



UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM



De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Parnassusplein 5
2511 VX Den Haag

Amsterdam,
d.d. 22 december 2016

Betreft: Reactie op internetconsultatie *Wijziging van het Arbeidsomstandighedenbesluit in verband met een second opinion en klachtenprocedure bij de bedrijfsarts* (publicatiedatum 5-12-2016)

Excellentie,

Op 5 december heeft u het ontwerpbesluit [ongedateerd] voor wijziging van het Arbeidsomstandighedenbesluit (in verband met het stellen van regels aan de raadpleging van een andere bedrijfsarts en de klachtenprocedure) ter consultatie voorgelegd. Graag maak ik van de gelegenheid gebruik mijn opinie ter zake kenbaar te maken.

Naar mijn oordeel zou de keuze voor de andere bedrijfsarts voor de second opinion primair een vrije keuze voor de *werknemer* moeten zijn en niet, zoals in het voorstel, beperkt moeten zijn tot een door de bedrijfsarts in samenspraak met de werkgever vastgestelde lijst met bedrijfsartsen die kunnen worden geraadpleegd (art. 2.14d lid 3) of, in geval de werknemer een andere arts buiten die lijst wenst te consulteren, onderworpen is aan de goedkeuring van de werkgever.

Ik licht mijn oordeel hieronder graag toe.

In het ontwerpbesluit wordt een voorstel geschetst voor de toegang van werknemers tot een onafhankelijke bedrijfsarts met het oog op een 'second opinion' indien werknemer en de bedrijfsarts van de werkgever van mening verschillen over de juistheid van een advies van de bedrijfsarts.

Ik gebruik hier met opzet de term 'onafhankelijke bedrijfsarts', ook al wordt de typering 'onafhankelijk' als zodanig niet gebruikt in het ontwerpbesluit – sterker nog, zoals art. 2.14d van het Arbobesluit nú is vormgegeven, kan men betwijfelen of deze onafhankelijkheid wel gewaarborgd is.

Indien het ontwerpbesluit wordt gelezen in de context van zowel de wetsgeschiedenis als met name de maatschappelijke ontwikkelingen op het terrein van de arbodienstverlening, is echter evident dat het vraagstuk van de second opinion in belangrijke mate juist een vraagstuk van onafhankelijkheid én van ongelijkheidscompensatie betreft.

Om met het laatste thema te beginnen: hoewel ook de werknemer een verantwoordelijkheid heeft voor de eigen veiligheid en gezondheid (art. 11 Arbowet, dat overigens iets geheel anders viseert dan de steeds dominanter wordende individualiserende aanpak rond gezondheid¹), en de werknemers geacht worden samen te werken met de werkgever bij de vormgeving van het arbeidsomstandighedenbeleid (art. 12 Aw), is het toch primair de werkgever die op grond van zijn instructiebevoegdheid de werknemer mogelijkerwijs in een onveilige of ongezonde situatie kan brengen. Dit is ook de ratio achter de zorgplicht van de werkgever. In situaties waarin de arbeidsomstandigheden niet optimaal zijn, strekt de verantwoordelijkheid van de overheid tot bescherming van de werknemer – de wetgever dient de werknemer hierin zoveel mogelijk tegemoet te komen (deel I art. 3 ESH), en de werknemer in diens zwakkere positie te compenseren teneinde een evenwichtige afweging van belangen te garanderen.

Eén van de belangrijke elementen in de Arbowetgeving die de positie van werknemer zouden moeten schragen, is de verplichting de werknemer toegang te bieden tot onafhankelijke deskundige ondersteuning op het gebied van bescherming en preventie. Zowel de deskundigheid als de onafhankelijkheid van de arboprofessionals (in het bijzonder van de deskundige werknemers als bedoeld in thans artikel 13 Aw en in casu met name de bedrijfsarts) zijn daarbij als vanzelfsprekend aangenomen in de wetsgeschiedenis.² Aangezien in de praktijk bij herhaling is gesignaleerd dat bij de onafhankelijkheid van de bedrijfsarts vraagtekens zijn te plaatsen³, heeft u in de herziening van de Arbowet een aantal maatregelen opgenomen ter versterking van de onafhankelijkheid van de bedrijfsarts – waaronder een meer evenwichtige rol van de bedrijfsarts in relatie tot de werknemer, in het bijzonder de “doeltreffende toegang tot de bedrijfsarts.”

Uw voorstel tot aanpassing van het Arbobesluit, i.c. het nieuwe artikel 2.14d, schiet mijns inziens echter evident te kort – met name waar het de vrije artskeuze van de werknemer betreft. Het voorstel schiet zowel *praktisch* als *fundamenteel* te kort.

Het praktische punt is dat lang niet alle werknemers vertrouwen hebben in de onafhankelijkheid van de bedrijfsarts: ongeveer één op de zes werknemers geeft aan twijfels te hebben bij de onafhankelijkheid van de bedrijfsarts. Het gebrek aan vertrouwen is iets wat bedrijfsartsen zelf ook signaleren.⁴ De wijze waarop in het voorstel vorm wordt gegeven aan de wijze waarop de werknemer een second opinion kan aanvragen, zal het wantrouwen jegens de bedrijfsarts bij een serieus te nemen aantal werknemers vrijwel zeker niet wegnemen. Als het de bedrijfsarts is die bepaalt bij welke (beperkte groep van) bedrijfsartsen het second opinion wordt aangevraagd, zal dit niet zelden leiden tot vergaande argwaan bij de betrokken werknemer – zeker omdat ook de tweede arts door de werkgever betaald zal worden. In het licht van artikel 44 Aw is dit een begrijpelijke en in het licht van de zorgplicht van de werkgever ook terechte financiële constructie. Het gevolg is echter de gedachte ‘wie betaalt, bepaalt’ – iets wat door veel werknemers zo wordt ervaren. Dat men wél recht heeft op een ‘onafhankelijke’ arts als de werknemer zélf

¹ Art. 13 van Kaderrichtlijn 89/391/EEG spreekt over het “doen en laten op de arbeidsplaats”, waarbij de huidige discussies over verantwoordelijkheden in de privé-sfeer niet relevant zijn.

² O.a. *Kamerstukken II* (1997-1998), 25879, nr. 3 (MvT), p. 13 en 17. Zie ook brief van staatssecretaris SZW van 14 februari 1997.

³ B.C.H. de Zwart, *Onderzoek naar de positie van de bedrijfsarts: Eindrapport*, Leiden: AStri, 2011, p. 62ff; P. van den Boom, H. Konijnenberg en G. Lotterman, *Verzuimbegeleiding: een corrupt systeem*, Rapport FNV Meldpunt, Utrecht 28 oktober 2013. Eerder al J.R. Popma, C. Van Rij & J. Hooiveld, *Arbodienst tussen markt en medezeggenschap*, Den Haag: Welboom, Serie Wetenschappelijke Publicaties Nationaal Vakbondsmuseum

⁴ B.C.H. de Zwart, *Onderzoek naar de positie van de bedrijfsarts: Eindrapport*, Leiden: AStri, 2011, p. 66-67

de kosten draagt, zal het wantrouwen in de ‘aangewezen’ second-opinionarts allicht nog versterken. Bovendien leidt het voorstel niet tot de gewenste ongelijkheidscompensatie, toch een cruciaal uitgangspunt van het arbeidsrecht. De werknemer blijft afhankelijk van de afspraken tussen de bedrijfsarts en de werkgever óf, bij een keuze voor een ‘niet-gecontracteerde’ bedrijfsarts, van toestemming van de werkgever. Weliswaar kan de ondernemingsraad/pvt proberen in het contract met de arbodienst op te laten nemen dat de zieke werknemer wél vrije artskenkeuze heeft, maar de gekozen constructie zet ook de medezeggenschap direct op achterstand. De ‘*default*’ is immers: géén vrije keuze. Voorts zal de werknemer die de second opinion aanvraagt dit doen omdat hij het oordeel van de eerste bedrijfsarts niet onderschrijft of in voorkomende zelfs niet *vertrouwt*. Dan komt het de relatie tussen de tweede bedrijfsarts en de werknemer niet ten goede als de werknemer slechts via de eerste arts tot de second opinion kan geraken – naast ‘wie betaalt, bepaalt’ komt nu ook het gezegde ‘onder één hoedje’ al snel om de hoek. Aannemelijk is dan ook dat een dergelijke constructie het herstel van de betrokken werknemer niet zal bespoedigen. Dit laatste is te meer een praktisch bezwaar tegen de gekozen constructie.

Een meer fundamentele kwestie is dat de verplichting om, óók voor de second opinion, zich te wenden tot een door derden aangewezen arts (dan wel een selecte groep bedrijfsartsen), zich mijns inziens niet verdraagt met de vrije artskenkeuze die vanuit het gezondheidsrecht goed onderbouwd wordt verdedigd. Weliswaar is de vrije artskenkeuze niet ongeclausuleerd, maar voor inperking van dit recht (ook in het kader van de relatie tot een bedrijfsarts) zal een goede grond nodig zijn. Eén van die gronden is dat ter zake een wettelijke bepaling is opgenomen (feitelijk zoals nu wordt voorzien). Maar ook een dergelijke wettelijke bepaling zou getoetst moeten worden aan de vraag of sprake is van “pressing social needs”, zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bij herhaling heeft betoogd, of van de legitieme uitsluitingsgronden die genoemd zijn in art. 8 lid 2 EVRM. Zeker nu aangenomen mag worden dat art. 8 EVRM ook horizontale werking heeft in het kader van de arbeidsrelatie, zou een beperking van de vrije artskenkeuze beter gemotiveerd moeten worden dan alleen door de bepaling dat de kosten voor de second opinion, op grond van art. 44 Arbwet, (terecht) gedragen worden door de werkgever. Men kan zich zelfs afvragen of de huidige constructie dat de werknemer zich (kennelijk op grond van art. 7:446 lid 4 BW) bij een *eerste* consult dient te onderwerpen aan een behandeling als bedoeld in 7:446 lid 2, sub a, BW, uit te voeren door een door de werkgever betaalde bedrijfsarts, en waarbij dan géén sprake is van vrije artskenkeuze, niet in strijd is met art. 8 EVRM. Dit is een principiële discussie die ik hier verder onbesproken zal laten.

Samengevat denk ik dat de wijze waarop nu invulling wordt gegeven aan het recht op een second opinion:

- niet bijdraagt aan een gelijkwaardiger positie van de werknemer in de relatie tot de bedrijfsarts;
- daarmee evenmin bijdraagt aan versterking van de positie van de werknemer in relatie tot de werkgever;
- de ondernemingsraad/pvt bij de instemmingsprocedure over de totstandkoming van het contract met de arbodienst op een achterstand zet, hetgeen de beoogde ongelijkheidscompensatie middels medezeggenschap nodeloos beperkt;
- niet bijdraagt aan het herstel van het beschaamde vertrouwen in de bedrijfsarts, hetgeen ook de effectiviteit van het optreden van de bedrijfsarts niet ten goede zal komen;
- zich niet verdraagt met het fundamentele recht op vrije artskenkeuze, aangezien daar mijns inziens niet een legitieme inbreuk aan ten grondslag ligt.

Ik concludeer dan ook dat de keuze voor de andere bedrijfsarts voor de second opinion primair een vrije keuze voor de *werknemer* zou moeten zijn en niet, zoals in het voorstel, beperkt mag zijn tot een door de bedrijfsarts in samenspraak met de werkgever samengestelde lijst met bedrijfsartsen die kunnen worden geraadpleegd (art. 2.14d lid 3) of, in geval de werknemer een andere arts buiten die lijst wenst te consulteren, onderworpen is aan de goedkeuring van de werkgever.

Met de meeste hoogachting,

Jan Popma

Dr. J.R. Popma MBA
Senior onderzoeker arbeidsomstandighedenwetgeving
Hugo Sinzheimer Instituut voor arbeid en recht (Universiteit van Amsterdam)