

ANNOTATIE

S.K. Schreurs

*Annotatie bij Centrale Raad van Beroep, 07-09-2016,
ECLI:NL:CRVB:2016:3338 (SZR-2016-0961)*

Feiten

Werkneemster is in dienst bij werkgeefster als bewindvoerder voor 32 uur per week. Op 7 december 2010 meldt zij zich ziek met psychische klachten. Zij re-integreert in eigen aangepast werk tot maximaal 12 uur per week. Op 5 maart 2012 adviseert het externe bureau voor arbeidsconsultancy Elabo om uiterlijk 1 april 2012 de re-integratiemogelijkheden te beoordelen en mediation in te zetten. Werkneemster dient op 10 september 2012 een WIA-aanvraag bij het UWV in. De verzekeringsarts oordeelt in dat kader op grond van eigen bevindingen en na overleg met de bedrijfsarts dat een medische onderbouwing ontbreekt voor het standpunt dat slechts 12 uur per week in aangepast werk kan worden gewerkt. Bij besluit van 25 oktober 2012 legt het UWV een loonsanctie op (het loonsanctiebesluit). Het UWV oordeelt dat de re-integratie-inspanningen onvoldoende zijn en een deugdelijke grond voor dat verzuim ontbreekt.

Procedure

Werkgeefster en werkneemster tekenen bezwaar aan tegen het loonsanctiebesluit. Het UWV verklaart het bezwaar ongegrond. Daaraan ligt o.a. ten grondslag een rapportage van de verzekeringsarts bezwaar en beroep. Deze meent, anders dan de primaire verzekeringsarts, dat een urenbeperking geldt, maar dat voor de door de bedrijfsarts gestelde beperking tot maximaal 12 uur een onderbouwing ontbreekt. Werkneemster wordt geschikt geacht gemiddeld 20 uur per week te werken. Daarmee werkt werkneemster onder haar belastbaarheid en blijft de loonsanctie in stand, aldus het UWV. In beroep vernietigt de rechtbank het loonsanctiebesluit. Volgens de rechtbank is op basis van de door werkgeefster en werkneemster ingebrachte verklaringen van de behandelend psychiater uit 2012 en 2013

voldoende onderbouwd dat werkneemster in de periode in geding niet in staat was meer dan 12 uur te werken. De rechtbank oordeelt dat voldoende re-integratie-inspanningen in het eerste spoor zijn verricht en bespreking van de beroepsgronden over het tweede spoor achterwege kan blijven. Het UWV stelt hoger beroep in en betwist dat bespreking van de beroepsgronden over de inspanningen in het tweede spoor niet meer nodig is. Volgens het UWV heeft werkgeefster zich te lang en ten onrechte uitsluitend gericht op hervatting in de eigen functie. De stagnatie in herstel is onvoldoende (tijdig) geanalyseerd en er zijn niet tijdig re-integratie-activiteiten in het tweede spoor gestart. Het UWV verwijst tevens naar een rapport van een verzekeringsarts bezwaar en beroep van 26 september 2014, waarin geoordeeld wordt dat het advies van de bedrijfsarts in het re-integratieproces belemmerend heeft gewerkt en een discussie over urenbeperking daarmee overbodig is. Werkgeefster onderschrijft in hoger beroep het oordeel van de rechtbank en wijst erop dat de werkzaamheden van werkneemster dermate vereenvoudigd waren dat een verdergaande aanpassing niet mogelijk was. Ook is getracht werkneemster bij een andere werkgever te plaatsen, maar deze weg bleek niet haalbaar of relevant gelet op het ziekteverloop. Werkneemster acht het oordeel van de verzekeringsarts bezwaar en beroep van 26 september 2014 dat het advies van de bedrijfsarts in het re-integratieproces belemmerend heeft gewerkt en een discussie over urenbeperking overbodig is, niet dan wel onvoldoende gemotiveerd en onterecht. Volgens haar is het aantal uren wel van belang voor de inschatting van de re-integratiemogelijkheden en -verplichtingen, zowel in het eerste als in het tweede spoor.

Oordeel Raad

De Raad vernietigt de uitspraak van de rechtbank en verklaart het beroep van het UWV gegrond. Het standpunt dat onvoldoende re-integratie-activiteiten zijn verricht, is gebaseerd op conclusies in de rapporten van de primaire verzekeringsarts en arbeidsdeskundige, alsmede van de verzekeringsarts en arbeidsdeskundige in bezwaar en beroep. De verzekeringsarts bezwaar en beroep heeft de benutbare mogelijkheden vastgelegd in een Functionele Mogelijkhedenlijst van 6 februari 2013. Naar aanleiding van nadere informatie van de behandelend psychiater is de urenbeperking vervolgens bijgesteld op ongeveer 20 uur per week. Voor een verdergaande urenbeperking is geen medische onderbouwing gevonden en daarmee sluit de omvang van de door werkgeefster aangeboden passende arbeid niet aan bij de functionele mogelijkheden van werkneemster. Bovendien heeft werkgeefster de re-integratie in het tweede spoor niet of niet adequaat opgepakt. Door de verzekeringsartsen van het UWV is overtuigend gemotiveerd dat de bedrijfsarts de beperkingen van werkneemster te ernstig heeft ingeschat en dat een te afwachtend en op de geuite klachten gebaseerd beleid is gevoerd waardoor re-integratiemogelijkheden zijn gemist, aldus de Raad. De Raad volgt werkgeefster ook niet in haar standpunt dat zij onmogelijk voorbij kon gaan aan de adviezen

van de bedrijfsarts. Werkgeefster heeft ook niets met het advies van Elabo van maart 2012 gedaan, dat onder meer luidde een deskundigenoordeel bij het UWV aan te vragen en bespreking van de urenbelasting met de bedrijfsarts om eventueel een bijstelling van de re-integratie te bewerkstelligen, indien werkneemster op 1 april 2012 nog onveranderd 12 uur zou werken.

Commentaar

De Raad verwijst naar het vaste beoordelingskader zoals dat volgt uit artikel 65 Wet WIA en de Beleidsregels beoordelingskader poortwachter (Besluit van 3 december 2002, *Stcrt.* 2002, 236, gewijzigd bij Besluit van 17 oktober 2006, *Stcrt.* 2006, 224) (Beleidsregels). Dit kader is ingericht rond het doel van de re-integratie-inspanningen, welk doel is het voorkomen van het doen van een beroep van de werknemer op een WIA-uitkering. Dat betekent dat het verrichten van re-integratie-inspanningen wordt verlangd zodra en zolang met een mogelijke instroom van de werknemer in de WIA rekening moet worden gehouden (zie ook: CRvB 18 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:1916, 14/4481 en CRvB 7 september 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3343, 14/1877). Daartoe beoordelen verzekeringsartsen en arbeidsdeskundigen van het UWV voorafgaand aan de claimbeoordeling WIA de re-integratie-inspanningen van werkgever en werknemer zoals vastgelegd in het re-integratieverslag, ook wel genoemd: 'de RIV toets'. In 2011 heeft UWV de werkwijzer 'RIV toets in de praktijk' (Werkwijzer) samengesteld voor verzekeringsartsen en arbeidsdeskundigen. De Werkwijzer bevat concrete beoordelingscriteria en praktische aanwijzingen voor de uitvoering van de RIV toets. Volgens het beoordelingskader moet beoordeeld worden of werkgever en werknemer in redelijkheid konden komen tot de re-integratie-inspanningen die zijn verricht. Het bereikte resultaat staat voorop. Van een bevredigend resultaat is sprake als gekomen is tot (gedeeltelijke) hervatting, die aansluit bij de resterende mogelijkheden van de werknemer, waardoor de werknemer minder dan 35% arbeidsongeschikt is en geen aanspraak hoeft te maken op de WIA. Is daarvan sprake, dan wordt aangenomen dat werkgever en werknemer in redelijkheid konden komen tot de inspanningen die zijn verricht. Als het UWV het resultaat niet bevredigend acht, moet worden ingezoomd op hetgeen daadwerkelijk is ondernomen. Daarbij wordt in het bijzonder gelet op de probleemanalyse en het plan van aanpak dat periodiek moet zijn geëvalueerd. Met name de eerstejaarsevaluatie, welk moment uitdrukkelijk wordt benoemd in artikel 4 lid 2 onder 5 Regeling procesgang eerste en tweede ziektejaar, kent een extra dimensie. Er moeten dan basale keuzes worden gemaakt voor inspanningen in het eigen bedrijf of bij een andere werkgever. Werkgever en werknemer dienen zich volgens artikel 7:658a lid 1 BW in eerste instantie in te spannen om de werknemer zijn eigen functie weer te laten oppakken. Mocht dat niet mogelijk zijn, dan wordt gekeken naar passend werk bij werkgever. Mogelijkheden bij een andere werkgever komen in de

volgorde die artikel 7:658a lid 1 BW kent aan de orde als hervatting in eigen of passend werk bij de eigen werkgever niet meer mogelijk is. Dit suggereert dat inzetten van het tweede spoor afhankelijk zou zijn van het eerste spoor. De Centrale Raad van Beroep (zie bijvoorbeeld: CRvB 29 april 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1413 en CRvB 26 januari 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP2230) legt dit echter zo uit dat de werkgever ook twee sporen tegelijk moet volgen. In het tweede jaar moet altijd het tweede spoor worden ingezet, tenzij dit niet mogelijk of niet nodig is. In de Beleidsregels staat dat activiteiten met het oog op werk bij een andere werkgever slechts achterwege kunnen blijven als er nog concreet perspectief bestaat op hervatting in het eigen bedrijf. Stagnatie in medische behandeling, niet stabiele werkhervatting, hervatting op te laag niveau of op arbeidstherapeutische basis kunnen bijvoorbeeld redenen vormen om de re-integratie bij te stellen. In bijlage 1, onder 4, van de Werkwijzer is dit uitgewerkt als een aanwijzing in het kader van de RIV-toets die inhoudt dat ten tijde van de eerstejaarsevaluatie re-integratieactiviteiten in het tweede spoor slechts achterwege kunnen blijven als er binnen drie maanden nog geen concreet perspectief op hervatting in het eigen bedrijf is. Volgens vaste rechtspraak geldt een gedurende het traject afgegeven inadequaat oordeel van de bedrijfsarts, arbodienst, re-integratiebedrijf of andere door de werkgever ingeschakelde dienstverlener niet als een 'deugdelijke grond' voor een tekortkoming in de re-integratie. In onderhavige uitspraak kwam dit ook aan de orde. De Raad verwijst hiervoor naar CRvB 18 november 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BK3713. Daaruit volgt dat de werkgever zich niet kan beroepen op inadequaat handelen en oordelen van de door hem ingeschakelde deskundigen. Zij werken immers onder zijn verantwoordelijkheid. Het risico dat de bedrijfsarts de belastbaarheid te laag heeft ingeschat, zoals in onderhavige casus, komt voor rekening van de werkgever. Werkgevers worden geacht het risico van inadequate handelwijzen en oordelen te beperken door zelf een vinger aan de pols te houden en alert te blijven in de ziekteperiode (zie ook paragraaf 5.5.3.1 Werkwijzer). Bovendien geldt volgens het UWV dat naarmate de wachtperiode voor de WIA verder verstrijkt van werkgever een alertere houding mag worden verwacht. Het is overigens wel aan het UWV om aannemelijk te maken dat sprake is van daadwerkelijk tekortschieten (CRvB 25 maart 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:926). Voor werkgevers is dit vaak een bittere pil en ook beschouwen zij het als een ingewikkelde verantwoordelijkheid. Zij beschikken immers niet over de medische informatie, noch over de deskundigheid die informatie te vertalen in concrete stappen ten behoeve van de re-integratie. Daarvoor schakelen zij nu juist deskundigen in, maar voor de kwaliteit van diens adviezen blijven zij dan wel verantwoordelijk. Dit brengt werkgevers in een positie waarin ze zich steeds moeten afvragen of de aanpak eigenlijk wel de juiste is. Die aanpak kan immers, achteraf beoordeeld, door een UWV-deskundige die 'inzoomt op het proces' niet de juiste blijken te zijn geweest. Dat leidt tot vragen en twijfels in het traject zelf, wat weer een vertroebelend effect kan hebben op het uiteindelijke doel van re-integratie. Werkgevers

besluiten dan ook vaak toch maar zekerheidshalve een tweedespoortraject in te zetten om een loonsanctie te voorkomen, terwijl zij in het nut van het traject op zichzelf soms geen enkele fiducia hebben. Het eventueel tussentijds vragen van een deskundigenoordeel bij het UWV kan de zekerheid over de juistheid van de aanpak verhogen, maar vormt wél weer een extra schakel in het proces en biedt geen garantie. Ook daar dienen betrokkenen bovendien alert te zijn dat het deskundigenoordeel adequaat is en niet is gebaseerd op onvolledige, onjuiste gegevens of inhoudelijke fouten bevat (zie paragraaf 3.7.3 Werkwijzer). Ook na het gegeven deskundigenoordeel blijft alertheid dus geboden. Ook de werkgeefster in onderhavige casus loopt tegen deze problematiek aan. Zij verliet zich op de advisering van de bedrijfsarts, die vanuit zijn eigen beoordelingsbevoegdheid meende dat werkneemster maximaal 12 uur per week kon werken, terwijl inzet van het tweede spoor (op basis van dat advies) niet aangewezen werd geacht. Op beide punten stelde het UWV, ondanks de advisering van de bedrijfsarts, vast dat sprake was van een tekortkoming. Werkgeefster had echter al aangegeven dat het ziekteverloop van werkneemster plaatsing bij een andere werkgever in de weg stond. Anders gezegd: werkgeefster verwachtte geen toegevoegde waarde van een tweedespoortraject en kennelijk had ook de bedrijfsarts geen aanleiding gezien dat te adviseren. Desondanks werd dit door het opleggen van de loonsanctie als een tekortkoming gezien. In zijn op 21 april 2016 gepresenteerde arbeidsmarktpakket heeft Minister Asscher de dilemma's die werkgevers ondervinden bij het al dan niet inzetten van een tweede spoor onderkend. Hij heeft aangekondigd de regelgeving te zullen aanpassen om dit knelpunt te verlichten. In zijn brief aan de Tweede Kamer 'loondoorbetaling bij ziekte' van 21 april 2016 (www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2016/21/kamerbrief-loondoorbetaling-bij-ziekte/brief-tk-loondoorbetaling-bij-ziekte.pdf) kondigt Asscher aan: "(...) *Het wel of niet en het moment van inzetten van een tweede spoortraject wordt de keuze van werkgever en werknemer op basis van advies van de bedrijfsarts en leggen zij vast in een plan van aanpak. UWV toetst vervolgens of het re-integratietraject conform plan van aanpak is verlopen. Het wel of niet, het te laat of te vroeg inzetten van een tweede spoortraject zal hierdoor niet langer kunnen leiden tot een loonsanctie van UWV. Op die manier wordt voorkomen dat werkgevers een tweede spoortraject inzetten alleen maar om een loonsanctie te voorkomen. Er wordt vertrouwd op het inzicht van werkgever, werknemer en bedrijfsarts met betrekking tot het inzetten van re-integratieactiviteiten. De rol van de bedrijfsarts blijft in deze nieuwe situatie hetzelfde. De adviezen die de bedrijfsarts geeft worden door werkgever en werknemer vertaald in een plan van aanpak, het plan van aanpak wordt bijgesteld indien daartoe aanleiding is. Werkgever en werknemer moeten uit kunnen gaan van het oordeel van de bedrijfsarts. Een (kleine) werkgever dient immers niet te worden afgerekend wanneer deze het advies van een bedrijfsarts opvolgt. Hierdoor zal het tweede spoor alleen nog worden ingezet als een toegevoegde waarde te verwachten is.(...)*" De uitwerking van de door Asscher aangekondigde maatregel in conceptwetgeving is op dit moment nog niet

gerealiseerd. Toch kan het inzicht bieden na te gaan waar de maatregel toe zou hebben geleid in de onderhavige casus. Van belang daarbij is in de eerste plaats dat de maatregel is aangekondigd binnen het kader van het al dan niet inzetten van het tweede spoor. Voor de onderhavige casus betekent dit dat de maatregel geen directe betekenis zou hebben gehad voor de vastgestelde tekortkoming ten aanzien van het bereikte urenaantal, maar wel voor de vastgestelde tekortkoming ten aanzien van het tweede spoor. Als de re-integratie, los van het urenaantal, volgens het plan van aanpak is verlopen en daarin ligt besloten dat een tweede spoor geen toegevoegde waarde zou hebben, zou dit – anders dan de Raad oordeelde in de casus – niet meer als tekortkoming kunnen worden aangemerkt. Daarmee zou de loonsanctie in de redenering van de Raad nog niet van de baan zijn geweest. Onveranderd zou immers blijven dat de hervatting in het eerste spoor niet aansloot bij de resterende mogelijkheden van werkneemster. De werkgeefster zal echter wel eerder een bekortingsverzoek op grond van artikel 25 lid 9 WIA hebben kunnen indienen, namelijk als werkneemster conform haar functionele belastbaarheid zou zijn gaan werken voor 20 uur per week, en dit werk structureel aan haar zou worden aangeboden. Daarmee zou immers zijn aangetoond dat de resterende tekortkoming is hersteld. Blijft het hiervoor geschetste probleem staan dat een werkgever niet is verschoond van het niet hebben van een deugdelijke grond als hij de adviezen van de bedrijfsarts heeft opgevolgd en de onzekerheid die dat met zich meebrengt. De door Asscher aangekondigde maatregel lijkt daarin in zijn algemeenheid geen wijziging te beogen. Daarin wordt immers expliciet aangekondigd dat de werkgever mag afgaan op het oordeel van de bedrijfsarts ten aanzien van inzetten van het tweede spoor, wat niet wil zeggen dat dit ook geldt als andere re-integratiemogelijkheden in geschil zijn (zoals omvang werkhervatting of aard van het werk). Een oplossing voor de onzekerheid die daarmee blijft bestaan zou kunnen zijn dat een tussentijds, gedurende de wachttijd, door het UWV af te geven deskundigenoordeel (wél) de garantie biedt over het niet opleggen van een loonsanctie. Dat deskundigenoordeel zou dan moeten inhouden dat de weg die partijen zijn ingeslagen de juiste is, en zij dus op die voet verder kunnen gaan zonder het risico op een loonsanctie te lopen. Daarmee kunnen partijen zich verder concentreren op vervolmaking van de re-integratie in plaats van het voorkomen van een loonsanctie.

Sanne Schreurs, DingemansVanderKind advocaten, Amsterdam