stellen. In een gemeenschappelijk beoordelingskader zal dus worden beschreven hoe en wanneer beperkingen kunnen worden vastgesteld. Wanneer mag bijvoorbeeld een medische urenbeperking worden aangenomen en wanneer geen benutbare of marginale mogelijkheden? Dat beoordelingskader is dan dus een kader op grond waarvan bedrijfsarts en verzekeringsarts tot vergelijkbare resultaten komen. Als dit daadwerkelijk gebeurt en wel voor invoering van deze wetwijziging, dan resteert de vraag of invoering van

dit voorstel wel nodig is. Als bedrijfsartsen en verzekeringsartsen een gemeenschappelijk beoordelingskader hebben, dan zou daarmee het percentage van 12% belangrijk omlaag worden gebracht en wordt op die manier de werkgever ontlast, waarbij de positie van de werknemer voldoende beschermd blijft. Kortom, nut en noodzaak voor invoering van deze wijziging ontbreken.

7. Invoering van deze maatregel leidt tot ongerijmdheden. Stel nu dat er een deskundigenoordeel is gevraagd door de werkgever of de werknemer ten aanzien van de re-integratie-inspanningen. Uit dat deskundigenoordeel van het UWV blijkt dat er re-integratiekansen worden gemist omdat het UWV tot een andere inschatting van de medische mogelijkheden komt dan de bedrijfsarts. In zo'n situatie zou dus de werkgever dit deskundigenoordeel naast zich neer kunnen leggen en zich kunnen blijven baseren op het oordeel van de bedrijfsarts. Een loonsanctie wordt dan niet opgelegd. In dat geval zou dus de werknemer moeten gaan procederen als hij meent dat er re-integratiekansen zijn of worden gemist.

8. In de toelichting op het wetsvoorstel – bij het onderdeel over artikel 6 EVRM – wordt verondersteld dat de werknemer toegang heeft tot de burgerlijke rechter (MvT, p. 6). Welke mogelijkheden heeft de werknemer om de schade die hij lijdt te claimen en kan hij gaan procederen als hij meent dat re-integratiekansen zijn gemist en hij daardoor schade lijdt. Twee situaties worden onderscheiden.

9. In de eerste situatie bevindt de werknemer zich nog tijdens de eerste twee ziektejaren. In veel gevallen zal de werknemer geen aanleiding zien om een deskundigenoordeel aan te vragen bij het UWV als de bedrijfsarts een oordeel heeft over zijn arbeids(on)geschiktheid. Als dat al zo is en uit het deskundigenoordeel van het UWV een andere inschatting blijkt van de medische situatie en zijn belastbaarheid dan die van de bedrijfsarts, wat kan de werknemer dan doen? Het kan voor de werknemer aanleiding zijn om een re-integratievordering in te stellen waarin hij de werkgever verzoekt om nakoming van zijn re-integratieverplichting (ex artikel 7:658a BW) en waarin hij bijvoorbeeld kan vragen om tewerkstelling in passende arbeid naar de mate die het UWV mogelijk acht in het deskundigenoordeel. Een werknemer zal niet snel een deskundigenoordeel vragen en zeker niet een proces starten tegen zijn werkgever omdat hij belang heeft bij een goede arbeidsrelatie.

10. In de tweede situatie zijn de twee ziektejaren reeds verstreken en moet de werknemer (dan pas) bij de WIA-beoordeling constateren dat het UWV geen verlenging van de loondoorbetalingsverplichting (loonsanctie) oplegt; dit, terwijl de bevindingen van het UWV ten aanzien van zijn belastbaarheid sterk afwijken ten opzichte van de bedrijfsarts. Stel, dat de bedrijfsarts twee jaar lang heeft aangegeven dat de werknemer in het geheel niet

kan werken en er sprake is van geen benutbare mogelijkheden en het UWV bij de claimbeoordeling constateert dat de werknemer 40 uur per week kan werken, dan is dat op zichzelf al een merkwaardige situatie. Wat kan de werknemer dan doen? De werknemer kan niet het UWV aansprakelijk stellen voor een onjuist oordeel bij de beoordeling van de loonsanctie. Het UWV mocht immers uitgaan van de bevindingen van de bedrijfsarts. De werknemer zal schade moeten gaan claimen bij de werkgever omdat hij een hulppersoon heeft ingeschakeld, namelijk de arbodienst, die (wellicht) onjuist heeft geadviseerd over de medische belastbaarheid als gevolg waarvan re-integratiekansen zijn gemist. Welke schade lijdt de werknemer dan? Hij zou (op grond van artikel 7:658a BW) schade kunnen claimen omdat door het ontbreken van re-integratie of gebrekkige re-integratie kansen zijn gemist en hij anders meer had kunnen verdienen dan het geval is. Dat is voorwaar geen gemakkelijk opgave voor de werknemer. Dat mag duidelijk zijn. Hij zal in ieder geval moeten stellen en zo nodig bewijzen (bewijsrisico voor de werknemer) dat (1) de bedrijfsarts een onjuist oordeel heeft gegeven en (2) daardoor sprake is van gebrekkige re-integratie en (3) hij daardoor schade lijdt en hij minder inkomen heeft dan wanneer die gemiste re-integratiekansen wel waren benut.

11. De werknemer komt hier pas achter bij de WIA-keuring, dus dan is er in principe geen opzegverbod meer en zal het UWV toestemming voor ontslag geven voor de opzegging wanneer aannemelijk is dat de bedongen arbeid binnen 26 weken al dan niet in aangepaste vorm kan worden verricht en herplaatsingsmogelijkheden ontbreken. Een nakomingsactie van de werknemer zit er na ontslag niet meer in. In dergelijk geval gaat het dan bij de vaststelling van de schade (veelal) slechts om de schade die is ontstaan doordat geen tweedespoortraject is gestart.

12. De werknemer zal – als er nog een arbeidsovereenkomst is – om de eventuele schade te beperken gehouden zijn om re-integratie af te dwingen bij zijn werkgever, wil hij met succes schade claimen bij zijn werkgever. Hij dient in het kader van zijn schadebeperkingsplicht re-integratie in eigen dan wel passend werk binnen de onderneming te vorderen. Als die mogelijkheden er zijn, dan dienen ze te worden benut. Benut de werkgever die mogelijkheden dan is de vraag of die werknemer wel schade lijdt. Als blijkt dat er geen re-integratiemogelijkheden zijn binnen de onderneming, dan lijdt de werknemer mogelijk wel schade, omdat de spoor 2-verplichting ex artikel 7:658a lid 1 BW na twee ziektejaren niet meer bestaat. Het betoog van de werknemer is dan dat als er een betere medische grondslag zou zijn, hij wellicht meer re-integratiemogelijkheden had kunnen benutten in het kader van spoor 2 tijdens de twee ziektejaren.

13. Als deze claimmogelijkheid van de werknemer wordt vergeleken met de huidige claimmogelijkheid van de werkgever, dan valt op dat de processuele drempel voor de werknemer belangrijk hoger is. In de *huidige* situatie heeft de werkgever de mogelijkheid om zijn schade te verhalen op de arbodienst. De werkgever lijdt schade bestaat uit een derde jaar (loonsanctie) die hij krijgt opgelegd. Die schade probeert hij dan te verhalen middels een aansprakelijkstelling van de arbodienst. Zo heeft deze aansprakelijkheidsmogelijkheid thans ook een preventieve werking. Deze preventieve werking vervalt voor een deel.

14. Het bovenstaande maakt duidelijk dat het voor de werknemer buitengewoon lastig zal zijn om zijn recht te halen en de schade ten gevolge van een misgelopen loonsanctiemogelijkheid die nu wel bestaat, gecompenseerd te krijgen. De gedachte achter het wetsvoorstel is dat de belasting van loonsancties voor kleine werkgevers omlaag moet. Het gevolg is nu dat deze belasting op de schouders van werknemers wordt gelegd. Waarom zouden werknemers die risico's wel kunnen dragen en waarom zou een kleine werkgever het risico van een onjuiste beoordeling door de bedrijfsarts dan niet kunnen dragen? Dit is ongerijmd.

Positie bedrijfsarts

15. De positie van de bedrijfsarts komt verder onder druk te staan en dat is niet wenselijk. Een bedrijfsarts heeft als taak de zorg voor de begeleiding tijdens verzuim en is – anders dan een verzekeringsarts – niet in de positie om te beoordelen. De onafhankelijkheid van bedrijfsartsen staat onder druk. Juist vanwege de discussie daarover is enige jaren geleden in de Arbowet ingevoerd de mogelijkheid van een second opinion. Als de werknemer dan twijfelt over de onafhankelijkheid van de bedrijfsarts, dan heeft die werknemer de mogelijkheid om een second opinion aan te vragen bij een bedrijfsarts buiten de Arbodienst. Door deze wetswijziging wordt nu de gedachte weer versterkt dat bedrijfsartsen worden betaald door de werkgever en dat deze bepaalt wat de uitkomst moet zijn. Uiteraard is dat in de praktijk gelukkig vaak niet het geval. Het is niet dat de werkgever betaalt en dus ook bepaalt. Bedrijfsartsen komen echter wel onder steeds grotere druk te staan, omdat de werkgever er vervolgens belang bij heeft dat er geen re-integratiemogelijkheden worden aangenomen of zeer forse beperkingen waardoor re-integratie binnen het bedrijf niet aan de orde kan zijn.

Conclusie

16. Mijn conclusie is dan ook dat nut en noodzaak voor invoering van deze maatregel vooralsnog ontbreken. De werknemer wordt mogelijk benadeeld en de positie van de bedrijfsarts komt te zeer onder druk te staan.

Mr. P.S. Fluit, Stadhouders Advocaten