

Bescherming tegen van werkgever zelf komen

De wetgeving op het gebied van arbeidsongeschikte werknemers is in Nederland buitengewoon strikt. Het grote aantal arbeidsongeschikte werknemers dat Nederland aan het begin van de jaren negentig had, is daar debet aan. Daarna is de ene wetgevende maatregel over de andere getuimeld. Het werd daarvoor voor werkgevers wel veel ingewikkelder en duurder, maar aanvankelijk zeker nog niet beter. De maatregel die echt gewerkt heeft, is in 2002 geïntroduceerd bij de Wet verbetering poortwachter. De werkgever werd daarbij verantwoordelijk gemaakt voor de re-integratie van de arbeidsongeschikte werknemer. Er werd een protocol opgesteld waar de werkgever zich bij de re-integratie aan te houden had. Daarvan kon worden afgeweken als dat in een concreet geval noodzakelijk zou zijn. En bovenal werd de niet-nakoming van de aldus aan de werkgever opgelegde verplichtingen bedreigd met een aan duidelijkheid niets overlatende sanctie: de verplichting om tot maximaal 52 weken langer 70% van het loon door te betalen aan de arbeidsongeschikte werknemer, beter bekend als 'de loonsanctie'. Zeker nadat de verplichting tot doorbetaling van het loon aan de arbeidsongeschikte werknemer was verlengd van 52 tot 104 weken leverde de Wet verbetering poortwachter de doorslaggevende bijdrage aan het terugdringen van het tot een absurde hoogte opgelopen aantal arbeidsongeschikte werknemers.

De effectiviteit van de getroffen wetgevende maatregelen betekent overigens niet dat deze daarom ook toegejuicht moeten worden. Inmiddels liggen op het bordje van de werkgever van wie een werknemer arbeidsongeschikt is geworden financiële gevolgen van een (in de meeste letterlijke zin van het woord) ongeken- de omvang, terwijl grote vraagtekens gezet

kunnen worden bij de vraag of dit eigenlijk wel is zoals het zou moeten zijn. Daarbij is de echte oorzaak van het probleem (de gebrekkige kwaliteit van de keuringen die voorheen toegang gaven tot een uitkering op grond van de Ziektewet en de WAO en thans tot een uitkering op grond van de WIA) nog steeds niet of nauwelijks aangepakt. Effectief dus: ja. Gerechtaardigd en verantwoord: wat mij betreft zeker niet. Een essentieel onderdeel van het nieuwe wettelijke systeem dat moet voorkomen dat Nederland binnenkort opnieuw een miljoen arbeidsongeschikte werknemers heeft, is dus de loonsanctie. Die loonsanctie heeft de wetgever bij de invoering van de WIA in 2006 opnieuw moeten optuigen, want de oorspronkelijke vorm die de wetgever daaraan gegeven had, was in strijd met internatio-

nale verdragsbepalingen over het opleggen van bestraffende sancties. In de nieuwe vormgeving is de loonsanctie niet gericht op bestraffing, maar op het herstel van verzuimen van de werkgever bij het verrichten van de nodige re-integratie-activiteiten. De valse start die de loonsanctie aldus gemaakt heeft, brengt met zich mee dat pas recent de eerste rechterlijke uitspraken van de hoogste rechter (de Centrale Raad van Beroep) gegeven zijn over de wijze waarop die loonsanctie in de praktijk



loonsancties moet

wordt toegepast. En het moet worden gezegd: die uitspraken vallen voor werkgevers niet mee!

Toen de Wet verbetering poortwachter werd geïntroduceerd, was ik daar zelf niet zo negatief over. Als er als gevolg van de arbeidsongeschiktheid van een werknemer al financiële lasten op het bordje van de werkgever behoorden te liggen, dan leek mij de in de Wet verbetering poortwachter gekozen wijze nog niet zo'n slechte. Het protocol dat de te verrichten re-integratie-activiteiten regelde (de Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar) leek voldoende ruimte te laten voor gemotiveerde afwijking. En de wet leek de werkgever te beschermen tegen wijsheid achteraf van het UWV, die over het opleggen van een loonsanctie zou moeten beslissen aan de hand van het door de

werkgever en werknemer gezamenlijk op te stellen re-integratieverslag, door voor te schrijven dat een loonsanctie alleen kon worden opgelegd als de werkgever en de werknemer in redelijkheid niet konden komen tot de re-integratie-activiteiten die gericht waren. In die woorden 'in redelijkheid' ligt

een marginale toetsing besloten: niet alleen datgene wat het UWV achteraf als de optimale re-integratie-activiteit zou beschouwen zou maatgevend zijn, maar ook datgene wat de werkgever en werknemer vooraf konden beschouwen als een redelijke re-integratie-activiteit.

Vervolgens ging het UWV echter de grenzen opzoeken van wat men zich bij het oplossen van de loonsancties kon permitteren. Dit onder het motto dat daardoor aan de werknemer optimale re-integratiemogelijkheden zouden worden geboden. Maar die werknemer heeft zelf al de mogelijkheid om die re-integratiemogelijkheden bij de rechter af te dwingen. Het probleem is echter vaak juist dat de

werknemer zelf niet zo op die re-integratie zit te wachten. Dat het opleggen van loonsancties tot gevolg heeft dat een eventuele WIA-uitkering een jaar opschuift, waardoor het UWV in Den Haag kan pronken met een lagere WIA-instream zal ongetwijfeld ook een rol spelen. Wat de werkgever betaalt, hoeft het UWV immers niet te betalen. Een gedachte die bij de rechterlijke toetsing van door het UWV opgelegde loonsancties best eens wat meer in het achterhoofd zou mogen worden gehouden!

Dat het UWV, om te kijken hoe ver men kon gaan, bewust de grenzen van het toelaatbare heeft opgezocht, blijkt voor mij wel uit het feit dat bezwaren tegen opgelegde loonsancties vrijwel steeds worden afgewezen en dat daarbij op de aangevoerde argumenten vaak niet eens wordt ingegaan. Het UWV beperkt zich meestal tot het herhalen van de eerder ingenomen eigen standpunten.

In zo'n situatie hoop je dan op de rechter. Lagere rechters bleken gelukkig vaak bereid bescherming te bieden tegen standpunten waarmee het UWV ten onrechte probeert grenzen te verleggen. Helaas heeft de Centrale Raad van Beroep getoond een andere houding in te nemen ten aanzien van het grensverleggende gedrag van het UWV. Zo is de Centrale Raad van Beroep op grond van mening dat een werkgever verantwoordelijk is voor een verkeerd advies van de bedrijfsarts, ook als die onduidelijkheid aan de werkgever (die de medische gegevens niet mag kennen en niet over medische deskundigheid beschikt) niet duidelijk kon zijn. Dit terwijl in het protocol is bepaald dat de werkgever alleen re-integratie-activiteiten hoeft te verrichten als dat uit het advies van de bedrijfsarts blijkt. Ook is de Centrale Raad van Beroep van mening dat het kan zijn dat de werkgever al passend werk bij een andere werkgever moet gaan zoeken, als nog niet vaststaat dat in de eigen onderneming geen passend werk

voorhanden is, terwijl in de wet staat dat de werkgever pas van de werknemer kan verlangen daaraan mee te werken als eerst vaststaat dat in de eigen onderneming geen passend werk voorhanden is.

Als het er om gaat zich te beschermen tegen onterecht opgelegde loonsancties, is het dus maar de vraag of de werkgever het van de rechter moet hebben. Des te meer reden voor de werkgever om zich goed te laten adviseren bij de begeleiding van een arbeidsongeschikte werknemer. Begeleiding door de bedrijfsarts of arbo-dienst alleen is daarbij zeker niet altijd voldoende. ■

Mr. J.P.M. van Zijl, advocaat te Tilburg.



Voor de Veda verzorgt de heer mr. J. van Zijl de cursus **Arbeidsrecht in de dagelijkse praktijk** (27 mei in Nieuwegein). Ga voor meer informatie naar www.vedaa.nl.