

POSITION PAPER

voor Vaste commissie voor Sociale Zaken Tweede Kamer
Rondetafelgesprek d.d. 9 november a.s.
van P.S. Fluit, Stadhouders Advocaten in Utrecht
datum 4 november 2020
betreft Wetsvoorstel 35 589 (advies bedrijfsarts leidend bij RIV-toets)

1. In de toelichting op dit wetsvoorstel staat dat een voorwaarde voor invoering van deze wetswijziging is dat er een gemeenschappelijk beoordelingskader komt. 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 wetswijziging, dan rijst de vraag of invoering van dit voorstel 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 lijken te ontbreken.
2. 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.
3. 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.
4. 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.
5. 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 art 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 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.

6. 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.
7. 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 heeft 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.
8. 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.

Conclusie

9. Conclusie is dat nut en noodzaak voor invoering van deze maatregel lijken te ontbreken. De arbeidsongeschikte werknemer wordt benadeeld door deze wetwijziging. Voor de werknemer betekent deze wijziging dat de toegang tot zijn (re-integratie)recht ingeperkt wordt.